



ANNALES
DE
L'UNIVERSITE
MARIEN NGOUABI

Sciences Juridiques et Politiques

Volume 24, Numéro spécial

ANNEE: 2023

ISSN: 1815 – 4433 - www.annalesumng.org

Indexation: Google Scholar

**ANNALES
DE L'UNIVERSITE MARIEN NGOUABI
SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES**



VOLUME 24, NUMERO SPECIAL, ANNEE: 2023

www.annaesumng.org

SOMMAIRE

Directeur de publication
G. ONDZOTTO

Rédacteur en chef
J. GOMA-TCHIMBAKALA

Rédacteur en chef adjoint
D. LEKEBE OMOUALI

Comité de Lecture :
J.M. BRETON (Pointe-à-Pitre)
A. KENMOGNE SIMO (Yaoundé)
E.J. LOKO-BALOSSA (Brazzaville)
F. M. SAWADOGO (Ouagadougou)
YAO- NDRE (Abidjan)

Comité de Rédaction :
D. E. EMMANUEL ADOUKI
(Brazzaville)
G. MOYEN (Brazzaville)

Webmaster
R. D. ANKY

Administration - Rédaction
Université Marien Ngouabi
Direction de la Recherche
Annales de l'Université Marien
Ngouabi
B.P. 69, Brazzaville – Congo
E-mail: annales@umng.cg

ISSN : 1815 – 4433

Indexation : Google scholar

- 1 Le vote des pays africains à l'Assemblée Générale des Nations unies. Réflexions juridiques à la lumière de la Guerre en Ukraine**
OSSETE OKOYA G. C.
- 31 La notion d'essentiel en droit commun des contrats**
NGAH N. M. U.
- 68 La proportionnalité dans le droit des sociétés commerciales OHADA**
ONDZE S.
- 89 La réglementation des fonds de souscription au capital social initial en droit OHADA**
NGAMALEU DJUIKO S.
- 107 La sanction de la violation du droit communautaire en zones CEMAC et UEMOA**
ADOUA-MBONGO A. S.
- 139 La situation du créancier nanti en droit de l'OHADA**
KEITA B.
- 166 Les validations législatives dans les systèmes juridiques des États d'Afrique francophone**
ANDZOKA ATSIMOU S.
- 196 La démocratie administrative en République du Congo**
OBOUNGHAT OKAMBESSANGA W. L.
- 231 La victime au regard des mutations contemporaines du procès pénal**
YAYA A.



LA PROPORTIONNALITE DANS LE DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES OHADA

ONDZE S.

*Faculté de Droit
Université Marien Ngouabi
République du Congo*

RESUME

La proportionnalité est un principe tentaculaire, qui ignore les frontières entre les disciplines juridiques. En droit des sociétés, elle n'a pas de périmètre uniforme, ce qui complique l'appréhension de ses manifestations. Cette étude vise alors à s'interroger sur le rôle de la proportionnalité en droit des sociétés OHADA.

À l'analyse, la proportionnalité n'est pas indifférente aux dynamiques du droit des sociétés qui opposent l'intérêt de la société à ceux des membres du groupement. Transcendant cette opposition, elle apparaît à la fois comme un instrument de protection des intérêts des associés, et comme un instrument de protection de l'intérêt de la société.

***Mots-clés :** actes sociaux, actions de préférence, apports, exclusion de l'associé, égalité proportionnelle, capital social, inégalités entre associés, intérêt social, proportionnalité*

ABSTRACT

Proportionality is a sprawling principle, which ignores the boundaries between legal disciplines. In corporate law, it has no uniform perimeter, which complicates the understanding of its manifestations. This study therefore aims to question the role of proportionality in OHADA company law.

On analysis, proportionality is not indifferent to the dynamics of company law which oppose the interests of the company to those of the members of the group. Transcending this opposition, it appears both as an instrument for protecting the interests of the partners, and as an instrument for protecting the interests of the company.

***Keywords :** social acts, preference shares, contributions, exclusion of the partner, proportional equality, social capital, inequalities between partners, social interest, proportionality.*

INTRODUCTION

La mode est un phénomène de société auquel même des notions n'y échappent pas et la notion de proportionnalité en est la parfaite illustration. En effet, cette notion est de mode, elle a le vent en poupe dans les sciences juridiques¹. Elle connaît une montée dans les débats doctrinaux et jurisprudentiels montrant ainsi qu'elle est aujourd'hui une préoccupation fondamentale dans la quasi-totalité des disciplines des sciences juridiques. Son application en droit privé en général, et en droit des sociétés en particulier, domaines où la défense des intérêts individuels est forte, fait parfois qu'on vienne à oublier son origine publiciste². En droit des sociétés précisément, il apparaît, à première vue, paradoxal d'étudier la proportionnalité, dans la mesure où cette discipline vise la réalisation des profits des associés ; éloignée de sa dimension protectrice de l'intérêt général des autres disciplines.

Dans cette optique, l'investissement de l'associé dans la société est motivé par son intérêt propre³. Cette approche correspondrait indirectement à la conception contractuelle de la société⁴. L'associé doit recevoir en contrepartie de son investissement principalement les profits à la hauteur de celui-ci⁵. Les associés forts en raison de la liberté contractuelle peuvent ainsi donc dominer les faibles en s'attribuant des droits conséquents. Mais, cette approche a été critiquée par les tenants de la conception institutionnelle de la

société⁶. Celle-ci admet, sans annihiler la volonté de l'associé dans la formation de la société, que la loi détermine les conséquences de son engagement. Le droit des sociétés prescrit un ordre public qui canalise les rapports entre associés et entre ceux-ci et la société pour harmoniser les intérêts divergents dans la société. La défense de l'intérêt individuel dans la société par chaque associé risque de nuire à son organisation et son fonctionnement. Le droit des sociétés essaie de concilier les intérêts en présence. Il recherche l'équilibre entre les intérêts des associés ou entre leurs intérêts et celui de la société. Un auteur n'a-t-il pas exprimé l'intérêt de cet équilibre lorsqu'il affirme que : « l'exercice d'une activité économique par un groupement de personnes ne peut se faire de manière harmonieuse que si les personnes qui composent le groupement sont traitées de manière équitable »⁷. Cet équilibre est notamment trouvé à travers le principe de proportionnalité. Cependant, les contours de la notion de proportionnalité ne sont pas faciles à saisir dans le droit des sociétés commerciales de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), puisqu'elle comporte plusieurs particularités.

Une analyse de la proportionnalité dans le droit des sociétés, domaine où se manifestent les intérêts individuels des associés, suppose que soit avant tout clarifiée cette notion dont l'usage ne correspondrait pas à celui de droit public servant à équilibrer les relations entre l'individu et l'État⁸. La dissipation des

1 J. H. Robert, « La marée montante de la proportionnalité », *JCP G*, n° 14, 4 avril 2016, p. 401.

2 Cf, N. Belley, « L'émergence d'un principe de proportionnalité », *Les Cah. de droit*, vol. 38, n° 2, 1997, p. 245.

3 P. S. A. Badji, *Droit des sociétés OHADA. Représentation, décisions collectives, contractualisation (SAS, pacte d'actionnaires)*, CREDILA et L'Harmattan-Sénégal, 2021, p. 25 et s.

4 Cf, P.-G. Pougoué, F. Anoukaha, J. Nguébou Toukam, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, PUA,

1998, n° 15 et 16 ; C. A. W. Ndiaye, *Droit des sociétés de capitaux*, 2^e éd., L'Harmattan, 2021, pp. 35 et s.

5 AUDSCGIE, art. 4.

6 Cf, Y. Guyon, *Traité des contrats – Les sociétés*, LGDJ, 1993, pp. 15 et s.

7 A. Kenmogne Simo, « La désolidarisation entre participation au capital social et source du pouvoir en droit OHADA », *Rev. trim. droit écon.*, 2017-1, p. 1.

8 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, 2020., p. 814.

nuances qui l'entourent est donc fondamentale. La proportionnalité est souvent présentée par les anciennes maximes interdisant la confrontation entre ce qui est fort et ce qui est faible telles que la mouche et le canon ou le grain et l'ivraie⁹. Tirée du latin, *proportionalitas*¹⁰, elle est née à l'ère prémoderne. Elle a été utilisée en philosophie pour justifier certaines théories¹¹, et dans les textes ayant servi de fondements du droit moderne pour réprimer certains comportements¹². Elle est désormais omniprésente en raison de son exploitation tantôt explicite, tantôt implicite. La nature et le contenu de la proportionnalité varient ainsi selon la discipline. Mais, en dépit de sa diversité, elle désigne dans le vocabulaire courant la « relation dans laquelle se trouvent des quantités proportionnelles entre elles »¹³. Dans cette perspective, elle se rapproche de l'égalité qui est en vérité la conséquence de sa mise en œuvre. Elle exprime « le respect d'un rapport de grandeur entre deux éléments, rapport devant rester constant et que l'harmonie qui en découle est établie par la circonstance que, lorsqu'un élément change, l'autre change dans le même rapport de grandeur »¹⁴.

9 Cf, C. Dabasch, « Préface » in X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, PUAM/Economica, 1990, 541 p.

10 Ce qui signifie même sens (*Trésor de la Langue Française informatisé*, note 2 ; V. Vannes, *Le droit de grève : Principe de proportionnalité, droit international, européen et national*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 46).

11 Aristote, *Éthique à Nicomaque*, traduit par Jules Tricot, Les Échos du Maquis, 2014, § 1134b19-b24 ; Cicéron, « Traité de la République » in *Œuvres complètes de Cicéron*, Désiré Nisard (dir.), traduit par Désiré Nisard, t. 4, Paris, Garnier, 1850, p. 319-2) ; Saint-Thomas-d'Aquin, *Somme théologique*, t 8, 3e éd, traduit par F Lachat, Paris, Louis Vivès, 1874, p. 178.

12 Le Code d'Hammourabi prescrit la loi du talion afin que la peine soit proportionnée au délit commis (art. 196 ; art. 200 ; art. 202) ; L'Ancien Testament prévoit le principe « œil pour œil, dent pour dent » (Exode 21, versets 23-25 ; Lévitique 24, versets 19-20 ; Deutéronome 19, verset 21 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par Charles Eisenmann,

En droit des sociétés en particulier, la proportionnalité a un contenu ouvert qui lui confère diverses manifestations : certaines explicites et d'autres implicites. Mais, sa vocation d'adaptation fait qu'elle converge toujours vers l'idée du juste milieu. Elle désigne une règle générale d'équilibre, une exigence d'adéquation entre deux termes¹⁵. La proportionnalité recherche, à première vue, en droit des sociétés la balance des intérêts¹⁶. Elle balance ainsi les intérêts d'un associé par rapport à ceux d'un autre ou à ceux de la société. Le droit des sociétés mobilise la proportionnalité dans deux directions : tantôt, elle est mobilisée pour servir les intérêts des associés ; tantôt elle sert l'intérêt de la société. La proportionnalité est donc ambivalente dans le droit des sociétés.

En tant qu'instrument de protection des associés, l'article 54 AUDCGIE détermine les droits et obligations des associés en fonction de leur participation au capital social¹⁷. La proportionnalité caractérise ici la concordance entre le montant de l'apport de l'associé et les droits et obligations de l'associé. Elle s'applique à l'attribution des droits politiques et

Bruylant/LGDJ, 1999, pp. 35 et s.) ; le Coran (Sourate II, 173-175, Sourate V, 49) ; le Corpus Iuris Civilis (le droit romain) énonce la proportionnalité dans les conditions de la légitime défense (P. Van Wetter, *Cours élémentaire de droit romain contenant la législation de Justinien*, t. 1, Gand, H. Hoste, Libraire-éditeur et Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1871, 828 p.) et la Magna Carta anglaise de 1215 prescrit la proportionnalité des peines (art. 14).

13 *Dictionnaire Larousse illustré*, éd., Larousse, 2013, p. 890.

14 V. Vannes, *Le droit de grève : Principe de proportionnalité, droit international, européen et national*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 47.

15 N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *LPA* n° 117, 1998, p. 21.

16 Cf, V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, p. 113 ; M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit*, 5^e éd., PUF/Humensis, 2021, p. 71.

17 AUSCGIE, art. 53 et s., art. 129, art. 573, al. 2, art. 751 ; M. Mbaye Ndiaye, « Capital social », in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 465.

pécuniaires. Elle ne vise pas ici à protéger un intérêt supérieur mais des intérêts égaux des associés. La proportionnalité correspond dans cette hypothèse à l'égalité¹⁸, à l'idée de justice¹⁹. La quantité de l'apport occupe une place primordiale. Cette proportionnalité simplement mathématique traduit l'égalité proportionnelle déterminée en fonction de la quotité de l'associé dans le capital. Au plan des droits politiques, elle permet à chaque action de donner un droit à une voix au moins²⁰. Au plan financier, le droit de chaque associé sur les bénéfices, sur les actifs de la société et son obligation aux pertes sociales est déterminé selon sa participation au capital social. Celui-ci est la clé de répartition des droits extra-pécuniaires et pécuniaires des associés. La référence au capital social permet de garantir l'égalité proportionnelle justifiée par *l'affectio societatis*, base du contrat de société²¹, un type de contrat d'organisation²².

Cependant, la proportionnalité des droits et obligations des associés n'est pas assurée seulement par ces manifestations positives de l'égalité. Certaines prohibitions sont des manifestations négatives qui permettent également d'obtenir la proportionnalité des droits et obligations des associés. Il s'agit de l'interdiction des clauses léonines qui empêche à un associé de tirer un avantage disproportionné de la société²³. À ce titre, les clauses statutaires ne peuvent ni attribuer la totalité du profit

procuré par la société ou exonérer totalement des pertes un associé ni l'exclure totalement du profit ou mettre sur lui la charge de la totalité des pertes.

En revanche, l'instauration de l'égalité proportionnelle n'est pas absolue. Le législateur admet les inégalités entre associés dans certaines circonstances. Il reconnaît ainsi une dérogation à l'égalité parce que son application stricte défavorise certains associés ou la société. Cette dérogation symbolise en réalité la régression de l'ordre public pouvant être déduit des règles du droit des sociétés pour équilibrer les rapports entre associés²⁴. La modération du principe d'égalité permet d'assurer un meilleur fonctionnement des sociétés par le biais de la flexibilité.

Les droits de certains associés sont ainsi déterminés différemment selon la nature de l'apport ou la nature des droits sociaux qui résultent de l'action. En ce qui concerne la forme de l'apport, la contrepartie de l'apport en industrie est différente de celle allouée aux apports en nature et en numéraire²⁵. S'agissant de la nature des droits sociaux, l'associé est récompensé en fonction de la nature de son action qui participe efficacement à la vie de la société. Il existe une sorte de proportionnalité-finalisée puisque l'utilité de l'action est prise en compte pour attribuer des droits différents²⁶. Elle stimule la participation à la vie sociale. Cette proportionnalité permet selon les articles 755 et

18 P. Puig, « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », *Rev. jur. de l'USEK*, n° 10, 2009, p. 189.

19 Aristote, *Morale d'Aristote*, Paris, Durand, 1856, p. 144 ; *Éthique de Nicomaque*, Flammarion, 1992, p. 142 ; R. Vatinet, « Existe-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ? », *LPA* n° 117, 1998, p. 58.

20 AUSCGIE, art. 543, al. 1^{er}.

21 Cf. J. Hamel, « L'affectio societatis », *RTD civ.* 1925, t. 24, pp. 761 et s. ; A. Akam Akam, V. Bakreo, *Droit des sociétés commerciales OHADA*, L'Harmattan, 2017, p. 13 ; A. Couret, « À la recherche du *jus fraternitatis* », in *Liber amicorum*, Mélanges en l'honneur de J. Mestre, LGDJ, Lextenso éditions, 2019, p. 281.

22 Cf. A. Benabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, 14^e éd., LGDJ, 2021, n° 580.

23 AUSCGIE, 54 ; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 602.

24 Cf. P. S. BADJI, « L'évolution des règles du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales », *Bull. droit économique* 2017/1, p. 8.

25 AUSCGIE, art. 4, 37 et s. ; C. Karam, *L'apport du savoir-faire en société*, Thèse, Univ. Paris et Univ. libanaise de droit, 2009, pp. 10 et s.

26 M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, op. cit., n° 135 ; H. Le Nabasque, « La fin de la connexion apports/capital ? », in *Quel avenir pour le capital social*, Dalloz, 2004, pp. 103-125.

suivants de l'AUSCGIE d'attribuer des droits et avantages particuliers aux actions de préférence. Celles-ci peuvent, par exemple, être sans droit de vote ou avec un droit de vote double²⁷. S'agissant de la nature de l'action, les valeurs mobilières composées bénéficient d'un traitement particulier²⁸. Ces instruments financiers de l'économie libérale permettent d'encourager l'investissement et l'entrepreneuriat qui doivent participer au développement de l'Afrique. Dans cette hypothèse, la proportionnalité est doublement appréciée en fonction de l'objectif à atteindre et de la disproportion des avantages accordés par rapport à cet objectif.

Toutefois, la proportionnalité n'est pas appliquée en droit des sociétés seulement comme instrument de protection des associés ; elle peut également être au service de l'intérêt de la société. En tant que personne morale, la société à qui sont affectés les apports est distincte des associés parce qu'elle est dotée de la capacité juridique permettant d'agir au nom et dans l'intérêt de la collectivité²⁹. L'intérêt social est ainsi placé au cœur des activités de la société : il en est la boussole³⁰. La validité des actes et l'appréciation des sanctions dans les sociétés sont soumises à l'intérêt de la société. D'une part, les actes individuels et des décisions collectives accomplis dans la société doivent être conformes à l'intérêt

social³¹. Les actes sociaux qui enfreignent cet intérêt sont déclarés nuls et inopposables à la société³². Dans cette optique, l'abus de majorité et l'abus de minorité sont sanctionnés³³. D'autre part, la proportionnalité permet d'apprécier le juste milieu de la sanction prononcée contre la faute de l'associé ou du dirigeant social. À cet égard, la proportionnalité entre la sanction et la faute ne s'obtient pas à travers le lien de causalité entre la faute et le dommage, mais entre la gravité de la faute et la sanction. En conséquence, l'exclusion-sanction par exemple ne peut être prononcée contre un associé que si la faute présente une gravité particulière³⁴. Il en est de même du prononcé de l'obligation pour le dirigeant de combler le passif d'une société en difficulté³⁵.

Eu égard à ce qui précède, les manifestations de la proportionnalité sont multiples en droit des sociétés commerciales OHADA. Certaines sont explicitement formulées par le législateur, alors que d'autres semblent implicitement formulées dans l'AUSC-GIE. Toutefois, l'interrogation sur les fonctions de cette proportionnalité n'est pas dénuée d'intérêt. Il se pose donc la question de savoir quel est le rôle de la proportionnalité dans le droit des sociétés commerciales de l'OHADA ?

Soulever cette question au moment où le juge semble, en droit comparé,

27 AUSCGIE, art. 778-1 ; B. Meuke, « L'action de priorité en droit Ohada », *Revue jurisfis infos*, 2011, n°11, 9.

28 AUSCGIE, art. 822 à 822-21 ; D. Nzouabeth, « La diversification des valeurs mobilières et ses implications sur le pouvoir au sein des sociétés par actions de l'espace OHADA », *RISF*, 2018, p. 35.

29 AUSCGIE, art. 20 ; P. Durand, « L'évolution de la condition juridique des personnes morales en droit privé », in *Études offertes à G. Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, p. 138 ; H. Martron, *Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privé*, LGDJ, 2011, 300 p. ; A. Fénéon, *Droit des sociétés en Afrique [Ohada]*, 2^e éd., EJA-LGDJ, 2017, p. 15 ; 30 D. Schmidt, « De l'intérêt social », *JCPE* 1995, n°38, p. 488 ; A. Pirovano, « La "boussole" de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, chron. p. 189 ; M.-A.

Mouthieu Njandeu, *L'intérêt social en droit des sociétés*, L'Harmattan, 2009, pp. 13-14.

31 AUSCGIE, art. 277 (Actes individuels - SNC) ; 328 (SARL) ; 283, al. 1^{er} (décisions collectives dans les SNC) ; 347 (décisions collectives ordinaires dans les SARL) ; 357 (décisions extraordinaires dans les SARL).

32 AUSCGIE, art. 129-1 (décisions relatives aux droits de vote) ; R. Vatinet, « La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles », *Rev. soc.* 2003, p. 252.

33 AUSCGIE, art. 130 et 131.

34 Cf. M. Rakotovahiny, « La liberté de se retirer de la société : une liberté en demi-teinte », *Rev. soc.* 2017, n° 15, p. 338.

35 G. Teboul, « La proportionnalité de la sanction en droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 2018, n° 234, p. 6.

appliquer la proportionnalité dans l'ensemble des sciences juridiques est révélateur de ses enjeux. Si dans la plupart des disciplines de droit privé, la proportionnalité est perçue sous un aspect de contrôle opéré par le juge qui assure la balance des intérêts en présence, avec un effet neutralisateur des normes violant un droit fondamental³⁶ ; en droit des sociétés, en revanche, la proportionnalité s'émancipe de l'intervention judiciaire et apparaît comme un instrument technique forgé par le législateur dans le but de réaliser les objectifs nécessaires à l'exercice d'une activité commerciale dans le cadre d'un groupement d'affaire. La proportionnalité ne tend plus à la protection de l'intérêt général, mais des intérêts particuliers. C'est donc cette finalité singulière qui confère à la proportionnalité sa particularité en droit des sociétés. Cette singularité de la proportionnalité n'est pas souvent soulignée en doctrine, notamment dans l'espace OHADA, d'où l'intérêt de renouveler une étude sur la proportionnalité dans le droit des sociétés.

Ainsi, il apparaît en droit des sociétés que le rôle de la proportionnalité est marqué d'une certaine ambivalence selon qu'on se place du côté des associés ou du côté de la société. Cette ambivalence s'explique notamment par sa finalité protectrice : puisque, la proportionnalité est, d'une part, un instrument de protection des intérêts des associés **(I)** et, d'autre part, un instrument de protection de l'intérêt de la société **(II)**.

I.- La proportionnalité, un instrument de protection des intérêts des associés

La société présente une dimension contractuelle qui doit marquer doublement

la fraternité entre ses membres et la liberté³⁷. Cette contractualisation de la société peut occasionner un déséquilibre en termes d'attribution des droits et obligations des associés selon le rapport de force de chacun. C'est ainsi que la dimension institutionnelle de la société permet d'assurer l'égalité proportionnelle entre les membres du groupement **(A)**. Cependant, la conception institutionnelle de la société n'est pas absolue³⁸ ; elle est infléchie pour garantir le bon fonctionnement et le développement des sociétés. C'est pourquoi, le législateur communautaire admet des inégalités **(B)** dans certaines circonstances.

A.- L'instauration de l'égalité proportionnelle entre associés

L'égalité proportionnelle entre associés est liée aux apports faits par ceux-ci. Elle implique une équivalence entre le montant des apports effectués et les droits sociaux qui en sont la contrepartie. Ainsi, les manifestations de cette égalité sont tantôt positives **(1)**, tantôt négatives **(2)**.

1.- Les manifestations positives de l'égalité proportionnelle

La répartition des droits et obligations des associés doit se réaliser de façon égalitaire. L'exigence d'égalité proportionnelle entre les associés est prescrite à l'article 54, alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE. Selon les termes de cet article « les droits et l'obligation de chaque associé sont proportionnels à ses apports qu'ils soient faits lors de la constitution de la société ou au cours de la vie sociale ». Cette disposition exige, en effet, la concordance des droits et obligations des associés à la participation au capital social³⁹. Celui-ci joue la fonction de répartition des prérogatives entre associés afin d'assurer

36 Cf, J. P. Marguenaud, « De la juste place européenne de la proportionnalité », *RTD civ.* 2016, p. 310 ; H. Fulcheron, « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », *D.* 2018, p. 649

37 Y. Guyon, « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *RJ com.*, Janv.-févr. 2003, n° 1, p. 1.

38 Cf, L. Schryve, *L'ordre public et le droit des sociétés*, Thèse, Université Lille 2, 2009, p. 73 et s.

39 AUSCGIE, art. 54, al. 1^{er} ; D. Nzouabeth, « La diversification des valeurs mobilières et ses implications sur le pouvoir au sein des sociétés par actions de l'espace OHADA », *loc. cit.*, p. 14.

leur égalité qui est synonyme de démocratie sociétaire. Il s'agit d'une proportionnalité arithmétique, mathématique qui assoit le pouvoir et les droits financiers des associés. Les manifestations de l'égalité proportionnelle en droit des sociétés sont plurielles.

D'abord, l'égalité proportionnelle s'applique à l'attribution des droits politiques des associés. Ceux-ci ont, en effet, le droit de participer au vote des décisions collectives. Le droit de vote est déterminé proportionnellement à la participation de chacun au capital de la société⁴⁰. La participation au capital social est la source et la mesure du pouvoir dans la société parce que cette corrélation la démocratise⁴¹. Cette proportionnalité mathématique a pour conséquence que chaque associé ne puisse, en principe, avoir qu'un droit de vote, afin de lui assurer le droit de participer aux décisions collectives et de voter aux assemblées⁴². Le montant de participation au capital social permet de déterminer l'existence ou non de l'influence d'un associé dans la société.

En matière de voix à attribuer à chaque associé, l'article 543 de l'AUSCGIE énonce que : « Le droit de vote attaché aux actions de capital ou de jouissance est proportionnel à la quotité du capital qu'elles représentent et chaque action donne droit à

une voix au moins »⁴³. Cette exigence de concordance du droit de vote avec la quotité du capital est en réalité l'application de l'adage « à capital égal, droit de vote égal » ou « une action, une voix »⁴⁴, ce qui permet à chaque associé de participer à la vie sociale, et devrait donc exclure des actions sans droit de vote.

Aussi, l'égalité proportionnelle entre associés est renforcée par la possibilité donner aux statuts de limiter le nombre de voix dont chaque actionnaire dispose dans les assemblées, à condition que cette limitation soit imposée à toutes les actions⁴⁵. La limitation doit concerner l'ensemble des actions. Par conséquent, le droit de vote double conféré à certaines actions par les statuts ou l'assemblée générale extraordinaire⁴⁶ ne viole pas l'égalité proportionnelle s'il est déterminé corrélativement à la participation de l'associé au capital social.

Ensuite, l'égalité proportionnelle s'applique à la détermination des droits pécuniaires des associés. Le but de la création de la société est de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter⁴⁷. Les droits de chaque associé sur les bénéfices réalisés et sur les actifs nets de la société sont partagés proportionnellement aux apports des associés ou des actionnaires⁴⁸. Dès lors, si

40 AUSCGIE, art. 53, 4^o, 54, 55, et 125, 129, 283 et s. (pour les SNC), 302 et s. (pour les SCS), 333 et s. (pour les SARL), art. 516 et s. (pour la SA) ; A. Kongatoua Kossongo, « Le droit de vote dans les sociétés commerciales tel que prévu par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », *Penant* 2010, n^o 873, p. 462.

41 Cf. Y. Guyon, « LA SA, une démocratie parfaite », in *Mélanges Gavalda Christian*, Dalloz, 2001, p. 133 ; P. Ch. Ewane Motto, *La gouvernance des sociétés commerciales en droit de l'OHADA*, Thèse, Univ. Paris-Est et Univ. Douala, 2015, p. 152 ; S. Ngamaleu Djuiko, « Les atteintes aux prérogatives politiques de l'associé en droit OHADA », *BDE Laval*, 2016/2, p. 1 et « Les prérogatives politiques de l'associé en droit OHADA », *Revue Lamy Droit des affaires* n^o 123, févr. 2017, p. 45.

42 AUSCGIE, art. art. 125 (décisions collectives) et 133 (vote) ; CA Ouagadougou (Burkina-Faso), Ch.

com., arrêt n^o 030, 15 mai 2009, *Société Atlantique Telecom c./ Société Planor Afrique et Société Telecel Faso* ; R. Njeufack Temgwa, « Assemblées de sociétés et décisions collectives », in P.-G. Pougoué (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, éd., Lamy, 2011, p. 322 ; N. Abdelmoumen, *Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, Thèse, Univ. Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 40.

43 AUSCGIE, art. 53, 54, 751.

44 OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2018, p. 575.

45 AUSC-GIE, art. 543, al. 2.

46 AUSC-GIE, art. 544 et 752.

47 AUSCGIE, art. 4, al. 1er.

48 AUSCGIE, art. 53 ; 54 ; 144 ; 754 (SA) ; TGI Bobo Dioulasso (Burkina Faso), n^o 015, 6 juin 2008, S. M. I. c/ V. O, ohadata J-09-103.

le refus de partager les bénéfices peut donc constituer une faute s'il est injustifié, leur partage disproportionné l'est aussi selon son origine et son degré.

Enfin, l'égalité proportionnelle s'applique aux obligations assumées par les associés. L'associé doit, en contrepartie de son apport et des droits y afférents, assumer un certain nombre d'obligations. Il doit contribuer aux pertes sociales et à l'obligation aux dettes⁴⁹. Ainsi, dans les sociétés anonymes (les actionnaires)⁵⁰ et dans les SARL (les associés)⁵¹ ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports. En revanche, dans les sociétés de personnes notamment les sociétés en nom collectif, tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales⁵². On le voit, la proportionnalité possède également des manifestations négatives.

2.- Les manifestations négatives de l'égalité proportionnelle

La proportionnalité mathématique présente des manifestations négatives. La figure négative de la proportionnalité mathématique est caractérisée par l'interdiction des clauses léonines⁵³. La clause léonine est celle qui est excessive ; celle qui attribue un avantage disproportionné à certains coïntéressés relativement à ce que reçoivent les autres. Dans cette optique, le contrat ou la clause du contrat est léonin lorsque son exécution a pour résultat de procurer à un seul

contractant un avantage exorbitant au détriment des autres⁵⁴. Il n'y a donc « point de société valable si les produits et les risques » ne sont équitablement partagés⁵⁵. L'équilibre des droits et obligations caractérise également l'interdiction de violer l'ordre public sociétaire par des pactes entre associés⁵⁶.

L'article 54, alinéa 2 de l'AUSCGIE prévoit deux situations où le caractère léonin d'une clause statutaire peut être constaté : l'une se rapporte à l'attribution de la totalité du profit procuré par la société ou l'exonération totale des pertes à un seul associé, et l'autre susceptible de constituer le caractère léonin d'une norme sociétaire se rapporte à l'exclusion totale d'un associé du profit ou de la mise à sa charge de la totalité des pertes⁵⁷. Le partage des profits et des pertes étant soumis à une règle impérative, un associé ne peut s'arroger l'ensemble des avantages d'une activité ou supporter les pertes au détriment ou au profit des autres associés⁵⁸. L'interdiction des clauses léonines est conforme à l'objet de la société ; le partage du bénéfice ou de l'économie et des pertes sont les desseins des parties au contrat de société. En ce qu'elle traduit l'équité requise dans le contrat de société⁵⁹, la prohibition des clauses léonines est la manifestation de l'égalité proportionnelle entre associés.

Ainsi, les clauses sanctionnées sont celles dont l'objet est la disparition de la vocation de l'associé aux bénéfices sociaux

49 AUSCGIE, art. 53.

50 AUSCGIE, art. 385, al. 1er.

51 AUSCGIE, art. 309.

52 AUSCGIE, art. 270.

53 AUSCGIE, 54, al. 2 ; M.-A. Mouthieu Njandeu, *op. cit.*, p. 46.

54 Cf. G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 602.

55 K. Panichi, F. Fayot, « Article 1855 du Code civil : la prohibition des clauses léonines », in *Le bicentenaire du Code civil*, Portalis, 2004, p. 372.

56 J.-J. Ansault, « Les pactes extrastatutaires sous la surveillance de l'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, LexisNexis-LGDJ, 2015, p. 1 et s.

57 M. SAMB, « La réforme du droit des sociétés de l'Ohada : aspects généraux et transitoires », *Bull. droit écon.* 2014/2, p. 2 ; E. S. Houenou, *La contractualisation du droit des sociétés : l'ordre public à l'épreuve de la liberté contractuelle dans les sociétés commerciales de l'OHADA*, Thèse, Univ. d'Abomey-Calavi et Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2019, p. 293 et s.

58 Cf. J. de La Fontaine, *Fables*, La Génisse, la Chèvre et la Brebis en société avec le Lion, Livre I, Fable 6, inspirée d'une fable de Phèdre (I, V) ; J. Heinick, G. Lécuyer, J. Mestre (dir.), *Les pactes d'affaires*, LGDJ-Lextenso, 2021, p. 73.

59 F. Kenderian, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. sociétés* 2002, p. 618.

ou aux pertes⁶⁰. Elles peuvent être inscrites dans les statuts ou dans un acte séparé puisque le caractère léonin de la clause n'est pas tributaire de sa nature statutaire ou extrastatutaire⁶¹. Il importe peu également que la clause soit à durée déterminée ou à durée indéterminée. Cependant, l'interdiction des clauses léonines est cantonnée au cercle des associés, elle ne s'applique pas aux tiers.

En conséquence, les clauses léonines « sont réputées non écrites »⁶². Le réputé non écrit courant en droit civil permet de sanctionner les clauses illicites d'un contrat. Cette sanction a une double fonction : réparatrice et/ou préventive de l'irrégularité tout en conservant la validité du contrat⁶³. En ce sens, son application en droit des sociétés permet de priver seulement la clause léonine de ses effets juridiques. Il se distingue ainsi de la nullité qui entraîne la disparition du contrat⁶⁴. La sanction de réputé non écrit de la clause léonine permet, lorsqu'elle était la condition déterminante de la constitution de la société, qu'elle soit simplement écartée, mais sans frapper la société elle-même qui demeure valable. Il est admis en règle générale que le contrat de société subsiste donc à la clause léonine réputée non écrite⁶⁵. Par extension, l'analyse du droit de l'OHADA montre que la réglementation de certaines conventions⁶⁶, l'interdiction d'autres conventions⁶⁷ ou la limitation de certaines opérations permettent de réduire les conflits d'intérêts entre les associés qui pouvaient

inévitablement conduire à des clauses léonines parce que leurs décisions ne viseraient que leurs propres intérêts. Mais, l'évolution du droit des sociétés montre les possibilités d'inégalités entre associés.

B.- La reconnaissance d'une possible inégalité entre associés

L'égalité proportionnelle a été relativisée avec le recul de l'ordre public en droit des sociétés⁶⁸ puisque les associés ont la possibilité d'adopter les clauses d'inégalité dans la répartition de leurs droits et obligations. La remise en cause de la proportionnalité laisse prospérer la liberté contractuelle en droit des sociétés. En acceptant les dérogations aux règles impératives, le droit contemporain des sociétés devient ainsi une terre d'inégalités⁶⁹. Elles résultent soit de la nature de l'apport (1) soit de la nature des droits sociaux qui en découlent (2).

1.- Une inégalité résultant de la nature de l'apport

L'inégalité entre les associés tenant à la nature ou au type de l'apport connaît des manifestations positives en droit des sociétés commerciales OHADA. Cette inégalité se justifie par la dimension libérale du groupement d'affaire⁷⁰. Bien qu'elle soit un lieu de sociabilité exigeant une égalité entre ses membres, la société est avant tout un lieu d'enrichissement. Dans cette perspective, la logique capitaliste voudrait que certains apports qui ne présentent pas

60 CA Paris, 22 oct. 1996, 2^e esp., Dalloz Affaires 1997, n° 8, p. 258 ; C. Cyrille, *La vocation aux bénéfices et la contribution aux pertes de l'associé*, Thèse Univ. Bordeaux 4, 2009, 1022 p.

61 AUSC-GIE, art. 54, al. 1^{er} ; CA Paris, 30 oct. 1976, *André Charbonnier c/ SA Genvrain*, *Rev. sociétés* 1977, p. 695, note Schimidt.

62 AUSC-GIE, art. 54, al. 2.

63 Cass. civ. 3^e, 2 déc. 1987, n° 86-10.793 ; S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, *Économica*, 2006, 380 p.

64 Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2019, F-P+B, n° 17-23.169 ; 30 mars 2022, FS-B, n° 19-17.996.

65 F. Fayot, K. Panichi, *loc. cit.*, p. 377.

66 AUSCGIE, art. 350 ; 438 à 448 (SA) ; 350 à 355 (SARL).

67 AUSCGIE, art. 450 (SA) ; 356 (SARL).

68 Cf. P. S. BADJI, « L'évolution des règles du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales », *Bull. droit économique* 2017/1, p. 8.

69 Cf. S. Schiller, « L'égalité en droit des sociétés », *Archives de philosophie du droit*, tome 51, 2008, p. 119 ; A. S. Houenou, *La contractualisation du droit des sociétés : l'ordre public à l'épreuve de la liberté contractuelle dans les sociétés commerciales de l'OHADA*, Thèse, Panthéon-Sorbonne-Paris 1, Abomey-Calavi, 2019, 504 p.

70 Cf. M. Ndiaye, *L'inégalité entre associés en droit des sociétés*, Thèse, Univ. Paris 1, Sorbonne, 2017, p. 27.

une nature économique certaine et indiscutable soient traités de manière particulière et confèrent à leurs titulaires des droits moins importants que ceux attribués aux autres apporteurs.

En effet, les associés reçoivent en contrepartie des apports en numéraire, en nature ou en industrie qu'ils affectent à l'activité lors de la constitution de la société des titres sociaux⁷¹. Ceux-ci, quelle que soit leur nature juridique : actions dans les sociétés par actions et parts sociales dans les autres formes de sociétés, représentent soit une quotité du capital de la société émettrice soit une créance à long terme contre celle-ci. Cependant, les apports ne sont pas récompensés de la même manière⁷². Si les apports en numéraire et en nature peuvent facilement se soumettre à la proportionnalité, ce n'est pas le cas de l'apport en industrie. Le statut de l'apporteur en industrie permet de lui réserver un traitement singulier⁷³.

L'apport en industrie est caractérisé par la mise à la disposition de la société d'un savoir-faire par le titulaire de cet apport⁷⁴. Cette mise à disposition du savoir-faire qui se rapproche de la prestation de travail que le travailleur accomplit au profit de son employeur⁷⁵ ne génère pas un contrat de travail entre l'apporteur en industrie et la société⁷⁶. En dépit de la non-incorporation de l'apport en industrie dans le capital social

de la société, l'apporteur en industrie a la qualité d'associé⁷⁷. Le législateur donne la possibilité aux statuts de décrire l'apport en industrie et de déterminer les modalités de sa libération, le nombre de titres sociaux attribués en rémunération de l'industrie et les droits attachés à ces titres dans le partage des bénéfices et de l'actif net⁷⁸. La nature de l'apport en industrie et la détermination de sa contrepartie relèvent de la liberté contractuelle des associés. L'évaluation et la libération de l'apport en industrie n'étant pas simples, l'égalité est difficile à atteindre au regard de la contrepartie des apports en numéraire et en nature dont la contrepartie semble facile à déterminer⁷⁹. Cette difficulté législative, voire cette impossibilité de donner une contrepartie exacte à l'apport en industrie, empêche que l'apport en industrie soit considérablement utilisé⁸⁰, car ce type d'apport est encore dans l'ombre des apports en capital très visibles. Le droit comparé montre que l'évaluation arbitraire de la rémunération de l'apport en industrie n'est pas propre au droit OHADA. Le législateur français⁸¹, en rémunérant l'apport en industrie par une part égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, est discrétionnaire.

L'apport en industrie est ainsi soumis à un traitement particulier en fonction de sa nature. Le droit au vote, au partage des bénéfices et de l'actif net, la

71 AUSCGIE, art. 4, 37, 38 et 51 ; D. R. Soh Fogno, Ch. Talla, « L'apport en industrie en droit des sociétés commerciales de l'OHADA : Réflexion sur un vide juridique », *Ann. Fac. Sc. jur. et pol. de l'Univ. de Dschang*, t. 13, 2009, p. 199.

72 AUSCGIE, art. 40, 1^o ; 41, al. 1^{er} et 2 ; 42, 43 et 44 (en numéraire) ; 40, 2^o ; 45, al. 1^{er} et 2) ; 46, 47, 48 et 49 (en nature) ; 40, 3^o ; 50-1, al. 1^{er} et 2 (en industrie).

73 D. Poracchia, « L'apporteur en industrie est un associé au titre de l'article 1844-5 du Code civil relatif à la dissolution d'une société unipersonnelle », *Rev. sociétés* 2004, p. 855.

74 C. Karam, *L'apport du savoir-faire en société*, Thèse, Univ. Paris et Univ. libanaise de droit, 2009, pp. 10 et s.

75 C. trav. cong., art. 2 et 26 ; T. Pasquier, « Sens et limites de la qualification de contrat de travail », *RDT* 2017, p. 95.

76 Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 855, note D. Proracchia ; A. Billong Billong, « L'apport en industrie en droit OHADA : une nouvelle approche », *Revue de l'ERSUMA*, n^o 4, Sept. 2014, Doctrine.

77 AUSC-GIE, art. 50-3, al. 1^{er} ; L. Nurit-Pontier, « Repenser les apports en industrie », *LPA* 3 juillet 2002, n^o 132, p. 4.

78 AUSC-GIE, art. 50-2.

79 Pour l'apport en numéraire (AUSCGIE, art. 40, 1^o ; 41) et pour l'apport en nature (AUSCGIE, art. 40, 2^o ; 45).

80 D. R. Soh Fogno, Ch. Talla, *loc. cit.*, pp. 199-226 ; A. Billong Billong, *loc. cit.*, sept. 2014, Doctrine.

81 C. civ. fr, art. 1844-1 : « [...] La part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire ».

contribution aux pertes⁸² de l'apporteur d'industrie ne sont pas déterminés sous l'empire de la proportionnalité puisqu'ils se fondent sur la participation au capital social. Or, l'apport en industrie n'est pas incorporé dans le calcul du capital de la société⁸³. Les titres sociaux, souvent qualifiés de titres d'industrie⁸⁴, de l'apporteur en industrie sont déterminés forfaitairement par les statuts. Le législateur OHADA précise que les droits de vote attribués au titulaire d'apports en industrie ne peuvent être supérieurs à vingt-cinq pour cent (25%) de l'ensemble des droits de vote⁸⁵. Et la part totale attachée à ces titres sociaux ne peut excéder vingt-cinq (25%) des bénéficiaires, de l'actif net et des pertes de la société⁸⁶. Le plafond du droit de vote ou du droit financier de l'apporteur en industrie est égal à vingt-cinq pour cent (25%). Ce plafond donne par conséquent aux associés la liberté de fixer un pourcentage inférieur à celui prévu par la loi. La valeur préfixée de l'apporteur en industrie par le législateur est contestable. Le forfait accordé à l'apporteur en industrie est arbitraire parce qu'il ne résulte pas en réalité d'évaluation réelle de la rentabilité de l'apport pour la société. Il s'agit simplement d'une rentabilité projetée puisqu'elle est appréciée au moment de la constitution de la société comme l'apport en nature et l'apport en numéraire. Or, la libération de l'apport en industrie se réalise progressivement au cours de l'activité projetée par les associés, ce qui peut durer toute la vie sociale.

Il existe ainsi un déséquilibre entre les droits des apporteurs en numéraire ou en

nature et ceux des apporteurs en industrie. Ce déséquilibre, s'il n'est plus qualifié de lésion, certains auteurs y trouvent une discrimination⁸⁷, alors que d'autres y trouvent des justifications à la différence de traitement⁸⁸. On constate ainsi la régression de la règle d'ordre public de la prohibition des clauses lésionnaires. Il exclut à leur côté les clauses d'inégalités dont la licéité est reconnue⁸⁹.

À l'analyse, il semble donc malaisé de parler d'égalité entre les apporteurs de formes différentes. La différence de traitement des droits sociaux est également admise en fonction de la nature de l'action.

2.- Une inégalité fondée sur la nature des droits sociaux

L'exigence de proportionnalité entre la participation au capital social et les droits et obligations des associés ou actionnaires peut être tempérée par les statuts ou les pactes extra-statutaires. À ce titre, le législateur OHADA ne recherche plus une équivalence absolue entre la participation au capital social et la prétention aux profits réalisés. L'inégalité des droits et obligations est admise lorsque l'action a une nature différente d'autres titres ayant constitué la société⁹⁰. Ce tempérament prend en compte la singularité de la situation de chaque associé, afin de mieux récompenser les associés actifs qui animent la vie de la société par rapport aux associés passifs qui ne font que placer leurs fonds dans le seul but de réaliser des bénéfices⁹¹. Il existe ainsi une idée de souplesse, de flexibilité afin de tenir compte des enjeux financiers de la

82 AUSCGIE, art. 50-3, al. 1^{er}.

83 M. Ndiaye, *L'inégalité entre associés en droit des sociétés*, op. cit., p. 172.

84 Ils s'opposent aux titres de capital.

85 AUSCGIE, art. 50-3, al. 2.

86 AUSCGIE, art. 50-3, al. 3.

87 Y. Guyon, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Paris, LGDJ, 1993, p. 192.

88 M. Ndiaye, op. cit., p. 174.

89 Cass. civ. 1^{re}, 16 oct. 1990, n° 87-15467, *BJS* 1990, p. 1029, note P. Le Cannu.

90 AUSCGIE, art. 13, 12° ; 54, al. 1^{er} ; J.-J. Lecat, « Les actions de préférences dans le nouvel acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE », *Penant* 2014, n° 887, p. 205 ; A. Kenmogne Simo, « La désolidarisation entre participation au capital social et source du pouvoir en droit OHADA », *loc. cit.*, pp. 1 et s.

91 Cf. C. A. W. Ndiaye, « Le droit des associés de participer aux décisions collectives dans les sociétés commerciales OHADA », in *Justice & intégration, t. II, Intégration*, Mélanges en l'honneur du Professeur Ndiaw Diouf, Editions du CRDIJ et éditions de l'ERSUMA, 2020, p. 705.

participation à la société. Dans cette optique, la proportionnalité est finalisée parce que les droits et obligations ne sont plus déterminés en corrélation avec la participation de l'associé au capital mais en concordance avec son activisme ou la participation de l'associé au fonctionnement de la société⁹².

Le droit des sociétés a multiplié les nouveaux types d'actions qui échappent à la proportionnalité. Il consacre la dissociation des droits de l'associé de son action par la liberté contractuelle des associés. En analysant la désolidarisation entre la participation au capital et les droits et obligations des associés, un auteur s'est interrogé sur la fin de la connexion apports/capital⁹³. Les associés sont ainsi devenus juges de leurs intérêts respectifs, et créent des actions spécifiques par des statuts et des pactes extra-statutaires, adaptées à l'organisation des rapports sociétaires⁹⁴. Ils simplifient l'organisation et le fonctionnement des sociétés dans les conventions extrastatutaires.

En premier lieu, selon l'article 755 AUSCGIE « [...] lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence dans les conditions des articles 778-1 et suivants et jouissant d'avantages par rapport à toutes les autres actions ». Le législateur définit les conditions de création des actions de préférence, remplaçant les actions de

priorité, sans déterminer précisément les contours de la préférence. Celle-ci intègre tout type de préférence à cause de sa malléabilité. La préférence peut ainsi avoir une nature financière ou autre⁹⁵. Elle peut même se traduire par un désavantage tel que la suppression totale ou partielle du droit de vote, car « les actions de préférence ne sont pas nécessairement des actions ayant plus de droits, mais seulement des actions assorties de droits différents »⁹⁶. Il existe donc un panel diversifié de préférences pouvant être des avantages pécuniaires tels qu'un droit à un dividende prioritaire, un droit à un dividende préciputaire, un droit prioritaire au *boni de liquidation*, un droit prioritaire de remboursement au moment de la liquidation, un droit privilégié sur les distributions de réserves. Les associés peuvent également aménager le droit de vote qui a perdu son caractère sacré, sa force et devient flexible⁹⁷. Ils peuvent même décider de la suppression du droit de vote⁹⁸. En pareil cas, le capital est déclaré muet⁹⁹. En telle hypothèse, l'associé ne contrôle la gestion de la société que par l'alerte et l'expertise de gestion. Dans cette perspective, l'attribution des actions gratuites aux associés est également fondée sur la nature des droits sociaux¹⁰⁰.

Ainsi, les associés dérogent par des actions de préférence à la proportionnalité parce qu'elles peuvent être créées avec ou sans droit de vote¹⁰¹ ou avec un droit de vote

92 M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *op. cit.*, n° 135.

93 H. Le Nabasque, « La fin de la connexion apports/capital ? », in *Quel avenir pour le capital social*, Dalloz, 2004, pp. 103-125.

94 AUSCGIE, art. 54, al. 1er ; 755 ; J. Heinick, H. Lécuyer, J. Mestre, *Les pactes d'affaires, op. cit.*, p. 13 ; A. Féneon, *Droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, LGDJ, 2015, p. 652.

95 B. Pichard, « Quels droits pour les actions de préférence ? », *LPA*, 21 janv. 2005, p. 7 ; B. Meuke, « L'action de priorité en droit Ohada », *Revue jurisfis infos*, sept.-oct. 2011, n°11, p. 9.

96 B. Faye, J. Nyemb, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique », *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 717.

97 D. Nzouabeth, *loc. cit.*, p. 14 ; H. Hovasse, « Coup d'arrêt à la "désacralisation" du droit de vote », *Dr. sociétés*, 1999, p. 3.

98 Trois situations de suppression du droit de vote courantes : AUSCGIE, art. 178 al. 3, 542, 639 et s. (SA) ; AUSCGIE, art. 354 alinéa 2, 440 al. 5 (privation du droit de vote à un associé) ; AUSCGIE, art. 778-1 (privation du droit de vote aux assemblées à un actionnaire).

99 AUSCGIE, art. 542 ; 775, al. 2 ; M. Deguenon, « Le capital muet dans les sociétés par actions de droit OHADA », *LE NEMRO*, 2022-3, pp. 64 et s.

100 AUSCGIE, art. 95, 95-1, 544, 545, 581, 626-1, et s., 752, 822-10-3.

101 AUSCGIE, art. 778-1, al. 1^{er} ; M. Deguenon, « Le capital muet dans les sociétés par actions de droit OHADA », *LE NEMRO* 2022-3, n° 25, pp. 64 et s. ; D. Nzouabeth, *loc. cit.*, pp. 19 et s.

double¹⁰². Le choix des avantages revient aux associés. Ils peuvent limiter le nombre de voix pouvant être disposé par un seul actionnaire afin de renforcer les droits des petits actionnaires¹⁰³.

En second lieu, les droits et obligations attachés aux valeurs mobilières composées¹⁰⁴ ne sont pas soumis à la proportionnalité. Les valeurs mobilières composées relèvent du libéralisme de l'économie¹⁰⁵. Elles sont librement émises par les associés afin de permettre l'accès au capital ou le droit à l'attribution de titre de créance¹⁰⁶, ce qui encouragerait l'entrepreneuriat et les investissements en Afrique¹⁰⁷. Il existe plusieurs valeurs mobilières notamment des obligations converties en actions, des obligations avec bons de souscription d'actions ou des obligations remboursables en actions. Elles peuvent être émises par les sociétés par actions dans lesquelles les actionnaires disposent d'un droit de préférence à la souscription de ces valeurs mobilières¹⁰⁸. Elles répondent aux besoins de financement des sociétés. Le montant nominal des valeurs mobilières émises par la société et des droits et des obligations attachées à celles-ci est fixé de façon distincte des actions ordinaires¹⁰⁹.

Cette diversité de valeurs mobilières ne respecte pas l'égalité entre associés puisqu'elle n'est pas l'âme du contrat de société¹¹⁰. L'égalité est remise en cause par le développement de ces instruments parce qu'elle devient un principe artificiel, une

règle supplétive, relative pouvant être aménagée par les conventions extra-statutaires. La diversification des valeurs mobilières est adaptée aux divers profils des associés et des statuts dans la même société.

En effet, la légitimité du pouvoir de l'associé et de ses prérogatives pécuniaires se sont émancipées du capital social¹¹¹. La détermination des prérogatives politiques et pécuniaires sans prendre en compte le capital social crée une discrimination positive parce qu'elle permet de répartir les pouvoirs et les richesses en fonction des critères plus fins que la seule proportionnalité arithmétique des apports. La discrimination est ici acceptée sous une double condition : d'une part, être justifiée par l'objectif à atteindre, et d'autre part, être proportionnée à cet objectif. Dans ce registre, en somme, la proportionnalité est au service de la protection des intérêts des associés. Cependant, ce n'est pas la seule fonction de la proportionnalité puisqu'il existe un autre registre où elle est un instrument de protection de l'intérêt de la société.

II.- La proportionnalité, un instrument de protection de l'intérêt de la société

La protection de l'intérêt de la société par l'application de la proportionnalité passe par la conformité des actes posés par les associés et les dirigeants sociaux à l'intérêt social, *boussole* de la société¹¹². Cet intérêt transcende en réalité

102 AUSCGIE, art. 778-1, al. 2 ; P.-G. Pougoué, F. Anoukaha, J. Nguebou Toukam, *op. cit.*, p. 70.

103 AUSCGIE, art. 543, al. 2 ; P. Puig, *loc. cit.*, p. 203.

104 AUSCGIE, art. 765 à 771-3.

105 Cf. A. Sunkam Kamdem, « Le nouveau régime des valeurs mobilières dans les sociétés commerciales de l'OHADA », *LE NEMRO, RTDE*, avril-juin 2017-2, p. 381 ; D. Nzouabeth, *loc. cit.*, p. 35 et s.

106 AUSCGIE, art. 822 à 822-21 ; J. Issa-Sayegh, « Réflexions sur l'émission d'obligations convertibles en actions dans le droit OHADA », *Ohadata* D-03-08 ; E. S. Houenou, *op. cit.*, pp. 220 et s.

107 Cf. K. Mbaye, « L'histoire et les objectifs de l'Ohada », *LPA* n° 205, 13 oct. 2004, pp. 4 et s. ; B. Faye, J. Nyemb, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique », *Rev. dr. et patr.* 2014, n° 239, p. 72.

108 AUSCGIE, art. 822, 822-1.

109 AUSCGIE, art. 387.

110 Cf. R. Njeufack Temgwa, « Les titres sociaux assortis de droits particuliers en droit Ohada », *Juridis Périodique*, n° 77, jan.-fév.-mars 2009, p. 83.

111 Cf. D. Nzouabeth, *loc. cit.*, p. 44.

112 B. Basuyaux, « Intérêt social, une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales », *LPA* 2005, n° 4, p. 3 ; A. Akam Akam, « La responsabilité civile des dirigeants

les intérêts catégoriels qui se concilient par leur gravitation autour de celui-ci ; ce qui exprime d'une certaine manière l'idée de proportionnalité. Il est la source de la légitimité du pouvoir des dirigeants sociaux et des actes des associés. L'intérêt de la société anime ainsi la gouvernance des sociétés et détermine l'étendue des missions des associés et des dirigeants sociaux. La proportionnalité apparaît à la fois comme un critère de validité des actes sociaux (A) et comme un élément d'appréciation de la sanction des manquements aux obligations sociales (B).

A.- La proportionnalité, critère de validité des actes sociaux

L'acte social comprend plusieurs assertions, même en droit des sociétés où il peut s'agir d'une action, d'une opération, d'une décision ou d'une délibération¹¹³. Sa validité est, en droit des sociétés, soumise à la proportionnalité pour protéger l'intérêt de la société. Cette protection passe ici par l'exigence de la conformité de l'acte social à l'intérêt social. La conformité devient l'élément justificateur de l'acte social. Quel que soit le type d'actes : actes individuels (1) ou décisions collectives (2), leur validité est soumise, en droit des sociétés, à leur conformité à l'intérêt social.

1.- La validité des décisions individuelles soumise à la conformité avec l'intérêt social

Les actes individuels pris dans la société doivent être conformes à l'intérêt social. La validité des actes des dirigeants sociaux, représentants de la société¹¹⁴, est soumise à la conformité de ceux-ci par rapport à l'intérêt de la société. Celui-ci est

le critère de validité des actes individuels. Cette obligation de conformité des actes des organes de gestion, de direction et d'administration se rapproche de celle liée au respect de l'objet social¹¹⁵. Il s'agit des actes du gérant parce que celui-ci engage la société dans les rapports avec les tiers¹¹⁶.

Aux termes de l'article 277 de l'AUSCGIE : « dans les rapports entre associés et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut accomplir tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société »¹¹⁷. Dans cette optique, le gérant d'une SARL, le président-directeur général, le directeur général ou l'administrateur général d'une SA ont le pouvoir d'agir au nom de la société¹¹⁸. L'exercice de ce pouvoir est encadré par le respect de l'intérêt de la société, ce qui exclut les atteintes au patrimoine de la société. Une atteinte est portée au patrimoine de la société par l'abus de biens ou de crédit de la société. Le respect de l'intérêt social traduit en quelque sorte cette exigence de proportionnalité qui s'analyse ici en termes de conformité à cet intérêt. L'intérêt social est ici un impératif de conduite ; c'est le pôle vers lequel les dirigeants sociaux et tous les administrateurs doivent orienter leur conduite et qui leur impose de respecter en toutes circonstances un intérêt plus large que les leurs propres¹¹⁹. Dès lors, les dirigeants sociaux ne doivent pas poser des actes contraires à l'intérêt de la société notamment le détournement des biens de la

sociaux en droit OHADA », *Revue inter. Droit écon.*, 2007/2, t. XXI, 2, p. 211.

113 R. Njeufack Temgwa, « L'acte social irrégulier en droit des sociétés commerciales OHADA », *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, PUAM, 2010, p. 179 ; A. C. Makosso, « La notion d'acte en droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *RAMReS*, 2020, pp. 2 et s.

114 AUSCGIE, art. 121 ; pour les SNC et SARL (AUSCGIE, art. 276 et 323 ; pour les SA (art. 416, 465, 487, 470, 485 et 494.

115 CCJA, 2e ch. n° 184, 8 déc. 2016, AND Mining SARL c/ Impala DRC, Ohadata J-17-124 ; CCJA, 3e ch., n° 157, 18 oct. 2018, Issambi Mbi Bonnes Thierry François c/ Sté d'Electricité, de Téléphone et d'Eau du Gabon SA, Jean Pierre Dujacquier.

116 AUSC-GIE, art. 277-1.

117 AUSCGIE, art. 277 (SNC) ; 328 (SARL).

118 AUSCGIE, art. 329 (SARL) ; 465 (SA).

119 Cl. Ducouloux-Favard, « Les déviations de la gestion dans nos entreprises », *D.* 1996, chron., p. 191.

société¹²⁰. L'intérêt de la société apparaît aussi comme une boussole qui indique la conduite à tenir et qui permet de détecter les déviations et les abus dans la gestion. Le législateur pour la nécessité de faire respecter l'exigence de proportionnalité mobilise l'arsenal répressif. C'est le cas lorsqu'il incrimine la contrariété des actes des dirigeants à l'intérêt social. Les dirigeants sont ainsi tenus de ne pas poser des actes qui entament les biens, la crédulité ou la confiance de la société¹²¹. En tout état de cause, il peut exister des conflits d'intérêts dans l'administration des sociétés. Le défaut de considération de l'intérêt de la société dans la décision du gérant constitue ainsi le délit d'abus de gestion, recouvrant l'abus des biens et de crédit sociaux¹²².

En tant que fondement de l'acte individuel du dirigeant, l'intérêt social enfreint par l'abus de biens ou de crédit est sanctionné par l'invalidité de l'acte irrégulier. Dans cette optique, l'acte du dirigeant contraire à l'intérêt social n'engageant pas la société, le tiers contractant de bonne foi pourrait rechercher la responsabilité personnelle du gérant¹²³. Une inopposabilité peut être inéluctable si les dirigeants sociaux violent les règles relatives aux conventions interdites ou réglementées¹²⁴. Parallèlement, l'obligation de conformité à l'intérêt social ne concerne pas seulement les actes individuels, elle

s'applique également aux décisions collectives.

2.- La validité des décisions collectives soumise à la conformité avec l'intérêt social

Les associés disposent d'un pouvoir collectif de décisions symbolisant la contrepartie de leurs apports dans la société¹²⁵. Ils participent en tant que citoyens de la société à la vie sociale, en exerçant leurs prérogatives politiques¹²⁶, à travers les décisions collectives qui excèdent les pouvoirs des dirigeants sociaux¹²⁷. Dans cette perspective, les associés ont le pouvoir d'adopter les décisions collectives, ordinaires ou extraordinaires¹²⁸. Les décisions collectives sont prises en assemblée¹²⁹, en principe à l'unanimité des associés¹³⁰, mais les statuts peuvent prévoir leur adoption à la majorité¹³¹. Afin d'éviter la rupture d'égalité entre associés, les décisions prises à la majorité doivent donc être conformes à l'intérêt de la société sous peine de nullité¹³². La contrariété des décisions collectives à l'intérêt social peut s'apprécier soit par rapport à l'organe d'administration soit par rapport à la position prise par l'associé pendant l'adoption de la décision collective.

Dans le premier cas, les associés ont le droit de participer au vote des décisions

120 Par exemple, la distribution des dividendes fictifs (AUSCGIE, art. 889) ou la présentation d'un bilan inexact (AUSCGIE, art. 890).

121 A. Akam Akam, V. Bakreo, *Droit des sociétés commerciales OHADA*, op. cit., p. 232.

122 AUSC-GIE, art. 891 ; Cass. crim., 13 oct. 1986, *Bull. joly sociétés*, 1987, p. 1029.

123 R. Vatinet, « La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles », *Rev. sociétés*, 2003, p. 252.

124 AUSCGIE, art. 507 (conventions interdites) ; 502, 503, 504, 505 (conventions réglementées).

125 AUSCGIE, art. 53, 4°) ; Cass. civ. 3°, 5 janv. 2022, n° 20-17.428, FS+B (C. civ., art. 1852).

126 Cf. M. Cozian, A. Viandier, Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 295, p. 143 ; C. Koering, *La règle "une action-une voix"*, Thèse Paris I, 2000, pp. 306 et s.

127 AUSCGIE, art. 283, al. 1^{er}.

128 AUSCGIE, art. 283, al. 1^{er} (décisions collectives dans les SNC) ; art. 347 (décisions collectives ordinaires dans les SARL) ; art. 357 (décisions extraordinaires dans les SARL) ; P. S. A. Badji, *Droit des sociétés OHADA, Représentations, décisions collectives, contractualisation (SAS, pactes d'actionnaires)*, CREDILA/L'Harmattan, 2021, 232 p.

129 AUSCGIE, art. 284, 286, 287, 288 (Assemblée générale annuelle) et art. 125 ; Pour la SARL (AUSCGIE, art. 333) ; Pour les SA (AUSCGIE, art. 546 et s. ; art. 551 et s. ; art. 555) ; A. C. Makosso, *loc. cit.*, pp. 2 et s.

130 AUSCGIE, art. 349, 358 (SARL), 550 et 554 (SA).

131 AUSCGIE, art. 302 ; art. 305 (unanimité des associés dans les SCS) ; 283, al. 2 (majorité dans les SNC).

132 AUSCGIE, art. 130.

collectives au sein de la société¹³³. Mais, l'application de la proportionnalité impose que les décisions qu'ils prennent ne soient pas contraires à l'intérêt de la société. Ainsi, les décisions du conseil d'administration¹³⁴, les délibérations de l'assemblée générale annuelle¹³⁵ doivent être conformes à l'intérêt social. En conséquence, les délibérations ou décisions que les associés adoptent contraire aux dispositions régissant les droits de vote sont nulles¹³⁶. Le vote de l'associé doit être au service de l'intérêt social et non de l'intérêt personnel.

Dans le second cas, la proportionnalité permet de constater l'abus de majorité et l'abus de minorité. L'abus de majorité est caractérisé par trois conditions nécessaires : d'abord, la décision qui ne se fonde pas sur l'intérêt de la société ; ensuite, la décision est prise dans le seul intérêt des associés majoritaires, et enfin, la décision est contraire aux intérêts légitimes des associés minoritaires¹³⁷. Au regard de cette définition, il existe trois éléments permettant d'établir l'existence ou non de la proportionnalité. Le premier est l'obligation de fonder la décision sur l'intérêt de la société. Celui-ci est la justification de la décision, sans sa prise en compte la décision est nulle. Le deuxième est l'obligation de prendre en compte, dans la décision, à la fois les intérêts des associés majoritaires et minoritaires. À défaut, la décision est nulle parce que contraire à l'intérêt social¹³⁸. Et le troisième est enfin la possibilité que la décision soit qualifiée d'abusives lorsqu'elle est contraire aux intérêts légitimes des

associés minoritaires¹³⁹. Au total, l'abus de majorité est une décision en principe sanctionnée par la nullité¹⁴⁰, même si la responsabilité des associés ayant voté la décision constitutive de l'abus peut être engagée par les associés minoritaires pour la réparation du préjudice qui en résulte à leur égard¹⁴¹. Le défaut de proportionnalité s'observe également en cas d'abus de minorité.

La proportionnalité permet de constater l'abus de minorité. Celui-ci est constitué lorsque les associés minoritaires exercent un vote contraire à l'intérêt de société sans justification d'un intérêt légitime¹⁴². En effet, les associés minoritaires ont le droit d'opposition, mais leurs décisions doivent tenir compte de l'intérêt social. Le législateur soumet parfois l'adoption de certaines décisions importantes à la majorité renforcée. Dès lors, les associés minoritaires sont subitement investis d'un droit de veto pour leur adoption. Si l'exercice de ce veto est abusif et bloque la survie de la société, ils sont responsables d'abus de minorité ou d'abus d'égalité¹⁴³. La proportionnalité exige que leur décision soit justifiée par l'intérêt de la société. La prise en compte de l'intérêt de la société légitime la décision des associés minoritaires. L'exigence de proportionnalité exprime l'idée qu'ils ne doivent pas par leur décision, d'une part, contrarier l'intérêt social pour favoriser un intérêt personnel, et d'autre part, voter pour bloquer la réalisation d'une opération déterminante de la survie de la société¹⁴⁴.

133 AUSCGIE, art. 125 et 126 à 127 (la représentation de l'associé) ; C. A. W. Ndiaye, *loc. cit.*, p. 703.

134 AUSCGIE, art. 435 à 437 (étendue des pouvoirs du conseil d'administration).

135 AUSCGIE, art. 270, 288 (SNC) ; 306 (SCS) ; 516 et s. (SA).

136 AUSCGIE, art. 129-1.

137 AUSCGIE, art. 130, al. 2 ; CCJA 2^e ch. n° 134, 12 nov. 2015, *Sté Générale de Banques en Guinée, Sté Générale France c/ Sté Hann et Compagnie, Ohadata* J-16-127.

138 Cass. com., 18 avril 1961, *JCP* 1961, n° 12164, note D. B.

139 Cass. com. 1^{er} juill. 2003, n° 1077, *RJDA* 11/03, n° 1074, 1^{er} esp. (Le refus de distribution des dividendes sans aucun investissement est constitutif d'abus de majorité).

140 AUSCGIE, art. 130, al. 1^{er}.

141 AUSC-GIE, art. 130, al. 3 ; CA Paris, 20 mars 2002, n° 01/22215, *RJDA* 7/02, n° 762.

142 AUSCGIE, art. 131, al. 2.

143 AUSC-GIE, art. 131 ; M.-A. Mouthieu Njandeu, *op. cit.*, p. 294.

144 Cass. com. 4 déc. 2012, n° 11-25.408, *BRDA* 1/13, inf. 8.

En tout état de cause, pour ne pas pénaliser la société, la juridiction compétente peut remplacer les associés minoritaires ou égalitaires responsables d'abus de minorité ou d'égalité par de mandataires ad hoc aux fins de les représenter à une prochaine assemblée¹⁴⁵. Cependant, l'intérêt de la société n'est pas en jeu seulement dans l'accomplissement des actes sociaux. Il est également présent dans la prononciation de la sanction. C'est pourquoi la proportionnalité impose que la sanction soit appréciée en droit des sociétés au regard de la gravité de la faute.

B.- La proportionnalité, élément d'appréciation de la sanction

La vie de la société amène les associés et les dirigeants à effectuer plusieurs opérations pour assurer son fonctionnement. Dans cette perspective, ils peuvent commettre des fautes qui naturellement doivent être sanctionnées. En droit civil, et en matière de responsabilité contractuelle¹⁴⁶ précisément, le principe de proportionnalité s'observe à travers la concordance entre la sanction et la gravité du dommage. Cependant, le droit de sociétés n'a pas choisi cette option. La sanction est soumise à l'exigence de proportionnalité d'une autre nature : la proportionnalité-adéquation qui encadre préalablement le pouvoir du juge ou des associés afin qu'ils prononcent des sanctions plus justes. La sanction se trouve ainsi modulée en fonction de la gravité de la faute et non du dommage¹⁴⁷. Cette adéquation de sanction par rapport à la

gravité de la faute concerne à la fois la sanction prononcée contre l'associé (1) et celle prononcée contre le dirigeant social (2).

1.- La sanction contre l'associé

La proportionnalité s'applique à la sanction prononcée contre l'associé. L'apporteur bénéficie, en effet, de la qualité d'associé qui lui donne le droit propre intangible et fondamental de rester dans la société¹⁴⁸. Dès lors, lorsqu'il commet une faute, la sanction n'est pas *a priori* l'exclusion, car l'exclusion-sanction n'est admise qu'à titre exceptionnel et soumise au contrôle du juge. L'exception de l'exclusion-sanction est justifiée par deux arguments. Dans l'optique contractuelle, les organes de la société ne peuvent, sans le consentement de l'associé, le déchoir de cette qualité¹⁴⁹. Dans l'optique du droit des biens, l'associé a le droit de propriété sur les parts sociales ou les actions de la société¹⁵⁰. Son exclusion involontaire équivaudrait à une expropriation¹⁵¹. Aussi, l'impossibilité d'exclure un associé peut se justifier par l'absence de pouvoir disciplinaire au sein de la société parce que les associés sont soumis à une solidarité¹⁵², déduite de *l'affectio societatis*, à travers la participation aux bénéfices et aux pertes¹⁵³. Toutefois, cet idéal de permanence de la qualité d'associé ne doit pas cacher les tensions entre les associés pouvant perturber le fonctionnement de la société si elles ne sont pas efficacement traitées¹⁵⁴.

145 AUSCGIE, art. 131, al. 1^{er} et 3.

146 En revanche, en matière de responsabilité extra-contractuelle, l'indemnisation (sanction) est déterminée seulement par la valeur économique du dommage et non par la gravité de la faute.

147 Cf. G. Teboul, « La proportionnalité de la sanction en droit des entreprises en difficultés », *Actu-Juridique.fr*, 22 nov. 2018, consulté le 18 août 2022.

148 E. C. Montcho Agbassa, « Les droits fondamentaux de l'associé en droit Ohada », *RTSJ* 2015, n° 7, p. 68.

149 M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 259, n° 623 et s.

150 Cf., Y. Guyon, *op. cit.*, p. 82, n° 48.

150 E. S. Houenou, *op. cit.*, p. 271 et s.

151 Cons. const., 7 oct. 2015, n° 2015-486 QPC.

152 Cf. S. Toe, « L'exclusion d'un associé en droit OHADA des sociétés commerciales », *RAMReS*, 2019, p. 219.

153 AUSCGIE, art. 4.

154 Cf. I. Tchoutourian, « L'affectio societatis en tant que critère de validité et de qualification des sociétés : l'illustration française », *La Revue du Notariat*, vol. 110, n° 3, déc. 2008, pp. 877-899.

Dans cette perspective, la proportionnalité permet de limiter l'exclusion-sanction puisqu'elle ne sera admise que si la faute présente une gravité particulière. L'exclusion-sanction de l'associé est admise comme mécanisme de traitement des conflits¹⁵⁵. Elle est une institution permettant de forcer le retrait de l'associé de ses parts sociales ou actions en faveur de la société¹⁵⁶. L'exclusion est la réponse de la société vis-à-vis d'un associé qui ne mérite plus de participer à l'aventure collective¹⁵⁷. Cette sanction étant justifiée par l'intérêt de la société¹⁵⁸ afin de restaurer une bonne collaboration nécessaire à la poursuite de l'activité¹⁵⁹, elle n'est prononcée que pour des fautes graves¹⁶⁰. À cet égard, la faute de l'associé pouvant entraîner l'exclusion-sanction ne peut être prescrite dans les statuts ou les conventions que si les clauses des statuts ou des conventions respectent la concordance entre la faute et l'intérêt social¹⁶¹.

Ainsi, l'exclusion-sanction, qu'elle soit légale ou conventionnelle, est soumise à cette proportionnalité-adéquation. Celle-ci s'apprécie à travers les causes de l'exclusion de l'associé devant être fondées sur un juste motif, principalement l'intérêt social. Dans cette optique, la clause d'exclusion statutaire ou extrastatutaire doit être suffisamment précise, connue et

acceptée par l'associé avant sa mise en œuvre afin qu'il soit protégé d'une exclusion arbitraire¹⁶². L'exclusion statutaire doit donc accorder à l'associé des garanties morales, procédurales et patrimoniales pour être valable.

L'exclusion-sanction doit ainsi avoir pour finalité de pallier le dysfonctionnement de la société. Le caractère punitif de l'exclusion donne à la clause statutaire d'exclusion la nature d'une clause résolutoire¹⁶³. Par cette clause, la société met un terme à la relation contractuelle avec l'associé qui n'a pas exécuté ses obligations¹⁶⁴. Mais, l'exclusion est soumise à des conditions de procédure et d'indemnisation des droits de l'exclu. Elle doit résulter d'une décision collective équitable, proportionnelle par rapport à la faute. Elle doit en principe être adoptée à l'unanimité¹⁶⁵.

L'exclusion de l'associé doit être justifiée par l'intérêt social qui constitue le juste motif du retrait forcé d'associé. La notion de juste motif, n'ayant pas reçu de définition légale, s'analyse en un standard donnant la possibilité au droit des sociétés d'infléchir certaines règles rigides¹⁶⁶. Elle a une double conception doctrinale et jurisprudentielle. La doctrine adopte deux positions sur la notion : d'une part, elle s'appuie sur la théorie contractuelle de la

155 AUSCGIE, art. 7, 177, 178, 249, 269-6, 853-19 ; R. T. Njeufack, « Assemblées de sociétés et décisions collectives », in *Encyclopédie du droit OHADA*, P.G. Pougoué (dir.), Lamy, 2011, p. 321.

156 Cf, S. Le Normand-Caillère, « Le risque d'exclusion de l'associé : de l'exclusion à la cession forcée des titres sociaux », in *Le risque entrepreneurial*, R. Mortier, Y. Sérandour (dir.), Lexis-Nexis, 2015, 432 p.

157 Cf, M. Rakotovahiny, « La liberté de se retirer de la société : une liberté en demi-teinte », *Rev. sociétés* 2017, n° 15, p. 338.

158 CA Reims, 24 avril 1989, *JCP E* 1990, II, 15677, n° 2, note A. Viandier, J.-J. Caussain ; A. Viandier, *La notion d'associé*, *op. cit.*, pp. 133 et s.

159 D. Velardicchio-Flores, *Les accords extrastatutaires entre associés*, PUAM, 1993, n° 190 et s.

160 AUSCGIE, art. 269-6 (L'exclusion dans les sociétés à capital variable) ; 853-19 (dans les sociétés

par actions simplifiée) ; 249 (en cas d'une non-libération par l'actionnaire défaillant de ses apports ou encore dans l'hypothèse d'une action en annulation de la société) ; D. Poracchia, B. Brignon, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires », *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 15.

161 D. Martin, « L'exclusion d'un actionnaire », *RJ com.* 1990, n° spéc., p. 97.

162 S. Le Normand-Caillère, « L'exclusion statutaire d'un associé », *RJ com* 2015, n° 6, p. 553.

163 M.-A. Mouthieu Njandeu, *op. cit.*, p. 238.

164 M. Cozian, A. Viandier, Fl. Deboissy, *op. cit.*, n° 300, p. 145.

165 Cf, Y. Guyon, « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *RJ Com.*, 2003, n° 1, p. 2.

166 B. Saintourens, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD. Com.* 1987, p. 479.

société pour assimiler l'intérêt social à l'intérêt commun des associés afin de protéger notamment les associés minoritaires contre les exclusions abusives et, d'autre part, sur la théorie institutionnelle de la société pour assimiler l'intérêt social à l'intérêt de la personne morale afin de mieux protéger la société, ses dirigeants et les associés majoritaires. Au bout du compte, la proportionnalité permet de protéger l'intérêt social qui peut être considéré comme la somme entre les intérêts catégoriels des associés et celui de la société. Tous les intérêts distincts dans la société doivent converger à la réalisation de l'objet social¹⁶⁷.

On peut observer également la proportionnalité dans les deux conceptions de juste motif de l'exclusion développées par la jurisprudence. Une conception contractuelle parce qu'elle s'oppose à l'exclusion de l'associé en la rattachant à l'intérêt social. Or, l'absence d'exclusion de l'associé indélicat engendre les conséquences regrettables pour la société¹⁶⁸. Une autre conception institutionnelle admet l'exclusion de l'associé si elle est motivée par l'intérêt social¹⁶⁹.

Eu égard à ce qui précède, l'intérêt social est un intérêt supérieur qui justifie l'exclusion de l'associé¹⁷⁰. Il se profile une

extension des causes de l'exclusion de l'associé par l'intérêt social même si le législateur encadre la procédure d'exclusion¹⁷¹ et le juste traitement réservé aux titres sociaux de l'associé¹⁷². Cependant, l'adéquation entre la sanction et la faute ne concerne pas que la situation des associés, elle implique également celle des dirigeants sociaux.

2.- La sanction contre le dirigeant social

La sanction contre le dirigeant social est soumise à la proportionnalité. Le législateur de l'OHADA prescrit deux principaux types de responsabilité des dirigeants sociaux à l'égard de la société : la responsabilité civile¹⁷³ et la responsabilité pénale¹⁷⁴. Qu'il s'agisse de la responsabilité civile ou pénale¹⁷⁵, la proportionnalité permet d'appliquer justement la sanction. La justesse de la sanction est obtenue à l'aune de l'intérêt de la société. Mais, en raison de la nature de l'étude, seule la proportionnalité de la sanction civile est ici analysée.

La responsabilité civile présente, en effet, deux visages en droit des sociétés. D'une part, le dirigeant social est soumis à la responsabilité civile de droit commun si la faute est commise dans une société *in bonis*¹⁷⁶. D'autre part, il est soumis à une

167 S. Toe, *loc. cit.*, p. 231.

168 G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ 1946, p. 76 ; J. J. Daigre, *loc. cit.*, p. 576.

169 A. Viandier, J.-J. Caussain, note sous C.A. Reims, 24 avril 1989, *JCP E* 1990, II, n° 15677, n°2.

170 M. Rakotovahiny, « La liberté de se retirer de la société : une liberté en demi-teinte », *Rev. soc.* 2017, p. 338.

171 AUSCGIE, art. 269-6, alinéa 2 (La compétence à l'assemblée générale ou la collectivité des associés de décider, à la majorité fixée par les statuts).

172 AUSCGIE, art. 853-19.

173 AUSCGIE, art. 161 à 172 ; A. Akam Akam, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *Revue inter. droit écon.*, 2007/2, t. XXI, 2, pp. 211 et s.

174 Traité OHADA, art. 5, al. 2 ; AUSCGIE, art. 886 et 887 (Infractions relatives à la constitution des sociétés) ; 888 à 891-2 ; 8913 et 892 ; art. 8913 et

892 ; art. 893 à 896 ; art. 897 à 900 ; art. 901 ; art. 902 à 904 ; art. 905 ; loi camerounaise n° 2003-08 du 10 juill. 2003 relative à la répression des infractions contenues dans certains actes uniformes ; loi béninoise n° 2001-20 du 12 oct. 2011, portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin, art. 64 ; loi sénégalaise n° 2018-13 du 27 avril 2018 relative à la répression des infractions prévues par les Actes uniformes adoptés en application du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique détermine les sanctions applicables aux infractions relatives à la gérance, à l'administration et à la direction des sociétés.

175 J. Pradel, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *Les Cah. dr.*, vol. 60, n° 4, 2019, 5.

176 AUSCGIE, art. 161, al. 2 et 165, al. 2 ; A. Akam Akam, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *Revue inter. droit écon.*, 2007/2, t. XXI, 2, pp. 211 et s.

responsabilité civile aggravée dans une société en difficulté¹⁷⁷. Le régime de cette dernière exige la preuve de la faute commise, de l'existence d'un dommage et du lien de causalité entre la faute et le dommage¹⁷⁸.

Ainsi, la proportionnalité-adéquation exige que la sanction soit modulée en fonction de la faute de gestion du dirigeant. L'intérêt social est le fondement de la sanction contre le dirigeant social. La sanction doit être conforme à cet intérêt pour être proportionnelle à la faute. La sanction de la faute du dirigeant social en matière civile est la réparation du dommage. L'obtention d'une réparation proportionnelle à la faute de gestion suppose une juste appréciation du lien de causalité entre la faute et le préjudice¹⁷⁹. Le juge a la possibilité de moduler la sanction afin qu'elle soit adéquate à la faute¹⁸⁰. Il doit tenir compte de la gravité de la faute du dirigeant et de sa proportion dans la contribution au préjudice¹⁸¹. Si plusieurs dirigeants ont coopéré aux mêmes faits, chaque auteur du fait doit participer à la réparation du préjudice¹⁸². Dans cette optique, le principe de proportionnalité exige qu'en cas de pluralité de fautes de gestion, chacune doit être légalement

prouvée¹⁸³. En tout état de cause, la sanction adéquate ne s'applique qu'aux fautes de gestion véritablement prouvées. Dès lors, la responsabilité du dirigeant ne peut être retenue qu'« en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif »¹⁸⁴. La Cour de cassation française censure la disproportion entre la faute et la sanction¹⁸⁵.

Au total, la sanction doit être visée en fonction de la faute¹⁸⁶. Elle doit être justifiée¹⁸⁷, motivée et proportionnée¹⁸⁸ ou mesurée¹⁸⁹ afin de garantir les conditions d'un bon fonctionnement de l'activité économique. Il sanctionne les abus des dirigeants afin de rétablir l'équilibre entre les intérêts dans la société¹⁹⁰. Dès lors, la proportionnalité-adéquation exige que le dirigeant social ne peut subir que des sanctions nécessaires¹⁹¹. De ce fait, la sanction n'est légitime que si elle est proportionnée à la gravité de la faute¹⁹². L'adéquation sanction/faute empêche que la sanction soit « manifestement disproportionnée » par rapport au comportement du dirigeant social¹⁹³. Le dirigeant social doit être plus sanctionné pour les infractions liées à la fraude qu'à la transgression de règles morales. Par ailleurs, la proportionnalité exclut la double

177 AUPC, art. 196 à 199 ; COCC, art. 1024 et s. ; P. Nguihé Kanté, « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », *Penant* 2002, p. 5.

178 AUPCAP, art. 183 ; Cass. com. 11 avril 2018, n° 16-21.886.

179 AUSCGIE, art. 330 (responsabilité des gérants de SARL) et 740 (responsabilité des administrateurs, de l'administrateur général) ; G. Teboul, « La proportionnalité de la sanction en droit des entreprises en difficulté », *Actu-Juridique.fr*, 22 nov. 2018, consulté le 6 oct. 2022

180 Cass. com., 26 janv. 2010, n° 08-14.088, *LPA* 30 oct. 2017, n° 130j9, p. 6 note G. Teboul, J.-F. Doucède.

181 Cass. com., 24 mai 2018, n° 17-18.918, *Gaz. Pal.* 26 juin 2018, n° 318m6, p. 39.

182 AUSCGIE, art. 330, al. 2 ; Cass. com., 9 mai 2018, n° 16-26.684, F-PB.

183 Cass. com., 1^{er} déc. 2009, *Bull. civ.* IV, n° 166, *D.* 2010, *AJ*, p. 10, obs. A. Lienhard.

184 AUPCAP, art. 183.

185 Cass. com., 28 févr. 2018, n° 16-27.591.

186 AUSCGIE, art. 199 (privation du droit de vote) ; COCC, art. 1038 (cession forcée des parts) ; COCC, art. 1036 (interdiction de diriger, de gérer, administrer ou de contrôler une personne morale).

187 Cass. com., 4 avril 2018, n° 17-85.027, *Gaz. Pal.* 24 juill. 2018, n° 329m1, p. 39, note E. Dreyer.

188 G. Teboul, *loc. cit.*, *Actu-Juridique.fr*, 22 nov. 2018.

189 R. Vatinet, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ? », *loc. cit.*, pp. 58 et s.

190 Cf. J. Hamel, « Préface », in *Droit pénal spécial des sociétés anonymes, Etude de droit commercial*, Dalloz, 1955, p. 12.

191 DUDHC, art. 8 ; Cons. const., Déc. n° 70-39 DC, 19 juin 1970, Rec. p. 15.

192 Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, *JO* du 1^{er} août 1989, p. 9676.

193 Cons. const. 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, *JO* du 18 janv. 2002, p. 1053.

sanction pour les mêmes faits ou la prise en compte de façon cumulative des faits par une décision pénale et une décision civile¹⁹⁴. Cette application de la proportionnalité permet d'assurer l'égalité de tous devant la loi¹⁹⁵.

Par conséquent, les techniques de réparation forfaitaire qui sont notamment déployées en droit de la sécurité sociale ne respectent pas la proportionnalité parce qu'elles ne tiennent pas forcément compte de la gravité de la faute¹⁹⁶. Au travers de la proportionnalité, la société doit bénéficier d'une réparation intégrale du dommage causé par la faute du dirigeant social¹⁹⁷.

CONCLUSION

La proportionnalité présente aujourd'hui, en droit des sociétés, de multiples manifestations : certaines sont explicites et d'autres implicites. Il ressort de cette réflexion que l'ambivalence de la nature de la société ; tantôt contrat, tantôt institution, ne facilite pas l'analyse du principe de proportionnalité. La recherche de la proportionnalité dans les rapports entre associés, entre associés et société ou entre dirigeants sociaux et société doit être effectuée en tenant compte de la double conception contractuelle de la société où la liberté est le principe et institutionnelle où la réglementation impérative s'impose afin de protéger la société, en tant que personne morale¹⁹⁸.

La proportionnalité, prise comme clé de répartition des droits et obligations

des associés, n'apporte pas forcément des solutions adaptées aux sociétés modernes, même si elle semble mieux protéger les intérêts individuels des associés puisque l'ordre public sociétaire dominerait la volonté individuelle de l'associé. La libéralisation du droit des sociétés a conduit à la réduction du domaine de l'ordre public sociétaire, et à l'augmentation de la liberté des associés pouvant ainsi aménager les règles impératives dans les statuts et les pactes extrastatutaires. Par ces instruments, ils adaptent les règles impératives pour répondre aux nécessités des sociétés. Celles-ci ont en effet besoin des règles et institutions de fonctionnement flexibles pour garantir leur efficacité.

Cependant, le développement de la liberté contractuelle dans le droit des sociétés n'a pas sonné le glas de l'ordre public sociétaire. Celui-ci est perceptible dans la soumission de la validité des actes sociaux et des sanctions contre le dirigeant à la proportionnalité nécessaire à la protection de l'intérêt de la société.

L'avenir de la proportionnalité dans le droit des sociétés passe par la découverte de ses nouvelles manifestations. Le déploiement de la proportionnalité doit donc tenir compte de l'ambivalence, contractuelle et institutionnelle, de la société puisque l'application de la proportionnalité devrait limiter la liberté contractuelle.

194 Cons. const. Décision n° 2016-573 QPC du 29 sept. 2016.

195 Cass. com., 24 mai 2018, n° 17-18.918.

196 P.-Y. Verkindt, « La réparation du risque professionnel par le retour dans l'emploi », *Regards*, n° 51, juin 2017, p. 101.

197 Cass. com., 21 sept. 2022, n° 20-20.959.

198 Y. Guyon, « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *loc. cit.*, p. 1.