



**L'intervention du juge
dans le règlement des litiges entre associés**

Abdelhakim HECHADI

Droit des affaires et de l'entreprise

Université caddy ayyad

Faculté des sciences économiques et sociales Marrakech

Maroc

En vertu de l'article 5 de la loi n° 53-95 instituant les juridictions du commerce: « Le tribunal de commerce est compétent pour connaître : des différends entre associés d'une société commerciale...». Le législateur français, et contrairement à son homologue marocain, utilise l'expression "contestations relatives aux sociétés commerciales", qui est à notre avis plus précise. Notre législateur marocain, a limité la compétence du tribunal de commerce aux seuls litiges relatifs aux associés d'une société commerciale, alors qu'en réalité, la compétence de cette juridiction peut s'étendre à d'autres questions en rapport avec le droit des sociétés. Telles que, les différends entre la société, en tant que personne morale, et ses associés ou les litiges entre les tiers et la société ou ses associés. Cette disposition entraîne la présence de deux conditions : l'existence d'une contestation entre associés d'une société de commerce pour raison de cette société.



Section 1 :Le règlement des litiges nés entre associés d'une société commerciale.

La juridiction compétente pour trancher un litige opposant les associés d'une société diffère selon qu'il s'agit d'une société civile ou d'une société commerciale.

- Cas de la société civile : lorsqu'il s'agit d'un litige entre associés d'une société civile, c'est le tribunal de première instance qui est compétent.

- Cas de la société commerciale : si le litige oppose des associés d'une société commerciale (SA, SARL, SNC, SCS, SCA, SAS.), la juridiction compétente en la matière est le tribunal de commerce.

Notons que quoi qu'il en soit, une juridiction n'est compétente pour vider les contentieux entre associés que si les statuts, par exemple, ne comportent pas une clause prévoyant la soumission desdits contentieux à l'arbitrage et sous réserve que le problème à soumettre à la procédure d'arbitrage ne soit pas exclu du domaine de l'arbitrage par la loi.

1}- La compétence des juridictions étatiques en matière de litiges entre associés d'une société commerciale.

En vertu des dispositions de l'article 5 de la loi n° 53-95 instituant les juridictions du commerce telle qu'elle a été modifiée et complétée, le tribunal de commerce est compétent pour connaître :

- des actions relatives aux contrats commerciaux ;
- des actions entre commerçants à l'occasion de leurs activités commerciales;
- des actions relatives aux effets de commerce ;
- des différends entre associés d'une société commerciale ;
- des différends à raison de fonds de commerce.
- Sont exclues de la compétence des tribunaux de commerce les affaires relatives aux accidents de la circulation.

En matière des sociétés commerciales, la compétence du tribunal de commerce est subordonnée à deux conditions : la première s'attache à la forme sociétaire du groupement et seconde concerne la nature commerciale de la société concernée.

A}- Nature commerciale de la société concernée.

La loi envisage différents types de sociétés parmi lesquels les futurs associés devront porter leur choix : certaines structures jouissent de la personnalité morale, d'autres en sont dépourvues. La détermination du tribunal compétent dépend de la forme sociétaire choisie.



1}- Les sociétés dotées de la personnalité morale.

La personnalité morale est l'aptitude à devenir sujet de droits et des obligations. Cette faculté appartient non seulement aux individus, les personnes physiques, mais à des groupements que l'on désigne sous le vocable de la personnalité morale¹. Il existe en effet, de nombreuses structures dotées de cette personnalité morale et qui relèvent de la compétence d'attribution du tribunal de commerce, telles que les sociétés commerciales par la forme.

Sociétés commerciales par la forme² - Il s'agit principalement des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite simple, des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions telles que les sociétés anonymes, les sociétés anonymes simplifiées et les sociétés en commandite par actions.

Sociétés publiques- Relèvent également de la compétence du tribunal de commerce les sociétés publiques³ ou semi-publiques dès lors que leur forme est commerciale. Cette compétence est acquise lorsque l'entreprise prend la forme d'une société anonyme en dépit du contrôle de l'État. Un arrêt de la Cour d'appel de Fès s'inscrit dans le même sens en estimant que : « les établissements publics qui exercent une activité commerciale, mais qui n'ont pas la forme d'une société de droit privé, ne sont pas soumis aux dispositions légales relatives aux procédures de traitement des difficultés de l'entreprise. Toutefois, la participation d'un EPIC dans le capital d'une société commerciale ne fait pas obstacle à la soumission de celle-ci à la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire »⁴. Autrement dit, seuls les établissements publics qui exercent une activité commerciale sous forme d'une société commerciale, peuvent soumettre leurs litiges aux juridictions commerciales.

Le cas particulier des coopératives- L'article premier de la loi 112-12 relative aux coopératives, qualifie "la coopérative" comme étant une entreprise⁵. En principe, les litiges liés aux coopératives relèvent de la compétence des juridictions civiles, vu que ces dernières exercent des activités civiles, mais lorsque ces dites structures accomplissent des actes de commerce d'une manière habituelle et professionnelle, elles acquièrent la qualité de commerçant et leurs

¹ Y. GUYON, Droit des affaires, Economica, 1982, p. 127.

² Le tribunal de commerce est compétent lorsque le litige concerne une société dont la forme est commerciale mais l'objet civil, la forme l'emportant donc ici sur l'objet.

³ Les établissements publics à caractère industriel et commercial sont soumis à un régime juridique mixte, de droit public et de droit privé, et ce contrairement à la société d'Etat qui est une société commerciale soumise au droit privé.

⁴ Arrêt n°2 du 22/03/2000, in Rev. Trib. com n°1, mai 2004, p.281, cité par Artémis.

⁵ L'article premier de ladite loi prévoit en effet que : « La coopérative est un groupement de personnes physiques et/ou morales, qui conviennent de se réunir pour créer une entreprise, leur permettant la satisfaction de leurs besoins économiques et sociaux, et qui est gérée conformément aux valeurs et principes fondamentaux mondialement reconnus en matière de coopération ».



litiges seront soumis aux juridictions commerciales. C'est ce qu'on peut déduire de la lecture d'un arrêt de la Cour d'appel de commerce de Casablanca, selon lequel : « Le principe est que la coopérative accomplit des actes civils et n'acquiert la qualité commerciale que par l'exercice habituel et professionnel des activités mentionnées aux articles 6,7 et 8 du code de commerce »⁶ .

2}- Les sociétés dépourvues de la personnalité morale.

En l'état actuel du droit positif marocain, différentes formes sociales sont dépourvues de la personnalité juridique, elles sont fréquemment vues comme une catégorie à part, opposées aux structures dotées de la personnalité morale . Elle en va ainsi de la société en participation, la société créée de fait, la société en formation, le groupe de sociétés et le groupement d'intérêt économique.

La société en participation se présente comme étant « une société que les associés ont convenu de ne pas immatriculer. Elle n'a pas la personnalité morale et n'est soumise à aucune publicité »⁷ . En vertu de l'article 88 de la loi n° 6-95 relatives aux sociétés commerciales : « La société en participation n'existe que dans les rapports entre associés et n'est pas destinée à être connue des tiers. Elle n'a pas de personnalité morale. Elle n'est pas soumise ni à l'immatriculation, ni à aucune formalité de publicité et son existence peut être prouvée par tous les moyens. Elle peut être créée de fait ».

La société en participation présente la caractéristique de ne pas être civile ou commerciale par la forme, mais de voir sa nature déterminée en fonction de l'activité exercée. Est donc commerciale la société en participation qui se livre à l'exercice d'une activité commerciale. Sont civiles les sociétés en participation se livrant à une activité non commerciale, et ce en vertu des dispositions de l'article 2 de la loi n°6-95 : « Sont commerciales les sociétés en participation dont l'objet est commercial ». Il en résulte que, tous litiges relatifs à ladite société en participation seront de la compétence du tribunal de commerce, lorsque cette structure exerce une activité commerciale.

La société créée de fait est définie comme étant : « Une société non immatriculée découlant du comportement de personnes qui agissent comme de véritables associés sans en avoir conscience » . Ainsi, dans un arrêt de la Cour de Cassation, il a été décidé que : « Est qualifié comme société créée de fait, un rapport entre deux personnes, dont l'un prétend être un associé de l'autre, sur la base d'un accord verbal portant sur l'exploitation d'une boucherie, et qui prévoit le partage

⁶ Cour d'appel de commerce de Casablanca, arrêt n° 2124/2002, dossier n° 1957/2002/4 cité par <http://www.jurisprudence.ma/>

⁷ Yves CHARTIER, « la société dans le code civil, après la loi du 4 janvier 1978 », JCP 1978, éd. G, I, 2917, cité par D. GIBIRILA, Droit des sociétés, 2ième éd. Ellipses, 2003, p.154.



des bénéfiques entre les deux. Pour prouver l'existence du contrat écrit, la cour s'est référé au principe de la liberté de preuve, en faisant recours à des témoins »⁸.

. Si la société créée de fait est constituée par des personnes ayant la qualité de commerçants ou exerçant une activité commerciale à titre habituel et professionnel, elle sera soumise au tribunal de commerce. Dans le cas contraire, les litiges y afférents relèveront de la compétence des juridictions civiles.

La société en formation est définie comme étant : « la période qui précède le moment où la personne morale est définitivement constituée et durant laquelle se déroulent les phases de sa formation »⁹. Les litiges liés à cette structure dépourvue de personnalité morale, seront traditionnellement de la compétence du tribunal de commerce, à condition qu'elle ait un objet commercial. Si ladite société a un objet civil, elle sera, par contre, soumise aux juridictions civiles.

B}- Sociétés civiles, exclues de la compétence du tribunal de commerce.

Les sociétés civiles sont régies par les dispositions des articles 982 du DOC et suivants. L'article 982 du DOC définit la société comme étant : « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs biens ou leur travail, ou tous les deux à la fois, en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un litige entre associés d'une société civile, c'est le tribunal de première instance qui est compétent. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour d'appel de commerce de Casablanca selon lequel : « Les prestations médicales ne sont pas des actes de commerce. La clinique constituée en société est une société civile

La société civile peut prendre plusieurs formes, telle que la société civile professionnelle et la société civile immobilière.

Société civile immobilière-La société civile immobilière est une société civile (Elle ne poursuit pas un but commercial), qui a un objet immobilier (gérer un patrimoine immobilier). À cette fin, elle peut procéder à « des travaux d'amélioration et, à titre accessoire, à des travaux d'agrandissement et de reconstruction : acquérir des équipements ou installations nécessaires à l'utilisation des immeubles ; céder des éléments de patrimoine immobilier dès lors qu'elle ne l'a pas acheté en vue de les revendre et que de telles cessions ne présentent pas un caractère habituel ».

. Immatriculation des sociétés civiles immobilières- Certaines dispositions du dahir des obligations et contrats, notamment l'article 987, ont été amendé pour

⁸ Arrêt de la cour de cassation de Rabat, Chambre commerciale, en date de 01/12/2004, dossier n° 487/3/1/2002, numéro de décision 1322, in Revue de la Cour Suprême مجلة قضاء المجلس الأعلى N°64/65, p.147.

⁹ P. LESCOT, Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé, Thèse Dijon 1913, p.2, cité par L.ZOUHRY, La société en formation en droit français et en droit marocain, Thèse Paris Nord 1987, p. 15.



permettre à ce type des sociétés de s'immatriculer au registre de commerce, et ce afin de jouir de la personnalité morale. L'article 987-2 de la loi n° 31-18¹⁰ prévoit que l'existence de ces sociétés n'est opposable aux tiers qu'à compter de la date de cette immatriculation. Signalons toutefois que, cette immatriculation au registre de commerce ne conférera pas le caractère commercial à ces sociétés civiles. Cela signifie concrètement que, le contentieux y relatif relève toujours de la compétence d'attribution du tribunal de première instance, à moins que lesdites sociétés exercent à titre habituel ou professionnel des actes de commerce, elles doivent dans ce cas « procéder à la transformation de la forme juridique de leurs sociétés à l'une des sociétés commerciales », comme le rappelle l'article 987-3 de la loi en question. Dans cette dernière hypothèse, c'est le tribunal de commerce qui sera compétent.

Société civile professionnelle- Peuvent également prendre la forme civile, les professions libérales. Ces professions englobent traditionnellement, les professions de santé, les professions juridiques et judiciaires et enfin les professions techniques.

Société civile professionnelle des avocats- La loi 28.08 reconnaît la possibilité d'exercer dans le cadre d'une société civile professionnelle¹¹. Cette société aura la personnalité morale et sera inscrite au tableau de l'ordre dans le ressort duquel se situe son siège social. Tous les litiges relatifs à ce type de sociétés, relèvent bien évidemment, de la compétence des juridictions de commerce.

Société civile professionnelle des avocats- L'article 59 de loi n° 32-09 relative à l'organisation de la profession de notaire prévoit que : « Deux ou plusieurs notaires peuvent conclure un contrat d'association portant sur les moyens nécessaires à l'exercice de leur profession, à l'administration et à la gestion de l'étude, lorsqu'ils sont nommés au ressort de la même cour d'appel. Cette association ne peut prendre la forme d'une société commerciale ». D'après cet article, les notaires peuvent s'associer en optant pour la forme sociétaire, c'est-à-dire, en créant une société. Cette société ne toutefois être que civile, ce qui exclut les sociétés commerciales, vu leur caractère non lucratif. Les litiges relatifs à cette catégorie d'association relèvent exclusivement de la compétence du tribunal de première instance.

Le cas particulier de certaines professions libérales- Certaines professions libérales peuvent s'exercer à titre individuel ou sous forme sociétaire. Si la forme dominante reste la société civile, vu le caractère non lucratif de ces activités, mais le recours aux sociétés commerciales n'est toutefois pas exclu. Il s'agit

¹⁰ Dahir no 1-19-114 du 7 hijja 1440 (9 août 2019) portant promulgation de la loi n° 31-18 modifiant et complétant le dahir du 9 ramadan 1331 (12 août 1913) formant code des obligations et contrats publiée au BO 6807.

¹¹ La loi 29-08 publiée sur le même bulletin officiel précise le cadre juridique des sociétés civiles professionnelles d'avocats



principalement, des médecins, des experts comptables, des architectes et des topographes.

Le cas des médecins- A l'instar des autres professions libérales, les médecins peuvent s'associer dans le cadre d'une société civile professionnel, comme le prévoit l'article 39 de loi 131-13 relative à l'exercice de la médecine. D'après cet article, « Un groupe de médecins exerçant à titre privé peut exploiter en commun un cabinet médical sous l'une des formes de l'association régie par le dahir du 9 ramadan 1331 (12 août 1913) formant Code des obligations et contrats en son titre VI terne du livre II », c'est-à-dire une "société civile professionnelle de médecins" . Dans cette hypothèse, les litiges entre médecins seront régies par les dispositions du DOC, et relèveront par conséquent de la compétence du tribunal de commerce. Les médecins, peuvent également créer des sociétés commerciales qui seront soumises aux règles du droit commercial, et dans ce cas, c'est le tribunal de commerce qui aura la compétence, à condition que le montant du litige soit supérieur à 20 000 DH. C'est ce qui résulte des dispositions de l'article 60 de la même loi, selon lequel : « Une clinique peut appartenir à une personne physique à la condition que celle-ci soit médecin, à un groupe de médecins, à une société commerciale ou à une personne morale de droit privé poursuivant un but non lucratif ». Un arrêt de la cour d'appel de commerce de Casablanca s'inscrit dans le même sens, en décidant que : « Un établissement médical, qu'il soit une clinique ou un laboratoire, est un travail purement professionnel tant qu'il n'a pas été pris sous la forme d'une entreprise ou n'a pas été créé pour une activité commerciale »¹² .

2}- La nature des litiges entre associés d'une société commerciale.

Il s'agit de toutes les questions qui concernent l'organisation, le fonctionnement et la dissolution des sociétés commerciales. Cependant, les questions relatives à la transmission des parts sociales ne relèvent pas en principe, de la compétence commerciale.

A}- Les litiges pour raison d'une société de commerce.

Tous les litiges visant la société commerciale, de sa constitution à sa dissolution, relèvent des juridictions commerciales.

Litiges relatifs à la constitution de la société- Il s'agit de tous les litiges relatifs à la nullité de la société ou la souscription des actions.

Exemples :

- La nullité de la société : La société peut être frappée de nullité toutes les fois que l'un de ses éléments constitutifs fait défaut. Cette nullité vaut seulement pour l'avenir, mais les tiers peuvent se prévaloir des actes qui

¹² Cour d'appel de commerce de Casablanca, N° 1596/2002, en adte de 11/06/2002, Dossier n° 1835/2002/13, cité par cabinet bassamat.



ont été passés durant la vie sociale. C'est ce qu'on appelle "Société de fait". Un ancien arrêt de la cour d'appel de Casablanca prévoit dans ce sens que : « Le jugement en nullité d'une société anonyme pour violation de son fondateur de l'article 4 de la loi de 1922 relative aux sociétés anonymes, laisse subsister une société de fait et la personnalité morale pour la période antérieure à la nullité ». Un autre arrêt de la cour de Cassation prévoit également que : « Le non enregistrement de la société au registre de commerce n'entraîne pas sa nullité, la Cour doit s'assurer de ses éléments fondateurs pour appliquer les clauses de la société entre ses parties en vue de l'acquisition de la qualité de société de fait »¹³.

- La souscription des actions : La souscription peut être définie comme étant : « Un contrat par lequel une personne physique ou morale prend l'engagement de transmettre à la société une valeur économique chiffrée en contrepartie et à due concurrence des titres de capital qui lui seront remis »¹⁴. Lorsque l'associé n'honore pas à ses engagements, une action en justice sera intentée contre lui par le représentant légal de ladite société devant les juridictions commerciales.

Litiges relatifs au fonctionnement de la société- Au cours de la vie sociale, les litiges soulevées par la nomination ou la révocation des dirigeants ou la responsabilité de ces derniers par rapport aux tiers, aux associés ou à la société relèvent de la compétence du tribunal de commerce. Les litiges portant sur l'augmentation du capital social ou les pouvoirs au sein de la société sont également du domaine de compétence du tribunal de commerce.

Litiges relatifs à la dissolution de la société- Tous les litiges relatifs à la dissolution ou liquidation de la société sont de la compétence du tribunal de commerce, tels que les actions en responsabilité civile contre le liquidateur pour toutes les fautes commises dans ses fonctions ou encore la cession des parts lors d'une liquidation de société. En revanche, la liquidation d'une compagnie d'assurance relève de la compétence des juridictions administratives. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la cour de Cassation selon lequel : « La compagnie d'assurances étant une société commerciale, sa mise en liquidation entraîne la perte de la personnalité morale sous le contrôle d'un liquidateur désigné par le Ministère des Finances. Le liquidateur devient alors seul responsable de l'apurement du passif. La compétence est dévolue aux Tribunaux administratifs »¹⁵.

¹³ Arrêt de la cour de Cassation, N°486/1, en date de 09/10/2014, cité par Artémis.

¹⁴ Sabine DANA -DEMARET, Le capital social, thèse droit. Litec Paris 1989, p. 257

¹⁵ Arrêt de la cour de cassation de Rabat, Chambre administrative, en date de 14/09/2000, dossier n° 1006/2000, numéros de décision 1211, in Arrêts de la Chambre Administrative - 50 ans, Cour Suprême - Centre de publication et de Documentation Judiciaire, p.66, (2007).



B}- Litiges relatifs aux cessions de parts sociales .

Caractère civil ou commercial- La cession des droits sociaux « revêt en principe un caractère civil mais, elle peut revêtir un caractère commercial lorsqu'elle est réalisée par deux commerçants ou si elle est effectuée pour les besoins de leur activité commerciale »¹⁶.

Tribunal compétent- Les cessions de parts sociales ou d'actions relèvent en principe de la compétence des juridictions civiles puisqu'ils visent les intérêts personnels d'un associé et non pas le pacte social. Cependant, lorsque les dites opérations sont réalisées par des commerçants ou effectuées pour les besoins de leur commerce, le tribunal de commerce reprenait son empire.

Jurisprudence :

- « La cession de parts d'une société à responsabilité limitée est un acte civil puisqu'elle ne touche pas au contrat de société et ne constitue pas un litige entre associé justifiant la compétence des tribunaux de commerce sauf s'il s'agit de la cession de l'intégralité des parts puisque dans ce cas il est assimilable à une cession de fonds de commerce et relève de la compétence des tribunaux de commerce »¹⁷ .
- « La cession des actions d'une société ne confère la qualité de commerçant que si cette activité est exercée à titre habituel et professionnel. le simple fait d'ouvrir un compte bancaire ne confère pas la qualité de commerçant au titulaire. Le compte peut être ouvert aussi bien par un commerçant que par un non-commerçant »¹⁸ ..

Section 2 : Le règlement des litiges liés aux crises de fonctionnement des structures sociétaires.

L'intervention de l'appareil judiciaire dans le fonctionnement de la société connaît une croissance telle qu'on a pu affirmer le juge devient, à côté des organes normaux de la société, « un pouvoir suprême de décision dont il est nécessaire de faire recours en cas de circonstances exceptionnelles »¹⁹ . En revanche, toute intervention judiciaire dans la vie sociale ne doit multiplier les risques de gouvernement des juges. Comme le souligne justement le professeur J. MESTRE, « on considère que la société est une affaire des associés et que si l'intervention du juge doit y avoir, ce ne serait que pour conforter le point de vue des associés »

¹⁶ B. LECOURT, « Cession de droits sociaux », Répertoire de droit des sociétés, Dalloz juin 2013, p.4.

¹⁷ Tribunal de commerce d'Agadir, TC, Agadir, 07/01/2008,68.

¹⁸ Cour d'Appel de Commerce de Casablanca, Arrêt n° 2073 / Dossiers 2205/2002/13, cité par Artémis.

¹⁹ R. RIGHI, L'immixtion judiciaire dans les affaires des sociétés commerciales, mémoire de D.E.S. de droit privé, faculté de droit de Tunis, 1974, p.29.



²⁰. Le juge est donc appelé à intervenir dans la vie sociale chaque fois que, le fonctionnement de la structure sociétaire soit mis en péril. La frange majoritaire de la doctrine distingue dans ce cadre entre deux types de crises sociales pouvant affecter le bon déroulement de la vie en société.

D'une part, elles sont structurelles, lorsque les organes de la société, « souffrent d'une défaillance dans leur composition, deviennent incapables de gérer les affaires de la société convenablement sans que les associés puissent les régulariser »²¹. La crise est alors produite par l'absence de pouvoir (§1).

D'autre part, elles deviennent fonctionnelles, « lorsque la défaillance atteint le système lui-même ». En d'autres termes, la crise est engendrée par la mauvaise application du principe majoritaire qui devient alors une source d'abus. En effet, la gestion judiciaire des crises de fonctionnement doit consister à « aider les organes sociaux à retrouver leur sérénité et à rectifier toute déviation du principe majoritaire » (§2).

1}- Le juge et les défaillances structurelles de la société.

La société est dotée de plusieurs organes à formation collégiale ou unique qui, variant selon la forme de la société, sont chargés d'exécuter leurs fonctionnements convenablement et conformément à la loi, aux statuts et à l'intérêt social. toutefois, ces organes peuvent souffrir de crises structurelles qui sont en mesure d'affecter leur fonctionnement et par la suite celui de la société. Ces défaillances résultent souvent d'une « vacance dans la composition d'un ou plusieurs organes suite à un décès ou une démission d'un ou plusieurs de leurs membres ». Le juge intervient dans ce cadre pour protéger les différents intérêts en présence en réhabilitant structurellement les organes dont la composition est défaillante.

En effet, lorsque la composition du conseil d'administration ou du conseil de surveillance devient défectueuse suite à un décès, démission ou révocation le législateur autorise l'organe compétent de précéder à la nomination d'un administrateur ou d'un membre du conseil de surveillance, selon le cas, en vue de remédier à cette défaillance structurelle (1). Cependant, notre droit positif n'a pas prévu de solution judiciaire lorsqu'une telle défaillance touche le directoire (2). Le juge peut également procéder à la nomination du commissaire aux comptes (3).

1}- La vacance au niveau des conseils d'administration et de surveillance.

Le législateur a consacré deux articles de la loi n°20-05 relative à la société anonyme pour le traitement des problèmes de vacance qui peuvent éventuellement survenir à la composition formelle du conseil d'administration dans la société

²⁰ J. MESTRE, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la gestion des sociétés commerciales », in Revue jurisprudence commerciales, 1985, p.81.

²¹ K. AYARI, le référé et les sociétés commerciales, éd. CIFEDE 2007, p.30.



anonyme à forme monique et du conseil de surveillance dans la société anonyme à composition dualiste.

Concernant le conseil d'administration, l'article 49 de la loi n°20-05 dispose qu' « en cas de vacance par décès, par démission ou par tout autre empêchement d'un ou plusieurs sièges d'administrateurs sans que le nombre d'administrateurs soit inférieur au minimum statutaire, le conseil d'administration, peut, entre deux assemblées générales, procéder à des nominations à titre provisoire ». Cette nomination est soumise à la ratification de la prochaine assemblée générale ordinaire. Le même article dans second alinéa ajoute que, « lorsque le nombre des administrateurs est devenu inférieur au minimum légal, les administrateurs restants doivent convoquer l'assemblée générale ordinaire dans un délai maximum de 30 jours à compter du jour où se produit la vacance en vue de compléter l'effectif du conseil. Lorsque le nombre des administrateurs est devenu inférieur au minimum statutaire, sans toutefois être inférieur au minimum légal, le conseil d'administration doit procéder à des nominations à titre provisoire en vue de compléter son effectif dans le délai de 3 mois à compter du jour où se produit la vacance ». Il en résulte que, la procédure de régularisation structurelle ne doit juridiquement être déclenchée que si le nombre des membres restants est au-dessous du minimum légal ou statutaire.

Lorsque le conseil d'administration néglige de procéder aux nominations permises ou de convoquer l'assemblée générale, tout intéressé peut demander au président du tribunal, statuant en référé, la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale à l'effet de procéder aux nominations ou de ratifier les nominations intervenues en application des dispositions de l'article 49.

La lecture des dispositions de l'article 49 nous permet de constater qu'il y a deux type de défaillances du conseil d'administration. Dans le premier cas, le conseil peut procéder à des nominations provisoires lorsque la vacance ne touche pas le minimum légal. Dans le second cas, en revanche, si le minimum légal est remis en cause, le conseil doit convoquer l'assemblée générale qui comblera le déficit. Le juge des référés n'intervient par conséquent que lorsque le conseil néglige de procéder aux nominations requises ou à la convocation de l'assemblée générale.

Les vacances du conseil de surveillance sont régies par l'article 89 de la loi n°20-05 qui dispose à son tour, qu'« en cas de vacance par décès, par démission ou par tout autre empêchement d'un ou de plusieurs sièges de membre du conseil de surveillance, ce conseil peut, entre deux assemblées générales procéder à des nominations à titre provisoire ». Lorsque le nombre des membres du conseil de surveillance est devenu inférieur au minimum légal, le directoire doit convoquer l'assemblée générale ordinaire dans un délai maximum de trente jours à compter du jour où se produit la vacance en vue de compléter l'effectif du conseil de



surveillance²². L'article 89 ajoute que, « lorsque le nombre des membres du conseil de surveillance est devenu inférieur au minimum statutaire, sans toutefois, être inférieur au minimum légal, le conseil de surveillance doit procéder à des nominations à titre provisoire en vue de compléter son effectif dans le délai de trois mois à compter du jour où se produit la vacance. Les nominations effectuées par le conseil de surveillance en vertu des premiers et troisièmes alinéas du présent article sont soumises à ratification de la prochaine assemblée générale ordinaire. A défaut de ratification, les délibérations prises et les actes accomplis antérieurement par le conseil n'en demeurent pas moins valables ».

Lorsque le conseil néglige de procéder aux nominations requises ou si l'assemblée n'est pas convoquée, tout intéressé peut demander au président du tribunal statuant en référé la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale, à l'effet de procéder aux nominations ou de ratifier les nominations intervenues en application des dispositions de l'article 89.

Par ces dispositions, le législateur manifeste une volonté ferme de conserver l'intégrité des organes sociaux car, toute irrégularité ou vice de forme qui affectent la composition des organes sociaux perturbent assurément le fonctionnement normal de la structure sociale. Comme le souligne justement le professeur Kamel AYARI, « une vacance aussi simple dans la structure d'un conseil, aussi simple qu'elle paraisse, peut cacher en réalité une mésentente grave entre associés et aboutir par conséquent à la paralysie totale de la société ». Pour parer à ces difficultés, le législateur a eu en effet, recours à une institution du droit commun, qui est celle du juge des référés, pour vaincre la carence des conseils qui négligent de procéder aux nominations requises. Le juge de référé, ne doit en aucun cas, se substituer aux organes sociaux défaillants. Il se contente seulement de « les remettre en fonctionnement normal »²³.

En définitive, le recours au juge des référés pour obtenir la réunion de l'assemblée de l'assemblée des actionnaires pour nommer des membres dans les postes vacants ou ratifier les nominations décidées est donc conditionnée par la négligence du conseil. Or, est-il juridiquement possible de qualifier le conseil négligent s'il ne procède pas aux nominations requises ou ne soumet pas ces nominations à la ratification de l'assemblée générale ordinaire pour pouvoir permettre au juge des référés d'intervenir conformément aux dispositions des articles 49 et 89 de la loi n°20-05 ?

Dans la formulation des deux articles, le législateur a utilisé le terme « peut »²⁴ qui traduit une faculté et donc une liberté d'action. En effet, le conseil, dispose

²² Article 89 alinéa 2. Doit des sociétés.

²³ J. MESTRE, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », op.cit., p.81.

²⁴ L'article 49 dispose dans ce sens qu' « En cas de vacance par décès, par démission ou par tout autre empêchement d'un ou plusieurs sièges d'administrateurs sans que le nombre d'administrateurs soit inférieur au minimum statutaire, le conseil d'administration, peut, entre deux assemblées générales, procéder à des nominations à titre provisoire ».



d'un pouvoir souverain pour procéder ou non au remplacement des postes vacants dans l'organe et peut éventuellement refuser la nomination sans qu'il puisse être qualifié de négligent. Dès lors, en l'absence de négligence du conseil, l'intervention du juge des référés pour convoquer l'assemblée générale devient « injustifiée ». Toutefois, il est à noter que la faculté donnée aux conseils et traduite expressément par le terme « peut » ne concerne que la nomination des membres aux postes vacants. Cela signifie concrètement que, les conseils seront en applications des articles 49 et 89 de la loi n°20-05, sont réputés négligents s'ils ne soumettent pas les nominations effectuées à l'approbation de l'assemblée, ce qui justifie l'intervention du juge des référés.

Les vacances revêtent en général trois formes :

La première est celle où la vacance constatée ne touche ni le minimum légal ni le minimum statutaire et n'affecte pas par conséquent lourdement le fonctionnement de la société. Dans ce cas le conseil est libre de procéder ou non au comblement des postes vacants. Etant effectuée provisoirement par le conseil, la nomination doit être soumise à la ratification de l'assemblée générale ordinaire à la fin de l'exercice.

La seconde est celle qui remet en cause le minimum légal. Il s'agit dans ce cas d'un cas jugé généralement urgent. L'assemblée générale doit être immédiatement convoquée pour régulariser la situation et faire respecter les dispositions légales. A défaut, tout intéressé peut saisir le juge des référés à cet effet.

La dernière est envisagée lorsque le minimum statutaire est remis en cause. Dans ce cas la solution consiste à « obliger le conseil à combler provisoirement l'insuffisance en effectuant des nominations qui doivent être soumises à la ratification de la prochaine assemblée générale ordinaire »²⁵.

2}- Le problème de vacance au niveau de directoire.

Aux termes de l'article 81 de la loi n°20-05, « En cas de vacance, le remplaçant est nommé pour le temps qui reste à courir jusqu'au renouvellement du directoire ». La rédaction de cet article constitue une grande source d'ambiguïté. Le législateur, en prévoyant la possibilité de procéder à des nominations provisoires aux postes de membres de directoires vacants, n'a pas jugé utile de déterminer avec précision les organes qui seront appelés à effectuer de telles nominations. Se pose alors la question de savoir, est-ce qu'on pourra transposer les dispositions de l'article 89 de la loi n°20-05 au cas de la défaillance du directoire et permettre ainsi, à l'assemblée générale ordinaire de procéder à des nominations provisoires des membres de du directoire aux postes vacants ?

A cette question, nous répondrons forcément par la négative. En effet, nous estimons que, la nomination des membres du directoire relève exclusivement de

²⁵ K. AYARI, le référé et les sociétés commerciales., p.44.



la compétence du conseil de surveillance, et il n'est pas admis, même en cas de nécessité, d'empiéter sur ses prérogatives pour les attribuer à l'assemblée générale.

3}- La réhabilitation du commissaire aux comptes.

Dans la loi n°20-05, le législateur s'est contenté de protéger l'existence du commissaire aux comptes dans la société anonyme. Il a seulement confié au juge des référés le soin de nommer le commissaire aux comptes en cas de carence de l'assemblée générale conformément à l'article 165²⁶.

Préalablement à l'étude du rôle du juge des référés en matière de nomination du commissaire aux comptes, il nous conviendra de mettre l'accent sur les modes de désignation de cette institution dans les différents types de sociétés.

Les sociétés anonymes, les SARL dont le chiffre d'affaires dépasse 5 millions de dirhams, ont l'obligation, quel que soit leur situation, de désigner un commissaire aux comptes titulaire et un suppléant. Celui-ci, en cas d'empêchement, de démissions ou de décès du titulaire, acquiert de plein droit la qualité de commissaire aux comptes titulaire et la garde jusqu'à l'expiration du mandat²⁷.

En vertu de l'article 159 de la loi 17-95 relative à la société anonyme qui dispose que, « il doit être désigné dans chaque société anonyme, un ou plusieurs commissaires aux comptes chargés d'une mission de contrôle et de suivi des comptes sociaux dans les conditions et pour les buts déterminés par la présente loi. Toutefois, les sociétés faisant appel public à l'épargne sont tenues de désigner au moins deux commissaires aux comptes. Il en est de même des sociétés de banque, de crédit, d'investissement, de capitalisation et d'épargne ». Les commissaires aux comptes sont considérés comme des mandataires des actionnaires chargés de les éclairer et de leur permettre de se prononcer sur les comptes sociaux en connaissance de cause. La loi sur les sociétés anonymes investit le commissaire d'une mission d'intérêt général de contrôle au profit non seulement des actionnaires mais aussi de tous les partenaires de l'entreprise à savoir les créanciers, fournisseurs, banquiers... Les mêmes dispositions de la loi 20-05 doivent être appliquées aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés anonymes simplifiées. Car cette loi est considérée comme le droit commun de toutes les sociétés commerciales en ce qui concerne la nomination de commissaires aux comptes, ses incompatibilités, sa responsabilité, sa mission et les modalités de désignation de ses obligations professionnelles et légales. Donc

²⁶ La nomination du commissaire aux comptes doit être publiée lors de la constitution ou au cours de l'existence de la personne morale soumise au contrôle légal. Ainsi, le nom des premiers commissaires doit être mentionné dans les publications légales (bulletin officiel et journal d'annonces légales) lors de l'immatriculation de la société.

²⁷ Publication de la REMALD, les nouvelles lois sur les sociétés n°40, 4ème édition, mise à jour 2000.



la société anonyme simplifiée, selon l'article 436, doit désigner au moins un commissaire aux comptes. Ces sociétés sont créées pour gérer une filiale commune ou pour créer une société qui deviendra leur mère commune, elles sont constituées en considération de la personne de ses membres . Pour les sociétés en commandite par actions, c'est l'assemblée générale des actionnaires qui désigne un ou plusieurs commissaires aux comptes .

À noter enfin, que les sociétés astreintes à publier des comptes consolidés et les sociétés cotées en bourse et faisant appel public à l'épargne sont tenus de désigner deux commissaires aux comptes .

Les associés d'une SARL ou l'associé unique peuvent doter la société d'un commissaire aux comptes mêmes si la loi ne l'impose pas. Toutefois, en vertu de l'article 80 de la loi 5-96 ; la SARL à l'obligation de nommer un commissaire aux comptes au moins lorsque le chiffre d'affaires à la clôture d'un exercice social dépasse le montant de 50 millions de dirhams hors taxes. La désignation du commissaire aux comptes dans la SARL se fait classiquement par décision d'un ou plusieurs associés représentant au moins les trois-quarts du capital social ou par l'associé unique en cas d'une SARL d'associé unique .

Les associés de la société en nom collectif peuvent nommer à la majorité des associés un ou plusieurs commissaires aux comptes, mais la loi leur impose de désigner un commissaire aux comptes au moins lorsque le chiffre d'affaires de la société à la clôture de l'exercice social dépasse le montant de 50 millions de dirhams hors taxes²⁸ . Il faut souligner également que toutes les dispositions de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes relatives aux conditions de nomination du commissaire aux comptes sont applicables aux sociétés en nom collectif sous réserve des règles propres à celles-ci²⁹ .

La nomination d'un ou plusieurs commissaires aux comptes est généralement obligatoire, mais elle peut être aussi volontaire ou judiciaire.

Les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés par actions simplifiées ont l'obligation quelque soit leur situations de désigner un commissaire aux comptes . De même, la nomination est obligatoire auprès des sociétés civiles faisant appel public à l'épargne, auprès des établissements de crédit, des OPCVM et auprès des établissements d'utilité publique autorisés à recevoir des versements pour le compte d'œuvre ou d'organisme d'intérêt général³⁰ .

Diverses entités qui ne sont pas visées par les textes en ce qui concerne l'obligation d'avoir un commissaire peuvent, cependant, en nommer un, en vertu

²⁸ Article 12 de la loi 5-96 sur la SNC, la société en commandite simple, la société en commandite par action, la SARL et la société en participation.

²⁹ Publication de la REMALD, les nouvelles lois sur les sociétés n °40,4eme édition, mise à jour 2000(la loi 5-96)

³⁰ MONEGER.J et GRANIER.T, p : 29.



du principe de la liberté contractuelle. Ainsi les associés des sociétés en nom collectif, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés en commandite simple, si ces sociétés sont de grande taille et réalisent d'importants bénéfices ont la faculté de nommer un commissaire aux comptes.

Même si les seuils de désignation obligatoire ne sont pas atteints, la nomination d'un commissaire aux comptes peut être demandée, en justice, au président du tribunal de commerce statuant en référé, par un associé d'une société en nom collectif ou par un ou plusieurs associés en SARL sous réserve de représenter au moins le quart du capital social. Si le président du tribunal de commerce est saisi directement, il n'est pas obligé d'invoquer l'urgence³¹.

Aux termes de l'article 164 de la loi n°20-05, « Un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5% du capital social peuvent demander la récusation pour justes motifs au président du tribunal statuant en référé, du ou des commissaires aux comptes désignés par l'assemblée générale et demander la désignation d'un ou plusieurs commissaires qui exerceront leurs fonctions en leur lieu et place ». L'article 164 de la loi 20-05 relative à la société anonyme affirme qu'un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social peuvent demander en justice la récusation pour juste motif d'un ou plusieurs commissaires désignés par l'assemblée.

Le "juste motif" est à l'appréciation souveraine du juge. Ainsi, un arrêt de la cour d'appel de Colmar a pu considérer que « les conditions dans lesquelles un commissaire aux comptes avait exercé des fonctions antérieures de conseiller de la société contrôlée, ne permettrait pas de retenir à son encontre des reproches de partialité ou de dépendance à l'égard de la majorité justifiant sa récusation »³².

La demande de récusation doit être formée contre le commissaire aux comptes dans les 30 jours de la désignation contestée, devant le tribunal de commerce statuant en référé. Si la récusation est prononcée, un nouveau commissaire est désigné en justice, qui demeurera en fonction jusqu'à la nomination d'un commissaire par l'assemblée générale.

Le juge des référés peut également procéder à la désignation du commissaire aux comptes en cas de défaillance de l'assemblée générale des associés. C'est ce qui ressort d'une ordonnance de président du tribunal de première instance de Fès : « A défaut de désignation d'un commissaire aux comptes par l'assemblée générale de la société, le président du tribunal du lieu de situation du siège social de celle-ci, est compétent pour procéder à cette désignation. La désignation d'un

³¹ De même le mandat conféré prend fin lorsque l'assemblée générale procède à la nomination du ou des commissaires aux comptes.

³² Cour d'Appel COLMAR, 23 février 1983, Revue, sociétés 1983.



administrateur provisoire de la société se trouve justifié en cas de mésintelligences graves entre associés.»³³

2}- Le juge et les défaillances fonctionnelles de la société.

Les crises les plus aigües auxquelles la société est exposée proviennent généralement d'une défaillance du système majoritaire qui constitue le mécanisme du fonctionnement de la société. Ainsi, les dirigeants sociaux ou les actionnaires majoritaires peuvent user de leur position de force pour imposer certaines décisions qui répondent particulièrement à leurs attentes personnelles. Ils appliquent abusivement le principe de la majorité dans l'unique dessein de léser les droits de la minorité. Ce qui conduit automatiquement, à la réduction du rôle de l'assemblée générale et à l'amortissement de ses pouvoirs.

Pour le rétablissement de la situation ordinaire, il semble judicieux de confier à l'appareil judiciaire le soin de rendre à l'assemblée d'associés son pouvoir arraché en assurant la convocation (A). Le juge peut également prendre des mesures conservatoires en vue de préserver le bon fonctionnement de la société, en procédant par exemple, à l'ajournement des assemblées en questions (B).

A}- La convocation de l'assemblée générale.

Aux termes de l'article 116 de la loi n°20-05 relative à la société anonyme, « l'assemblée générale est convoquée par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance ; à défaut, elle peut être également convoquée en cas d'urgence par [...] un mandataire désigné par le président du tribunal statuant en référé à la demande, soit de tout intéressé en cas d'urgence, soit d'un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins le dixième du capital social ». Pour les sociétés à responsabilité limitée, l'article 71 al.5 dispose que, « tout associé, après avoir vainement demandé au gérant la tenue d'une assemblée générale, peut demander au président du tribunal, statuant en référé, la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale et de fixer son ordre du jour ». Ces deux textes assurant la convocation de l'assemblée générale qui suppose la réunion des deux conditions pour pouvoir être décidée. La première condition est relative au critère d'urgence, la seconde quant à elle correspond à la détention d'une certaine fraction du capital.

L'urgence sera réalisée « chaque fois qu'un péril pressant ou qu'un retard entraînerait un préjudice irréparable, ou que les intérêts d'une partie seraient mis en péril, ou qu'il s'agira de prendre toutes mesures conservatoires nécessaires et que les délais des autres juridictions, si abrégés soient-ils, entraîneraient une sorte de déni de justice »³⁴. Il a été ainsi jugé qu'il y a urgence lorsqu'il s'agit « de délibérer sur la prorogation de la société, parvenue à un mois de son terme

³³ Ordonnance du président du tribunal de première instance de Fès, n°378, en date de 17/04/1985, dossier n°244/85, non publiée.

³⁴ CA Nancy ; 14 nov. 1947 : S. 1948, 2, p. 68, Rev. sociétés 1949, p. 31.



statutaire ; et qu'il faut mettre fin à un conflit latent, qui ne saurait se prolonger, entre la majorité des actionnaires et une faible majorité d'administrateurs » , ou « lorsque le conflit oppose des administrateurs entre eux » .

L'article 71 al.5 a consacré le droit pour tout intéressé, en cas d'urgence, de demander la désignation d'un mandataire de justice ayant pour mission de procéder à la convocation de l'assemblée. Dans le cadre des sociétés anonymes, l'article 116 de la loi n°20-05 reconnaît ce droit au profit d'un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins le dixième du capital social ou à tout intéressé en cas d'urgence. Le seuil de participation doit être apprécié au jour de l'acte introductif d'instance, s'agissant d'une condition de recevabilité de l'action.

Le droit d'ajourner une assemblée convoquée pour une certaine date appartient à ceux qui avaient pris l'initiative de la convoquer. C'est donc le conseil d'administration ou le directoire qui, en principe, a ce pouvoir , sauf s'il s'agit de prolonger le délai légal de réunion de l'assemblée générale ordinaire qui statue en fin d'exercice, cette prolongation nécessitant une décision de justice³⁵ . L'ajournement suppose le renvoi de l'assemblée à une autre date et la clôture de la réunion en cours. La réunion ultérieure, consécutive à un ajournement, constitue une nouvelle assemblée pour laquelle les formalités et délais de convocation doivent être renouvelés. Si la convocation de l'assemblée ajournée a déjà été effectuée, la décision d'ajournement doit être portée à la connaissance des actionnaires par les mêmes formalités.

Le juge des référés peut décider de l'ajournement d'une assemblée en cas de violation flagrante des règles de convocation. « La convocation par le président n'étant pas conforme à la décision du conseil d'administration, l'assemblée générale, si elle s'était tenue dans de telles conditions, aurait pu exposer la société à une action judiciaire visant à en voir juger la nullité, action dont les conditions auraient été néfastes à la vie de la société, compte tenu de sa situation économique»³⁶ .

³⁵ Article 115 de la loi n°20-05 dispose dans ce sens que, « L'assemblée générale ordinaire est réunie au moins une fois par an dans les six mois de la clôture de l'exercice, sous réserve de prolongation de ce délai une seule fois et pour la même durée, par ordonnance du président du tribunal statuant en référé, à la demande du conseil d'administration ou du conseil de surveillance ».

³⁶ T. com. Toulouse, 12 août 1993, Fontalirant c/ SA Sylvert : JurisData n° 1994-600092 ; Bull. Joly 1994, § 41, p. 169.