

HARO SUR LES CONDITIONS D'ADMISSION DE L'EXPERTISE DE GESTION EN DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES (OHADA)

Jean-Didier KAKALY

Assistant

Université Alassane Ouattara de Bouaké

RÉSUMÉ

L'expertise de gestion possède une finalité plurielle. D'une part, elle renforce le droit à l'information des associés sur la gestion de leurs dirigeants ; d'autre part, elle accentue le contrôle desdits dirigeants par les associés. Instrument de lutte contre la gestion opaque des sociétés commerciales de l'espace OHADA, l'expertise occupe ainsi une place primordiale dans le fonctionnement desdites sociétés. Toutefois, cette importance avérée de l'expertise est contrariée par les atermoiements de la réglementation de ses conditions d'admission. Par suite, empêtrées dans les contradictions doctrinales et jurisprudentielles, lesdites conditions sont pleinement contestables tant dans leur aspect procédural que dans leur aspect substantiel. Contre le délitement de l'expertise qu'entraîne ce constat, la présente étude propose d'autres alternatives fondées sur un allègement et une clarification de ses conditions d'admission.

Mots-clés :

- Sociétés commerciales
- Expertise de gestion
- Associés
- Dirigeants sociaux
- Office du juge.

ABSTRACT

Management expertise has a plural purpose. On the one hand, it strengthens the partners' right to information on the management of their directors; on the other hand, it accentuates the control of said managers by the partners. As an instrument to fight against the opaque management of commercial companies in the OHADA area, expertise thus occupies a primordial place in the functioning of said companies. However, this proven importance of expertise is thwarted by procrastination in the regulation of its admission conditions. Consequently, entangled in doctrinal and jurisprudential contradictions, said conditions are fully questionable both in their procedural aspect and in their substantive aspect. Against the disintegration of the expertise resulting from this observation, the present study proposes other alternatives based on a reduction and a clarification of its admission conditions.

Keywords :

- Commercial companies
- Management expertise
- Partners
- Corporate officers
- Office of the judge.

SOMMAIRE :

INTRODUCTION

I – DES CONDITIONS PROCÉDURALES ÉVANESCENTES

A – Une procédure ambivalente

B – Un office du juge imprécis

II – DES CONDITIONS SUBSTANTIELLES AMBIGUËS

A – Une condition de représentativité rigide

B – Une compréhension imprécise des opérations de gestion

CONCLUSION

INTRODUCTION

« L'intégration de l'expertise de gestion dans la législation des Etats membres de l'OHADA n'est pas le fruit du hasard. Elle participe de l'objectif d'améliorer le climat au sein des sociétés et de garantir une participation efficace des associés dans la gestion de leurs affaires¹ ».

Cette réflexion illustre le double objectif de l'expertise de gestion au sein des sociétés commerciales des Etats parties au traité de l'OHADA². D'une part, elle améliore le climat au sein desdites sociétés par la transparence qu'elle postule en permettant aux associés de jouir d'une information renforcée sur la gestion sociale et d'autre part, elle garantit une participation plus efficace des associés à la gestion de leurs affaires par le contrôle qu'elle octroie à ces derniers sur les actes de leurs dirigeants. En lui donnant cette double fonction informative et censoriale³, le législateur de l'OHADA ambitionne de faire de l'expertise, l'instrument d'un renforcement de la démocratie sociétale et de la transparence dans la gestion des sociétés commerciales. Dès lors, cette expertise apparaît comme l'expression éloquente de la gouvernance d'entreprise au sein des sociétés commerciales OHADA⁴.

Curieusement, l'affirmation d'une telle ambition contraste avec l'indigence, l'incomplétude et l'imprécision des instruments juridiques de mise en œuvre de ladite expertise énoncés

1 A. FOKO, « L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace OHADA », *Penant* n° 867, Avr. 2009, n° 9, p. 178.

2 Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Le Traité instituant l'OHADA a été signé à Port-Louis (Ile Maurice), le 17 oct. 1993 et entré en vigueur le 18 sept. 1995. Il a été révisé à Québec le 17 oct. 2008 et entré en vigueur, le 21 mars 2010. Aujourd'hui, 17 Etats sont membres de l'OHADA : Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, République Démocratique du Congo, Sénégal, Tchad et Togo.

3 Les notions de « fonction informative » et « fonction censoriale » de l'expertise de gestion sont empruntées à MUKA TSHIBENDE. La fonction informative permet aux associés d'acquérir une information détaillée et complète sur des actes de gestion présumés irréguliers. Quant à la fonction censoriale, elle autorise le contrôle de la gestion sociale par les associés. V. L-D. MUKA TSHIBENDE, *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre OHADA*, Univ. Paul Cézanne – Aix Marseille, Presses Universitaires Aix Marseille, 2009, p. 140.

4 Dans ce sens, P.S.A BADJI, « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », *Ohadata D-17-23*, p. 6. Selon cet auteur, en garantissant une gestion transparente de l'entreprise, l'expertise de gestion est une manifestation de la bonne gouvernance d'entreprise.

dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique⁵.

L'indigence d'abord. Elle résulte d'une comparaison entre la réglementation de l'expertise et celle de mécanismes voisins que sont l'alerte et l'administration provisoire. Ici, le législateur communautaire a fourni un luxe de détails sur le régime juridique de l'alerte et de l'administration provisoire tandis que là, l'on assiste à une réglementation minimaliste du régime de l'expertise de gestion⁶. Cette indigence ne porterait pas à difficultés si elle n'était le signe d'une réglementation lacunaire, incomplète.

L'incomplétude ensuite. Elle se manifeste à divers moments de l'expertise de gestion⁷. Au regard de cette étude, elle prend, d'abord, la forme d'une absence légale de définition de l'expertise de gestion ; ce qui accorde un blanc-seing, notamment à la jurisprudence, pour le faire. Pour ce faire, le juge béninois a précisé que « l'expertise de gestion est la possibilité offerte aux associés, même minoritaires, qui représentent une fraction raisonnable du capital social de faire ouvrir une enquête sur une ou plusieurs opérations de gestion, enquête destinée à renforcer le droit des associés de contrôler la gestion de la société⁸ ». Cette définition, empruntée à la jurisprudence, est très utile dans la mesure où elle éclaire la notion d'expertise de gestion en en faisant ressortir la double finalité informative et censoriale⁹ et permet de distinguer, subséquentement, l'expertise de notions voisines que sont l'alerte, l'administration provisoire et l'expertise *in futurum*.

L'expertise de gestion se démarque de l'alerte et de l'administration provisoire par sa finalité particulière. En effet, l'alerte permet d'attirer l'attention des dirigeants sur des faits pouvant compromettre la continuité de l'activité sociale¹⁰ alors que l'expertise de gestion vise à obtenir la lumière d'un expert sur des actes de gestion présumés irréguliers. Au

surplus, l'expertise nécessite une procédure juridictionnelle ¹¹ alors que l'alerte est rétive

5 L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique est entré en vigueur, dans les Etats membres de l'OHADA, le 1^{er} janv. 1998. Réformé le 30 janv. 2014, le nouvel acte uniforme est entré en vigueur le 5 mai 2014. Dans la suite de nos développements, cet acte uniforme sera désigné par son acronyme AUSCGIE.

6 En termes comptables, seuls deux art. (159 et 160) de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) réglementent l'expertise de gestion. En comparaison, les 11 art. de l'alerte (art. 150 à 158-1) et les 8 consacrés à l'administration provisoire (art. 160-1 à 160-8), précisent, notamment, les différents types d'alerte et leur mise en œuvre avec les divers délais de procédure ainsi qu'une réglementation détaillée de l'administration provisoire.

7 Les textes soulèvent moult interrogations, notamment, comment le juge va-t-il choisir l'expert ? L'expert choisi doit-il prêter serment ? Peut-il démissionner ? Peut-il être récusé et par qui ? Qu'en est-il de sa responsabilité ? En cas de pluralité d'experts, tous ne devront-ils n'établir qu'un rapport commun ou chaque expert établira-t-il son rapport ? Que doit faire l'expert nommé s'il se heurte à l'hostilité des dirigeants sociaux ? Bien que toutes ces interrogations soient importantes, nous n'en traiterons pas dans le cadre restreint de cette étude.

8 CA Cotonou, arrêt n° 256/2000 du 17 août 2000, Sté Continentale des Pétroles et d'Investissement c/ Etat Béninois, Ohadata J-06-101.

9 Pour MUKA TSHIBENDE, la première fonction conduit inexorablement à la seconde. V. L-D. MUKA TSHIBENDE, *op. cit.*, p. 140.

10 L'alerte est, soit la possibilité offerte, à tout associé non gérant, de poser des questions écrites au gérant, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (art. 157 al. 1^{er} AUSCGIE), soit l'obligation pour le commissaire aux comptes de demander des explications au gérant lorsqu'il découvre, lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance pendant l'exercice de sa mission, tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (art. 150 AUSCGIE).

11 Si l'expertise de gestion est une procédure juridictionnelle en droit OHADA, il n'en est pas de même dans d'autres systèmes juridiques notamment en droit anglais. En effet, l'Angleterre présente la particularité que le

à l'intervention d'une juridiction pour son déclenchement. Par ailleurs, l'expertise de gestion se distingue de l'administration provisoire¹² qui vise à rétablir l'ordre dans le fonctionnement d'une société commerciale par la désignation judiciaire de nouveaux dirigeants alors que l'expertise permet d'enquêter sur des actes de gestion dont la régularité est discutée. Enfin, cette expertise se distingue de l'expertise *in futurum*¹³. Celle-là, mesure d'information, vise à protéger l'intérêt social tandis que celle-ci, mesure d'instruction, ne protège que l'intérêt exclusif du demandeur.

L'incomplétude se perçoit, également au regard des titulaires de l'action en expertise. Le législateur de l'OHADA limite cette action aux seuls associés. Ce faisant, il identifie l'expertise à un droit politique reconnu aux seuls associés en contrepartie de leurs apports. Cependant, par ce choix, le législateur dénie le bénéfice de cette expertise à d'autres personnes dont la situation juridique pourrait être affectée par le fonctionnement de l'entreprise et dont les intérêts devraient être préservés dans la crise sociale dont l'expertise est l'expression. L'option législative est donc contestable.

Après l'incomplétude de la réglementation, vient son imprécision. Celle-ci s'oriente dans trois directions. Premièrement, elle concerne la notion d'opérations de gestion¹⁴. Sur ce point, la doctrine est divisée entre la conception organique et celle matérielle. Celle-là appréhende l'opération de gestion au regard de l'organe dont elle émane tandis que celle-ci l'appréhende en fonction de son but, de sa finalité. Invitée à arbitrer ce conflit, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) a, dans l'arrêt société Eurapharma¹⁵, fourni une réponse ambiguë par laquelle, elle a livré à la curiosité d'un expert des actes de gestion approuvés par une assemblée générale tout en excluant, en principe, les actes des assemblées générales du domaine de l'expertise de gestion. Il est alors utile d'examiner la pertinence de la position de la CCJA et son articulation avec les objectifs de l'OHADA.

Deuxièmement, l'imprécision affecte la procédure de l'expertise de gestion. A ce niveau, la nature de celle-ci et la nature du pouvoir du juge sont discutées. D'un côté, l'on s'interroge sur la nature ordinaire ou d'urgence de la procédure d'expertise, de l'autre, l'on se demande si le pouvoir du juge dans l'examen de la demande d'expertise est un pouvoir d'appréciation ou un pouvoir d'opportunité. A la faveur de la réforme de l'AUSCGIE de 2014, le législateur de l'OHADA a fait un choix dont il importe de mesurer la pertinence et la portée. Quant à la controverse sur la nature du pouvoir du juge, elle suscite, au-delà de sa résorption, la préoccupation de la reconnaissance ou pas du pouvoir d'opportunité au juge que l'on ne peut éviter.

Troisièmement, l'imprécision légale suscite l'embarras de la jurisprudence au regard de la détermination des critères d'appréciation de la demande en expertise de gestion. En effet, l'ambiguïté de la formulation de ces critères par le législateur génère une lecture différenciée desdits critères par les juridictions nationales des Etats membres de l'OHADA.

pouvoir de désigner l'expert de gestion est confié au ministère du Commerce, plus précisément, au Secrétaire d'Etat au Commerce. V. M-D. POISSON-SCHÖDERMEIER, « Le nouveau visage de l'expertise de gestion à la lumière de l'expérience anglaise », *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 39-4, 1987, p. 915.

12 Art. 160-1 AUSCGIE.

13 L'expertise *in futurum* encore appelée expertise à futur vise à fournir, dans le cadre d'un procès, des éléments de preuve à la personne qui la sollicite. Ainsi, elle est au service du demandeur. En droit ivoirien, l'expertise *in futurum* est régie par les art. 65 à 76 du code de procédure civile, commerciale et administrative (cpc).

14 Sur cette controverse, B.Y. MEUKE, « La notion d'opération de gestion au sens de l'article 159 de l'AUSCGIE de l'OHADA : réflexion à la lumière du droit français », *Ohadata D-05-57*.

15 CCJA, arrêt n° 042/2013 du 16 mai 2013, Eurapharma c/ Laborex-CI et Pharmafinance, *Ohadata J-15-42*.

L'intervention de la CCJA, si elle a le mérite d'unifier l'interprétation, suscite toutefois des inquiétudes en raison du caractère fuyant de certains des critères définis ; caractère pouvant rendre malaisée leur application.

L'imperfection des solutions du droit positif relativement aux conditions d'admission de l'expertise de gestion génère, en outre, une double discrimination entre les associés. D'une part, l'arrimage du bénéfice de l'expertise au capital social exclut l'apporteur en industrie des titulaires de la demande d'expertise. D'autre part, la condition de représentativité établit une inégalité entre les associés au regard de la jouissance du droit de solliciter une expertise.

Si l'émergence de l'expertise de gestion en droit OHADA contraste avec la faiblesse de sa réglementation, il reste que cette émergence est une révolution d'autant plus remarquable que l'expertise est une institution relativement récente, notamment en droit français¹⁶. De la longue absence de l'expertise de gestion, une explication peut être suggérée. En effet, l'avènement de cette expertise est la traduction d'une idée, celle de la nécessité, à côté du contrôle *a posteriori* de la gestion des dirigeants, d'un contrôle préventif, contrôle *a priori*, par le renforcement de l'information des associés afin d'éviter des difficultés plus graves à la société commerciale¹⁷. Cette idée admise, l'expertise a pu émerger.

Toutefois, en Afrique noire francophone, l'expertise de gestion était pratiquement inconnue avant le traité de l'OHADA¹⁸. En réalité, seuls trois Etats la réglaient, à savoir le Mali, le Niger et le Sénégal¹⁹. La consécration de cette expertise en droit OHADA n'est donc intervenue qu'avec l'AUSCGIE de 1997 accomplissant ainsi le souhait de la doctrine²⁰. Après sa réforme en 2014, quelques améliorations ont été apportées aux conditions d'admission de cette expertise, entendues comme les dispositions légales présidant au succès de la demande d'expertise et qui sont énumérées aux articles 159²¹ et 160²² AUSCGIE.

16 En droit français, l'expertise a été consacrée par la loi n° 66-537 du 24 juil. 1966 sur les sociétés commerciales entrée en vigueur le 1^{er} fév. 1967 (JORF, 26 juil. 1966, p. 6402) et régie, sous le vocable « d'expertise de minorité » par l'art. 226 de cette loi. Rebaptisée « expertise de gestion » par la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, (JORF du 2 mars 1984, p. 751) et étendue aux sociétés par actions simplifiée par la loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, (JORF du 10 août 1994, p. 11668), cette expertise est régie, actuellement, par les art. L. 225-231 du code de commerce pour les SA et L.223-37 pour les SARL.

17 L'expertise de gestion est le véhicule d'une intervention préventive (donc *a priori*) du juge dans les sociétés commerciales. V. M-A. MONDOLONI, Les interventions préventives du juge des référés dans l'entreprise, Paris, PUAM, 2004, p. 217 et s.

18 Le code de commerce, la loi du 24 juil. 1867 relative aux sociétés par actions et la loi du 7 mars 1925 relative à la société à responsabilité limitée, alors applicables en droit africain, ignoraient l'expertise de gestion.

19 Avant l'OHADA, l'expertise de gestion était régie par les art. 1362, 523 et 256 respectivement du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal, du code du commerce Malien et du code de commerce Nigérien. V. J.R. GOMEZ, Les Etats d'Afrique noire francophone à la recherche d'un droit des sociétés, Thèse de doctorat, Montpellier, 1989, pp. 226-227. V. également L-D. MUKA TSHIBENDE, *op.cit.*, n° 97, p. 134.

20 Dans sa thèse de doctorat, GOMEZ émettait le vœu d'une extension de l'expertise de gestion à l'Afrique noire francophone en ces termes : « compte tenu de son intérêt, la procédure de désignation d'un expert de gestion devrait être étendue à l'ensemble des pays d'Afrique noire francophone.. ». V. J. R. GOMEZ, *op. cit.*, p. 267.

21 Art. 159 AUSCGIE : « Un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander à la juridiction compétente du siège social, statuant à bref délai, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ».

22 Art. 160 AUSCGIE : « S'il est fait droit à la demande, la juridiction compétente détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs des experts. Les honoraires des experts sont supportés par la société. Le rapport est adressé au demandeur et aux organes de gestion, de direction ou d'administration ainsi qu'au commissaire aux comptes ».

Cependant, ces améliorations²³ n'empêchent pas la subsistance de nombreuses ambiguïtés affectant la réglementation des conditions d'admission de l'expertise de gestion. Cette réglementation suscite beaucoup de questions. Le bénéfice de l'expertise doit-il être étendu à d'autres personnes qu'aux seuls associés ? Au demeurant, ne serait-il pas juste de reconnaître ce privilège à tous les associés indistinctement ? La qualification de la procédure de l'expertise de procédure d'urgence est-elle satisfaisante ? Faut-il reconnaître au juge saisi un pouvoir d'opportunité quant à la demande de désignation d'un expert ? La question principale qui, tel un fil conducteur, unit toutes ces questions est la suivante : les conditions d'admission de l'expertise de gestion au sein des sociétés commerciales sont-elles sagement posées ? Les solutions du droit positif, contestables tant au niveau des dispositions légales qu'au regard de l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence, plaident pour une réponse négative à cette interrogation principale.

L'étude des conditions d'admission de l'expertise de gestion est, alors, intéressante à plusieurs égards. D'abord, elle offre l'occasion d'une réflexion sur la politique législative, source de cette réglementation. En effet, lorsqu'elle intervient, la sollicitude du législateur « est obligée de se proportionner à la multiplicité et à l'importance des objets sur lesquels il faut statuer²⁴ » et aussi des intérêts en jeu. Plus précisément, sa réglementation de l'expertise de gestion a contraint le législateur de l'OHADA à tenir compte de tous les intérêts en présence au sein des sociétés commerciales²⁵, plus précisément, ceux des dirigeants et des associés. L'intérêt des associés lui commandait de leur reconnaître l'expertise de gestion comme moyen de contrôle de la gestion sociale et d'information. Toutefois, il devait éviter, en instaurant cette expertise, de perturber le fonctionnement régulier de la société commerciale et de faire de l'expertise, une épée de Damoclès suspendue sur la tête des dirigeants sociaux susceptible d'inhiber, par crainte, leur liberté dans la gestion de la société. Inversement, l'intérêt des dirigeants ne devait pas le conduire à raidir les conditions d'admission de l'expertise au point de rendre celle-ci inutile aux associés. Dans ces conditions, l'intervention du législateur avait pour horizon un équilibre entre les divers intérêts en jeu. La mise en question des conditions d'admission de ladite expertise permet alors de savoir si l'équilibre obtenu est satisfaisant. Ensuite, l'étude fournit des occasions de discussions critiques des solutions législatives et jurisprudentielles structurant les conditions d'admission de l'expertise de gestion. Dans ce sens, elle permet de mesurer la pertinence et la portée des solutions du droit positif. Enfin, elle offre d'identifier l'expertise comme un instrument de lutte contre la gestion opaque des sociétés commerciales et comme un moyen de prévention des difficultés économiques des sociétés commerciales²⁶. En effet, il est certain que l'expertise de

23 La réforme a amélioré le visage de l'expertise de gestion, d'abord, en abaissant le pourcentage requis du capital social qui est passé du cinquième au moins, soit 20%, au dixième au moins, soit 10% du capital social ; ensuite, l'organe juridictionnel compétent n'est plus le président de la juridiction compétente du siège social (art. 159 AUSCGIE de 1997) mais la juridiction compétente du siège social (art. 159 AUSCGIE 2014). Par ailleurs, l'Acte Uniforme réformé précise que la juridiction compétente doit « statuer à bref délai ». Enfin, l'art. 159 de ce nouvel acte uniforme ajoute le commissaire aux comptes aux destinataires du rapport de l'expert.

24 J.E.M PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de code civil », in W. MASTOR, J. BENETTI, P. EGEEA, X. MAGNON, *Les grands discours de la culture juridique*, Paris, Dalloz, 1^{ère} éd., 2017, n° 56, p. 692.

25 Au-delà de l'intérêt des dirigeants et des salariés, il y a aussi celui de la société commerciale elle-même et celui de ceux qu'il est convenu de nommer les *stakeholders* c'est-à-dire les salariés, les clients, les fournisseurs, etc.

26 Dans le même sens, F.M. SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, « Coll. Droit uniforme », Bruxelles, Ed. Bruylant, 2002, n° 41 et s. p. 36 et s. plus précisément n° 46 p. 39 pour l'expertise de gestion. Adde M-A. MONDOLONI, *op.cit.*, n° 34, p. 225.

gestion est le signe d'une crise de confiance²⁷ entre les associés et les dirigeants quant à la gestion de la société. Cette crise, si elle n'est pas résorbée, peut s'aggraver et compromettre l'activité d'une société commerciale. Il s'ensuit que la pérennité des entreprises exige une application efficiente de l'expertise de gestion.

La réflexion se singularise en se plaçant dans la perspective de l'établissement d'un meilleur équilibre entre les divers intérêts mobilisés par l'expertise de gestion au moyen d'un allègement et d'une clarification de ses conditions d'admission. Elle est fondée, prioritairement, sur le droit commun des sociétés dans l'espace juridique OHADA²⁸ entendu comme la somme du droit OHADA et de la législation nationale des Etats membres de l'OHADA complétant la législation harmonisée ou se substituant à elle dans des domaines non encore harmonisés auquel est adjoit celui de pays étrangers. Pour conduire cette étude, la méthode synthétique permettant une appréhension globale des conditions d'admission est préférée. L'étude recourt aussi à une méthode empirique qui, en mettant en relief, au sein des sociétés commerciales, l'aspect sociologique des dispositions législatives, complète utilement la méthode synthétique.

Les conditions d'admission de l'expertise de gestion se déclinent en conditions procédurales et celles substantielles. Les premières, empêtrées dans les contradictions doctrinales et jurisprudentielles sur le rôle du juge, sont fuyantes, difficiles à cerner, évanescences (I). Quant aux secondes, elles sont marquées par le contraste entre la précision de la condition de représentativité et l'imprécision des opérations de gestion ; d'où il résulte leur ambiguïté (II).

I. DES CONDITIONS PROCÉDURALES ÉVANESCENTES

Le juge est au cœur de la procédure de l'expertise de gestion. En effet, l'associé doit adresser sa demande d'expertise à la juridiction compétente laquelle dispose du pouvoir de l'apprécier. Toutefois, l'accès au juge est enserré dans des conditions procédurales²⁹ évanescences. Cette évanescence apparaît, d'une part, dans l'ambivalence de la procédure (A) et, d'autre part, dans l'imprécision de l'office du juge (B).

A – Une procédure ambivalente

La procédure de l'expertise de gestion est ambivalente dans la mesure où, si la détermination de sa nature est satisfaisante (1), il en est autrement de la désignation de la catégorie de juridiction compétente affligée d'une indétermination insatisfaisante (2).

27 La crise de confiance peut être causée par plusieurs raisons. A titre illustratif, ce peut être une gestion opaque des dirigeants résultant du défaut d'information des associés sur la vie sociale et de la non-distribution injustifiée des résultats de deux exercices plus de neuf mois après leur clôture. V. Trib. Rég. Hors Classe (TRHC) de Niamey, ord. 22 oct. 2002, *Ohadata J-04-80*.

28 Sur la définition de l'espace OHADA, v. E. DEWEDI, « L'obligation de modérer le dommage dans l'espace OHADA », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, n° spécial, année 2013, note n° 1, p. 99. Adde V. J. DJOGBENOU, « La réception de l'affacturage en droit OHADA des contrats », in *Les horizons du Droit OHADA, Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel SAWADOOGO*, Cotonou, Ed. CREDIJ, 2018, note 4, p. 329-330.

29 Le terme procédure est polysémique. Dans son acception processuelle, la procédure est, dans cette étude, entendue comme « l'ensemble des actes successivement accomplis pour parvenir à une décision ». V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige/Puf, 2017, V° procédure, p. 811. Dans ce sens, les conditions procédurales sont l'ensemble des actes de procédure accomplis depuis la saisine du juge compétent jusqu'au prononcé de sa décision. En conséquence, les conditions procédurales de l'expertise de gestion, fondées sur les art. 159 et 160 AUSCIE concernent la saisine du juge et l'examen, par ce dernier, de la demande en désignation d'un expert.

1- La détermination satisfaisante de la nature de la procédure

La satisfaction que l'on éprouve d'une analyse des conditions procédurales de l'expertise de gestion résulte de ce que le législateur de l'OHADA a définitivement tranché une controverse qui en altérerait la mise en œuvre, née de l'incertitude quant à la nature de la procédure. En effet, avant la réforme de l'AUSCGIE de 2014, la question de la nature ordinaire ou d'urgence de l'expertise de gestion a généré un désaccord jurisprudentiel s'orientant dans trois directions.

Dans une première direction, une posture jurisprudentielle refusait de qualifier la procédure d'expertise de procédure d'urgence en elle-même qui fonderait la compétence du juge des référés. Une ordonnance du juge des référés sénégalais peut illustrer cette conception. Invité à déclarer sa compétence à connaître d'une demande d'expertise de gestion, ce juge s'est déclaré incompétent motif pris de ce que « [le demandeur] s'est limité à invoquer l'urgence et le péril dans l'acte d'assignation, mais n'a pas conclu sur ce point³⁰ ». Autrement dit, pour le juge des référés sénégalais, l'associé demandeur n'a pas prouvé l'urgence et le péril de la procédure afin de le conduire à se déclarer compétent. Pour se décider ainsi, ce juge, analysant l'article 159 AUSCGIE de 1997 alors en vigueur, a considéré que la procédure de l'expertise n'était pas, en soi, une procédure d'urgence fondant sa compétence exclusive³¹.

Dans une seconde direction, s'est posée l'interprétation jurisprudentielle qualifiant la procédure d'expertise de procédure d'urgence en elle-même et, partant, contrariait celle précédente. Ainsi, dans une espèce où des dirigeants d'une société incriminée rejetaient sa compétence en raison de l'inexistence de l'urgence, le président du tribunal de commerce d'Abidjan, statuant en référé, a déclaré sa compétence en tirant l'urgence du libellé de l'article 159 AUSCGIE de 1997³². En d'autres termes, selon ce juge, l'expertise de gestion était, en soi, une procédure d'urgence fondant ainsi sa compétence à statuer en référé.

Une troisième position, médiane, considérait la procédure d'expertise principalement, comme une procédure ordinaire et, subsidiairement, comme une procédure d'urgence. C'est celle d'un juge béninois pour qui, si l'expertise de gestion n'était pas en soi, une procédure d'urgence, elle pourrait le devenir « toutes les fois qu'un retard dans la décision à intervenir risque de mettre en péril les intérêts³³ » du demandeur. On constate qu'en déclarant que la procédure de l'expertise n'est pas, en soi, une procédure d'urgence, ce juge béninois a une position contraire à celle du juge ivoirien et se rapproche de celle de son homologue sénégalais. Toutefois, il se détache de la position de ce dernier puisqu'il a pu, des faits de l'espèce à lui soumis, tirer l'urgence de la procédure contrairement au juge sénégalais.

30 TRHC Dakar, ord. de référé n° 901 du 09 août 1999, Hassane Yacine c/ Sté Nattes Industries, Ohadata J-02-198, obs. de J. ISSA-SAYEGH.

31 Justifiant cette décision, ISSA-SAYEGH précise que : « (...) Le juge des référés, examinant l'article 159 AUSCGIE, n'y a pas découvert une référence à sa compétence exclusive ou possible sans conditions. Il s'est donc reporté à l'article 257 du code sénégalais de procédure civile qui exige l'urgence ou le péril, et ne l'ayant pas trouvé dans les faits de l'espèce, il s'est déclaré incompétent ». V. J. ISSA-SAYEGH, obs. sous TRHC Dakar, ord. de référé n° 901 du 9 août 1999 préc.

32 Trib. com. Abidjan, ord. de référé RG n° 397/2013 du 16 avr. 2013, Badreddine M. et consorts c/ Abdallah K. et la SARL Centre Médical Prima, www.tribunalcommerceabidjan.org. Pour le président de ce tribunal, la nécessité de prévenir une situation préjudiciable à la société « ouvre la voie à la compétence du juge des référés » en partant de l'art. 159 AUSCGIE.

33 CA Cotonou, arrêt n° 256/2000 du 17 août 2000 préc.

L'intérêt de cette controverse réside dans la perception des différences entre la procédure ordinaire et celle d'urgence. Dans celle-là, la justice, pour ainsi dire, prend son temps. Ce temps qui passe a une vertu d'apaisement permettant une maturation de la réflexion du juge aboutissant à une solution équilibrée qu'une trop grande célérité pourrait détruire. Comme on a pu le relever, pendant cette durée, « l'inaction est requise, la précipitation exclue³⁴ ». A l'inverse, la procédure d'urgence prône une justice, non pas expéditive, mais rapide. Dans ce cas, les délais de procédure sont très courts parce qu'il y a urgence à ne pas prolonger le conflit entre les parties au litige³⁵.

Toutefois, cette absence de dialogue jurisprudentiel sur la nature de la procédure d'expertise était source d'insécurité judiciaire³⁶ qu'il fallait résorber. L'incertitude quant à la nature de cette procédure découlant d'une lacune de la loi, la solution ne saurait provenir que du législateur. C'est en cela que réside le mérite de la réforme de l'AUSCGIE à la faveur de laquelle la nouvelle rédaction de l'article 159 est favorable à la thèse qualifiant la procédure d'urgente. En effet, dorénavant, la juridiction saisie doit « statuer à bref délai ». Or l'expression « statuer à bref délai » oblige la juridiction compétente à statuer rapidement, dans le sens d'une procédure d'urgence. Par suite, le législateur de l'OHADA identifie la procédure d'expertise de gestion à une procédure urgente³⁷.

La posture législative sur la nature de la procédure d'expertise de gestion est pertinente pour plusieurs raisons. D'une part, elle unifie les positions jurisprudentielles opposées sur cette nature et clôt le désaccord sur ce point. D'autre part, par elle, le législateur considère que la solution de la crise sous-tendant la demande en nomination d'un expert nécessite une promptitude particulière évitant son enlisement. Autrement dit, l'intérêt qu'il y a à ne pas prolonger l'incertitude liée à la crise explique l'urgence de la procédure et donc la brièveté du délai accordé à la juridiction compétente pour statuer sur le bien-fondé de la demande à elle soumise.

Toutefois, si la précision de la nature de la procédure d'expertise comme procédure d'urgence suscite un sentiment de satisfaction, l'indétermination de la catégorie de la juridiction compétente demeure encore une faiblesse qui affecte sa mise en œuvre.

34 E. MONTCHO AGBASSA, « Brèves considérations sur le temps dans l'acte uniforme portant procédures collectives », in Les horizons du droit OHADA, Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel SAWADOGO, Cotonou, Ed. CREDIJ, 2018, p. 884.

35 Outre l'avantage de la célérité, il faut relever que, au sein de la procédure d'urgence, les ordonnances de référés sont, en droit procédural ivoirien par exemple, exécutoires par provision à l'inverse des décisions des juridictions du fond. V. Art. 227 du cpc.

36 L'insécurité judiciaire est aussi la manifestation d'une insécurité juridique. En effet, comme on l'a relevé : « l'insécurité juridique, ce ne sont pas seulement les malfaçons législatives et réglementaires. C'est aussi l'administration du droit parce que, dans tous les cas de figure, le juge, chargé de l'application de la loi, est le maître du jeu de bout en bout » V. N. GBAGUIDI, « L'émergence d'un droit international privé de la famille en Afrique noire francophone : cas du Bénin et du Burkina-Faso », Revue Béninoise des sciences juridiques et administratives, n° 26, 2011, p. 36.

37 Dans ce sens, des auteurs précisent que : « En donnant compétence à la juridiction statuant à bref délai, l'Acte uniforme attache à la procédure d'expertise de gestion le caractère de procédure d'urgence ». V. J. ISSA-SAYEGH, P-G. POUGOUE, F.M. SAWADOGO, (Coord.), OHADA, *Traités et actes uniformes commentés et annotés*, Paris, Juriscope, 2018, p. 437. Dans cette perspective, l'urgence peut être définie, au sens général, comme « le caractère d'un état de fait susceptible d'entraîner, s'il n'y est porté remède à bref délai, un préjudice irréparable, sans cependant qu'il y ait nécessairement péril imminent. D'où la nécessité d'agir pour la conservation d'un droit ou la sauvegarde d'un intérêt ». V. G. CORNU (dir.), *op. cit.*, V° urgence, p. 1054.

2. L'indétermination insatisfaisante de la catégorie de juridiction compétente

La résorption des difficultés liées à la procédure d'expertise de gestion ne peut se limiter à la seule définition de la nature de ladite procédure. Il faut y adjoindre la détermination de la juridiction compétente et de la catégorie de la juridiction compétente. En ce qui concerne la juridiction compétente, le législateur OHADA désigne expressément la juridiction du siège social de la société commerciale³⁸. Toutefois, en ce qui concerne la catégorie de juridiction compétente, le mutisme du législateur suggère la préoccupation de savoir si, en caractérisant d'urgente la procédure de l'expertise de gestion, l'on établit, subséquemment, la compétence exclusive du juge des référés.

La réponse à cette préoccupation dépend de la nature de l'ordre juridique dans lequel elle se pose. En effet, dans un ordre juridique interne, le législateur aurait toute la latitude pour déduire de la nature de la procédure d'urgence reconnue à l'expertise, la compétence subséquente du juge des référés en raison de la souveraineté dont le législateur jouit. Or, dans un espace supranational d'intégration juridique comme celui de l'OHADA marqué par une diversité de conceptions nationales quant à la catégorie de juridictions compétentes, une telle déduction n'est pas évidente. Il faut donc être prudent quant à la réponse à donner à la préoccupation soulevée. Spontanément, on peut croire que la référence à la formule « statuant à bref délai » utilisée pour identifier la juridiction compétente pour traiter les questions liées à l'expertise de gestion renvoie au juge qui, en droit interne, est compétent s'il y a urgence, en l'occurrence le juge des référés. Mais, en réalité, tel n'est pas le cas car dans cette hypothèse « le législateur communautaire fixe une règle de procédure en encadrant la durée du procès par l'obligation faite à la juridiction désignée comme compétente par le droit interne de traiter le cas avec célérité³⁹ ». Autrement dit, l'urgence est, ici, non le critère du référé mais la mesure de la durée de la procédure, l'expression de la célérité dont on a dit qu'elle est un « principe cardinal de justice⁴⁰ », une vertu à cultiver par le juge.

La réponse négative à la préoccupation exposée s'impose donc pour plusieurs raisons. La première réside dans l'étendue de la compétence de l'OHADA en matière judiciaire. En cette matière, l'OHADA reconnaît compétence au droit interne de chaque Etat partie pour désigner les juridictions compétentes pour statuer sur les litiges nés de l'application des actes uniformes. La CCJA a confirmé cette posture de l'OHADA à plusieurs reprises, tant dans sa fonction consultative⁴¹ que contentieuse. Plus précisément, dans une espèce où l'interprétation de l'expression « à bref délai » était en cause, elle a affirmé, d'une manière non équivoque, que « la périphrase "à bref délai" (...) ne renvoie pas *ipso facto* à la notion

38 L'art. 159 AUSCGIE indique clairement que la demande d'expertise doit être adressée, par l'associé, « à la juridiction compétente du siège social ».

39 N. DIOUF, « Le droit du procès dans les litiges mettant en cause l'application des règles uniformes de l'OHADA : quelle place pour les lois nationales », in *Les horizons du droit OHADA*, Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel SAWADOGO, Cotonou, Ed. CREDIJ, 2018, p. 819.

40 Selon MONTCHO AGBASSA : « principe cardinal de justice, la célérité est une exigence procédurale fondée sur l'idée philosophique selon laquelle, toute décision de justice doit être rendue dans un temps court » ; V. E. MONTCHO AGBASSA, *op. cit.*, p. 881.

41 CCJA, avis n° 1/2003/EP du 04 juin 2003, *Ohadata J-04-69*. Dans cet avis, qu'elle a donné suite à la demande de la République du Sénégal portant sur la détermination de la juridiction compétente en matière de résiliation judiciaire du bail commercial, la haute cour a précisé que : « sauf si les Actes uniformes ont eux-mêmes fixé des règles propres de procédure qui ont spécialement désigné les juridictions compétentes pour statuer sur les différends nés de leur application, la détermination de la "juridiction compétente", expression consacrée et souvent employée par le législateur communautaire OHADA, relève du droit interne et en particulier, de l'organisation judiciaire de chaque Etat Partie ».

de référé » et réitéré que la détermination de la juridiction compétente relève de l'organisation judiciaire autonome de chaque Etat partie au Traité de l'OHADA⁴². La position de l'OHADA est justifiée par le souci de préserver la souveraineté des Etats qui s'exprime, notamment, par l'autonomie de l'identification des juridictions compétentes et de la procédure applicable devant ces juridictions. La seconde raison résulte de « la volonté [du législateur de l'OHADA] de respecter les particularismes locaux et les traditions judiciaires⁴³ » de chaque Etat partie. Ces spécificités internes d'organisation judiciaire des Etats membres peuvent, par exemple, fonder l'inexistence de la figure du juge des référés⁴⁴ ou ne pas réserver toutes les procédures d'urgence à la seule compétence des juges des référés⁴⁵. Dans ces conditions, le législateur de l'OHADA ne pouvait pas désigner directement le juge des référés au risque de rendre ineffective l'application de cette règle.

En somme, la posture du législateur de l'OHADA se justifie par le respect de la souveraineté des Etats membres et « l'absence d'uniformisation entre les pays membres des règles relatives à l'organisation judiciaire et à la procédure civile⁴⁶ ». Toutefois, il est indéniable que cette attitude dudit législateur peut être source de difficultés dans l'application « du bref délai » ou « du délai raisonnable » à la procédure de l'expertise de gestion. Deux difficultés majeures sont à relever. D'une part, l'expression « statuer à bref délai », si elle postule la célérité de la procédure est imprécise en ce qu'elle n'indique pas précisément la juridiction compétente. D'autre part, cette notion étant une notion de fait, l'appréciation de la brièveté du délai ou de son caractère raisonnable relèvera, logiquement, des juridictions saisies de la demande d'expertise. Dans cette perspective, une approche différenciée, dans l'espace communautaire, de la brièveté du délai n'est pas à exclure en fonction des juridictions compétentes. Cette situation, si elle est avérée, sera nécessairement préjudiciable aux justiciables des Etats membres qui, en franchissant les frontières de ces Etats, se verraient appliquer des délais de procédure différents. En outre, cette différenciation des délais complexifiera l'application de l'art. 159 AUSCGIE en ce sens que plusieurs délais de procédure seront applicables à une même disposition, ce qui ne garantit pas la sécurité

42 CCJA, 2^e ch., arrêt n° 129/2015 du 12 nov. 2015, Sté Ciments Unibeco SA c/ Ibrahim A. Younès, *Ohadata J-16-122*.
43 R. NEMEDEU, « Droit OHADA et droit procédural », in *Les horizons du droit OHADA, Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel SAWADOGO*, Cotonou, Ed. CREDIJ, 2018, p. 713.

44 Le législateur de l'OHADA n'a pas voulu préciser que le juge compétent est celui des référés, notamment, parce qu'il n'est pas certain que cette figure du juge des référés existât dans tous les Etats parties au traité de l'OHADA en raison des différences des règles gouvernant l'organisation judiciaire desdits Etats.

45 C'est le cas en droit ivoirien où les ordonnances sur requêtes (art. 231 à 239 du cpc) sont des procédures d'urgence à l'instar des référés (art. 221 à 230 du cpc). Ainsi, dans une espèce, le TPI de Yopougon, saisi d'une demande en désignation d'un expert de gestion, a fait droit à la demande, par une ordonnance sur requête (V. Eurapharma c/Laborex-CI, ord. sur requête du 8 sept. 2005). Ce choix de la juridiction ivoirienne pour la requête est toutefois contestable car il porte atteinte à la nécessité du principe du contradictoire qu'exige la procédure de l'expertise de gestion. Ce principe inclinant au choix judicieux des référés au détriment des ordonnances sur requête.

46 MUKA TSCHIBENDE précise que la : « [...] prudence du législateur africain s'explique notamment par l'absence d'uniformisation entre les pays membres des règles relatives à l'organisation judiciaire et à la procédure civile ». V. L.-D. MUKA TSCHIBENDE, *op.cit.*, n° 110, p. 142. (C'est nous qui soulignons).

judiciaire dans l'espace OHADA. Dès lors, surgit la question de la nécessité d'une nouvelle réforme législative de l'art. 159 AUSCGIE sur ce point⁴⁷.

Cette réforme, souhaitable, peut emprunter deux voies. Soit, le législateur de l'OHADA, dépassant la territorialité de la procédure ou assujettissant, partiellement, la souveraineté des Etats membres, impose directement, la procédure de référé aux juridictions compétentes en matière d'expertise de gestion ; soit, le même législateur, laissant aux Etats le soin de déterminer la juridiction compétente *rationae materiae*, fixe un délai uniforme de saisine que les juges des divers Etats devraient respecter pour rendre leur décision. La première voie existe déjà notamment pour la nomination judiciaire d'un commissaire aux comptes dans les sociétés anonymes en cas de défaillance de l'assemblée compétente⁴⁸. La seconde voie est également utilisée dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif⁴⁹.

La présence, dans ces Actes uniformes, de ces règles dérogoratoires à l'autonomie des Etats membres en matière judiciaire, est la preuve que le respect de la souveraineté des Etats ne doit pas être un obstacle à l'atteinte des objectifs d'harmonisation des normes dans l'OHADA. Mieux, la nécessité de cette harmonisation peut, dans certains cas et même en matière procédurale, neutraliser le principe de souveraineté par l'imposition de règles applicables uniformément dans les Etats. Dans cette même veine, il serait opportun d'étendre l'application de ces règles à la procédure de l'expertise de gestion⁵⁰. Autrement dit, le législateur de l'OHADA peut, soit imposer le recours au référé⁵¹ dans la procédure applicable

47 Sous l'empire de l'AUSCGIE du 10 avr. 1997, l'associé demandeur était tenu de saisir, selon l'art. 159, « le président de la juridiction compétente ». Dans ce cas, le législateur de l'OHADA orientait le droit interne vers le choix d'un juge unique au détriment d'une formation collégiale. Puis, avec la réforme de 2014, c'est désormais « la juridiction compétente du siège social, statuant à bref délai » qui doit être saisie de la demande d'expertise. Cette fois-ci, la saisine d'une formation collégiale est possible, l'accent étant mis, par le législateur, sur la célérité de la décision du juge. En revanche, dans les sociétés coopératives c'est toujours le président de la juridiction compétente qui doit être saisi des demandes tendant à obtenir l'expertise de gestion (art. 120 Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives - AUSC).

48 Si l'assemblée omet d'élire un commissaire, la juridiction compétente, saisie en référé, par un actionnaire, peut le faire (art. 708 al. 1 AUSCGIE). Pareillement, la juridiction compétente peut être saisie, par la procédure de référé, pour la nomination d'un administrateur chargé de retirer les fonds en cas de défaut d'immatriculation de la société anonyme dans le délai prescrit (art. 398 al. 3 AUSCGIE).

49 Toute contestation sur la compétence de la juridiction saisie est tranchée, par celle-ci, dans les quinze (15 jours) de sa saisine et, en cas d'appel, dans les trente (30 jours) par la juridiction d'appel (art. 3-2, al. 1 AUPCA). De même, l'audience d'homologation du concordat préventif est enserrée dans un délai de 30 jours à compter de la saisine de la juridiction compétente (art. 14 al. 3 AUPCAC). Enfin, on peut signaler l'art. 40 du même Acte uniforme dont l'alinéa 1 impose au juge-commissaire un délai de huit (8) jours à compter de sa saisine pour statuer sur les demandes, contestations et revendications relevant de sa compétence.

50 Si le législateur de l'OHADA opte pour l'imposition du recours au référé, l'art. 159 AUSCGIE serait reformulé ainsi qu'il suit : « Un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander en référé à la juridiction compétente du siège social, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ». En revanche, s'il opte pour la fixation d'un délai de saisine au juge, cet article serait réécrit ainsi : « Un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander à la juridiction compétente du siège social, statuant dans les X jours de sa saisine, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ».

51 L'imposition de la procédure de référé à l'expertise de gestion, loin d'être fortuite, inviterait les systèmes judiciaires où existe le référé à y limiter la procédure d'expertise de gestion au détriment des autres procédures d'urgence et, pour les Etats membres où cette procédure n'existe pas, elle les inviterait à y avoir recours au besoin en l'instituant. Quant à l'enfermement de la saisine du juge dans un délai précis, il aurait pour avantage certain d'uniformiser le délai de procédure de l'expertise de gestion dans les Etats membres de l'OHADA.

à l'expertise de gestion, soit imposer un délai de saisine à la juridiction compétente. Ces différentes options présentent l'avantage d'harmoniser, dans l'espace communautaire, la procédure applicable à l'expertise de gestion

En définitive, le législateur de l'OHADA, opérant la réforme souhaitée, résorberait l'ambivalence de la procédure d'expertise de gestion. Pour autant, cette ambivalence n'est pas la seule expression de l'évanescence des conditions procédurales. Il faut y adjoindre l'imprécision de l'office du juge.

B – Un office du juge imprécis

Le juge, saisi d'une demande d'autorisation d'expertise, doit en apprécier le bien-fondé. Pour ce faire, il a recours à des critères définis par l'art. 159 AUSCGIE qui, à l'épreuve, révèle une certaine ambiguïté illustrée par la jurisprudence (1). Au demeurant, la nature même du contrôle exercé par le juge est controversée (2).

1- L'ambiguïté des critères d'appréciation de la demande d'expertise de gestion

L'application des critères légaux aux cas concrets à lui soumis conduit le juge saisi à les interpréter. Cette interprétation est entachée d'une ambiguïté qui réside dans la lecture différenciée de l'art. 159 par les juridictions nationales des Etats membres de l'OHADA.

D'abord, il est des juridictions qui n'utilisent qu'un unique critère d'appréciation de la demande, à savoir la détention, par le demandeur, de la quotité du capital social requis⁵² ou l'intérêt des associés⁵³. Cette tendance jurisprudentielle est critiquable en ce qu'elle fait une application partielle de l'art. 159 AUSCGIE⁵⁴.

Ensuite, d'autres juridictions font un usage cumulatif d'une pluralité de critères. Dans cette perspective, le défaut d'information du demandeur et la détention, par celui-ci, du pourcentage requis du capital social sont, certaines fois, estimés suffisants pour accorder le bénéfice de l'expertise de gestion⁵⁵. D'autres fois, ces critères sont associés à celui relatif à la nécessité de l'existence d'un litige entre associés⁵⁶. Généralement, ces juridictions utilisent les trois critères du défaut d'information, de l'existence d'un litige entre associés et de la détention du pourcentage requis du capital social. Or, la pertinence de deux de ces critères est douteuse.

52 CAAbidjan, arrêt n° 376 du 2 mars 2004, *Ohadata J-04-489*. La Cour d'appel utilise le seul critère de la détention de la portion requise du capital social pour faire droit à la demande d'expertise. Il en est de même de, l'ord. réf. n° 1671 du 23 déc. 2002, TRHC Dakar, *Ohadata J-03-186*.

53 TPI Abidjan, ord. réf. du 26 nov. 2003, inédit. Dans cette espèce, le juge a admis une demande de nomination d'un expert de gestion en motivant sa décision principalement par « l'intérêt même des associés » même si l'associé demandeur possédait 24,9 % du capital social.

54 En effet, une lecture minimaliste de l'art. 159 AUSCGIE révèle la nécessité d'une pluralité de critères tels que la qualité d'associé, la possession d'une certaine quotité du capital social, la nécessité de la détermination d'opérations de gestion.

55 TRHC Niamey, ord. réf. n° 245 du 22 octobre 2002, *Ohadata J-04-800*. Dans cette espèce, le juge a fait droit à la demande de désignation d'un expert de gestion en se fondant sur la détention, par le demandeur de 49 % du capital social et sur le fait qu'il n'était plus informé de la vie sociale. *Adde* CA Dakar, arrêt n° 547 du 22 juil. 2010, Sté Sen Jet SARL c/ A. Rocchi et R. Ottavi, *Bull. des arrêts de la Cour d'appel de Dakar*, 2011, n° 1, pp. 325 et s. qui motive sa décision sur la détention, par les associés, de 30% du capital social et sur le droit qu'ils ont d'être informés sur la gestion sociale.

56 Saisie par un demandeur détenant 48% du capital social et qui se plaignait d'être tenu dans l'ignorance de différents conseils d'administration, le TPI d'Abidjan a fait droit à la demande en la justifiant par la seule circonstance de l'existence d'un litige entre associés. V. TPI Abidjan, ord. réf. n° 3878 du 13 août 1999, inédit. Dans le même sens, la CA de Cotonou précise que la demande d'expertise doit être justifiée par un litige, sinon né et actuel, du moins possible et sérieux. V. CA Cotonou, arrêt du 17 août 2000, préc.

En effet, le critère du défaut d'information sur la vie de la société ne peut légitimer une expertise de gestion en raison de sa généralité. En réalité, le défaut d'information doit être circonscrit à des actes déterminés des dirigeants. Au demeurant, même ainsi encadré, le défaut d'information est inapte à fonder une action en expertise de gestion si l'associé demandeur omet de relever les circonstances douteuses ayant entouré la prise des actes incriminés. Le même reproche de généralité entache le critère de l'existence d'un litige entre associés. Ainsi, s'il est exact que l'expertise de gestion est l'expression d'un litige entre associés, il n'en demeure pas moins que le litige doit porter sur la régularité d'actes de gestions des dirigeants sociaux. A la vérité, il apparait que le défaut d'information et l'existence d'un litige entre associés ne sont pas, en eux-mêmes de véritables critères mais plutôt des éléments d'appréciation du critère relatif aux opérations de gestion. Quant au troisième critère tiré de la détention de la quotité requise du capital social, son usage isolé, sans l'ajout de celui de l'identification d'opérations de gestion, le rend inapte à fonder une expertise de gestion. En conséquence, cette tendance jurisprudentielle doit être écartée car, d'une part, elle est incomplète en ce qu'elle omet le critère de la détermination des opérations de gestion et, d'autre part, elle ajoute d'autres critères aux critères légaux⁵⁷ étendant ainsi indûment le champ d'application de l'expertise de gestion.

Enfin, une approche jurisprudentielle limite les critères d'appréciation à deux, à savoir, la détention du pourcentage requis du capital social et la désignation des opérations de gestion⁵⁸. Comparée aux deux tendances précédentes, cette troisième semble être plus fidèle à la lettre de l'article 159 AUSCGIE. En effet, le législateur, à partir de ce texte, semble n'exiger comme critères d'appréciation que la détention, par le demandeur, d'un certain pourcentage du capital social et la désignation, par ledit demandeur, d'une ou de plusieurs opérations de gestion incriminées. Toutefois, cette option jurisprudentielle est incomplète en ce qu'elle omet certains éléments d'appréciation pertinents comme la nécessité du sérieux de la demande relevée par d'autres juridictions⁵⁹.

L'application jurisprudentielle de l'art. 159 AUSCGIE ayant donné lieu à une pluralité d'interprétations contradictoires, il était urgent de réduire cette pluralité à une unité qui rende intelligible l'identification des critères d'appréciation de la demande de désignation d'un expert de gestion. L'intervention de la CCJA était nécessaire, comme une arche salvatrice, pour asseoir une ligne directrice. La réponse de la haute juridiction est intervenue en 2013 avec une série d'arrêts parmi lesquels deux méritent attention quant à la détermination des critères d'appréciation. Ce sont, chronologiquement, les arrêts Société Hann & Cie du 18 avril 2013⁶⁰ et dame Massoulier du 13 juin 2013⁶¹.

57 CA Abidjan, arrêt n° 63 du 24 janv. 2006, inédit, qui avait rejeté une demande en désignation d'un expert au motif que le demandeur n'avait pas apporté la preuve de la mauvaise gestion du gérant. Arrêt logiquement cassé par la CCJA le 16 mai 2013 pour fausse application de la loi.

58 CA Dakar, arrêt n° 162 du 14 mars 2013, M. Diagne c/ A. Diouf, M. Diagne et autres, *Bull. des arrêts rendus en matière civile et commerciale*, 2014, pp. 248 et s. Dans ce cas, le juge a refusé la demande d'expertise parce que les associés n'avaient pas précisé la ou les opérations sur lesquelles ils souhaitaient avoir des explications. *Addé* Trib. com. Abidjan, ord. réf. RG n° 475/13 du 30 avril 2013 préc. Dans cette espèce, le juge, après avoir rappelé le contenu de l'art. 159 AUSCGIE, a rejeté la demande d'expertise pour indétermination des opérations de gestion. *Addé* encore Trib. com. Abidjan, ord. réf. RG n° 65/14 du 04 févr. 2014, www.tribunalcommerceabidjan.org.

59 V. notamment CA Cotonou, arrêt n° 256/2000 du 17 août 2000, précité.

60 CCJA, arrêt n° 027/2013 du 18 avril 2013, Sté Hann & Cie c/ Sté Générale de Banque de Guinée (SGBG), *Juridata* n° J027-04/2013.

61 CCJA, 1^{ère} ch., arrêt n° 056/2013 du 13 juin 2013, *Ohadata* J-15-56.

Dans la première espèce, les associés d'une banque ont assigné celle-ci en nomination d'un expert de gestion dont la mission porterait sur « l'ensemble des activités de la société (...) pendant au moins 5 ans et se rapporterait sur l'assistance technique, les frais généraux, les comptes de dépôts, les emprunts et les crédits à la clientèle ». Le président du tribunal de Kaloum ayant fait droit à la demande⁶², la CCJA a infirmé l'ordonnance querellée et précisé la nécessité de l'existence et de la détermination des opérations de gestion. La position de la haute juridiction est heureuse en ce qu'elle invite les juridictions inférieures à se mettre au diapason de la position législative exprimée dans l'article 159 AUSCGIE. En effet, si l'expert nommé est tenu de présenter un rapport sur « une ou plusieurs opérations de gestion », il est indéniable que ces opérations doivent être préalablement précisées. Autrement, son rapport n'aurait aucun objet.

L'espèce ayant occasionné le second arrêt complète utilement le critère relatif aux opérations de gestion. Un associé détenant 50 % du capital social d'une société ayant assigné les dirigeants sociaux en nomination d'un expert de gestion a été débouté de sa demande par la CCJA non seulement en raison de l'indétermination des opérations de gestion mais surtout pour avoir omis de « rapporter les éléments pouvant présumer de l'irrégularité » de la décision des dirigeants contestée. L'arrêt rendu par la CCJA, à l'occasion de cette espèce, est important car il précise la nécessité d'une présomption d'irrégularité des actes de gestion des dirigeants. La haute cour le fait après avoir vérifié la qualité d'associé du demandeur et rappelé la nécessité, pour celui-ci, d'une part, de la détention du pourcentage du capital social requis et, d'autre part, de la détermination des opérations de gestion.

Ensemble, ces deux arrêts de la CCJA révèlent les critères d'appréciation d'une demande d'expertise de gestion. Ainsi, saisi d'une telle demande, le juge devrait vérifier d'abord, la qualité d'associé du demandeur⁶³, ensuite, la détention par celui-ci, de la quotité requise du capital social et enfin, les opérations de gestion. Pour ces dernières, il devrait examiner leur identification précise et vérifier les éléments présument de leur irrégularité.

Toutefois, cette intervention de la CCJA livre un sentiment mitigé mêlé d'une certitude et d'une incertitude. La certitude réside dans la détermination exacte des critères d'appréciation de la demande d'expertise. Sur ce point, l'intervention de la haute cour est salutaire car elle a permis de résorber l'ambiguïté entachant la détermination des critères d'appréciation⁶⁴. L'incertitude apparaît au moment de l'application effective des critères ainsi déterminés. En

62 Il y a fait droit par ordonnance de référé n° 81 du 31 déc. 2004.

63 Pour faire la preuve de la qualité d'associé, les juridictions de l'OHADA admettent une pluralité de modes de preuve à savoir les statuts des sociétés commerciales, la signature des procès-verbaux d'assemblées générales en qualité d'associés, la détention de titres sociaux, etc. V. CCJA, arrêt du 13 juin 2013 préc. Toutefois, au-delà de cet apparent arc-en-ciel de modes de preuve, une hiérarchie semble se dégager entre lesdits modes. Ainsi, les statuts semblent être le mode de preuve par excellence. A ce mode peuvent s'adjoindre d'autres modes complémentaires selon la forme de la société commerciale : la souscription et la libération des parts sociales dans une SARL, le registre de transfert et la simple possession du titre dans une SA, par exemple.

64 Dans d'autres systèmes juridiques, le législateur est plus précis sur les critères d'appréciation. Tel est le cas du droit anglais où l'art. 438 (1) du *Companies Act* de 1985 tel qu'amendé en 1989 fait de la négligence des dirigeants dans la conduite des affaires sociales un critère justifiant le droit pour les actionnaires de solliciter du *Department of trade and industry*, la nomination d'un ou de plusieurs inspecteurs chargés d'enquêter sur les affaires sociales. En droit suisse, l'art. 697 (b) du code suisse des obligations accorde aux actionnaires la désignation d'un contrôleur spécial lorsqu'il est vraisemblable des fondateurs ou des organes ont violé la loi ou les statuts, causant ainsi un préjudice à l'intérêt social. Enfin, en droit belge, les art. 167 et 168 du code des sociétés accordent la désignation d'un commissaire-investigateur en cas « d'indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société ». Sur tous ces points, v. L-D MUKA TSHIBENDE, *op.cit.*, n° 114 bis, p. 145, n° 114 ter pp. 145-146 et n° 114 quater p. 146.

effet, si l'application de certains de ces critères semble aisée, il en est autrement des autres. Peuvent relever de la première catégorie les critères de la qualité d'associé du demandeur et de la détention du pourcentage requis du capital social car leurs éléments d'identification sont objectifs⁶⁵. En revanche, les critères relatifs à la détermination des opérations de gestion et à l'établissement de la présomption d'irrégularité desdites opérations sont difficilement applicables en ce qu'ils sont trop subjectifs, fuyants et insaisissables. La jurisprudence même de la CCJA illustre, par exemple, la difficulté de la détermination des opérations de gestion. Dans l'arrêt Société Hann, la haute juridiction a infirmé l'ordonnance querellée au motif que « le nombre d'opérations assignées aux experts, la nature vague de certaines d'entre elles et la période qu'elle doit couvrir laisse sans objet toutes les assemblées générales réalisées dans cette période, ainsi que l'utilité du commissaire aux comptes... ». De cette motivation, ressortent les reproches que la haute juridiction fait à la demande d'expertise et qui, selon elle, sont la preuve de l'indétermination des opérations de gestion.

Le premier reproche concerne le nombre des opérations de gestion. La CCJA critique le nombre élevé des opérations de gestion. Pour elle, le demandeur en expertise de gestion aurait dû limiter les opérations de gestion à un certain nombre. Or, la haute juridiction ne précise pas le nombre exact auquel le demandeur devait réduire ses opérations de gestion. Ce qui engendre une incertitude juridique. Au demeurant, le principe même de limiter les opérations de gestion à un nombre précis est curieux. En effet, il est contradictoire d'admettre la possibilité de nommer plusieurs experts et de limiter, dans le même temps, le nombre d'opérations de gestion⁶⁶. Le second reproche est relatif à l'étendue de la demande qui couvrirait 5 ans d'activité de la banque SGBG. Sur ce point, la fixation d'une durée laisse perplexe. En effet, où se trouve la limite ? Les opérations de gestion ne doivent-elles concerner qu'un exercice social, ou deux ou ne doivent-elles s'étendre que sur une période inférieure à cinq ans ? La CCJA ne le précise pas. Enfin, le troisième reproche est la nature vague de certaines opérations de gestion. Par cette remarque, la haute juridiction exige la détermination de la totalité desdites opérations et tire prétexte de l'indétermination de certaines opérations de gestion pour les rejeter toutes y compris celles qui étaient déterminées. N'aurait-il pas été judicieux pour la haute juridiction d'admettre l'expertise de gestion sur le fondement des seules opérations de gestion déterminées ?

On le voit, l'application du critère de la détermination des opérations de gestion est incertaine. Cette incertitude affecte également le critère de la présomption d'irrégularité de la demande. Comment le juge saisi de la demande procède-t-il pour apprécier cette présomption d'irrégularité ? Sur la base de quelles données ? Aucune indication n'est fournie au juge à cet effet. Au demeurant, la difficulté d'application de ce dernier critère se révèle par la circonstance que des décisions jurisprudentielles postérieures aux arrêts de la CCJA

65 Il est facile de savoir si le demandeur possède ou non la quotité requise du capital social en déterminant le rapport de ses titres sociaux avec le capital social. De même, certains éléments tels que la détention de titres sociaux ou la participation à des assemblées, en tant qu'associé et la signature, en cette qualité, des procès-verbaux desdites assemblées peuvent prouver la qualité d'associé d'un demandeur d'expertise.

66 Les dispositions de l'art. 159 AUSCGIE permettent à l'associé demandeur de solliciter et d'obtenir, notamment, la nomination de plusieurs experts de gestion. Dans ce cas, il est possible de nommer plusieurs experts de gestion et, par suite, d'opérer une répartition des opérations de gestion entre les divers experts. Par suite, rejeter une demande d'expertise de gestion motif pris du nombre trop grand des opérations est paradoxal. Cependant, la limitation du nombre des opérations de gestion peut se comprendre par le souci, pour la CCJA, d'éviter la dénaturation de l'expertise de gestion en audit. En effet, le nombre trop grand des opérations de gestion critiquées peut laisser croire que le demandeur sollicite l'audit de toute la gestion des dirigeants sociaux, ce qui n'est pas l'office d'une expertise de gestion.

ne l'appliquent pas⁶⁷. A quoi sert alors de définir un critère si, à l'épreuve de la pratique, il est inopérant ?

L'intervention de la CCJA n'est donc que partiellement salutaire puisqu'elle n'a pas pu lever l'incertitude entourant l'application des critères d'application de la demande d'expertise de gestion. Cette incertitude, première manifestation de l'imprécision de l'office du juge, s'accompagne d'un second défaut relatif à la nature controversée du contrôle du juge.

2. La nature controversée du contrôle du juge

Relativement au contrôle d'une situation juridique, une distinction classique est faite entre le contrôle de légalité et le contrôle d'opportunité. Dans celui-là, l'autorité investie du contrôle est soumise à la loi⁶⁸. Dans celui-ci, cette autorité peut justifier son contrôle par des critères juridiques autres que ceux prévus par la loi voire s'affranchir des exigences juridiques et mobiliser des considérations extra-juridiques telles que des considérations économiques, financières ou sociales pour fonder sa décision.

Cette distinction peut s'appliquer à l'appréciation, par le juge, des critères d'admission de la demande d'expertise. Dès lors, la question de la nature du contrôle exercé par le juge se pose. La doctrine est divisée sur ce point entre partisans du contrôle d'opportunité reconnu au juge de l'espace OHADA et partisans du contrôle de la légalité.

Ainsi, dans une étude consacrée à l'expertise de gestion, un auteur a soutenu l'existence du pouvoir d'opportunité du juge dans l'espace OHADA en précisant que : « le juge [...] doit simplement juger de l'opportunité de la nomination sollicitée pour l'information du demandeur⁶⁹ ». De même, un autre auteur relève que : « Il [le juge] apprécie l'opportunité de la demande⁷⁰ ». La conséquence de la reconnaissance de ce pouvoir d'opportunité au juge, c'est que « [...] même lorsqu'elle est intentée par un minoritaire remplissant toutes les conditions de recevabilité, l'expertise ne s'impose pas au tribunal⁷¹ ».

Le fondement de cette conception ainsi énoncé, il importe d'en examiner la pertinence. Une fois saisi de la demande d'un associé, le juge compétent doit vérifier la présence des critères énoncés par le législateur. Et l'on soutient que, nonobstant la réunion, par l'associé, des critères légaux, le juge peut lui refuser l'accès à un expert pour enquêter sur des actes des dirigeants. Le juge étant tenu de motiver sa décision, la question se pose de savoir sur quels éléments il pourrait, dans la droite ligne de cette opinion doctrinale, asseoir sa conviction. En réponse à cette question, plusieurs critères sont mobilisés par la doctrine, notamment la présomption d'atteinte à l'intérêt social⁷² ou la *bonus pater familias*. Il s'agirait,

67 Trib. com. Abidjan, ord. réf. du 04 févr. 2014 et aussi Trib. com. Abidjan, ord. réf. n° 4010/2017 du 24 nov. 2017, Société SGH SWISS GROUP HOLDING c/ Mme ADECHOUBOU Ruth et la société SGH SWISS MEDIC CI, www.tribunaldecommerceabidjan.org. Dans ces deux décisions, le juge rejette la demande d'expertise sans vérifier la présomption d'irrégularité.

68 GAUDEMET précise, à cet effet, que « au sens le plus large comme au sens littéral, le principe de légalité signifie la soumission à la loi ». V. Y. GAUDEMET, « Principe de légalité », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Ed. Lamy/Puf, 2003, p. 917.

69 B.Y. MEUKE, « L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : réflexion sur l'expertise de gestion », *Ohadata D-05-56*, p. 11-12.

70 D. POHE, *Droit des sociétés commerciales et coopératives dans l'espace OHADA*, « coll. Droit uniforme africain », Bruxelles, Ed. Bruylant, 2019, n° 302, p. 167.

71 B. Y. MEUKE, « L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : réflexion sur l'expertise de gestion », *Ohadata D-05-56*, p. 11.

72 A. FOKO, *op.cit.*, n° 21, p. 183.

pour le juge, d'examiner la demande à l'aune de l'intérêt social ou du *bonus pater familias*⁷³. De même, on a argué que le juge pourrait refuser la demande d'expertise s'il lui apparaît que le demandeur est « déjà renseigné sur l'opération litigieuse⁷⁴ ».

A rebours de cette opinion doctrinale, une autre soutient le pouvoir d'appréciation du juge au sein du contrôle de légalité⁷⁵.

A l'analyse, le point d'achoppement de cette divergence d'opinions doctrinales réside dans l'interprétation de l'expression « s'il est fait droit à la demande » ouvrant l'art. 160 AUSCGIE⁷⁶. Pour une partie de la doctrine, cette expression manifesterait le caractère facultatif de l'expertise et fonderait, subséquemment, le pouvoir d'opportunité du juge tandis que pour l'autre, elle serait seulement le signe d'un pouvoir d'appréciation du juge enserré dans un contrôle de légalité. La résorption de la controverse réside donc dans la correcte interprétation de cette expression. Et sur ce point, l'opinion doctrinale optant pour la reconnaissance du pouvoir d'opportunité au juge peut être contestée. En effet, par l'expression « s'il est fait droit à la demande », le législateur de l'OHADA peut n'avoir voulu énoncer qu'une issue possible de l'examen, par le juge, de la demande d'expertise et en déduire les effets⁷⁷. Cette expression n'est donc pas nécessairement le signe du caractère facultatif de l'expertise qui fonderait le pouvoir d'opportunité du juge mais plutôt celui du pouvoir d'appréciation du juge qui lui permet de décider s'il y a lieu ou non de donner satisfaction au demandeur, dans les limites fixées par la loi⁷⁸. En réalité, le droit positif de l'OHADA ne reconnaît pas au juge un pouvoir d'opportunité de la demande d'expertise.

Cela admis, la question se pose de savoir s'il est nécessaire de reconnaître ce pouvoir au juge en complément du pouvoir d'appréciation. L'intérêt de cette admission serait de faire du juge le maître du bien-fondé de la demande d'expertise qu'il pourrait refuser alors que le demandeur respecterait les conditions posées par le législateur et explicitées par la jurisprudence de la CCJA. La réponse négative s'impose pour deux raisons.

La première est tirée de l'imprécision des critères proposés par la doctrine au soutien du pouvoir d'opportunité. S'agissant ainsi de l'intérêt social, cette notion n'est pas homogène, ce

73 MUKA TSHIBENDE invite les juges africains à « se référer à certains standards reconnus en droit africain, tels l'intérêt social ou le *bonus pater familias*. Ainsi, des actes de gestion dans l'accomplissement desquels, soit il y aurait risque d'atteinte à l'intérêt social, soit les dirigeants ne se conduiraient pas en bon père de famille, pourraient fort raisonnablement (...) donner lieu à la désignation d'un expert de gestion... ». V. L-D. MUKA TSHIBENDE, *op. cit.*, n° 113, p. 145.

74 Pour SAMBE, le juge « doit refuser la désignation [de l'expert de gestion] si la requête est insuffisamment motivée, s'il estime que le demandeur est déjà renseigné sur l'opération litigieuse ou s'il considère que la requête dépasse le cadre de l'article 159 de l'Acte Uniforme », V. I. SAMBE, « Le juge et les sociétés commerciales », Communication à la session de formation complémentaire des auditeurs de justice, *Revue de l'ERSUMA*, 2003, p. 13.

75 Dans ce sens, M. NGOM, « Expertise de gestion », in P-G. POUGOUÉ (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Ed. Lamy, 2011, n° 24, p. 790.

76 Aux termes de l'art. 160 AUSCGIE : « S'il est fait droit à la demande, la juridiction compétente détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs des experts. Les honoraires des experts sont supportés par la société. Le rapport est adressé au demandeur et aux organes de gestion, de direction ou d'administration ainsi qu'au commissaire aux comptes ».

77 En effet, à la fin de l'examen de la demande, le juge a une option : ou les conditions font défaut et, dans ce cas, il rejette la demande, ou les conditions sont réunies et, dans cette occurrence, il fait droit à la demande. Ayant fait droit à la demande (donc « s'il fait droit à la demande »), il détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs de l'expert.

78 MEUKE reconnaît également ce pouvoir d'appréciation du juge mais le confond avec un pouvoir d'opportunité. A notre sens, le pouvoir d'appréciation, enserré dans les limites de la légalité, se distingue du pouvoir d'opportunité qui permet au juge de pouvoir, éventuellement, sortir des limites légales pour asseoir sa conviction. V. B. Y. MEUKE, « L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : réflexion sur l'expertise de gestion », préc. p. 11.

qui ne facilite pas sa compréhension⁷⁹. Il apparaît alors inopportun d'utiliser comme critère du pouvoir d'opportunité du juge une notion aussi évanescence. Le même reproche peut être adressé à la notion de *bonus pater familias*. L'imprécision de ces critères peut rendre malaisée leur application car il s'agit de formules ambiguës ou d'interprétation difficile, facteurs d'insécurité juridique. Par ailleurs, le refus d'une demande d'expertise sur le critère dû au fait que le demandeur est déjà renseigné doit être relativisé. En effet, une information peut être graduelle et sa qualité liée, notamment, à son actualité. De sorte qu'un associé, déjà renseigné, peut être fondé à solliciter une expertise de gestion si l'information qu'il possède n'est pas actualisée ou pour obtenir un complément d'information⁸⁰.

La seconde raison, conséquence de la première, résulte du caractère superfétatoire de la reconnaissance du pouvoir d'opportunité du juge. Le large pouvoir d'appréciation dont il jouit dans les limites du contrôle de légalité est amplement suffisant pour un examen judiciaire de la demande d'expertise permettant d'éviter, notamment, des demandes intempestives des associés ou des demandes fondées sur la vengeance. De plus, le contrôle de légalité trace les limites de l'intervention judiciaire et évite l'immixtion du juge dans la gestion de la société.

Les conditions d'admission de l'expertise de gestion se déclinant en conditions procédurales et conditions substantielles, l'analyse révèle que les premières nommées sont évanescences et invite à leur réforme. A cette évanescence, il faut adjoindre le paradoxe affectant les conditions substantielles pour convaincre de l'urgence de la réforme.

II- DES CONDITIONS SUBSTANTIELLES AMBIGUËS

L'ambiguïté des conditions substantielles, prescrites par l'art. 159 AUSCGIE, résulte de l'opposition entre la rigidité de la condition de représentativité (A) qui suppose sa précision et l'imprécision de la compréhension des opérations de gestion (B).

A- UNE CONDITION DE REPRÉSENTATIVITÉ RIGIDE

La condition de représentativité est celle par laquelle le législateur exige du demandeur sollicitant une expertise de gestion qu'il détienne une certaine quotité du capital social, à savoir au moins le dixième de celui-ci⁸¹. Commandant cette condition, le législateur OHADA établit une double inégalité entre les associés. En effet, non seulement il évince injustement

79 La notion d'intérêt social admet une double acception, contractuelle et institutionnelle. Contractuellement, l'intérêt social est celui des associés, l'intérêt commun de ces derniers en vertu duquel la société commerciale est créée (art. 4 al. 2 AUSCGIE). Institutionnellement, l'intérêt social est celui de l'entreprise, c'est-à-dire de l'être moral distinct de celui des associés ; c'est l'intérêt de la personne morale elle-même. V. A. FOKO, *op. cit.*, p. 182. Cependant, on peut aussi inclure dans l'intérêt social, l'intérêt des salariés de la société commerciale, voire l'intérêt des fournisseurs de celle-ci, etc. Il s'agit donc d'une notion aux contours fuyants.

80 Un auteur souligne l'autonomie de l'expertise de gestion en précisant que : « [...] les associés qui s'estiment insuffisamment éclairés sur la situation de la société, en dépit des rapports de gestion, des comptes sociaux et, le cas échéant, des rapports des commissaires aux comptes, ou encore des questions qu'ils peuvent poser en vertu des articles 157 et 158, peuvent demander une expertise de gestion ». V. A. FENEON, « Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », *Penant n° 839*, avril 2002, p. 160.

81 Dans des législations antérieures à l'AUSCGIE de 1998, il était exigé que le demandeur possédât au moins le dixième du capital social. C'était le cas au Sénégal (art. 1362, al. 1 COCC). De même, l'art. 523 du code de commerce malien de 1986 et l'art. 256 du code de commerce nigérien exigeaient le dixième au moins du capital social. Quant au législateur de l'OHADA, il a commencé par exiger du demandeur qu'il représente au moins le cinquième du capital social, soit vingt pour cent dudit capital (1998) avant d'abaisser ce pourcentage au dixième au moins du capital social, en 2014.

l'apporteur en industrie (1) mais il exclut, en outre et d'une manière discutable, l'associé non représentatif (2).

1- L'éviction injustifiée de l'apporteur en industrie

L'apport en industrie est celui par lequel l'associé met à la disposition de la société des connaissances techniques ou professionnelles ou des services⁸². En contrepartie de son apport, l'apporteur en industrie jouit, au sein de la société et à l'instar des autres associés, de droits économiques et politiques. Au titre de ces derniers, on pourrait logiquement croire que l'apporteur en industrie aurait le bénéfice de l'action en expertise. Cependant, il n'en est rien car l'art. 159 AUSCGIE exige du demandeur qu'il détienne un titre de capital. Autrement dit, ce dernier doit prouver qu'il détient un titre en vertu d'apports pris en compte dans la constitution du capital social. Or, l'apport en industrie ne concourt pas à la formation du capital social⁸³. En conséquence, la part d'industrie ne peut être analysée comme une fraction du capital social⁸⁴. Dès lors, on voit difficilement comment l'apporteur en industrie pourrait faire la preuve qu'il détient la portion exigée du capital social. En réalité, l'associé, apporteur en industrie, ne peut solliciter une expertise de gestion.

Au demeurant, le législateur de l'OHADA ne fournit pas d'indications permettant de justifier cette exclusion. Serait-ce qu'il considère l'expertise comme un droit-pouvoir qui, en conséquence ne devrait être reconnu, restrictivement, qu'à certains associés ? Mais, dans cette hypothèse, l'inégalité alors établie entre associés est fondée, non sur la nature d'un apport, comme c'est le cas en l'espèce, mais plutôt sur le poids ou le pouvoir de l'associé au sein de la société⁸⁵. En réalité, le législateur de l'OHADA semble n'avoir pas mesuré la portée de l'arrimage de la condition de représentativité au capital social. Il s'est inspiré, pour la prescrire, des dispositions analogues du droit français sans prévoir qu'il excluait, par-là, l'apporteur en industrie⁸⁶. Pour autant, cette exclusion est condamnable à plusieurs égards. D'une part, parce qu'en tant qu'expression d'un droit fondamental à l'information⁸⁷, l'expertise de gestion exige un traitement égalitaire des associés. Elle ne peut donc souffrir, sur ce fondement, d'une quelconque inégalité. D'autre part, ladite exclusion peut susciter, chez les apporteurs en industrie, une légitime frustration susceptible d'affaiblir l'*affectio*

82 Art. 40.3^e AUSCGIE.

83 Art. 50-3 al. 1^{er} AUSCGIE.

84 Dans le même sens, C. BARRILLON, *Le critère de la qualité d'associé*, Thèse de doctorat, Univ. Paris Ouest Nanterre La Défense, 2016, n° 32, p. 44.

85 Ce pouvoir peut être fondé, par exemple, sur la portion du capital social détenue par l'associé. Ainsi, dans les SA, des actionnaires peuvent requérir l'inscription, à l'ordre du jour d'une AG, d'un projet de résolutions s'ils représentent une certaine quotité du capital social (par exemple, 5% du capital si celui-ci est inférieur à 1 milliard (1.000.000.000) de francs CFA (art. 520. 1^o) AUSCGIE). La représentativité peut aussi être fondée sur le nombre de parts sociales détenues par l'associé. Ainsi l'art. 28 al. 4 AUSCGIE permet à l'associé représentant par lui-même ou comme mandataire le plus grand nombre de parts sociales, de présider l'assemblée générale annuelle d'une SNC ou encore l'exercice de l'action sociale est réservé, dans les SARL, aux associés représentant le quart des associés et le quart des parts sociales (art. 331 al. 1 AUSCGIE).

86 Cette attitude législative révèle les dangers du mimétisme comme le rappelle, justement, GBAGUIDI : « la réception du droit d'un autre offre le confort du minimalisme, mais enferme dans un mimétisme souvent incongru... ». V. N. GBAGUIDI, « L'émergence d'un droit international privé de la famille noire francophone : cas du Bénin et du Burkina Faso », préc., p. 8.

87 Sur le droit à l'information appréhendé comme un droit fondamental de l'associé dans l'OHADA, TSOPBEING précise que « En droit des sociétés, l'information est organisée dans le respect du sacro-saint principe d'égalité. L'information des associés ne saurait en effet être effective s'il est établi des discriminations au niveau de l'accès à l'information » V. M. W. TSOPBEING, « L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés OHADA ? », *Revue de l'ERSUMA*, Droit des Affaires, Pratique Professionnelle, n° 06, janv. 2016, p. 230.

*societatis*⁸⁸, de fragiliser les entreprises africaines et de perturber leur viabilité⁸⁹. Il est donc nécessaire d'opérer une réforme de cette condition. Le législateur de l'OHADA pourrait opter, d'abord, pour la modification de la condition en choisissant des critères incluant l'apporteur en industrie. Ce peut être la possession d'un nombre déterminé de titres sociaux, qu'ils soient des titres de capital ou non⁹⁰. Ce peut aussi être le critère du nombre d'associés en reconnaissant le bénéfice de l'expertise de gestion aux associés atteignant ce nombre⁹¹. Ensuite, le législateur peut faire le choix d'une suppression de cette condition et accorder la titularité de l'action en expertise à tout associé sans distinction⁹². La réforme souhaitée aurait un double avantage. D'un côté, elle rétablirait l'égalité perturbée entre associés et, de l'autre, elle permettrait d'asseoir une cohérence de la politique du législateur au regard des mécanismes de contrôle de l'action des dirigeants sociaux⁹³.

La discrimination affectant l'apporteur en industrie existe également au détriment de l'associé non représentatif dont l'exclusion est discutable.

2- L'exclusion discutable de l'associé non représentatif

Le législateur de l'OHADA ne reconnaît le bénéfice de l'expertise de gestion qu'à l'associé ayant un certain poids dans la société commerciale matérialisé par la détention, seul ou en groupe, d'au moins dix pour cent du capital social. Plusieurs arguments ont été mobilisés par la doctrine au soutien de cette restriction. Ce sont, le caractère exceptionnel de l'expertise de gestion, l'évitement de demandes en justice intempestives et abusives et la qualification de l'expertise de contre-pouvoir aux mains des associés.

88 Face à la difficulté de définir l'*affectio societatis*, ADAMOU propose une définition applicable à tout type de société commerciale y compris à la société unipersonnelle en ces termes : « En se référant au sens littéral, l'*affectio societatis* est simplement l'intention de s'associer : volonté de faire un contrat de société tel que défini à l'article 4 AUDSCGIE. L'*affectio societatis* est donc, par référence à la définition de la société, la volonté de chaque associé de mettre en commun des biens dans l'intérêt commun pour partager des bénéfices ou profiter de l'économie qui pourra en résulter (...). Dans une société unipersonnelle par exemple, l'intention de s'associer se définit comme l'intention de créer une société ; l'associé unique doit avoir la volonté de faire vivre la société, de se comporter comme un associé ». V. M. ADAMOU, « La notion d'*affectio societatis* en droit des sociétés commerciales OHADA », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, n° 29, 2013, p. 71.

89 Au demeurant, l'exclusion de l'apporteur en industrie contrarie l'effort du législateur de 2014 pour faire briller d'un éclat nouveau le terme manteau de l'apporteur en industrie, notamment, à travers une définition plus précise de l'apport en industrie à l'art. 40.3^e AUSCGIE et surtout, dans le titre III du livre 1, la consécration de toute la section 5 du chapitre VII à la réalisation des apports en industrie.

90 Dans ce cas, l'apporteur en industrie qui prouverait détenir le nombre exigé de titres sociaux pourrait intenter une action en expertise.

91 Dans les sociétés coopératives, ce critère est utilisé pour accorder le bénéfice de l'expertise de gestion aux coopérateurs représentant « au moins le pourcentage de vingt-cinq pour cent des membres de la société coopérative » (art. 120 Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives (AUSC)). Par ailleurs, en droit anglais par exemple, le critère du nombre d'actionnaires est utilisé, alternativement, avec celui de la détention de 10% du capital social. Ainsi, le recours à l'expertise est ouvert aux actionnaires atteignant le nombre de deux cents au moins. V. L-D. MUKA TSHIBENDE, *op.cit.*, n° 98 bis, p. 134.

92 Allant plus loin, faut-il inviter le législateur à inclure l'apport en industrie dans le capital social des sociétés commerciales ? Un auteur l'a suggéré. V. A. FALL, « La problématique des apports en industrie en droit OHADA », *Ohadata D-18-08*, p. 4. Dans la même veine, il faut relever que l'apport en industrie concourt à la formation du capital social des sociétés coopératives (art. 54 al. 2 AUSC). Toutefois, nous estimons une telle réforme prématurée.

93 Au sein des sociétés commerciales, l'expertise de gestion est un mécanisme de contrôle de l'action des dirigeants au même titre que l'alerte et l'administration provisoire. Pourtant, celles-ci sont reconnues, indistinctement, à tout associé tandis que celle-là est refusée, sans justification, à l'apporteur en industrie. On a du mal à percevoir la pertinence de ce traitement différencié pour des mécanismes qui concourent, tous, au même objectif de contrôle de la gestion sociale.

Le caractère exceptionnel de l'expertise de gestion découlerait de l'atteinte qu'elle porterait à la loi de la majorité puisqu'elle permettrait à des associés minoritaires de remettre en cause les décisions des majoritaires⁹⁴. Mesure exceptionnelle, l'expertise doit donc être strictement réglementée et n'être ouverte qu'à des associés qualifiés. Il est difficile d'adhérer à cette argumentation car elle est en contradiction avec les finalités de l'expertise de gestion. En effet, celle-ci a une double finalité, informative et censoriale. Par la première, le demandeur obtient du juge la soumission de certains actes des dirigeants à la curiosité de l'expert désigné qui apporte la lumière sur la régularité des actes litigieux. Mais l'information n'est pas, ou pas toujours, une fin en soi. Elle est un moyen permettant aux associés d'exercer un contrôle des actions des dirigeants. C'est là que réside la fonction censoriale. Et le contrôle des dirigeants par les associés, fussent-ils minoritaires, est conforme à la démocratie sociétale dont elle est une expression fondamentale. En conséquence, l'expertise n'a pas pour but de neutraliser les décisions des associés majoritaires. Au demeurant, cette expertise n'est pas l'apanage des seuls associés minoritaires. Elle peut être sollicitée par des majoritaires car le seuil de 10% du capital social exigé est un seuil plancher c'est-à-dire un seuil minimum. L'argument selon lequel l'expertise de gestion permettrait à des minoritaires de remettre en cause la loi de la majorité n'est donc pas pertinent et doit être évincé.

La restriction de la condition de représentativité a encore été justifiée par l'évitement de demandes en justice intempestives et abusives qui pourraient encombrer les tribunaux et perturber la gestion normale de la société commerciale⁹⁵. Cet argument est séduisant en ce qu'il révèle la possibilité qu'une demande d'expertise soit inspirée par la vengeance et non par le droit⁹⁶. Toutefois, il est superfétatoire dans la mesure où le recours à l'abus de droit⁹⁷ paraît suffisant pour rejeter les demandes intempestives et vexatoires notamment la perspective d'une condamnation du demandeur au paiement de dommages-intérêts à la société[□] devrait suffire à le dissuader d'exercer une action en expertise motivée par des motifs peu nobles de vengeance envers les dirigeants sociaux.

Enfin, la condition de représentativité serait fondée sur l'idée que l'expertise de gestion serait un contre-pouvoir aux mains des associés contre les dirigeants⁹⁸ dans la mesure

94 FENEON appréhende l'expertise de gestion comme une exception au principe majoritaire gouvernant les sociétés commerciales. Pour lui, en vertu de ce principe majoritaire, les décisions au sein de la société sont prises par la majorité, la minorité devant s'incliner. Toutefois, poursuit-il, le législateur vient au secours des minoritaires en leur octroyant des droits exceptionnels qu'ils peuvent protéger par des actions judiciaires dont l'expertise de gestion. V. A. FENEON, « Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », *Penant n° 839*, avr. 2002, p. 154.

95 KUATE TAMEGHE semble soutenir cet argument du moins en ce qu'il permet d'éviter à la société commerciale de subir une voie de droit inutile. V. SS. KUATE TAMEGHE, « Quelques ambiguïtés de l'expertise de gestion dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA*, Paris, PUF, 2010, p. 163.

96 Dans ce sens, en droit français, LE CANNU précise que : « Il n'est pas exclu que le demandeur n'agisse que dans l'intention de nuire, ou par chicane systématique. (...) L'action en désignation d'un expert peut apparaître comme abusive ». V. P. LE CANNU, « Eléments de réflexion sur la nature de l'expertise judiciaire de gestion », *Bulletin Joly Sociétés*, n° 6-1988, n° 15, p. 5.

97 TPI Abidjan, jug. n° 500 du 28/07/2016, D. Maurice c/ Tohoulys épouse Dosso, inédit. Ici, il a été jugé que « l'exercice d'un droit peut constituer une faute et donner lieu à des dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 du code civil lorsque son titulaire agit avec un dessein de nuire, dans un esprit de malice, et en fait un usage préjudiciable ».

98 Pour MUKA TSHIBENDE, l'information des actionnaires est la source d'un contre-pouvoir au sein des sociétés anonymes françaises et de droit OHADA. En conséquence, tout mécanisme ayant pour finalité cette information, notamment l'expertise de gestion, est la manifestation de ce contre-pouvoir aux mains des actionnaires en particulier, des associés en général. V. L.D. MUKA TSHIBENDE, *op.cit.* p. 128.

où elle permet aux premiers de contrôler la gestion des seconds. Organe de régulation⁹⁹, l'expertise assure alors un équilibre entre les intérêts des associés et ceux des dirigeants sociaux. D'où la nécessité d'une représentativité des associés.

Il est indéniable que l'expertise est un moyen de contrôle de la gestion des dirigeants par les associés. Cela suffit-il à la qualifier de contre-pouvoir aux mains des associés ? A *minima*, un contre-pouvoir est un pouvoir s'opposant à un pouvoir établi à l'effet d'en restreindre l'exercice. Dans ce sens, qualifier l'expertise de contre-pouvoir des associés, c'est l'identifier à une arme au service unilatéral des associés contre les dirigeants sociaux. Cette vision unilatéraliste est inexacte. D'abord, parce que les qualités d'associé et de dirigeant ne sont pas antonymes. En sorte qu'un dirigeant peut bénéficier de l'expertise dès lors qu'il est aussi associé. Ensuite, parce que l'expert n'est pas au service de l'associé et contre les dirigeants. En effet, sa mission, à l'instar de celle d'un juge¹⁰⁰, est enveloppée du manteau de la neutralité dont l'impartialité de l'expert est un aspect. L'impartialité place le problème de la neutralité de l'expert au plan des relations entre cet expert et les parties au litige, en l'occurrence, l'associé demandeur et la société représentée par ses dirigeants. Et elle postule un double détachement, d'un côté le détachement de l'expert à l'égard des parties qui lui interdit d'afficher une préférence pour l'une quelconque des parties et de l'autre, le détachement des parties vis-à-vis de l'expert qui les autorise à récuser¹⁰¹ un expert suspect, à leurs yeux, de partialité. Dès lors, la mission de l'expert est d'établir, d'une manière impartiale, la légitimité ou non des actes critiqués des dirigeants. Il n'est pas à exclure qu'à l'issue de celle-ci, son rapport établisse la légitimité des actions des dirigeants¹⁰². Ce résultat contrarierait la qualification de l'expertise de gestion de contre-pouvoir des associés.

Au demeurant, à supposer même que l'expertise soit un contre-pouvoir, cette qualification ne justifie pas la limitation de sa reconnaissance à certains associés. En effet, il eût été préférable d'ouvrir ce contre-pouvoir à tous les associés afin d'assurer, corrélativement, une démocratisation plus étendue de la société commerciale. Pour toutes ces raisons, la justification du caractère restrictif de la condition de représentativité sous le fondement de la qualification de l'expertise de contre-pouvoir n'est pas pertinente.

En ces arguments, se cristallise la doctrine qui soutient la condition de représentativité. Ils n'emportent pas la conviction. Et la possibilité pour les associés de se regrouper pour atteindre le seuil du capital social requis n'est qu'un expédient ne justifiant pas l'inégalité entre associés que la condition instaure. Dans ces conditions, une réforme est souhaitable sous un double aspect. D'abord, il faudrait supprimer la condition de représentativité.

99 En droit français, V. N. PROD'HOMME, « Promotion de *lege lata* d'un organe de régulation : l'expert de gestion », *RTD com.*, n° 4, 2003, pp. 639-670.

100 Selon TIMSIT, la neutralité du juge comprend trois aspects, à savoir l'indépendance, l'impartialité et le désintéressement du juge. Il précise que « L'impartialité du juge à l'égard des parties au procès, c'est l'affirmation que le juge doit rester neutre à l'égard des lectures qui sont faites de la norme, et qu'il lui revient – et à lui seul- d'en être le lecteur ». V. G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, « coll. Les voies du droit », Paris, PUF, 1^{ère} éd., 1993, p. 130.

101 Dans un arrêt de la Cour d'appel de Cotonou, les appelants, doutant de l'impartialité et de l'indépendance des experts nommés, avaient demandé leur récusation ou, à tout le moins, la restriction de l'étendue de leur mission. La cour, après avoir vérifié que les intérêts des parties étaient pris en compte, a accédé à leur demande. Cf. CA Cotonou, arrêt du 17 août 2000 précité.

102 TRHC Niamey, jug. civ. n° 96 du 26 mars 2003, A. Hammoud c/ J.C. Lacour, *Ohadata J-04-78*. Dans cette espèce, un associé a obtenu la nomination d'un expert de gestion. Après le dépôt du rapport d'expertise, l'associé a assigné le gérant devant le tribunal en annulation des résolutions ayant fait l'objet du rapport sur le fondement de l'abus de majorité. Il a été débouté de sa demande pour défaut d'abus de majorité notamment parce que le rapport d'expertise avait affirmé la régularité des décisions litigieuses.

Cette suppression aurait l'avantage d'accorder, indistinctement, le bénéfice de l'expertise de gestion à tout associé. Ensuite, supprimant cette condition, le législateur de l'OHADA se mettrait au diapason de législations étrangères qui ont déjà franchi le Rubicon. Tel est le cas du droit fédéral canadien¹⁰³ et, dans une certaine mesure, du droit suisse¹⁰⁴. Cependant, la suppression de la condition de représentativité ne légitimerait pas l'admission de l'expertise de gestion dans les groupes de sociétés commerciales et seule une intervention législative autorisant expressément cette expertise paraît opportune.

Le second aspect de la réforme souhaitée serait l'ouverture de l'expertise de gestion à d'autres personnes qu'aux seuls associés. En effet, même si la société est la chose des associés, il est indéniable que son activité intéresse d'autres personnes parmi lesquelles les salariés et le commissaire aux comptes. En conséquence, la nécessité de préserver les intérêts de ces personnes dont la situation juridique pourrait être affectée par la crise secouant la société autoriserait à leur reconnaître le bénéfice de ladite expertise. Pour les salariés, la titularité de l'action en expertise de gestion reviendrait, logiquement, à leurs représentants. Intuitivement, on pourrait croire que le comité d'entreprise, organe d'expression collective des salariés, est l'institution idoine¹⁰⁵. A la réflexion, plusieurs arguments militent en faveur du rejet de celui-ci¹⁰⁶ et orientent vers le choix des délégués du personnel. Ce dernier choix paraît judicieux en raison, d'abord, de la protection législative dont lesdits délégués qui leur assure une véritable indépendance à l'égard des dirigeants des sociétés, gage d'efficacité de leur action en demande d'expertise. Ensuite, parce que les délégués du personnel sont une institution représentative du personnel commune à tous les Etats parties au traité de l'OHADA¹⁰⁷. Toutefois, l'intervention des délégués du personnel ne devrait être justifiée que dans la mesure où les opérations de gestion litigieuses portent atteinte aux droits des

103 Les art. 229 et s. de la loi canadienne sur les sociétés par actions permet aux actionnaires de demander la nomination en justice d'un inspecteur [équivalent de l'expert de gestion] sans avoir à justifier au préalable de la détention d'une importante fraction du capital social. V. L-D. MUKA TSHIBENDE, *op.cit.*, n° 98 ter, p. 135.

104 En droit suisse, selon l'art. 697 (a) du code des obligations, l'actionnaire doit d'abord proposer à l'assemblée générale, l'institution d'un contrôle spécial chargé d'élucider des faits déterminés des dirigeants. Si l'assemblée lui donne une suite favorable, l'actionnaire peut, directement et dans un délai de trente jours, demander au juge compétent de désigner un contrôleur spécial [équivalent de l'expert de gestion]. Ce n'est qu'en cas de refus de ladite assemblée, que l'actionnaire doit faire la preuve qu'il détient au moins 10 % du capital-actions ou des actions d'une valeur nominale de deux millions de francs suisses pour demander au juge la désignation du contrôleur spécial en vertu de l'art. 697 (b) du même code. V. L-D. MUKA TSHIBENDE, *op.cit.*, n° 98 ter, 98 quater et 98 quinquies, p. 135-136.

105 Selon l'art. 63.4 du code du travail ivoirien, le comité d'entreprise a pour objet d'assurer l'expression collective des salariés.

106 D'abord, il s'agit d'une institution extrêmement sélective quant à ses conditions d'existence. Ainsi, en droit ivoirien, le comité d'entreprise n'est constitué que dans les entreprises « employant habituellement au moins trois cents salariés permanent » (cf. art. 63.1 du code du travail ivoirien). Ce seuil prohibe l'existence du comité d'entreprise dans un grand nombre d'entreprises. Ensuite, la composition du comité d'entreprise peut neutraliser une demande d'expertise. Selon l'art. 63.2 du code du travail ivoirien, ledit comité comprend à la fois des représentants de la direction et des représentants élus du personnel. Les actes à enquêter étant ceux des dirigeants, on peut craindre que, lors d'une délibération du comité quant à l'éventualité d'initier une demande d'expertise, les représentants de la direction y fassent obstacle.

107 A titre illustratif, la loi n°028-2008 du 13 mai 2008 portant code du travail du Burkina-Faso, qui ne traite pas du comité d'entreprise, régit les délégués du personnel (art. 307 à 317). Il en est de même de la loi n° 98-004 du 27 janv. 1998 portant code du travail du Bénin (art. 93 à 121). L'art. L.265 nouveau de la loi n° 2017-021 du 12 juin 2017 portant modification de la loi n° 92-020 du 13 sept. 1992 portant code du travail en République du Mali traite des délégués du personnel. Enfin, la loi n° 97-17 du 1^{er} déc. 1997 portant code du travail du Sénégal régit les délégués du personnel (art. L. 211 à L. 218).

salariés¹⁰⁸. En reconnaissant, par le biais des délégués du personnel, la capacité d'agir en nomination d'un expert de gestion au salarié, le législateur de l'OHADA renforcerait le rôle reconnu au salarié par la possibilité d'attribution gratuite d'actions¹⁰⁹.

En ce qui concerne le commissaire aux comptes, le législateur de l'OHADA lui attribue un certain rôle dans le mécanisme de l'expertise puisqu'en 2014, il l'a adjoint aux destinataires du rapport d'expertise. Il paraît nécessaire d'accentuer ce rôle en lui octroyant la titularité de l'action en nomination d'un expert. On pourrait douter de la pertinence de la reconnaissance au commissaire aux comptes de l'action en expertise. C'est oublier que la mission de l'expert est différente de celle du commissaire. En effet, ce dernier a défense de s'immiscer dans la gestion de la société alors que l'expert peut apprécier l'opportunité d'une décision des organes sociaux. Son rôle a donc une plus grande étendue de sorte qu'un commissaire aux comptes pourrait obtenir des informations supplémentaires par le recours à l'expertise de gestion¹¹⁰.

En définitive, outre le caractère rigide de la condition de représentativité dont on souhaite la réforme, les conditions d'admission de l'expertise de gestion sont aussi caractérisées par une compréhension imprécise des opérations de gestion.

B- UNE COMPRÉHENSION IMPRÉCISE DES OPÉRATIONS DE GESTION

Les critiques du demandeur à l'expertise devant porter sur « une ou plusieurs opérations de gestion » selon l'art. 159 AUSCGIE, il convient de se demander ce qu'il faut entendre par cette notion non définie par le législateur et qui constitue, pourtant, le fondement et l'objet de la demande. Dans cet effort de compréhension, la doctrine est divisée ; ce qui génère une approche conceptuelle incertaine de ladite notion (1). Quant à la jurisprudence, sa délimitation du domaine de l'expertise de gestion est critiquable (2).

1- Une approche conceptuelle incertaine des opérations de gestion

Délaissée par le législateur, la définition de l'opération de gestion engendre une pluralité de conceptions doctrinales¹¹¹. Classiquement, l'on distingue l'approche organique de celle matérielle. La première appréhende l'opération de gestion au regard de son auteur. Sur ce

108 Dans une espèce soumise au trib. de com. d'Abidjan, un associé avait assigné des dirigeants en désignation d'un expert de gestion. Au soutien de sa demande, il a relevé notamment le fait que les salaires étaient irrégulièrement payés et que les salariés étaient l'objet de licenciement. Certes, l'associé a été débouté de sa demande pour cause d'indétermination des opérations de gestion. V. Trib. com. Abidjan, ord. réf. RG n° 475/13 du 30 avr. 2013, SAF c/ SALV et consorts, www.tribunalcommerceabidjan.org. Toutefois, si la qualité pour agir en expertise de gestion est reconnue aux délégués du personnel, le paiement irrégulier des salaires ou le licenciement des salariés, portant atteinte aux droits de ces derniers, peuvent justifier une demande d'expertise.

109 Art. 626-1 à 626-6 AUSCGIE.

110 Sur la distinction entre le rôle du commissaire et celui de l'expert, V. N. PROD'HOMME, *op.cit.*, n° 57, p. 658. Dans cette même veine, un auteur précise que : « Alors que les commissaires aux comptes « ont pour mission permanente, à l'exclusion de toute immixtion dans la gestion, de vérifier les livres et les valeurs de la société et de contrôler la régularité et la sincérité des comptes sociaux », l'expert donnera un avis sur la gestion de la société. « Il peut donc être appelé à contrôler, non seulement la régularité comptable des opérations, mais encore leur intérêt social pour la société ». Il s'agit ainsi d'une mission plus étendue, car « l'expert [...] aura à apprécier la gestion sous tous ses aspects : économique, financier et même social » V. Y. CHARTIER, « L'expertise de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966 », *JCP* 1972.1.2507, n° 30, p. 349.

111 Sur la difficulté à appréhender la notion d'opération de gestion, B.Y. MEUKE, « La notion d'opération de gestion au sens de l'article 159 de l'AUSCGIE de l'OHADA : réflexion à la lumière du droit français », *op. cit.*, pp. 9-10.

Adde L-D. MUKA TSHIBENDE, *op. cit.*, n° 105, p. 140.

fondement, sont des actes de gestion ceux émanant des organes de gestion, de direction ou d'administration de la société commerciale à l'exclusion de ceux des assemblées d'associés considérées comme des organes de contrôle¹¹². La seconde, elle, définit l'acte de gestion par rapport à l'opération elle-même, soit en fonction de son objet, soit en fonction de son but ou de sa finalité. Dans cette perspective, sont des opérations de gestion tantôt celles qui contribuent à déterminer la politique générale de l'entreprise¹¹³, tantôt celles permettant la réalisation de son objet social. A la question de savoir laquelle de ces deux approches prévaut en droit OHADA, une opinion doctrinale fait le choix de celle organique.

Au soutien de cette position, l'on invoque une interprétation des termes de l'AUSCGIE¹¹⁴. Il résulte, il est vrai, de dispositions de cet acte uniforme, que le législateur qualifie les actes des dirigeants d'actes de gestion ou d'opérations de gestion¹¹⁵. Pour autant, le législateur ne limite aucunement la qualification d'actes de gestion ou d'opération de gestion aux seuls actes des dirigeants. Il est alors difficile de souscrire à cette approche doctrinale. Au surplus, elle semble en contradiction avec la position de la CCJA. En effet, selon la haute cour : « il est de principe que l'expertise de gestion peut concerner tout aspect de la gestion de quelque organe dont émane l'opération, en dehors des opérations de la compétence de l'Assemblée générale et de celles résultant de ses décisions¹¹⁶ ». De cette affirmation, deux idées ressortent. La première est que la CCJA semble dire, par l'usage de l'expression « de quelque organe qu'elle émane », qu'une opération de gestion peut résulter de n'importe quel organe de la société commerciale. En conséquence, elle ne définit pas l'opération de gestion au regard de l'organe dont elle émane. La deuxième idée postule que les opérations résultant de la compétence de l'assemblée générale sont exclues du domaine de l'expertise de gestion.

Cette exclusion assombrit la bonne compréhension de la notion d'acte de gestion. En effet, on pourrait soutenir, par un raisonnement *a contrario*, que s'il est de principe que tout acte de gestion est soumis à l'expertise de gestion, il en résulte que si un acte est exclu de la curiosité de l'expert, c'est parce qu'il n'est pas un acte de gestion. Il en serait ainsi des actes de la compétence de l'assemblée générale. Il est permis de douter de la pertinence de cette analyse car l'exclusion des actes des assemblées du domaine de l'expertise de gestion peut être justifiée par d'autres raisons¹¹⁷. Au surplus, il semble difficile de soutenir que l'assemblée générale des associés n'est pas un organe de gestion¹¹⁸.

112 Dans ce sens FENEON définit l'opération de gestion comme la décision prise par les dirigeants sociaux. A. FENEON, « Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », *op.cit.*, n° 839, p. 162. *Adde* B.Y. MEUKE, « L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : réflexion sur l'expertise de gestion », *op.cit.*, p. 9 et A. FOKO, *op.cit.*, n° 34, p. 189.

113 Sur l'approche matérielle, B.Y. MEUKE, « La notion d'opération de gestion au sens de l'article 159 de l'AUSCGIE de l'OHADA : réflexion à la lumière du droit français », *op.cit.*, pp. 6 et 7.

114 Pour FENEON, cet auteur, il est indéniable qu'il découle des termes de l'AUSCGIE que les décisions relevant de la seule compétence des associés sont exclues du domaine de l'expertise de gestion. V. A. FENEON, *op.cit.*, p. 162. Il en est de même de MEUKE pour qui le critère de l'opération de gestion dans l'OHADA est le critère organique. V. B.Y. MEUKE, « L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : réflexion sur l'expertise de gestion », *op.cit.*, p. 9.

115 C'est le cas des art. 277 et 328 AUSCGIE qui qualifient, respectivement, pour la SNC et la SARL, les actes des gérants d'actes de gestion. Il en est de même des art. 435 et 498 AUSCGIE pour les actes des dirigeants de la SA avec conseil d'administration et pour la SA avec administrateur général.

116 CCJA, arrêt n° 042/2013 du 16 mai 2013, Sté Eurapharma c/ Société Laborex-CI et société Pharmafinance, préc.

117 V. l'analyse relative à la délimitation jurisprudentielle critiquable du domaine de l'opération de gestion.

118 Comme on l'a relevé : « « La gestion, dans une société, peut être concentrée en quelques mains, comme elle peut être diffuse... La gestion peut se situer au niveau de tous les organes de la société : au niveau des assemblées d'actionnaires ; [...]; au niveau du conseil d'administration, ensuite, bien sûr, puisque c'est sur lui

Pour résoudre la difficulté liée à compréhension de la notion d'opérations de gestion et née de l'absence d'une définition législative, serait-il judicieux de susciter un encadrement législatif de cette notion ? Cela ne semble pas nécessaire¹¹⁹. En effet, la gestion d'une société commerciale relève plus de l'opportunité que de la légalité. Par suite, la notion d'opération de gestion est une notion de fait qu'il faudrait laisser à l'appréciation des juges. Par suite, il n'est pas judicieux de l'encadrer législativement, notamment par énumération. Cela répond à la nécessité de laisser le juge adapter la notion à l'évolution des affaires¹²⁰.

Il faut donc relativiser l'incertitude née de la différence d'approche conceptuelle de la notion d'opérations de gestion. Une observation différente s'impose au regard de la délimitation jurisprudentielle de l'opération de gestion qui est critiquable.

2- Une délimitation jurisprudentielle critiquable du domaine de l'opération de gestion

La définition des opérations de gestion n'est pas la seule difficulté relative à leur compréhension. La détermination de leurs frontières en est une autre. Le mérite revient à la CCJA d'avoir fixé lesdites frontières mettant, par-là, un terme à une compréhension trop extensive des actes de gestion dénoncée par la doctrine¹²¹. Ainsi, dans l'arrêt Eurapharma¹²², la haute juridiction, appelée à dire si des actes d'achat et de cession d'actions, pris par un conseil d'administration et approuvés par une assemblée générale, constituaient des opérations de gestion pouvant faire l'objet d'une expertise de gestion, a répondu par l'affirmative en cassant l'arrêt d'appel litigieux.

L'architecture du raisonnement de la CCJA distingue un principe assorti d'une atténuation. Le principe est l'exclusion, du domaine de l'expertise de gestion, des actes pris par l'assemblée générale. L'atténuation concerne l'espèce à elle soumise où, paradoxalement, après avoir affirmé le principe, elle soumet à la curiosité d'un expert de gestion, des actes relevant, précisément, d'une assemblée générale. Au soutien de cette posture, la haute juridiction communautaire relève que les actes litigieux ont été pris par les dirigeants sociaux et n'ont été soumis à l'assemblée que pour « une simple approbation ». Par suite, « ils sont

que repose, en grande partie, la gestion de la société et qu'il en est en tout cas responsable ; au niveau aussi, du président du conseil d'administration, car « le plus souvent en pratique, le conseil suit le président plus qu'il ne le dirige et se borne à approuver les décisions prises ». V. Y. CHARTIER, *op.cit.*, n° 23, p. 348.

119 Contra D. TAFAKO-KEFACK, *op.cit.*, p. 159. Cet auteur, optant pour la conception organique de la notion d'opérations de gestion, invite le législateur de l'OHADA à l'inclure dans l'art. 159 AUSCGIE. Il écrit : « Pour éviter des confusions dans l'esprit des associés, il importe de compléter l'article 159 en ces termes : « [...] une ou plusieurs opérations de gestions décidées par les dirigeants ».

120 Dans ce sens, KUATE TAMEGHE précise que : « [...] Il apparaît au bout du compte que l'idéal serait, dans chaque espèce portée à leur connaissance, que les tribunaux s'attèlent à qualifier ce qui est une opération de gestion. Au gré des circonstances propres à chacune d'elles, les magistrats se servent donc de l'une ou de l'autre de ces approches. Il est même concevable que le parti soit pris de les combiner lorsqu'elles permettront d'obtenir le résultat recherché dans des hypothèses plutôt complexes ». V. S.S. KUATE TAMEGHE, *op.cit.*, p. 169.

121 L-D. MUKA TSHIBENDE, *op.cit.*, n° 43, pp. 193-194. L'auteur relève que l'assiette de l'expertise de gestion se présente « comme un véritable fourre-tout où l'on verse la quasi-totalité des points d'ombre relevés dans le fonctionnement de la société ».

122 CCJA, arrêt n° 042/2013 du 16 mai 2013, Sté Eurapharma c/ Société Laborex-CI et Sté Pharmafinance, préc.

tout à fait susceptibles d'une expertise de gestion à la demande de (...) Eurapharma¹²³ ». L'atténuation étant justifiée par l'espèce à elle soumise¹²⁴, la CCJA maintient donc le principe de l'exclusion des opérations de l'assemblée générale du domaine de l'expertise de gestion.

Pourquoi cette exclusion ? Certainement pas parce que ces actes ne constitueraient pas des opérations de gestion. En effet, en précisant qu'une opération de gestion peut émaner de « quelque organe » d'une société commerciale, la CCJA reconnaît qu'un acte d'une assemblée générale peut être qualifié d'acte de gestion. La vérité est donc ailleurs. Elle résiderait dans la présomption de complétude d'informations dont jouiraient les associés lors des assemblées générales. En effet, avant lesdites assemblées, les associés ont, non seulement un droit à l'information mais aussi un droit à la communication des documents sociaux y compris ceux afférents à la prochaine assemblée. Dès lors, au cours de l'assemblée, ils sont présumés détenir toutes les informations suffisantes pour y participer en connaissance de cause. Cette circonstance rendrait vaine une expertise de gestion justifiée, entre autres motifs, par un défaut d'information.

Toutefois, cette exclusion est critiquable pour plusieurs raisons. D'abord, parce que « l'information livrée dans le contexte des assemblées d'associés n'est pas toujours loyale et à l'abri des reproches¹²⁵ ». Ensuite, parce que « rien ne permet de soutenir que les délibérations en assemblée apporteront *a priori* plus de lumière aux actionnaires sur un acte de gestion que l'avis d'un expert compétent, indépendant des organes sociaux, et désigné en justice¹²⁶ ». En effet, l'originalité et la qualité de l'information obtenue par l'expert, homme de l'art, peuvent autoriser valablement une expertise de gestion des actes de gestions pris par l'assemblée des associés. En sorte que la seule intervention d'une assemblée générale ne devrait pas neutraliser une expertise de gestion chaque fois qu'est avéré un défaut d'information d'un associé même si ce dernier a participé à l'assemblée générale¹²⁷. En conséquence, cette nécessité d'une information complète, actualisée et technique fournie par l'expert devrait fonder la soumission de toutes les opérations de gestion y compris celles des assemblées, à l'expertise de gestion.

123 Cette analyse de la CCJA est un écho de la solution de la cour de cassation française dans l'arrêt Hôtel Georges V du 12 janv. 1993, Bull. IV, 1993, n° 10, p. 6. Dans cette espèce, il s'agissait de savoir si un apport partiel d'actif était une opération de gestion susceptible d'être l'objet d'une expertise de gestion. La cour de cassation avait alors cassé l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait répondu négativement à la question. Pour la haute cour française, une distinction aurait dû être faite par la cour d'appel selon que l'apport partiel d'actifs était placé sous le régime de la fusion-absorption ou pas. Dans la première hypothèse, l'apport partiel relevait de la compétence exclusive de l'assemblée générale et ne pouvait donner lieu à une expertise de gestion. Dans la seconde, en revanche, cet apport relevait de la compétence du conseil d'administration, l'assemblée générale étant limitée à se prononcer sur ses conséquences ; dans ce cas, la décision étant prise par le conseil d'administration, elle constituait une opération de gestion susceptible d'être l'objet d'une expertise de gestion.

124 En effet, l'atténuation, ici, est justifiée par la circonstance que les opérations de gestion en cause ne relevaient pas de la compétence exclusive de l'assemblée mais d'une compétence partagée entre les dirigeants et l'assemblée en ce que lesdits actes ont été pris par les dirigeants et n'ont été soumis à l'assemblée que pour une simple approbation

125 S.S. KUATE TAMEGHE, *op.cit.*, p. 168.

126 L-D. MUKA TSHIBENDE, *op.cit.*, n° 105, p. 140.

127 Dans l'espèce commentée, la CCJA a reconnu le bénéfice de l'expertise à l'associé qui avait pourtant participé à l'assemblée générale parce que, ce n'est qu'à l'occasion de cette assemblée et non antérieurement, qu'il a été informé desdits actes. C'est dire que pour la CCJA, l'information de l'associé est un élément primordial dont le défaut justifie la soumission des actes des assemblées générales à une expertise de gestion.

CONCLUSION

Au sein des institutions gouvernant le fonctionnement des sociétés commerciales, est l'expertise de gestion. Mais elle y demeure comme un ressort comprimé en ce que ses conditions d'admission, tantôt évanescences, tantôt ambiguës, empêchent son déploiement. La réforme de 2014 apparaissant alors inachevée¹²⁸, il faut en entreprendre une nouvelle. Celle-ci pourrait prendre la forme, notamment, d'une suppression de la condition de représentativité, de l'extension de la qualité de demandeur de l'expertise aux délégués du personnel et au commissaire aux comptes et de la soumission à la curiosité d'un expert des actes de gestion émanant des assemblées des associés. La réforme souhaitée permettrait de renforcer, non seulement la transparence¹²⁹ dans la gestion de la société commerciale mais aussi la démocratisation de celle-ci. Par la spécialité de l'information qu'elle peut fournir, l'expertise jouit, au sein des mécanismes légaux d'information, d'une singularité comparable à celle d'un visage¹³⁰. En conséquence, elle est une nécessité pour les économies des pays africains plus qu'un effet de mode.

Le fin mot de cette étude est une idée simple, à savoir que l'expertise de gestion est un bel instrument de lutte contre la gestion opaque des sociétés commerciales africaines et l'utiliser parcimonieusement en la garrottant par des conditions strictes d'admission revient à supposer qu'un ruisseau coulera mieux si l'on tarit sa source.

128 D. TAFAKO-KENFACK, *op.cit.* p. 91.

129 En droit ivoirien, l'art. 2 du code de la transparence la définit comme : « (...) la franchise, l'intégrité, la loyauté et la clarté dans l'exercice des responsabilités et fonctions assignées. Elle est la qualité de ce qui fait paraître la vérité tout entière sans l'altérer. La transparence réside également dans l'exhaustivité, la fiabilité dans la diffusion des informations », V. Loi organique n° 2014-337 du 5 juin 2014 portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques, JORCI, n°7 spécial du 6 juin 2014, p. 165 et s.

130 Pour SERTILLANGES : « un visage tient de l'espèce ses caractères généraux, mais il a toujours une individualité saisissante et incommunicable ; il est unique sur la terre et dans tous les siècles ; de là vient pour une part, l'intérêt si prenant du portrait ». V. A.D. SERTILLANGES, *La vie intellectuelle, son esprit, ses conditions, ses méthodes*, Paris, Ed. la Revue des Jeunes, 1934, p. 214.