

LE RENOUVEAU DANS LA SANCTION DE L'ABUS DE MINORITE EN DROIT OHADA : LE RECOURS AU MANDATAIRE *AD HOC*

Mohamed Albachar HAROUNA

Enseignant- Chercheur à l'Université des Sciences Juridiques et Politiques de Bamako (Mali)
mohamedalbacharmaiga@yahoo.fr

Résumé

L'analyse relative au mandataire ad hoc comme sanction de l'abus de minorité a pour objet de proposer un moyen qui participe à la prévention des difficultés des entreprises, lesquelles sont constituées pour promouvoir l'intérêt social incluant non seulement l'intérêt des investisseurs mais également celui de son environnement tout entier.

Le recours au mandataire ad hoc en droit OHADA des sociétés commerciales pour sanctionner l'abus de minorité a porté d'une part sur sa désignation par le tribunal de commerce qui définit son champ d'intervention au sein de la société à la demande du dirigeant ou des majoritaires et, d'autre part sur la mission qui lui est assignée.

Il ressort de cette analyse que ce dernier est désigné selon une procédure bien définie et connue. Cette désignation ou nomination est justifiée par des causes sérieuses pouvant compromettre la survie même de la société. Une fois désigné, sa mission consiste à se substituer provisoirement aux minoritaires défaillants pour voter en leur lieu et place conformément à l'intérêt général de la société. Par la suite on s'en rendra compte que son intervention est très avantageuse pour la société puisqu'ayant permis de prévenir un blocage source de conflits au sein de la société pouvant compromettre son existence.

Mots clés : *abus, droit, mandataire, sanction, société.*

Summary

The analysis relating to the ad hoc representative as a sanction for the abuse of minority aims to propose a means which contributes to the prevention of the difficulties of companies, which are constituted to promote the social interest including not only the interest of investors but also that of its entire environment.

The recourse to the ad hoc agent in OHADA law of commercial companies to sanction the abuse of minority related on the one hand to his appointment by the commercial court which defines his field of intervention within the company at the request of the manager or majority shareholders and, on the other hand, on the mission assigned to it.

It emerges from this analysis that the latter is designated according to a well-defined and known procedure. This designation or appointment is justified by serious causes that could compromise the very survival of the company. Once appointed, his mission is to temporarily replace the defaulting minority shareholders to vote in their place and place in accordance with the general interest of the company. Subsequently, we

will realize that his intervention is very advantageous for society since it has made it possible to prevent a blockage that is a source of conflict within society that could compromise its existence.

Keywords: *abuse, right, agent, sanction, society.*

Introduction

En droit OHADA, l'abus de minorité est resté depuis longtemps une situation préoccupante en ce qui concerne sa sanction. Le législateur dans la première monture de l'AUSCGIE se limitait à sanctionner un tel comportement des minoritaires par l'octroi des dommages et intérêts à la société et aux associés majoritaires victimes mais ne propose aucune alternative relative au déblocage de la situation pour la continuité des affaires sociales. Il convient de rappeler que l'attitude, consistant à rejeter une décision vitale pour la société, est susceptible de la paralyser ou la conduire à une disparition anticipée pendant qu'elle continue toujours à être viable.

Le recours au mandataire *ad hoc* dans le nouvel Acte uniforme participe de la volonté du législateur de pourvoir à la sauvegarde de la société, fruit d'œuvre et d'intérêt communs. C'est ainsi que l'Acte uniforme nouveau dispose dans son article 131 *in fine* : « ...la juridiction compétente peut désigner un mandataire *ad hoc* aux fins de représenter à une prochaine assemblée les associés minoritaires ou égalitaires dont le comportement est jugé abusif et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social y compris celui des différents associés » (Art. 131 AUSCGIE).

Ce type d'abus est défini par l'AUSCGIE en ces termes : « Il y a abus de minorité ou d'égalité lorsque, en exerçant leur vote, les associés minoritaire ou égalitaire s'opposent à ce que des décisions soient prises, alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime » (Art. 131 al 2 AUSCGIE). Il consiste alors à une opposition du minoritaire/égalitaire à une décision vitale pour la société et nuisible au minoritaire lui-même.

L'abus étant défini, il importe de préciser la notion de mandataire *ad hoc* dans tous ses contours. Le mandat *ad hoc* des affaires est une procédure destinée à rétablir la situation d'une entreprise avant qu'elle entre en état de cessation des paiements. Autrement dit, il consiste en la désignation d'une personne, à la demande du représentant de

l'entreprise, par le président du tribunal de commerce en vue de rechercher la conclusion d'un accord entre l'entreprise et ses créanciers (Lexique des termes juridiques, 2018, 1293). Pour cela, l'entreprise va rechercher le concours d'une personne extérieure, en qui elle a confiance et qui bénéficie d'une certaine légitimité pour trouver un accord avec ses créanciers et ses partenaires. Cette personne est dénommée mandataire *ad hoc*. Celui- se distingue du conciliateur qui est investi d'une mission de conciliation soit s'il est juge, au cours de l'instance, soit en dehors de toute instance, s'il s'agit de personnes recrutées spécialement pour cette mission (Gérard CORNU, 2018, 498.). Ils sont proches car ce sont deux procédures préventives et amiables dont les conditions et les modalités de mise en place sont relativement voisines.

En droit des sociétés plus précisément, le mandataire *ad hoc* peut être entendu comme la personne censée remplacer le minoritaire coupable d'un abus dans le cadre d'une nouvelle assemblée des actionnaires sur la même question ayant occasionnée l'abus (Art.131 al.2 AUSCGIE). En d'autres termes, c'est un mandataire chargé de remplacer les associés minoritaires ou égalitaires à une nouvelle assemblée et de voter en leurs lieu et place les décisions empêchées par ces derniers dans le sens de l'intérêt social (HAROUNA M.A, avril 2022.). L'objet de son intervention est de dissiper la mésentente entre les associés, toute chose ayant pour suite logique les conflits entre les associés synonyme de blocage des organes sociaux.

A la lumière des développements qui précèdent, notre question de recherche peut être articulée de la façon suivante : Comment le mandat *ad hoc* fonctionne-t-il en matière d'abus de minorité ? Le recours au mandataire ad hoc permet à la société d'éviter les difficultés liées aux conflits entre associés et du coup protéger la société d'une paralysie de ses organes sociaux.

L'intérêt du thème est double. Il est d'abord d'offrir aux chefs d'entreprise et aux actionnaires un moyen efficace pour sanctionner le comportement des minoritaires qui nuit gravement à la continuité de la société. Ensuite, la sanction classique est moins efficace car ouvrant seulement droit à une simple réparation se résolvant généralement en dommages et intérêts compensatoires alors que la survie de la société est sérieusement menacée. En faisant recours à une tierce personne spécialiste des affaires pour statuer sur le bien ou mal fondé de l'agissement du minoritaire, cela est salutaire car tendant à préserver la

plupart des intérêts qui se côtoient au sein de la société. L'intervention du mandataire permet de maintenir ou préserver la quiétude au sein de l'institution sociale.

Pour mener à bien l'analyse du sujet, nous avons adopté les méthodes empirique et théorique que nous trouvons complémentaires pour développer la compréhension de la notion, ainsi que pour prévenir des événements nuisibles (les mésintelligences, conflits d'intérêts au sein des sociétés...) au bien-être général qu'est la pérennité et la prospérité de la société.

Au regard, de toutes ces précisions, il nous paraît opportun d'examiner le mode de désignation du mandataire avant de poursuivre avec l'analyse de sa mission proprement dite. Pour ce faire, il nous convient d'analyser d'une part la procédure de désignation du mandataire en tant que sanction de l'abus de minorité (1.) et, d'autre part, la mission du mandataire désigné (2.).

1-La désignation du mandataire *ad hoc*

Cette sanction de l'opposition de minoritaire est une innovation en droit communautaire de l'OHADA. Elle a été introduite seulement dans la version révisée de 2014 à Ouagadougou.

En matière d'abus de minorité, lorsque le juge est saisi, ce dernier peut, désormais, désigner une personne appelée mandataire *ad hoc*. Cette désignation obéit à une procédure (1.1.) et présente une raison valable (1.2.).

1.1. La procédure de désignation

La procédure est entendue comme un ensemble des actes successivement accomplis pour parvenir à une décision. C'est l'ensemble des mécanismes entrepris pour aboutir à un résultat escompté. Ici, il est question d'intenter une action devant une juridiction compétente qui statuera lorsque les conditions d'une telle action sont satisfaites. Pour ce faire, nous verrons d'un côté les demandeurs à l'action (1.1.1.) et de l'autre, la compétence juridictionnelle (1.1.2.).

1.1.1. Les demandeurs à l'action

L'opposition du minoritaire à la résolution vitale pour la société étant un comportement contraire à l'intérêt des associés et du coup porte

atteinte à l'intérêt général de la société. La question principale qui pose ici est de savoir qui a qualité pour exercer l'action ? La réponse est toute simple. Tout associé peut intenter personnellement l'action en responsabilité lorsqu'il subit un dommage qui lui est propre. Dans ce cas on parle d'action individuelle.

De même la société a qualité pour agir en responsabilité lorsqu'elle a subi personnellement le dommage causé par la faute d'un quelconque membre de la société. Une telle action est appelée action sociale.

Parlant de l'action individuelle, elle est celle intentée par un associé en vue de la réparation d'un dommage dont il a souffert. Cette action, est mise en jeu par les associés majoritaires qui sont appelés à apporter la preuve de son action. C'est ainsi que la loi indique que : « chaque action est intentée par celui qui subit le dommage » (Art.162 al.2 AUSCGIE).

Par ailleurs, l'action intentée par les syndicats de défense des actionnaires est recevable à condition que la société fasse appel public à l'épargne. Leur action tend plus vers une idée de sanction que de réparation. Cependant, la jurisprudence française semble refuser une telle action en invoquant le principe suivant : « *nul ne plaide par procureur* ». Ce groupement est irrecevable une fois qu'il invoque non un préjudice collectif mais individuel de chacun de ses membres dont il était mandataire (Bull. Joly 1970, 505).

En ce qui concerne l'action sociale, elle est celle qui vise la réparation du dommage subi par la société du fait de l'opposition du minoritaire, lequel comportement est qualifié d'abusif car ne se justifiant par aucun intérêt, ni celui du minoritaire. Ici, ce sont normalement les dirigeants en tant que représentants de la personne morale, qui devraient agir.

Les dirigeants lorsqu'ils ne sont pas concernés, sont très motivés à exercer cette action. Par exemple, s'il s'agit d'un abus de « majorité » et de « minorité », les mandataires ne voient aucun obstacle pour exercer l'action sociale. L'action sociale, lorsqu'elle est exercée par les représentants légaux de la société est appelée action sociale *universi*. On peut en déduire que seul le « débiteur », représentant de l'entreprise, peut demander la nomination d'un mandataire *ad hoc*. Aucun créancier (banque), ni aucun tiers (comité d'entreprise) ne peut se substituer à lui.

Le créancier bancaire incite souvent le chef d'entreprise à s'adresser au tribunal pour la désignation d'un mandataire *ad hoc*.

Par conséquent, la loi permet aux associés de se substituer aux organes sociaux défailants en exerçant l'action sociale à leur place tout comme le créancier agit à la place de son débiteur défailant. On parle alors d'action sociale exercée « *singuli* ». Cette faculté de substitution appartient à tout associé. Le dommage subi par chaque associé ne représente qu'une faible fraction du dommage social. C'est pourquoi, rares sont les associés qui sont prêts à assurer les frais et les ennuis d'un procès pour un résultat finalement symbolique.

Notons que le législateur de l'OHADA est intervenu pour encourager les actions sociales en disposant que : « les frais et honoraires occasionnés par l'action sociale, lorsqu'elle est intentée par un ou plusieurs associés, sont avancés par la société » (Art. 171 AUSCGIE). Cette attitude du législateur OHADA est un grand pas consistant à ne laisser aucune infraction impunie en la matière (droit des sociétés).

Dans le cadre de l'action sociale *ut singuli*, la société est par hypothèse, le bénéficiaire des dommages et intérêts octroyés par les tribunaux car l'action est exercée en son nom et pour son compte. L'intérêt social répond naturellement à une inquiétude que les associés ont toujours face aux pouvoirs des dirigeants (RTD Com. 2004, p. 35). L'expérience a montré que les associés agissent rarement individuellement car le dommage qu'ils subissent est trop faible pour justifier les frais et les tracasseries d'une action en justice (Yves GUYON, 1994, 508). Ainsi, le législateur et le juge assureront mieux la protection de l'intérêt social non seulement en facilitant l'exercice par l'associé de l'action *ut singuli* mais aussi en la rémunérant de sorte que l'associé se sente intéressé.

L'octroi direct des dommages et intérêts devrait se faire au prorata de la quote-part que l'associé détient dans le capital social dès lors que la réparation directe ne porte pas préjudice aux droits des créanciers sociaux. Les associés auront alors un intérêt direct à agir. Le patrimoine social sera mieux protégé et les intérêts financiers des associés seront préservés.

1.1.2. La compétence juridictionnelle

Selon la nature et la gravité de la faute commise par les membres de la société, deux compétences sont envisageables : il s'agit des compétences matérielle et territoriale.

La compétence matérielle ou « *ratione materiae* » est l'aptitude donnée à une juridiction à connaître des infractions en fonction de leur nature. En l'espèce, l'abus de minorité étant un comportement sanctionné civilement, le demandeur peut porter sa plainte soit devant une juridiction civile ou devant le tribunal de commerce. Cette action doit être exercée dans un délai, faute de quoi elle n'est plus recevable. Le délai normal est de 3 ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimilé, à compter de sa révélation (Dalloz 1985, 123). A côté de la compétence matérielle, une autre compétence est valable.

S'agissant de la compétence territoriale ou « *ratione loci* », elle est l'aptitude d'une juridiction pénale à connaître d'une infraction en fonction d'une circonstance de lieu. Dans une telle hypothèse la victime d'un abus dans la société a deux options. Elle peut agir devant la juridiction du domicile du défendeur ou devant celle du lieu de production de dommage. Le législateur du droit uniforme semble opter pour cette compétence en déclarant que la juridiction compétente devant connaître des actions individuelle et sociale est celle dans le ressort de laquelle est situé le siège social de la société (Art.164 AUSCGIE). Telle est la procédure de désignation du mandataire *ad hoc* qui doit satisfaire certaines raisons.

1.2. Les causes de désignation

Plusieurs raisons militent à la faveur de la désignation du mandataire *ad hoc*. D'une part, il est appelé à surmonter les difficultés d'ordre financier qui menacent la société (1.2.1.) et d'autre part, œuvrer à éviter les difficultés d'ordre juridique pouvant compromettre son existence (1.2.2.).

1.2.1. Les difficultés d'ordre financier : Le minimum vital pour la survie de la société

L'abus de minorité se mesure par rapport à l'atteinte portée à la survie de la société, le plus souvent c'est la survie même de la société qui est en jeu. Cette survie qui est en cause semble être pour la chambre commerciale de la cour de cassation française le critère de l'abus de vote

négatif (Bull. Joly 1996,112). A travers bon nombre d'arrêts, c'est ce critère qu'on peut retenir.

Il y a par exemple, abus de minorité lorsque les minoritaires se sont opposés à une augmentation de capital à hauteur de 50.000 F français, « qui était légalement requis et nécessaire à la société » (Lamy droit des sociétés 1998, n°96-15, 383). L'infraction est consommée si ce seuil légal pour le maintien de la société en vie n'est pas atteint à cause du refus du minoritaire.

Un arrêt est rendu par la cour d'appel de paris (JCP 1990, II, 21589). En l'espèce, les juges ont estimé que le groupe Bel qui possédait 38,7% du capital de la fromagerie Paul RENAD n'avait pas commis d'abus de minorité en votant contre la décision d'augmentation de capital qui aurait consolidée la position stratégique de la société, mais n'aurait diluée le poids du groupe BEL.

Un autre arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation va dans le même sens (5 mars 1993 précité). En effet, le gérant de la SARL Flandrin aurait proposé une augmentation de capital à hauteur de 50.000 F français pour mettre la société en conformité avec la nouvelle législation. Sa proposition resta lettre morte car les deux sociétés qui détenaient un peu moins de la moitié du capital social, avaient empêché l'opération par leur non-participation au vote (absence). Une nouvelle tentative d'augmenter le capital à 500.000 F français alors que la société prospérait, échoua dans les mêmes conditions que les précédentes. Les minoritaires furent assignés en justice.

Dans l'annonce de la solution, la chambre commerciale de la cour de cassation reprenant la formule inaugurée dans son arrêt du 15 juillet 1992, a défini l'abus de minorité comme « l'attitude contraire à l'intérêt général de la société, en ce que le minoritaire aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts égoïstes au détriment de l'ensemble des associés ». Au total, est « essentielle » l'opération dont dépend la survie de la société.

Pour ces deux augmentations, la première relative à l'ajustement du capital au nouveau montant minimum légal est indispensable à la survie de la société. Le refus du minoritaire est constitutif d'abus. Par contre, la proposition d'augmentation du capital à la hauteur de 500 000

F français peut accroître le rendement de la société mais n'est pas indispensable à la survie.

Pour ce qui concerne l'abus d'égalité, les exemples sont aussi nombreux. Il avait été jugé qu'abuse de son droit d'associé égalitaire celui qui, sans aucune motivation raisonnable, refuse systématiquement les résolutions présentées par son coassocié alors gérant de la société et prive celle-ci d'une chance d'améliorer ses résultats (Bull. Joly 1991, p. 306, note BOMPOINT).

Un autre exemple d'abus d'égalité retenu par la cour de cassation : en l'espèce ; le capital d'une SARL était reparti également entre deux associés dont l'un était gérant. L'autre associé avait refusé de voter la mise en réserve des bénéfices de quatre exercices consécutifs, puis avait demandé qu'ils soient répartis au titre des dividendes attachés à ses parts sociales. Les juges du fond ont, à juste titre considéré que cet associé a agi contrairement à l'intérêt social et que la société a besoin d'un autofinancement pour ses investisseurs et son fond de roulement du fait des délais entre le financement des fabrications et l'encaissement du prix des ventes (BRDA 1998, n° 13, 3).

Encore, pour que son attitude soit abusive, le minoritaire doit avoir agi « dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés » (RJ Com. 1988, 89). On pourrait plutôt penser, comme un auteur l'a bien démontré, que l'abus de minorité a une spécificité accusée. Pour ce dernier, « soumettre l'abus de minorité, comme l'abus du pouvoir minoritaire, à la condition d'une atteinte à l'intérêt social et renvoyer aux solutions acquises en matière d'abus de majorité, n'est qu'une échappatoire qui masque les problèmes complexes et particuliers que suscite l'exercice du pouvoir de blocage » (M. CABRILLAC, 1992, 112).

En effet, lorsque le juge est appelé à se prononcer sur un éventuel abus de majorité, l'opération constaté ou critiquée a par hypothèse, été réalisée, de sorte que ses effets peuvent être constatés. Au contraire, pour constater que le comportement d'un actionnaire minoritaire est abusif, le juge est contraint de reconstruire le passé, de rechercher ce qui se serait produit si le minoritaire ne s'était pas opposé à la mesure proposée. Il doit ainsi dire à quel moment la protection de l'intérêt égoïste du minoritaire s'écarte de celle de la société. Il doit déterminer la limite de la protection de l'intérêt du minoritaire. Il est

amené à établir une dissociation entre l'intérêt personnel du minoritaire, qui maintient le « *statut quo* » et la survie de la société qu'est en cause à travers ce financement.

1.2.2. Les difficultés d'ordre juridique : La paralysie et le blocage

L'atteinte à l'intérêt essentiel de la société et la recherche d'un intérêt égoïste provoquent des difficultés d'ordre juridique au sein de la société. Ses organes de fonctionnement seront paralysés car les acteurs ne s'entendront plus en ce qui concerne les décisions sociales. Il va y avoir de la paralysie des organes sociaux qui seront bloqués en cessant de fonctionner normalement.

La loi prévoit, comme on le sait, des majorités qualifiées à l'assemblée pour réaliser certaines opérations, à savoir celles impliquant une modification des statuts. Indépendamment de ces majorités qualifiées, les statuts peuvent dans un but de protection des minorités, prévoir des majorités spéciales tant à l'assemblée qu'au conseil. Il va de soi que certaines décisions peuvent être bloquées par le jeu normal de ces dispositions légales ou statutaires. Le droit de la minorité de bloquer les décisions sociales connaît sa limite naturelle dans la théorie de l'abus de minorité ou d'égalité (BOIZARD, M., 1988, p. 365).

Rappelons seulement que l'abus doit s'apprécier différemment selon qu'il s'agit d'une décision du conseil ou de l'assemblée et que le juge, loin de pouvoir se substituer au minoritaire, devra rechercher si un administrateur ou un actionnaire minoritaire placé dans les mêmes circonstances a pu ou n'a pas pu raisonnablement adopter l'attitude critiquée. Pour le surplus indépendamment d'une éventuelle action en dommage-intérêts, la sanction normale de l'abus de minorité sera l'annulation du vote abusif et, par la, la validation de la délibération bloquée.

Pourraient alors être constitué d'abus de minorité : le fait de s'opposer à la prorogation de la société à des fins de chantage pour valoriser la cession de sa participation ; le fait de s'opposer à une restructuration à l'évidence indispensable de la société (V. TILQUIN, 1991,12).

L'existence d'une minorité peut, dans certains cas, empêcher la réalisation de certaines opérations intéressantes pour la société alors

même que les minoritaires ne seraient pas en mesure de s'y opposer parce que ne disposant pas du nombre de voix suffisant.

Les inconvénients de conserver dans une société quelques pourcentages d'actions réparties « dans le public » sont illustratifs. Celles-ci peuvent empêcher des opérations utiles à la société par le simple fait qu'elles constitueraient un abus de majorité par rupture d'égalité de traitement (TILQUIN, 1989, 260). Il paraît délicat à cet égard de prétendre que les minoritaires qui s'opposeraient à la cession de leurs titres commettraient un abus de droit. Le plus souvent, l'opération envisagée n'est pas indispensable à la survie de la société et, par ailleurs, d'autres solutions pourraient être adoptées.

En dehors des dispositions conventionnelles ou statutaires et de l'application des règles relatives aux actions sans droits de vote, l'exclusion des minoritaires ne saurait dès lors résulter que de l'annulation du capital social résultant de la constatation de la perte totale de celui-ci et de la reconstitution d'un nouveau capital (Cons. TILQUIN, 1991, 10). Dans cette hypothèse, toutes les actions anciennes seraient, en effet, traitées sur pied d'égalité.

2. La mission du mandataire *ad hoc*

Le mandataire apparaît comme une personne ayant reçu un mandat impératif, celui d'entériner un projet de résolution que les minoritaires ont abusivement rejeté à une nouvelle assemblée. Cette mission se résume en deux points : la substitution temporaire du mandataire *ad hoc* aux minoritaires défailants (2.1.) et les avantages liés à la mission (2.2.).

2.1. La substitution temporaire du mandataire aux minoritaires défailants

Cette désignation de mandataire est une sanction qui consiste en la suspension de l'exercice du droit de vote de l'actionnaire minoritaire qui a fait obstruction à une décision essentielle pour la continuité de la société en général. Elle a pour fondement le devoir d'abstention (SCHMIDT D, op. cit. n° 131,139). L'exigence de loyauté et la communauté d'intérêts entre actionnaires imposent de ne point utiliser les droits attachés à la qualité d'actionnaire pour satisfaire un intérêt personnel dit égoïste. Celui qui méconnaît ses devoirs se place lui-même en dehors de la société. Son comportement est « *hors-jeu* » (D. TRICOT 1994, 623). Il convient donc, pour donner effet au devoir d'abstention,

de priver l'actionnaire du droit d'exercer son vote lors de la nouvelle délibération sur le même ordre du jour. Cette substitution devra tenir compte de deux impératifs à savoir la prise en compte de l'intérêt social (2.1.1.) et celle du minoritaire défaillant (2.1.2.).

2.1.1. La prise en compte de l'intérêt social lors de la nouvelle résolution

L'article 131 al. 2 *in fine* de l'AUSCGIE dispose : « ... La juridiction compétente peut désigner un mandataire ad hoc aux fins de représenter à une prochaine assemblée les associés minoritaires ou égalitaires dont le comportement est jugé abusif et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social y compris celui des différents associés ». Le mandataire dans cet exercice doit tenir compte de tous les intérêts en place dans l'institution sociétaire.

On peut comprendre que cette mesure est un moyen d'éviter les conséquences dommageables d'un abus (D. TRICOT, *op.cit.* 625). C'est une mesure qui n'est concevable que lorsque la décision litigieuse n'a pas été prise ou annulée. Le refus du minoritaire, qui constitue une décision de sa part, place la société dans une situation délicate car sa survie même est menacée et est appelée à disparaître.

De ce fait, la nomination du mandataire participe de cette volonté du juge de résoudre les conflits entre les actionnaires à l'issue de l'opération d'augmentation de capital de manière moins directe dans la mesure où la vie de la société en dépend.

L'Acte uniforme de 2014 a rejeté tout jugement valant acte c'est-à-dire que le juge ne peut pas prendre de décision à la place du minoritaire défaillant. Cela se comprend aisément car le juge n'est ni un actionnaire ni un dirigeant même si son rôle dans la société est loin d'être négligeable. Comme le prétend un auteur : son rôle peut être réservé ou hardi. Quoi qu'il en soit, cette immixtion n'est pas fautive malgré ce que pense un auteur sur la question (V. LE FUR, n° 18, p. 303). En effet, l'intervention prudente s'apprécie dans l'annulation des actes sociaux, l'examen des pouvoirs notamment les conventions de vote, l'abus du droit de vote et l'expertise de gestion. L'intervention hardie consiste dans le traitement des conflits notamment par la désignation d'un administrateur provisoire, l'exclusion d'un associé par exemple. La mission du mandataire est alors une mission spécifique ayant pour seul objet d'atténuer la crise qui pointe à l'horizon.

Il est à noter que, dans certains cas, le mandataire dispose d'une marge de manœuvre suffisante qui lui permet d'apprécier avec lucidité les termes de sa mission. Il s'agit notamment de ce qui est « conforme à l'intérêt social » et « ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires ». Le mandataire étant neutre doit statuer conformément à l'intérêt social, lequel intérêt satisfait nécessairement tous les autres intérêts liés à la société. Cette solution est préférée au jugement valant acte c'est-à-dire pour vaincre l'obstruction des minoritaires, le juge ordonne que sa décision tiendra lieu de délibération sociale semble être adoptée par le juge.

Dans un arrêt récent (Rev. Soc. 1999, P. 345), les juges ont, en effet, retenu dans le cas où le minoritaire récalcitrant n'était pas seulement défaillant. Il a été remarqué avec raison que cette solution franchie un degré supplémentaire dans l'atteinte au libre exercice du droit de vote.

Le recours au mandataire est, sans doute, l'un des meilleurs moyens pour résoudre la crise entre majoritaires et minoritaires dans le cadre des prises de décisions lors des assemblées générales. Il participe à la réalisation de l'objet social qui est ici la satisfaction de l'intérêt social.

Cependant, le détour par un mandataire paraît, aux yeux de la doctrine, inutile et coûteux dans la mesure où la caractérisation de l'abus de minorité suppose déjà l'appréciation de l'intérêt social qui justifie l'intervention du mandataire en question et donc l'abandon du droit de vote dont chaque actionnaire est investi. Selon cette doctrine, il est regrettable que la chambre commerciale de la cour de cassation n'ose pas adopter la sanction du jugement valant acte qui paraît mieux adaptée à l'urgence de la situation sociale dans la mesure où l'abus est restrictivement admis et où la nécessité d'une augmentation de capital a été expliquée au minoritaire. La société étant un haut lieu de pouvoirs et le rôle du juge est de veiller à l'équilibre des forces en présence (majoritaire et minoritaire comme dans un régime démocratique).

Sans vouloir prendre parti dans ce débat doctrinal séculaire sur l'immixtion du juge dans la société en cas de conflits, certains auteurs estiment que « l'efficacité de la loi de la majorité ne doit pas être sapée par des actions continues des minoritaires cherchant dans l'enceinte judiciaire le moyen de compenser une infériorité politique » (A. COURET, 1996, 116). Cette réflexion soutient que les minoritaires ne

doivent pas être opposés à la volonté majoritaire pour empêcher tout ce qui entrave le bon fonctionnement de la société.

D'autres soutiennent que : « même rare, l'éventuelle intervention du juge demeure un très utile garde-fou contre ce que TOCQUEVILLE baptisait la tyrannie de la majorité ou M. J. J. DAIGRE, la dérive fonctionnaliste qui menace toute société : les politiquement forts doivent comprendre qu'ils peuvent avoir juridiquement torts » (J. MESTRE, 1991, 114). Les majoritaires étant les plus forts sont appelés à avoir des contre-pouvoirs dans la société qui contrôlent leurs actions. En somme, on peut penser que le recours au mandataire de justice est une solution médiane entre un détestable interventionnisme accru et un laxisme coupable du juge.

2.1.2. La prise en compte de l'intérêt des minoritaires

La mission principale du mandataire consiste à désamorcer la crise qui menace la société dans son intégralité conformément aux prescriptions de l'article 4 *in fine* de l'AUSCGIE de l'OHADA qui dispose : « ... la société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés ». En prenant en compte l'intérêt général de la société, on tient compte, par ricochet, de l'intérêt des minoritaires. Ainsi, la décision qui sera prise lors de la nouvelle résolution par le mandataire suite à la défaillance des minoritaires, ne doit pas vexer ces derniers, elle doit prendre en charge leurs intérêts qualifiés d'égoïsme par d'autres.

La position du législateur de l'OHADA ne souffre d'aucune ambiguïté. Il opte pour la désignation du mandataire investi d'une mission particulière, celle de tenir compte de l'intérêt général de la société. Le juge n'a pas à se substituer au minoritaire défaillant et l'hypothèse d'une décision équivaut à une validation de la décision à laquelle le minoritaire s'est opposé est à rejeter. Il n'a pas à prendre une décision valant vote à la place des minoritaires (KAMENA, 2005. 289).

2.2. Les avantages du recours au mandataire ad hoc

Le recours au mandat *ad hoc* présente d'énormes avantages d'ordre pratique et juridique. Le mandat *ad hoc* a pour objectif d'aider une société à résoudre les difficultés qu'elle rencontre, en confiant sa gestion à un tiers spécialiste des affaires qui est désintéressé. Ce tiers, étant une personnalité neutre, agit dans le sens de l'intérêt général de la société.

2.2.1. Les avantages pratiques

La procédure de mandat *ad hoc*, qui suppose une réelle volonté des parties d'aboutir à un accord, présente certains avantages majeurs dans la pratique, lesquels facilitent le déroulement efficace de toute la procédure y afférente. Au nombre de ces avantages nous avons la souplesse de ses règles, la confidentialité qui l'anime et la prévention d'une crise incessante.

Pour ce qui concerne sa *souplesse*, il faut noter que le mandat *ad hoc* n'est pas une procédure contraignante pour le dirigeant, qui conserve toujours sa fonction et ses pouvoirs tout au long de la mission du mandataire *ad hoc*. C'est une procédure qui ne conduit pas à un bouleversement des organes sociaux. Son intervention se résume à un accompagnement pur et simple des dirigeants dans la recherche d'une solution propice à toutes les parties.

La *confidentialité* implique que le mandataire *ad hoc*, à l'instar de tout *professionnel*, est tenu, par la loi, de respecter le secret lié à son intervention au sein de la société. Il ne doit sous aucun prétexte divulguer les informations recueillies surtout lorsqu'il s'agit des informations stratégiques ou celles touchant la concurrence, faute de quoi sa responsabilité pourra être engagée.

Parlant du rôle *préventif* de son intervention, il faut comprendre que cette période est le stade le plus en amont des procédures collectives. Par conséquent, le mandat *ad hoc* offre de réelles chances de succès (Les statistiques ont révélé que 60 % des démarches du mandataire *ad hoc* aboutissent au sauvetage de l'entreprise). Par ailleurs, cette procédure peut servir de préalable à une conciliation. Il concourt à éviter surtout l'ouverture d'une procédure collective contre la société.

Aussi, il faut noter que le recours aux services d'un mandataire *ad hoc* est bénéfique puisqu'elle ne conduit à aucun bouleversement au sein de l'entreprise puisque les dirigeants sociaux restent à la tête de leurs entreprises tout en continuant à gérer les affaires sociales courantes. Il contribue efficacement au renforcement du climat de confiance entre les acteurs sociaux.

2.2.2. Les autres avantages

L'intervention du mandataire *ad hoc* permet de désamorcer la crise qui menaçait la continuité de la société. Elle permet de mettre un terme au blocage des organes sociaux causés par l'opposition ou le refus du minoritaire d'adopter la résolution permettant à la société de se

conformer à une exigence légale, faute de quoi, elle est amenée à être dissoute.

Leur détection rapide, voire l'anticipation de la conséquence du vote négatif du minoritaire ou égalitaire, permet de prendre les mesures de restructuration au plutôt, avant que la pérennité de l'entreprise ne soit compromise. Pour anticiper et gérer au mieux son entreprise, le dirigeant doit mettre en place des outils permettant la détection, le plus en amont possible, de clignotants d'alerte et ainsi réagir à temps. Donc cette prévention ou détection précoce contribue de traiter en même temps la crise due au blocage des organes sociaux ayant pour conséquences la disparition pure et simple de la personne morale sujet d'intérêts multiples.

Conclusion

L'introduction du mandataire *ad hoc* en droit des sociétés dans l'espace OHADA pour sanctionner le comportement de l'associé minoritaire coupable d'abus de minorité ou d'égalité vient à point nommé dans la mesure où l'attitude du minoritaire est susceptible de compromettre la continuité de la société.

Pour mener à bien sa mission, il est désigné selon une procédure définie par les textes encadrant son intervention. Pour ce faire, le chef d'entreprise ou le mandataire social doit demander sa nomination auprès de la juridiction compétente, laquelle définit sa mission dans l'acte de nomination. Une fois nommé, il aura pour tâche essentielle de se substituer au minoritaire défaillant dans le cadre d'une nouvelle assemblée statuant sur le même sujet pour voter en leur lieu et place cette fois-ci conformément à l'intérêt social sans pour autant léser le minoritaire. Sa mission prendra fin dès lors qu'il vote à la place des minoritaires dans le sens de l'intérêt général de l'entreprise commune. Son intervention est utile pour tous les acteurs sociaux lorsqu'elle aura permis d'éviter la paralysie des organes sociaux que tout le monde craignait. Son avènement est favorable à la résolution des crises découlant des atteintes à l'intérêt social occasionnées par l'opposition des minoritaires portant sur des opérations essentielles pour la société.

A notre avis, son intervention est nécessaire puisqu'elle aura permis de désamorcer la crise qui profile à l'horizon. Cependant, il faut, néanmoins, faire observer que le juge ne doit pas assurer la police du fonctionnement des sociétés commerciales, son immixtion dans les

affaires sociales doit-elle être limitée à la seule protection ou préservation de l'intérêt sociale ?

Bibliographie

Acte uniforme révisé de l'OHADA (2014) relatif au *droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*.

Boizard Michel (1988) « l'abus de minorité », *Revue des sociétés*.

Cabrillac M. (1992), « De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité », in *mélange colomer*.

Code civil Français (2019), éd. Dalloz.

Code du commerce Français (2018), éd. Dalloz.

Couret Alain (1996), Le harcèlement des minoritaires, *Bull. Joly*.

Gérard Cornu (2018), *vocabulaire juridique* 12^{ème} éd. Fondation Henri Capitant, Presses Universitaires de France.

Goffaux- Callebaut Géraldine (2004), la définition de l'intérêt social, *RTD Com.*

Guyon Yves (1994), *Droit des Affaires 1, droit commercial général et sociétés*, Edité par Economica.

Harouna Mohamed Albachar (2008), *l'abus en droit des sociétés*, mémoire DESS Droit des Affaires et Fiscalités, Faculté de droit de l'Université de Lomé (TOGO).

Harouna Mohamed Albachar (2022), *l'intérêt social en droit de l'OHADA*, Thèse de doctorat en droit privé, Institut de pédagogie universitaire du Mali.

Heymann Georges (1971), la sanction de l'abus de droit après la réforme du droit des sociétés, *Gaz. Pal.*

Kamena Bréhima (2005), *la situation de l'associé minoritaire en France et dans l'espace OHADA*, th. Université Pierre Mendès de Grenoble, France.

Loi N°87-31 ANRM (1987) fixant le *régime général des obligations* au Mali.

Schmidt Dominique (2000), « les conflits d'intérêts dans la société anonyme », *Bulletin Joly*.

Serge Guinchard et Thierry Debard (2018), *Lexique des termes juridiques*, 25^{ème} éd. Dalloz.

Tilquin V (1991), Th., « Les opérations d'assainissement du capital des sociétés et l'abus de droit des actionnaires », *D. Informations rapides*.

Tricot Daniel (1994), « abus de droits dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité », *RTD.Com.*