L'INCIDENCE DES RISQUES FAMILIAUX SUR LA SOCIÉTÉ ENTRE ÉPOUX DANS L'ESPACE OHADA

Gaston DJOUPOYANG IGRI

Revue libre de Droit

ISSN 2276-5328

Article disponible en ligne à l'adresse suivante :

http://www.revue-libre-de-droit.fr

Comment citer cet article - How to cite this article:

G.DJOUPOYANG IGRI: « L'incidence des risques familiaux sur la société entre époux dans l'espace OHADA », *Revue libre de Droit*, 2017, p.54-77.

© Revue libre de Droit

L'INCIDENCE DES RISQUES FAMILIAUX SUR LA SOCIÉTÉ ENTRE ÉPOUX DANS L'ESPACE OHADA

Gaston Djoupoyang Igri [1]

Résumé : *Il est aujourd'hui institué de façon plus large dans l'espace OHADA, une « sous-forme » juridique d'entreprise appropriée aux époux entrepreneurs : la société entre époux. Permettre aux époux d'être entrepreneurs d'une même société, c'est rejoindre la réalité du contexte africain. En effet, la majorité des couples exercent leur activité économique ou commerciale en commun. C'est dire que les diverses raisons qui étaient évoquées pour réfuter l'admission des sociétés entre époux n'ont pu peser de tout leur poids pour dissuader le législateur OHADA.*

En consacrant cette société, le législateur régional a offert aux époux un instrument de protection de leurs patrimoines contre les risques entrepreneuriaux. Cependant, si ce souci de protection semble résolu pour le patrimoine familial, il demeure pour ce qui est du patrimoine entrepreneurial. La raison est simple : le législateur a ignoré ces risques ou a élaboré des règles relatives à la société entre époux en ignorant la problématique des vicissitudes ou des conflits conjugaux. Pourtant, ces vicissitudes ou risques matrimoniaux, qui sont d'ailleurs assez nombreux, peuvent avoir un impact négatif non négligeable sur la société entre époux. Ces risques pourraient entraîner une paralysie de la société et au pire la dissolution de celle-ci.

Mots-clés : *divorce, époux, mésentente, patrimoine, société entre époux, risques familiaux, OHADA.*

[1] M. Gaston Djoupoyang Igri est docteur en droit privé de l'Université de Yaoundé II Soa (Cameroun) et enseignant à l'Institut Universitaire Siantou (Cameroun). Email : gastondjoupo@yahoo.fr

TABLE DES MATIÈRES

I. L'INDIFFÉRENCE DE LA SOCIÉTÉ À L'ÉGARD DU DIVORCE 58

A. Les causes de dissolution propres au droit des sociétés 58

1. Les causes communes ou générales 58

2. Les causes de dissolution spécifiques aux sociétés commerciales 62

a) Les causes spécifiques aux sociétés à risques limités 62

b) Les causes spécifiques à la société en commandite simple 63

B. L'absence d'un impact direct des conséquences du divorce sur la société 63

1. Les conséquences personnelles 63

2. Les conséquences patrimoniales 65

II. L'ATTÉNUATION PAR LES CONSÉQUENCES PAR RICOCHET OU INDIRECTES DU DIVORCE 67

A. Les hypothèses favorables à la dissolution ou au maintien de la société entre époux .67

1. La polygamie : une forme de mariage « favorable » au maintien de la société entre époux 68

2. La monogamie : une forme de mariage défavorable au maintien de la société entre époux 70

B. Les facteurs de dissolution de la société entre époux du fait des crises conjugales ou du divorce 70

1. La mésentente 71

a) Les causes de la mésentente 71

a-1. Les causes indirectes 71

a-2. Les causes directes de dissolution de la société pour mésentente 72

b) Les conditions de dissolution de la société pour mésentente 73

2. La disparition de l'affectio societatis 74

a) La notion d'affectio societatis 74

b) La dégradation de l'affectio societatis du fait des crises conjugales 76

Il est aujourd'hui institué de façon plus large dans l'espace OHADA, une forme juridique d'entreprise appropriée aux époux entrepreneurs : la société entre époux.

Cette société a, avant sa naissance[2], été défendue et attendue[3] depuis fort longtemps[4]. En termes de droit comparé, le Conseil de l'Europe a œuvré pour la reconnaissance d'une telle société[5]. Il est ainsi permis aux époux d'établir un contrat entre eux[6] car, la société entre époux, pourrait être définie comme un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mariées conviennent d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourrait en résulter[7]. Permettre aux époux d'être entrepreneurs d'une même société, c'est rejoindre la réalité du contexte africain. En effet, la majorité des couples exercent leur activité économique ou commerciale en commun[8]. C'est dire que les diverses raisons qui étaient évoquées pour réfuter l'admission des sociétés entre époux[9] n'ont pu peser de tout leur poids pour dissuader le législateur OHADA. Parmi les raisons avancées contre l'admission des sociétés entre époux, l'on peut citer, le principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux, l'autorité maritale, et l'interdiction de déroger au régime légal des successions par le moyen des libéralités clandestines entre époux supprimés par certains législateurs[10]. Ces barrières demeurent toujours en vigueur dans certains pays membres de l'OHADA[11].

---

[2] Code civil français de 1958 avait déjà admis la constitution d'une telle société entre époux. V. R. ADIDO, « Les sociétés entre époux : survivance du principe de la prohibition dans la réforme de l'OHADA », *Penant* n° 848, juillet.-sept. 2004, p. 393.

[3] Plusieurs auteurs ont milité pour la consécration de cette société il y'a de cela plusieurs années en Europe V. M. VASSEUR, « Le problème des sociétés entre époux après l'arrêt de la Cour de Paris du 7 décembre 1954 », *R.T.D.Com*, 1955, p. 219 et scité par A. KARM, *L'entreprise conjugale*, Defrénois, coll. de Thèses, Doctorat et Notariat, t. 5, 2004, préface P. CATALA, p. 143, note de bas de page n°1.

[4] P. MIMBE, « Contrat de société », in *Encyclopédie du droit OHADA*, éd., Lamy, 2011, p. 543.

[5] V. art. 5 de la Directive n°86/613/CEE du Conseil du 11 décembre 1986 portant sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, agricole, ainsi que sur la protection de la maternité (JOCE, 19 décembre 1986, p. 56).

[6] Le contrat de société notamment, car pour les autres types de contrat rien n'est clairement dit en dehors du contrat de vente qui est en principe interdit entre époux.

[7] Art. 4 de l'AUSCGIE.

[8] P. G. POUGOUÉ, J. NGUEBOU TOUKAM et F. ANOUKAHA, « Commentaire de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *in OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés,* Juriscope, 4ème éd., 2012, note sous article 9, p. 393.

[9] J. NGUEBOU TOUKAM, « L'entreprise familiale », *Juridis Info*, 1995 n° 21, pp. 79 et 83.

[10] P. G. POUGOUÉ, F. ANOUKAHA et J. NGUEBOU TOUKAM, *Sociétés commerciales et GIE*, www.ohada.com., n° 42.

[11] C'est le cas du Cameroun, du Tchad et du Niger.

En consacrant cette société, le législateur régional et ceux du Bénin et du Sénégal n'omettent pas la particularité de ces associés qui forment une famille qui a en son sein un patrimoine utile pour sa subsistance. De ce fait, la société entre époux se présente comme un instrument de protection du patrimoine des époux contre les risques entrepreneuriaux. Cette fonction protectrice parait également maintenue face aux vicissitudes matrimoniales.

Les vicissitudes ou risques matrimoniaux peuvent être nombreux. Il pourrait s'agir d'une part, d'une simple mésentente entre époux associés, ou d'une mésentente provoquant la séparation de fait ou la séparation de corps, au pire le divorce. D'autre part, il pourrait s'agir d'un événement qui ne nécessite pas la volonté des époux pour voir son accomplissement, par exemple la mort. L'absence et la disparition pourraient également être rangées dans cette dernière catégorie.

Contrairement à la mort qui « est un pantalon obligatoire pour tous », le divorce est une institution propre aux personnes mariées. Par ailleurs, le divorce a un rayonnement plus étendu que celui du décès, tant dans ses causes que ses incidences sur l'entreprise. En termes de causes, on pourrait citer la mésentente qui pourrait également être une conséquence du divorce. En outre, le divorce est le plus souvent l'aboutissement d'une séparation de corps. Sous un autre angle, les interférences juridiques entre le droit des affaires et le droit de la famille interviennent particulièrement du vivant des époux. Toutes ces raisons permettent de s'appesantir davantage sur les incidences du divorce sur la société entre époux.

Contrairement à l'entreprise individuelle, qui reste un cadre limité de protection du patrimoine et dans lequel les interférences juridiques sont plus considérables, la société entre époux permet de protéger le patrimoine des époux associés contre les risques entrepreneuriaux et familiaux.

L'entreprise ayant pris la forme sociétaire, elle ne fait plus partie du patrimoine des époux. Les biens professionnels sont affectés à une personne morale, ils échappent non seulement au pouvoir des créanciers personnels, mais également aux vicissitudes matrimoniales. Comme le dit le professeur COLOMER, l'entreprise en forme sociale « n'est pas tributaire des événements qui peuvent ébranler ou rompre le lien matrimonial »[12]. Est-il permis de croire, au regard de cette protection qu'offre la personne morale, que la société entre époux est préservée et peut être pérennisée malgré les vicissitudes matrimoniales, notamment lorsque c'est une société entre époux, étant donné que le problème essentiel est celui de la survie de la société et la

[12] A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial, op. cit.*, p. 291.

préservation de son patrimoine ? Si de prime abord, on peut entrevoir une absence d'incidence matrimoniale ou du divorce sur la société (I), une analyse plus poussée montrera que cette incidence reste variable quant à ce qui concerne la survie de la société en présence des conséquences indirectes (II).

I. L'INDIFFÉRENCE DE LA SOCIÉTÉ À L'ÉGARD DU DIVORCE

Une analyse du droit des sociétés commerciales ou civiles montre que les règles relatives à l'existence, la survie de la société, se sont élaborées dans l'indifférence des vicissitudes matrimoniales. C'est pourquoi, les causes ne font aucunement allusion à la relation matrimoniale ou au divorce (A). Même la dissolution est élaborée dans un sens unique : celui du droit des sociétés. Si le divorce n'est pas une cause de dissolution de la société entre époux, il est donc logique que les conséquences du divorce n'atteignent pas la société entre époux (B).

A- LES CAUSES DE DISSOLUTION PROPRES AU DROIT DES SOCIÉTÉS

Au regard des différentes sociétés, notamment civiles et commerciales, l'on peut dénombrer deux catégories de causes. On a des causes communes ou générales (1) et des causes spécifiques à chaque type de société (2).

1- Les causes communes ou générales

Ces causes se retrouvent tant dans le Code civil que dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

Selon l'article 1865 du Code civil, la société prend fin à la survenance des causes suivantes : l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée[13] ; l'extinction de la chose, ou la consommation de la négociation ; la mort naturelle de l'un des associés ; la mort civile ; l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux ; la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société.

Quelques précisions doivent être apportées en ce qui concerne l'expiration par le temps, l'extinction de la chose, la mort d'un associé et le départ d'un associé.

Lorsque la société est arrivée à son terme, sa dissolution ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il y ait de justes motifs. C'est par exemple le cas lorsqu'un associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile

[13] L'Article 1866 du Code civil prévoit que : « La prorogation d'une société à temps limitée ne peut être prouvée que par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de société. »

aux affaires de la société, ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges[14]. L'extinction de la chose peut entraîner la dissolution de la société dans deux cas.

Le premier cas est celui où l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose. Si la perte de ladite chose survenait avant que la mise en société soit effectuée, cette perte opérerait la dissolution de la société par rapport à tous les associés[15]. Le second cas est celui où la chose perdue était la propriété de l'associé apporteur qui n'avait mis en commun que la jouissance de la chose et détenait toujours la chose[16]. Dans le cas contraire où la propriété de la chose aurait été apportée à la société, la perte de ladite chose n'entraînera pas la dissolution de la société[17].

En ce qui concerne la mort d'un associé, l'article 1868 du Code civil l'énonce que : « s'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés, survivants, ces dispositions seront suivies ; au second cas, l'héritier du décédé, n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils soient une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède ». La dernière cause d'extinction ne s'applique quant à elle qu'aux sociétés dont la durée est illimitée[18]. En plus, elle ne peut s'opérer que par une renonciation notifiée à tous les associés pourvu que cette renonciation soit de bonne foi[19], et non faite à contretemps[20].

À côté de ces causes prévues par le Code civil, le droit des sociétés commerciales prévoit également des causes qui ne sont pas très différentes des premières.

En ce qui concerne l'Acte uniforme, l'article 200 AUSCGIE énumère quelques causes communes de dissolution des sociétés commerciales. Il s'agit de : l'expiration du temps pour lequel la société est constituée ; la réalisation ou l'extinction de son objet ; l'annulation du contrat de société ; la décision des associés aux conditions prévues pour modifier les statuts ; la

[14] Art. 1871 du Code civil.

[15] Alinéa 1 de l'art. 1867 du Code civil.

[16] Alinéa 2 de l'art. 1867 du Code civil.

[17] Alinéa 3 de l'art. 1867 du Code civil.

[18] Art. 1869 du Code civil.

[19] L'article 1870 précise que « la renonciation n'est pas de bonne foi lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposés de retirer en commun ».

[20] Art. 1869 du Code civil.

dissolution anticipée prononcée par la juridiction compétente, à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé ou de mésentente entre associés empêchant le fonctionnement de la société ; pour toute autre cause prévue par les statuts. Cette dernière précision permet de comprendre que cette liste est loin d'être exhaustive. En plus de ces causes, on pourrait retenir notamment, l'accumulation de perte sans espoir de retour à meilleure fortune, l'impossibilité de trouver de nouveaux dirigeants, la variation des capitaux propres[21].

On pourrait se demander si cette possibilité admise par le législateur ne pourrait pas permettre d'inclure le divorce comme une cause de dissolution de la société commerciale, surtout pour une société qui a pour associé des personnes mariées. La rupture du lien matrimonial ne serait-elle pas une cause statutaire pouvant entraîner la dissolution de la société ?

Une réponse affirmative ne serait pas exclue ; mais, il reste clair que le divorce est un événement extérieur à la société. Le divorce touche surtout l'intérêt des époux et non celui de la société. L'on ne comprendrait pas pourquoi un événement extérieur à la société, personnel aux associés[22]devrait être en lui-même une cause de dissolution de la société. Pour la jurisprudence, il est évident que les difficultés conjugales ne constituent pas en soi de « justes motifs ».

À titre de droit comparé, trois décisions, dont deux jugements et un arrêt, peuvent d'ailleurs être citées comme exemples. Les deux jugements ont été rendus, l'une par le Président du tribunal commerce de Tongres et l'autre du Président Tribunal de commerce de Louvain. De la décision du Président du Tribunal de commerce de Tongres, il ressort que « les parts détenues en copropriété par deux anciens époux peuvent faire l'objet d'une demande d'exclusion (art. 1416 C. civ.). À rebours, une procédure d'exclusion ne peut être introduite après que le divorce ait été prononcé. Le demandeur doit alors démontrer qu'il s'agit bien d'un différend entre associés, relatif à la société »[23]. La deuxième décision, celle du Président du Tribunal de

[21] P. G. POUGOUÉ, J. NGUEBOU-TOUKAM et F. ANOUKAHA, « Commentaire de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », in OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, *Juriscope*, 4eme éd., 2012, note sous article 200, p. 450.

[22] L'existence de *l'intuitus personae* aurait pu être un élément facilitant la prise en compte du divorce dans une SARL. Seulement, le principe dans la SARL est celui de l'exclusion des événements atteignant personnellement les associés. C'est le cas du décès d'un associé. Si donc le décès d'un associé est exclu, on comprend qu'à fortiori, le divorce sera exclu. Il est même interdit dans les SARL de prévoir dans les statuts que la faillite ou l'incapacité d'un associé puisse être une cause de dissolution de la société (l'article 384 AUSCGIE).

[23] L. STOLLE et J. LANCELOT, « Deux époux qui doivent aussi se séparer en tant qu'associés… », Règlement des conflits entre associés, août 2010, www.meritius.be, p. 3 et s. Voir pour la décision : 22/11/2005, RABG 2009, p. 119.

Commerce de Louvain, quant à elle précise que « le fait que des associés soient impliqués dans une procédure de divorce ne suffit pas à faire droit à une demande de transfert forcé de parts sociales. Ce Président exige qu'il soit aussi démontré que la continuité de la société est compromise »[24]. La troisième décision qui est celle de la Cour d'Appel de Paris, a laissé entendre que : « une instance en divorce pendante entre deux actionnaires d'une même société ne constitue pas un péril imminent pour la société pouvant justifier l'attribution au séquestre des actions de la communauté de l'exercice du droit de vote attaché à celles-ci »[25].

Même si le divorce pouvait être considéré comme cause de dissolution, il ne faudrait pas oublier que « l'intérêt de la société doit, en principe, l'emporter sur celui de l'associé ou du créancier qui demande la dissolution »[26]. Si des intérêts internes à la société doivent être minimisés par rapport aux intérêts de la société, on comprend que ceux externes seront écartés. Il ne faudrait surtout pas oublier la nouvelle politique législative qui milite pour la préservation de l'entreprise. Les difficultés rencontrées par une société ne doivent pas nécessairement conduire à sa dissolution, même si les procédures collectives sont déclenchées. Comme l'affirme le Professeur SAWADOGO, « les procédures collectives doivent permettre la sauvegarde des entreprises redressables, même au prix d'une certaine entorse au droit des créanciers. Cette place de choix du sauvetage des entreprises s'explique par la prise de conscience de l'impact bénéfique multiforme des entreprises sur l'économie, notamment sur les emplois, les recettes fiscales et les balances commerciales. »[27] L'auteur ajoute que cet objectif est peu ou prou partagé par toutes les législations récentes « qui placent au premier plan de leurs préoccupations le sauvetage de l'entreprise et des emplois »[28]. Le divorce, on le voit déjà, sera d'avantage exclu

[24] L. STOLLE et J. LANCELOT, op. cit., p. 3 et s. Voir pour la décision : 28/11/1996, AJT 1996-97, p. 335 ; TRV 1997, p. 108.

[25] CA Paris, 14eme ch. Civ., 18 sept. 1992, Juris-data, n° 250, n° 7, Obs. Viandier et Caussain. Cf. LAMY, Sociétés commerciales, par J. MESTRE et D. VELARDOCCHIO, 2006, p. 71.

[26] Y. GUYON, *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, t.1, Economica, 8ème éd 1994, p. 198.

[27] F. M. SAWADOGO, « Commentaire de l'acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », in OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, *Juriscope*, 4ème éd., 2012, p. 1127.

[28] Pour illustrer l'importance de cet objectif, l'auteur cite l'arrêt de la Cour d'appel de Dakar, n° 450 du 9 septembre 2000 ordonnant la défense à exécution du jugement du 5 juillet 2000 du Tribunal régional hors classe de Dakar. Dans cet arrêt, la Cour a précisé que l'objectif du concordat de redressement « n'est pas seulement d'obtenir des délais et des remises mais également de prendre les mesures juridiques, techniques et financières susceptibles de réaliser le rétablissement des conditions de fonctionnement normal de l'entreprise » (F. M. SAWADOGO, op. cit., note de bas de page n° 3, p. 1128.)

des sociétés de capitaux, d'autant plus qu'elle ne peut prospérer comme cause de dissolution dans les sociétés en commandite simple.

2- Les causes de dissolution spécifiques aux sociétés commerciales

Chaque société, en plus des causes communes, peut être dissoute pour des causes qui lui sont spécifiques. Contrairement au droit des sociétés commerciales qui énumère des causes spécifiques à certaines sociétés, le droit civil se contente de mentionner des causes générales. De ce fait, nous n'analyserons uniquement, dans cette partie, que des causes spécifiques aux sociétés commerciales. Étant donné que les époux ne peuvent faire partie, en principe, que des sociétés commerciales à risques limités (b) et des sociétés en commandite simple (a), nous n'étudieront que ces dernières.

a- Les causes spécifiques aux sociétés à risques limités

Il s'agit des sociétés anonymes (S.A.), des sociétés par actions simplifiées (S.A.S.) et des sociétés à responsabilité limité (S.A.R.L.).

La SA, selon les articles 736 et 737 AUSCGIE, peut-être, en plus des causes communes, dissoute du fait de la perte partielle d'actifs. La SARL quant à elle sera dissoute, en plus des causes communes, par la réduction du capital au-dessous du minimum légal[29]. En plus de cette dernière cause, il faudrait ajouter la perte d'une fraction importante du capital[30]. Une analyse peu attentionnée des SAS, peut laisser croire qu'il n'y aurait pas de cause spécifique de dissolution. Pourtant, il suffit de se référer à l'article 853-3 AUSCGIE-révisé pour comprendre que la cause spécifique à cette forme de société pourrait se trouver dans la perte partielle d'actifs, telle que prévue par les articles 736 et 737 AUSCGIE relatif à la SA. En effet, l'article 853-3 AUSCGIE-révisé mentionne clairement que : « Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent livre, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles 387 alinéa1er, 414 à 561, 690, 751 à 753 ci-dessus, sont applicables à la société par actions simplifiées. » Les articles autres que ceux cités sont donc applicables à la SAS, et c'est notamment le cas de l'article prévoyant cette cause spécifique.

Ce renvoi opéré par le législateur OHADA, pourrait également être fait en ce qui concerne les sociétés de personnes.

[29] Art. 368 AUSCGIE.

[30] Art. 371 AUSCGIE.

b- Les causes spécifiques à la société en commandite simple

Une cause de dissolution spécifique à la société en commandite simple, aurait pu être le décès d'un associé, du fait de l'*intuitus personae*. Seulement, la portée du décès est atténuée dans cette société, surtout lorsqu'on a affaire au décès d'un commanditaire. En réalité, l'impact du décès dans cette société est tributaire de la qualité de l'associé. S'agit-il d'un associé commandité ou d'un associé commanditaire ?

Lorsque c'est un commanditaire qui décède, le principe est celui de la continuation de la société en commandite simple[31]. Par contre, si c'est un associé commandité qui décède, la société pourra être dissoute[32]. Toutefois, il peut être stipulé que la société pourra continuer, malgré le décès d'un associé commandité[33]. Ceci à condition que d'autre personnes puissent le remplacer[34]. Il s'agira en premier lieu de ses héritiers[35]. Ces derniers deviendront associés commanditaires s'ils sont mineurs. L'article 308 AUSCGIE, précise en son alinéa 2, que si l'associé décédé était seul associé commandité et que ses héritiers sont mineurs non émancipés, il devra être procédé à son remplacement par un nouvel associé commandité. Au cas où cette dernière condition ne serait pas remplie, les associés devront procéder à la transformation de la société dans un délai d'un an à compter du décès. Passé ce délai, la société sera dissoute de plein droit. Si au contraire la société est transformée, elle devra prendre la forme d'une SARL ou d'une SA, ce qui rendra la société d'avantage plus imperméable aux situations, tel le divorce, atteignant personnellement les associés mariés.

B- L'ABSENCE D'UN IMPACT DIRECT DES CONSÉQUENCES DU DIVORCE SUR LA SOCIÉTÉ

Quel que soit le type de divorce, contentieux ou par consentement mutuel, les conséquences se déclinent deux groupes : celles personnelles (1) et celles patrimoniales (2).

1-Les conséquences personnelles

Les conséquences qui s'attachent à la personne des époux prennent effet le jour où la décision de divorce devient définitive. Autrement dit, lorsque les voies de recours ne peuvent plus être

[31] Art. 308 AUSCGIE.

[32] Art. 308 AUSCGIE.

[33] Op. cit.

[34] Op. cit.

[35] Op. cit.

intentées. La dissolution du lien matrimonial ainsi prononcé, les ex-époux peuvent se remarier, car les différentes conséquences du mariage qui les liaient disparaissent avec la dissolution du lien matrimonial.

La dissolution du lien matrimonial remet les époux divorcés dans la situation de célibataire. L'homme et la femme sont libres de se remarier. Chacun peut se remarier avec un tiers, quel qu'il soit. Même si c'est le complice de l'adultère qui s'est trouvé être la cause du divorce. Les époux divorcés peuvent se remarier entre eux également. La femme est toutefois tenue de respecter le délai de viduité dans le cas où elle se remarierait avec une personne autre que son ex-mari. Dans le cas où elle se remarierait avec son ex-mari, elle pourrait passer outre cette exigence si la séparation a été de courte durée.

Étant redevenus célibataires de par la dissolution du mariage, les époux divorcés ne sont plus tenus aux obligations matrimoniales.

Par le seul fait du mariage, les époux étaient soumis à certaines obligations ou devoirs. Ils avaient également de nouveaux droits et prérogatives qui leur étaient reconnus.

En termes de droits et de devoirs réciproques entre les époux, il était question, de l'obligation de fidélité, du devoir de cohabitation, de celui de secours et d'assistance. Les prérogatives maritales quant à elles se résumaient dans le choix du domicile conjugal et à la contribution aux charges du mariage.

La disparition du mariage emporte ces différents devoirs, droits et prérogatives. Néanmoins, certaines séquelles du lien matrimonial demeurent. C'est le cas notamment du nom de la femme mariée. À ce sujet, les législations sont presque unanimes en ce qui concerne la solution donnée au problème qui se pose.

Le problème est le suivant : l'abandon du nom du mari par la femme peut être une source de grandes difficultés. Le problème est davantage plus aigu lorsque la femme exerce une profession « dont dépend une clientèle (profession libérale, commerciale, artisanale et artistique, etc.) et s'est fait connaître, dans cette profession, sous le nom de son mari, il peut être très préjudiciable pour elle d'être contrainte brusquement d'abandonner ce nom qui a fait sa réputation pour reprendre son nom personnel, révoquée[36] »[37]. La solution à ce problème se décline en principe et exception. Le principe est le suivant : chacun des époux ou la femme

[36] LE BRIS, « Le nom des époux divorcés », *D.* 1965, chron. 141, cité in *Éditions du Juris-Classeur*, pp. 228-229.

[37] Ibidem

précisément reprend l'usage de son nom. Ce principe souffre de deux exceptions. L'une est de plein droit et intervient en cas de divorce prononcé pour rupture de la vie commune, lorsque la femme est défenderesse[38]. L'autre est la possibilité d'autorisation contraire. Cette autorisation peut être donnée soit par le mari, soit par le juge. En l'absence du bénéfice de ces exceptions, la femme peut se voir interdire l'usage du nom de son ex-mari.

Dans le cadre d'une société, la question du maintien du nom doit être relativisée. En effet et à titre de droit comparé, dans ce domaine, il est rappelé par la Cour de cassation que, « le principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du nom patronymique, qui empêche son titulaire d'en disposer librement pour identifier au même titre une autre personne physique, ne s'oppose pas à la conclusion d'un accord portant sur l'utilisation de ce nom comme dénomination sociale ou nom commercial »[39].

En outre, la dénomination sociale « est fréquemment utilisée par la société comme nom commercial, pour exercer son activité commerciale »[40]. La Cour précise en plus que « le patronyme est devenu, en raison de son insertion (...) dans les statuts de la société (...) un signe distinctif, qui s'est détaché de la personne physique qui le porte, pour s'appliquer à la personne morale qu'il distingue, et devenir ainsi objet de propriété incorporelle »[41].

C'est donc dire que dans le cadre de la société, les conséquences relatives au nom sont atténuées ; ce qui limite aussi les effets néfastes dans les affaires, et les préjudices qu'aurait pu subir le patrimoine.

2-Les conséquences patrimoniales

Les effets personnels du divorce ressemblent parfois à l'arbre qui cache la forêt des conséquences patrimoniales du divorce. Comme le disent certains auteurs, « la perception de la dimension extrapatrimoniale de la rupture, parce qu'elle est immédiate, pourrait être aveuglante. Elle ne résume pourtant pas le divorce. En lui, personnes et patrimoines sont entièrement impliqués et pleinement imbriqués »[42]. Il faudra donc à la suite du divorce, liquider

[38] Ibid

[39] Cass. com., 12 mars 1985, n° 84-17.163, Bordas, Rev. Sociétés 1985, p. 607, note G. Parléani. Cité par H. LECUYER et X. BOUTIRON, « Le divorce de l'entrepreneur », *Droit et Patrimoine*, 2012, n° 213, p. 26 et s.

[40] M. GERMAIN ET V. MAGNIER, *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, LGDJ, 20ème éd., n° 1143. Cité par H. LECUYER et X. BOUTIRON, « Le divorce de l'entrepreneur », *op. cit.*, p. 26 et s.

[41] Cass. com., 12 mars 1985, n° 84-17.163, précité ; Cass. com., 29 janv. 2008, n° 05-20.195. Cité par H. LECUYER et X. BOUTIRON, « Le divorce de l'entrepreneur », *op. cit.*, p. 26 et s.

[42] H. LECUYER et X. BOUTIRON, « Le divorce de l'entrepreneur », *op.cit.*, p. 26 et s.

le régime matrimonial ou la communauté d'intérêts. Il faudra également résoudre la question de la pension alimentaire, des donations et des prestations compensatoires.

Même en l'absence d'enfants, la pension alimentaire pourrait être accordée entre époux[43]. Par le biais de la pension alimentaire, le devoir de secours survit en quelque sorte ; car la pension alimentaire répond de l'idée selon laquelle, le divorce fait disparaître l'entraide matérielle existant entre époux. La pension alimentaire doit tendre à une égalisation du niveau de vie[44]. Pour ce qui est des donations, il faudrait que les époux en aient consenties pendant le mariage. Lorsque les époux ont eu à se faire des donations, le pouvoir de révocation de ces derniers dépendra de la législation compétente ou en cause. La majorité des pays utilisant le Code civil français de 1804, admettent le principe de la révocabilité des donations. Par contre, les pays qui ont réformé leur législation dans le sens du Code civil français actuel, établissent le principe de l'irrévocabilité. Il en sera également ainsi en ce qui concerne les avantages matrimoniaux. Seules ces législations récentes, comme celle du Bénin, reconnaissent l'institution des avantages matrimoniaux. Les prestations compensatoires, consacrées par les législations intervenues après 1975[45], pourront aussi être attribuées aux époux. Ces prestations qui pourraient être octroyées par le juge, sur la demande d'un époux, permet de réduire les inégalités créées du fait du divorce entre les époux. Elle pourra prendre la forme d'une somme d'argent, d'un immeuble en pleine propriété ou autre[46].

En plus de ces différents éléments, il faudra procéder à la liquidation du régime matrimonial et au partage des biens qui sont les nœuds de l'aspect patrimonial. La liquidation du régime matrimonial porte principalement sur les biens des époux ; et elle sera fonction du type de régime matrimonial. Il en sera de même pour le partage. L'on peut déjà voir que ces impacts ont moins d'incidences sur la société que les effets d'ordre personnel du divorce.

[43] En présence des enfants, une pension alimentaire est aussi accordée. Celle que nous traitons n'est relative qu'aux époux seuls.

[44] V. Cass. 2e civ. 21 janv. 1981: *Bull. civ.* II, n° 11, p. 7.

[45] Les avantages matrimoniaux sont l'une des grandes innovations de la loi française de 1975.

[46] Notaires et familles, le bon conseil tout au long de la vie, « le divorce ou rupture du Pacs : quelles conséquences ? », éd., 2010, www.notaires et famille.fr.

II. L'ATTÉNUATION PAR LES CONSÉQUENCES PAR RICOCHET OU INDIRECTES DU DIVORCE

Si certains législateurs ont réussi à atténuer l'idée de vengeance et de rancune, en limitant le débat dans le temps, d'autres par contre continuent d'entretenir cette idée de vengeance et de rancune sans aucune tentative d'atténuation. Cette dégradation de la relation entre les époux ne manquera pas d'affecter leurs affaires mieux la société. Cet impact est assez compréhensible et pas étonnant, étant donné que la relation professionnelle peut provoquer la rupture du mariage. Mieux, une faute professionnelle pourrait se transformer en cause du divorce. La jurisprudence française a d'ailleurs eu à entériner cette position à plusieurs reprises[47].

Si une faute professionnelle peut être utilisée pour mettre fin au mariage, il ne sera pas aussi étonnant qu'une faute matrimoniale puisse perturber les relations d'affaire entre les époux. Si le cas du divorce ne peut provoquer de façon directe la dissolution de la société entre époux, elle pourra tout au moins, indirectement entraîner cette dissolution, par le biais des facilitateurs (B) et dans certaines hypothèses (A).

A- LES HYPOTHÈSES FAVORABLES À LA DISSOLUTION OU AU MAINTIEN DE LA SOCIÉTÉ ENTRE ÉPOUX

La dissolution de la société due au divorce ou à une crise matrimoniale, ne pourra véritablement prospérer que dans certaines hypothèses. Il s'agit de l'hypothèse où les époux sont *monogames* ou *polygames de fait*. À cela, il faudrait ajouter une autre hypothèse qui est en réalité une condition de réalisation de la première : c'est l'absence de tiers qu'il faudra d'ailleurs cumuler avec la forme de la société.

Dans l'espace OHADA, on distingue deux formes de mariage : le mariage polygamique et le mariage monogamique. Dans les pays comme la Côte d'Ivoire et le Bénin[48], seule la monogamie est reconnue comme forme de mariage, la polygamie étant proscrite. Toutefois, il faut admettre que la réalité est parfois contraire aux textes, du fait des habitudes qui ont tendance à s'imposer. Malgré cette interdiction, il existe des foyers avec plusieurs épouses dans ces pays.

[47] CA Douai, 12 oct. 1984, D. 1985, p. 523, note C. Bary-Clément. Cité par auteur, « Le divorce de l'entrepreneur », *Droit et Patrimoine*, 2012, p. 213 et s ; Cass. 1re civ., 17 oct. 2007, n° 06-20.701, D. 2008, p. 255, obs. Y. Auguet, Dr. famille 2007, comm. 168, obs. V. Larribau-Terneyre. Cité par H. LECUYER et X. BOUTIRON, « Le divorce de l'entrepreneur », *Droit et Patrimoine*, 2012, n° 213, p. 26 et s.

[48] L'article 143 du Code des personnes et de la famille du Bénin, précise que : « seul le mariage monogamique est reconnu ».

M. M. AMADOU SANNI dans une étude sur la polygamie au Bénin, précise d'ailleurs que « la polygamie ne disparaît pas mais elle s'adapte aux changements sociaux, culturels, économiques »[49]. Pourtant, le Code des personnes et de la famille voté et promulgué au Bénin en 2004 conformément à la décision de la Cour constitutionnelle du 02-144 du 23 décembre 2002, n'autorise plus la polygamie, ce même de manière exceptionnelle sur consentement mutuel du couple[50]. L'on pourra alors parler de bigamie, une infraction qui est monnaie courante. C'est au regard de cette réalité qui se veut parfois divergente qu'il est permis de parler de *polygamie de droit*[51] et de *polygamie de fait*[52]. La même situation peut être observée en Côte d'Ivoire. Même si les textes interdissent la polygamie, elle subsiste dans les faits. La majorité des législateurs se sont résigné à accepter cette institution malgré toutes les difficultés qu'elle peut entraîner. Considéré dans le domaine des sociétés entre époux, le mariage polygamique (1) présente plutôt des avantages, contrairement à la monogamie (2).

1-La polygamie[53] : une forme de mariage « favorable » au maintien de la société entre époux

Des voix se sont levées pour dénoncer le parti pris du législateur OHADA en ce qui concerne la forme de mariage[54]. De manière implicite, ce dernier excluait la forme de mariage

[49] M. AMADOU SANNI, « La polygamie au Bénin : quoi de neuf ? », *Bulletin d'Information sur la Population en Afrique et à Madagascar*, n° 63, août 2011, p. 2.

[50] Ibid. Il faut préciser que la Cour constitutionnelle du Bénin a déclaré inconstitutionnelle la polygamie. Ainsi, l'exception mentionne par M. AMADOU SANNI, n'est plus en vigueur. (V. S. BOLLE, « Le Code des personnes et de la famille devant la Cour constitutionnelle du Bénin, La décision DCC 02-144 du décembre 2002 », Afrilex n°4, www.afrilex.u-bordeaux4.fr). Conformément à cette décision, DCC 02-144 du 23 décembre 2002 de la Cour constitutionnelle, l'Assemblée Nationale a délibéré et adopté en sa séance du 07 juin 2002, puis en sa séance du 14 juin 2004, que seule la monogamie est reconnue.

[51] Par *polygamie de droit*, il faut entendre la situation du mari qui à juridiquement opté pour polygame mais qui n'a pas fait usage de cette faculté d'avoir plusieurs épouses. N'étant plus rentable comme dans le passé, la polygamie n'est choisie par plusieurs hommes que par mesure de prudence (M. TIMTCHUENG, *Le droit camerounais de la famille entre son passé et son avenir*, op. cit. nº 153 et s).

[52] Par *polygamie de fait*, il faut entendre, la situation d'un homme qui, marié sous l'option monogamique, vit avec plus d'une épouse comme un polygame. Autrement dit, il s'agit de « mariage bigame » (M. TIMTCHUENG, *op.cit.*, nº 190 et s.).

[53] Il s'agit ici du cas de la polygamie effective, c'est-à-dire de droit et de fait, comme précisé ci-dessus.

[54] Le Professeur P. G. POUGOUE mentionne à juste titre que « le législateur de l'OHADA n'a pas envisagé l'hypothèse des mariages polygamiques très fréquents en Afrique lorsqu'en son article 250 il indique que la vente forcée des immeubles communs est poursuivie contre les deux époux. En limitant le mariage au couple, le législateur uniforme n'a pas tenu compte des spécificités Africaines ». Une décision du Tribunal de Grande Instance du Moungo à Nkongsamba, a refusé de s'ouvrir à la polygamie en précisant que « …Attendu que l'article 250 de l'acte uniforme OHADA stipule que la vente forcée des immeubles communs est poursuivie contre les deux époux, que la loi de ce fait ignore la famille vicieuse que constitue la polygamie, celle-ci étant par nature illimitée, permettant abus et spéculations pernicieuses… » (TGI Nkongsamba, jugement N° 24/CIV du 6 mars

polygamique. Au travers de l'article 9 AUSCGIE (ancien), il prévoyait que : **Deux époux** ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment ou solidairement. Au regard des critiques faites, la récente réforme a pris en compte le mariage polygamique. L'article 9 AUSCGIE (nouveau) est libellé de la manière suivante : **Les époux** ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment ou solidairement.

Le législateur sénégalais, malheureusement, maintient cette discrimination implicite qui ne sied pas à un contexte où la polygamie est reconnue. Comme si la société ne pouvait être constituée qu'entre des époux monogames ou seulement entre deux époux. En effet, il mentionne que : « Deux époux peuvent, seuls ou avec d'autres personnes, être associés dans une même société et participer, ensemble ou non, à la gestion sociale. Toutefois, cette faculté n'est ouverte que si les époux ne doivent pas l'un et l'autre être définitivement et solidairement responsables des dettes sociales. »[55] Cette formulation autarcique pourrait encore prospérer au Bénin[56], étant donné que la polygamie a été abolie.

La polygamie étant effective, le mari et ses épouses peuvent être associés. Dans le cas où le mari aurait constitué la société avec une seule des épouses, les autres sont en droit de revendiquer la qualité d'associé. Cette revendication serait plus prospère dans les pays où le régime de communauté pourrait être appliqué aux époux polygames. C'est le cas des pays comme le Cameroun, pays où il existe encore beaucoup de tergiversations sur la question de la polygamie et des régimes matrimoniaux. Le plus grand incident en cas de divorce avec une épouse pourrait être la réorganisation de la société, si l'épouse divorcée occupait un poste de direction.

Ceci dit, on comprend que le divorce d'un seul époux ou la dissolution du mariage avec l'une des épouses pourrait difficilement entraîner la dissolution de la société entre époux. L'on pourrait simplement assister au départ d'un associé, mieux d'une épouse associée, car il est fort probable que la relation professionnelle se dégrade davantage entre les coépouses associées, le mari associé et celle divorcée. L'épouse divorcée sera certainement amenée à quitter la société,

2003. Affaire SGBC c/Fenyep et autres, inédit). Cité par P. G. POUGOUÉ ET TEPPI KOLLOKO, « Saisie immobilière », in *Encyclopédie du droit OHADA,* éd., *Lamy*, 2011, p. 1651 et s.)

[55] Art. 378 du Code de la famille sénégalaise.

[56] Art. 183 du Code des personnes et de la famille béninois est rédigé de la même manière que l'article 378 du Code de la famille sénégalais précité.

qu'elle ait un esprit vindicatif ou pas. L'incidence du divorce sur la société sera réduite contrairement à ce qui pourrait advenir dans un mariage monogamique.

2- La monogamie : une forme de mariage défavorable au maintien de la société entre époux

Lorsque les associés ne sont que deux époux, la probabilité est plus élevée de voir la société se dissoudre. Le simple départ d'un associé peut soit entraîner la dissolution de la société, soit sa transformation.

La dissolution pourrait intervenir dans le cas où les deux époux sont dans une société de personne, précisément dans la société en commandite simple. Le départ d'un associé commandité entraîne en l'absence de remplacement de l'ancien associé commandité, la dissolution de la société. Une autre possibilité est cependant offerte. C'est celle de la transformation de la société en commandite en société unipersonnelle. Elle peut être une SARL, une SA ou une SAS.

B- LES FACTEURS DE DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ ENTRE ÉPOUX DU FAIT DES CRISES CONJUGALES OU DU DIVORCE

Dans un arrêt du 23 janvier 2006, rendu par la Cour d'Appel de Pau[57], il ressortait que des graves conflits personnels et sociaux nés de la crise conjugale entre associés égalitaires, ont conduit à une paralysie du fonctionnement de la société, rendant inconcevable la tenue d'une assemblée générale[58].

Si le divorce ne peut être considéré comme une cause directe de dissolution de la société, il reste tout de même clair que c'est une source indirecte de dissolution de la société[59]. Comme le précise STOLLE et LANCELOT, « il est cependant évident que les problèmes matrimoniaux peuvent avoir pour conséquence que la mésentente des conjoints se prolonge en tant

[57] CA Pau 23-1-2006 n° 03-3450 ; RJDA 8-9/08 n° 925, cité par L. STOLLE et J. LANCELOT, « Deux époux qui doivent aussi se séparer en tant qu'associés… », *Règlement des conflits entre associés*, août 2010, www.meritius.be, p. 6.

[58] Op. cit.

[59] Le Président du Tribunal de Commerce de Tongres a, dans ce sens, « jugé qu'un différend grave et permanent entre des actionnaires également conjoints et tous deux gérants de la société – a indéniablement une incidence sur l'administration de la société, de sorte que la continuité de la société peut être mise en danger. Lorsqu'un associé n'a pas commis de faute, le tribunal examinera quel conjoint offre les meilleures garanties pour la continuité de la société. La préférence a été donnée dans ce cas au conjoint qui donnait un immeuble en location à la société et en occupait l'étage supérieur. De la sorte, le tribunal met non seulement fin au conflit mais maintient le fonds de commerce de la société dans sa localisation favorable » (24/06/1997, TBH 1998, p. 616 ; TRV 1999, p. 283). Cf. L. STOLLE et J. LANCELOT, op. cit., p. 3 et s.

qu'actionnaires »[60] ; car il existe des moyens au travers desquels le divorce ou toute crise conjugale pourrait entraîner cette dissolution de la société. En termes de moyen ou facteurs, il est possible de distinguer : la mésentente (1) et la disparition de l'*affectio societatis* (2). Il faut le rappeler, ces facteurs prospéreront davantage dans les hypothèses sus évoquées.

1- La mésentente

La mésentente est considérée par l'article 200 AUSCGIE comme un juste motif permettant au juge de prononcer la dissolution de la société, sur la demande d'un associé. C'est dire que la mésentente n'entraîne pas automatiquement la dissolution de la société. Il faudra tout d'abord qu'un certain nombre de conditions soient remplies (b). Étant soumises à l'appréciation du juge, les causes de la mésentente ne manqueront pas d'être recherchées (a). Cette recherche pourra, d'ailleurs déterminer, le rejet ou non de la demande de dissolution de la société, eu égard à la responsabilité du demandeur dans le litige.

a- Les causes de la mésentente

Le divorce à lui seul suffit à démontrer qu'entre époux associés il y a mésentente. Le divorce en lui-même et ses causes peuvent être à l'origine de la mésentente en société. La mauvaise humeur entre les époux, ne facilitera certainement pas le bon fonctionnement de la société. Selon que la mésentente provient des rapports matrimoniaux ou de la relation professionnelle, on pourrait distinguer deux types de causes. Les causes indirectes (a-1) et les causes directes (a-2).

a-1- Les causes indirectes

Comme il a été précisé ci-dessus, le divorce ou les crises conjugales ne sont pas en eux-mêmes de « juste motif » pouvant entraîner la dissolution de la société. Ils peuvent néanmoins avoir des conséquences sur la relation professionnelle des époux qui pourra aboutir à la mésentente. C'est dans ce sens que les crises conjugales ou le divorce peuvent être considérés comme causes indirectes. Aussi, pour connaître ces causes indirectes, faudrait-il se référer aux crises conjugales ou mieux au divorce ou à la séparation de corps et leurs causes.

De manière générale, on peut retenir deux groupes de causes de divorce, eu égard au pluralisme juridique maintenu dans certains pays membres de l'OHADA. On a les causes retenues par le droit traditionnel et celles relevant du droit écrit.

[60] L. STOLLE et J. LANCELOT, op. cit., p. 6.

Comme causes de divorce souvent retenues par le droit traditionnel, on peut citer : le défaut d'entretien de la femme par le mari ; les mauvais traitements infligés à la femme ; l'adultère de la femme ; l'absence prolongée du mari ; le manque d'égard vis-à-vis des beaux-parents ; la stérilité de la femme ; l'impuissance du mari ; la folie ou une maladie grave[61].

Les causes communément retenues dans le cadre du droit écrit sont : l'adultère ; les mauvais traitements ; le défaut d'entretien ; la condamnation à une peine grave ; des faits graves ou renouvelés rendant intolérable le maintien des liens conjugaux peuvent aussi justifier une demande en divorce[62].

Ces différentes causes si elles n'entraînent pas la dissolution du mariage, rendront certainement la relation conjugale assez difficile.

a-2- Les causes directes de dissolution de la société pour mésentente

C'est au travers de certaines décisions de justice que l'on peut percevoir quelques causes directes de dissolution de la société pour mésentente. Ainsi, selon la Cour de cassation, peut constituer une cause de dissolution de la société pour mésentente, le désaccord entre cogérants, le désaccord sur la mise sur pied d'un conseil d'administration et la désignation d'un président-directeur général, désaccord sur le recours à un administrateur provisoire. Pour le premier cas, il a été décidé « la mésintelligence grave entre les deux seuls associés de la société, qui étaient également ses cogérants, rendant impossible le maintien du lien social et entravant la marche des affaires sociales »[63]. Le deuxième cas mentionnait « la mésintelligence entre deux groupes d'actionnaires d'une société anonyme, qui mettait la société dans l'impossibilité d'avoir un conseil d'administration et un président-directeur général, car aucune majorité permettant leur désignation en assemblée générale ne pouvait se constituer en raison de cette mésintelligence »[64]. Le dernier cas enfin, relevait « la mésentente grave entre associés qui imposait de recourir de manière constante à un administrateur provisoire pour la gestion courante et simple des biens sociaux, les associés étant incapables de se décider sur le sort de

[61] KÉBA M'BAYE (sous dir), *Le droit de la famille en Afrique noire et Madagascar, études préparées à la requête de l'UNESCO,* Association Internationale des Sciences Juridiques, Paris, éd., G.-P. Maisonneuve et La Rose, 1968, p. 26.

[62] KÉBA M'BAYE (sous dir), *op. cit.,* p. 27.

[63] Cass., com., 20 février 1957. Cf, La dissolution d'une société pour mésentente entre associés, 11 février 2013, http://www.le-droit-des-affaires.com/la-dissolution-d-une-societe-pour-mesentente-entre-associes-ar.

[64] Cass., com., 16 février 1970. Cf, La dissolution d'une société pour mésentente entre associés, 11 février 2013, http://www.le-droit-des-affaires.com/la-dissolution-d-une-societe-pour-mesentente-entre-associes-ar.

la société »[65]. Seulement, la mésentente n'est pas en soi une cause automatique de dissolution de la société, c'est pourquoi elle est soumise à l'appréciation du juge qui pourrait rechercher certaines conditions afin que cette dissolution puisse être ou non prononcée.

b- Les conditions de dissolution de la société pour mésentente

Au regard de l'article 200 AUSCGIE, la dissolution de la société pour mésentente, ne peut être prononcée que si elle empêche le fonctionnement normal de la société. Cette condition est laissée à l'appréciation du juge. Ces derniers sont assez rigoureux dans l'appréciation des difficultés de fonctionnement de la société. Cette rigueur peut d'ailleurs être perçue, à titre de droit comparé, dans l'arrêt rendue par la Cour d'appel de Besançon le 3 novembre 1954[66]. Selon cet arrêt, « la dissolution d'une société pour mésentente, en particulier s'il s'agit d'une société de capitaux, doit revêtir un caractère exceptionnel, et ne devrait être prononcée que si les dissentiments sont assez graves pour paralyser la marche de la société, empêcher la tenue régulière des assemblées ou le fonctionnement des organes sociaux »[67]. Ainsi, l'existence d'une mésentente n'entraîne pas automatiquement la dissolution de la société. C'est ce qui ressort d'ailleurs de l'analyse d'un ensemble de décisions où les juges refusent d'admettre la dissolution de la société pour mésentente entre associés. Il a par exemple été décidé que la dissolution de la société ne pouvait être prononcée lorsque la société continuait à fonctionner normalement[68], ce même si la mésentente était survenue entre associés égalitaires[69]. De même, la dissolution n'a pas été prononcée dans le cas où le conflit entre associés avait pour cause les questions pécuniaires et qui ne pouvaient en rien affecter le fonctionnement de la société[70]. Dans une autre décision, il a été jugé que « lorsqu'il ressortait des documents que, malgré la mésentente qui régnait entre associés, la société avait rétabli sa situation financière gravement compromise et qu'elle était donc en mesure de fonctionner normalement »[71].

[65] Cass., civ. 3e, 8 juillet 1998. Cf, La dissolution d'une société pour mésentente entre associés, 11 février 2013, http://www.le-droit-des-affaires.com/la-dissolution-d-une-societe-pour-mesentente-entre-associes-ar.

[66] La dissolution d'une société pour mésentente entre associés, 11 février 2013, http://www.le-droit-des-affaires.com/la-dissolution-d-une-societe-pour-mesentente-entre-associes-ar.

[67] Op. cit. Pour un autre exemple de paralysie de société due à la mésentente, voir : CA Paris, 8 juill. 1994, Dr. & Patr., sept. 1994, p. 85, obs. J.-P. Bertrel. Cité par J.-P. BERTREL, « Droit des sociétés », *Droit de l'entreprise : l'essentiel pour comprendre le droit*, Paris, 7ème édition, Lamy, 2002-2003, p. 277.

[68] Cass., com., 31 janvier 1989, op. cit.

[69] Cass., com., 21 octobre 1997, CA Paris, 29 janvier 1993, op. cit.

[70] Cour d'appel de Paris, 27 février 1959, op. cit.

[71] Cass., com., 28 février 1977, op. cit.

L'époux associé qui est à l'origine de la mésentente n'est pas habilité à demander la dissolution de la société pour mésentente[72]. Ce dernier pourrait même se voir être condamné aux dommages et intérêts pour abus de droit[73]. Toutefois, la recherche du fautif n'est pas une condition pour la dissolution de la société, car, une dissolution pour mésentente entre associés pourrait intervenir même en l'absence d'un fautif[74]. La mésentente quelle qu'elle soit, est une preuve de la désagrégation de la relation entre époux. Dans le cadre de la société, elle pourra aussi conduire à la perte de l'*affectio societatis*.

2- La disparition de l'*affectio societatis*

L'*affectio societatis* est une notion (a) donc l'importance est aujourd'hui affirmée tant par la doctrine que par la jurisprudence. Entrelacée par un élément psychologique, l'existence de l'*affectio societatis* ne saurait être indifférente aux crises conjugales que traversent des associés mariés (b).

a- La notion d'*affectio societatis*

Tirant son origine du droit romain[75], l'expression l'*affectio societatis* est dépourvue d'une définition légale. C'est dans un texte Ulpien rapporté au Digeste (XVII, 2, 31) de Justinien, que paraît pour la première fois, cette expression[76]. Il ressort de la traduction de ce texte que : « pour qu'il existe une action pro socio, il faut qu'il y ait une société. Une chose, en effet, peut être commune sans société, notamment lorsqu'une communauté advient sans intention de société entre les parties, comme lorsqu'une chose est léguée à deux personnes, ou achetée par elles deux, ou si une donation ou une hérédité nous est transmise, ou si nous achetons séparément de ces personnes sans être associés »[77].Tel que le mentionne M. VENZON, l'« intention de société » est la traduction du latin « affectione societatis »[78]. La définition légale

[72] Il a par exemple été décidé que le responsable d'une mésentente entre associé ne pouvait se prévaloir de cette mésentente comme juste motif l'autorisant à demander la dissolution de la société (Civ., 1ère, 25 avril 1990). Dans un autre arrêt, la Cour de cassation française a rappelé qu'une cour d'appel ne peut faire droit à une demande de dissolution pour mésentente, sans recherche si l'associé demandeur n'est pas à l'origine de la mésentente. On peut dire que la Cour de cassation fait ici application de l'adage selon lequel, *nul ne peut se prévaloir de ses propres turpitudes.*

[73] Cass., com., 14 décembre 2004. La dissolution d'une société pour mésentente entre associés, 11 février 2013, http://www.le-droit-des-affaires.com/la-dissolution-d-une-societe-pour-mesentente-entre-associes-ar.

[74] Cass., com., 13 février 1992, op. cit.

[75] Ch. VENZON, *L'affectio societatis,* mémoire de DEA, Université de Robert Schuman, 2002-2003, p. 1.

[76] Ch. VENZON, op. cit.

[77] Idem.

[78] Ibid.

de cette expression, *affectio societatis*, étant inexistant, c'est vers la jurisprudence et la doctrine qu'il faut se tourner.

Selon le professeur Gérard CORNU, l'*affectio societatis* est « une expression latine évoquant un lien psychologique entre associés qui désigne un élément constitutif de la société dont les composants sont l'absence de subordination entre associés, la volonté de collaborer à la conduite des affaires sociales (en y participant activement ou en contrôlant la gestion) et l'acceptation d'aléas communs, mais dont l'intensité varie suivant les formes de société et les catégories d'associés »[79]. Le doyen HAMEL voit dans l'*affectio societatis*, une volonté d'union ou une convergence d'intérêts[80]. Pour éviter de verser dans la polémique qui entoure la notion, il faut simplement dire comme le Professeur Y. GUYON, que les difficultés liées à « la recherche de la définition de l'« *affectio societatis* », s'expliquent sans doute en partie par le fait que les auteurs ont voulu aboutir à une notion unique alors que l' « *affectio societatis* » est multiforme. Elle est à la fois le révélateur de l'existence d'une société, le régulateur de la vie sociale et le moyen de distinguer la qualité d'associé des situations voisines[81] »[82]. Il faudrait donc une conception pluraliste de l'« affection societatis ».

La conception pluraliste de l'*affectio societatis* provient de l'examen de la jurisprudence. Plusieurs éléments sont mis en exergue par la jurisprudence pour définir l'*affectio societatis*. Il pourrait s'agir de : la volonté de la collaboration entre deux personnes[83], de la participation à la gestion qui est considérée comme prépondérante[84], de la convergence ou la divergence des intérêts qui est l'élément de qualification essentiel[85], de l'absence de lien de subordination entre les parties[86]. Ces multiples définitions ont l'avantage de mettre en exergue l'importance de cette

[79] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, éd., Quadrige / Presses PUF, 2000. Cité par Ch. VENZON, *op. cit.*

[80] HAMEL, G. LAGARDE et JAUFFRET, *Droit commercial*, 2ème éd., t. I, vol. 2, n° 409. Cité par Y. GUYON, *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, t.1, Economica, 8ème éd 1994, p. 125.

[81] A. VIANDIER, *La notion d'associé*, n° 76, Paris, 1978. Cité par Y. GUYON, *op. cit*., p. 125.

[82] Y. GUYON,*op. cit*., p. 125.

[83] Civ. 1, 25 mai 1992 : Rev. soc., 1993, 83, note Y. Guyon ; Cass. Com., 09/11/1981, Bull. Civ. IV, n° 385, page 305. Cité par Ch. VENZON, op. cit., p. 11 et s.

[84] Cass. Com., 15/05/1974, Bull. Civ. IV, n° 159, page 127, n° 72-12.797. Cité par Ch. VENZON, *op. cit*., p. 11 et s.

[85] CA de Douai, 09/03/1979, RTDCom. 1980, page 554. Cité par Ch. VENZON, *op. cit*., p. 11 et s.

[86] TGI de Paris, 14/03/1973, Rev. Sociétés 1974, page 92, note GUILBERTEAU ; Cass. Com., 01/03/1971, Bull.civ. IV, n° 66, page 62, n° 70-10.178, cité par Ch. VENZON, op. cit., p. 11 et s. ; Rev. soc., 1975, 492, note Guyon, cité par Y. GUYON, *op. cit*., p. 129.

notion dont l'absence, provoquée par une crise conjugale ou non entraînerait la disparition de la société.

b- La dégradation de l'*affectio societatis* du fait des crises conjugales

Dans le cadre de la société entre époux, l'*affectio societatis* peut être comparée à cette formule solennelle que prononce l'officier d'état civil ou le célébrant le jour du mariage : s'unir et vivre ensemble pour le meilleur et pour le pire. Pour Le CANNU, l'*affectio societatis* « s'apparenterait davantage au consentement au mariage, qui est non seulement la volonté de contracter l'union, mais celle de mener la vie conjugale »[87]. On peut comprendre sans s'étonner que l'*affectio societatis* soit davantage plus poussé dans le cadre d'une société entre époux. Surtout, lorsque cette société entre époux n'est constituée que du mari et de la femme. Dans ce dernier cas, l'aspect sentimental est certainement loin d'être négligé.

L'on comprend dès lors que le divorce, la mésentente entre époux, la séparation de corps, la violence exercée par le mari sur sa femme ou vice-versa portera atteinte à l'*affectio societatis*. Celle-ci pourra se manifester par le refus de collaboration entre les époux associés ; le changement du mode de gestion arrêté dès le départ par les associés mariés, l'utilisation abusive du droit de veto et l'absence de tenue des assemblées générales, particulièrement si les époux ne veulent plus se voir et sont séparés de corps.

La crise entre époux associés pourrait être telle qu'il faudrait l'intervention du juge qui se rendra compte de la dégradation de la relation sociale ou de la paralysie de la société. Il pourra ainsi prononcer la dissolution de la société. Dans une affaire rendue par la Cour d'appel de PAU, il a été constaté que les crises conjugales et sociales ont rendu inconcevable la tenue d'une assemblée générale et ont entraîné la paralysie de la société[88].

L'on comprend en fin de compte que la dégradation des relations conjugales entraînera certainement la dégradation de l'*affectio societatis* qui pourra à son tour provoquer la dissolution de la société.

Au regard de cette imbrication de la relation matrimoniale et celle sociétale, il est donc important que des mesures ne soient pas seulement prises pour la protection de la société, mais

[87] Com. 18 mai 1982 : Rev. soc., 1982, 804, note P. Le CANNU. Cf. Y. GUYON, *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, t.1, Economica, 8ème éd 1994, p. 126.

[88] CA Pau 23-1-2006 n° 03-3450 ; RJDA 8-9/08 n° 925.

aussi pour la préservation de l'entente conjugale du vivant des époux. Au cas où le décès surviendrait, on pourra penser soit à une dissolution soit à une continuation de la société.