



Regards sur l'article 2 - 1 de l'Acte uniforme révisé relatif au Droit des Sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt économique

Têko Seyram Amenyinu*

*Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles
qu'elles ont été écrites ;
les hommes, au contraire, ne se reposent jamais*

PORTALIS*

Table des matières

Introduction

1. Une heureuse apparence de consécration
 - 1.1. Une consécration utile
 - 1.2. Une consécration, gage d'attractivité
2. Une douteuse réalité de confinement ?
 - 2.1. Un essai effectué....
 - 2.2. mais non transformé

Résumé

L'Acte uniforme du 17 avril 1997 a subi l'épreuve du temps. Il était devenu indispensable que le législateur de l'OHADA ne demeure pas en marge du mouvement général de modernisation du droit applicable aux groupements d'affaires. C'est ainsi que la réforme de cet Acte uniforme le 30 janvier 2014 aura constitué une véritable œuvre de modernisation du droit des sociétés commerciales. L'un des axes majeurs de cette réforme est sans doute l'admission expresse de la validité des pactes extrastatutaires à l'article 2-1 de l'Acte uniforme révisé. Véritables instruments d'adaptation de la structure sociétaire aux besoins des associés, les pactes extrastatutaires ont toujours été appréhendés comme la réponse de la pratique à la rigueur excessive de la loi applicable aux sociétés. En consacrant officiellement la validité de ces pactes, l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales semble vouloir rompre avec sa réputation de loi dirigiste et pointilliste qu'elle traîne depuis longtemps. Mettre en exergue l'utilité des pactes extrastatutaires contribue assurément à rendre le droit OHADA des sociétés plus attractif pour les investisseurs. Cependant, le changement de religion du législateur de l'OHADA ne nous paraît qu'apparent. À l'analyse, l'article 2-1 semble plutôt être enserré dans un étai législatif contraignant en ce que les dispositions qui y sont consacrées soumettent le recours aux pactes extrastatutaires à un régime d'autorisation préalable. Ainsi, sous des apparences de consécration, le législateur semble-t-il plutôt vouloir les confiner en ne leur accordant qu'un rôle résiduel. Mais c'est vite oublier que la liberté contractuelle s'accommode très aisément, et c'est un euphémisme, du peu d'espace que lui laisse la loi.

* M^e Amenyinu est avocat au Barreau du Togo et chargé de cours à l'École supérieure d'Audit et de Management (ESAM) de Lomé. L'auteur tient à remercier tout particulièrement le professeur Pedro Akuété Santos, Doyen honoraire de la Faculté de droit de l'Université de Lomé pour sa disponibilité et ses conseils avisés lors de la rédaction de cet article.

* *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, Bordeaux, coll. : « Voix de la Cité », Éditions Confluences, 2004, p. 17, en ligne : <http://classiques.uqac.ca> (consulté le 08 mai 2017).

Introduction

À la suite du décès de Jean-Paul II, un conclave fut organisé au sein de l'Église catholique en avril 2005 afin de décider à qui reviendrait la charge d'être le nouveau Pape. Ce conclave fut présenté comme un affrontement entre la ligne conservatrice de l'Église de Rome et sa ligne progressiste. Pourtant, il semblerait que la réalité fut tout autre¹. Les deux cardinaux mis en compétition, le cardinal Carlo Maria Martini et le cardinal Joseph Ratzinger (le futur pape Benoit XVI), étaient liés par une profonde amitié que la prétendue opposition entre progressistes et conservateurs n'avait nullement affectée. Pour éviter que les cardinaux électeurs ne reportent leur voix sur une troisième personnalité jugée plus consensuelle, les deux prélats auraient conclu un pacte. Le cardinal Martini se serait engagé à voter pour le cardinal Ratzinger et à faire voter pour lui à condition qu'il réforme la curie. Au cas où il n'y parviendrait pas, il devra démissionner. Le 31 août 2012, le cardinal Martini s'éteint et quelques mois plus tard, soit le 11 février 2013, arguant d'une grande fatigue le pape Benoit XVI démissionne.... Cette anecdote a assurément de quoi surprendre. Voici que même les hommes d'Église usent habilement de conventions de vote et de promesse de porte-fort. Il n'y a donc pas de quoi s'étonner que le droit OHADA des sociétés, fidèle adepte de l'ordre public se soit converti, à la faveur de la réforme du 30 janvier 2014, à la religion de la liberté contractuelle.

En affirmant en son article 2 que ses dispositions sont « d'ordre public », l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du

¹ Voir Dominique DUNGLAS, « Le pacte des cardinaux », (23 juillet 2015) 2237 *Le Point* 40.

Groupement d'intérêt économique ne semblait laisser aucune marge à l'initiative des parties. Pourtant, le rigoureux droit des sociétés a bien connu une « révolution contractuelle »². Il se trouve que l'ingéniosité contractuelle a ceci de particulier qu'à l'image du roseau de la fable, elle plie mais ne rompt pas³. « La vitalité du phénomène contractuel dans l'organisation de la société »⁴ est telle qu'elle ne saurait être définitivement remise en cause par la loi. Bien au contraire, le législateur reconnaît cette vitalité en consacrant officiellement par l'article 2-1 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales révisé le 30 janvier 2014, la validité des « conventions extrastatutaires »⁵.

La convention extrastatutaire, généralement désignée en pratique sous le vocable de pacte d'actionnaire⁶, peut être définie comme « une convention réunissant les principaux associés d'une société et visant à créer à leur profit un certain nombre de prérogatives ne résultant pas de l'application de la législation des sociétés, comme par

² En référence au titre évocateur de l'ouvrage de François-Denis POITRINAL, *La révolution contractuelle du droit des sociétés, dynamiques et paradoxes*, Paris, Éditions La Revue Banque, 2003.

³ « [...] Les vents me sont moins qu'à vous redoutables; je plie, et ne romps pas [...] » répondit le roseau au chêne qui le trouvait bien fragile dans les *Fables de la Fontaine*, « Le chêne et le roseau », Lausanne, Edita, 1994, p. 74.

⁴ Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 22^e éd., Litec, 2009, n° 190, p. 88.

⁵ Alain FENEON, *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*, Paris, L.G.D.J., 2015, n°1675 et suiv.

⁶ L'expression « pactes d'actionnaires » paraît assez réductrice en ce que ces conventions ne concernent pas forcément que des actionnaires. Sa fréquente utilisation provient sans doute du fait que c'est surtout dans les sociétés anonymes qui sont des sociétés par actions que ce genre de pactes est le plus souvent conclu.

exemple l'exercice d'un droit de préférence accordé aux signataires en cas de projet de cession de droits d'associé »⁷. En d'autres termes, il s'agit de conventions « par lesquelles deux ou plusieurs actionnaires, personne physique ou morale, organisent entre eux, selon un certain équilibre, les relations individuelles qu'ils entretiennent au sein de la société, au regard de la gestion du pouvoir et de la détention du capital »⁸. C'est dire que les pactes extrastatutaires sont des pactes grâce auxquels les associés apportent des aménagements à la gestion de la société et/ou aux rapports qu'ils entretiennent entre eux.

L'article 2-1 de l'Acte uniforme révisé sur les sociétés commerciales prévoit que ces conventions pourront servir notamment à organiser les relations entre associés, la composition des organes sociaux, la conduite des affaires de la société, l'accès au capital social ou encore la transmission des titres sociaux⁹. D'une diversité extrême, ces conventions renvoient de la société l'image d'être « l'étoile majeure d'une nébuleuse contractuelle »¹⁰. La doctrine s'accorde généralement à grouper les pactes d'actionnaires en « deux grandes familles [...] : les clauses relatives à l'organisation et au contrôle de la gestion de la société, d'une part, et les clauses relatives à la composition et

l'évolution de l'actionnariat, d'autre part»¹¹. La liste fixée par l'article 2-1, sans pour autant être définitive, demeure dans le même esprit.

Cet article constitue l'une des innovations majeures du nouvel Acte uniforme sur les sociétés commerciales. La réforme de cet Acte uniforme vise principalement à améliorer l'environnement du droit des affaires dans l'espace OHADA par l'actualisation et la modernisation du droit des sociétés commerciales¹². C'est dire alors qu'en consacrant la validité de principe des pactes d'actionnaires, le législateur de l'OHADA montre bien qu'il est épris de modernité. Ce choix est appréciable à bien des égards. En effet, c'est un lieu commun de rappeler que le but essentiel du droit OHADA est d'offrir aux acteurs du monde des affaires un cadre juridique et judiciaire fiable et sécurisé. La pratique des pactes d'actionnaires ayant révélé toute sa richesse depuis bien longtemps sous d'autres cieux¹³, il paraît fort heureux que le législateur s'y soit intéressé de près. Cependant, à l'analyse, on peut se demander si le choix du législateur ne relève pas beaucoup plus de la politique législative que de la pure technique juridique. En effet, d'un point de vue juridique, il n'est pas inutile de rappeler que les pactes extrastatutaires sont le

⁷ Voir pacte d'actionnaire dans Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir), *Lexique des termes juridiques*, 20^e éd., Paris, Dalloz, 2013.

⁸ Caroline LEROY, *Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire*, thèse de doctorat, Paris, Université Paris-Est, 2010, n°4, p. 7. , en ligne : [French. <NNT :2010PEST2006>. <tel-00675666>] (consultée le 08 mai 2017)

⁹ Pour une vue d'ensemble de ces diverses clauses voir notamment A. FÉNEON, préc., note 5.

¹⁰ Yves GUYON et Jacques GHESTIN (dir), *Les sociétés : aménagements statutaires et conventions entre associés*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1995, n° 198, p. 263.

¹¹ Issa SAID, « L'application des pactes d'actionnaires en droit OHADA », *Legavox.fr*, 17 août 2011, en ligne : <http://www.legavox.fr/blog/issa-said/application-pactes-actionnaires-droit-ohada-6297.htm#.VjufKF5-Rkg> (consulté le 08 mai 2017); dans le même sens, C. LEROY, préc., note 8.

¹² A. FÉNEON, préc., note 5, n° 23. p. 9.

¹³ Ainsi que le fait observer un auteur, les pactes d'actionnaires seraient « largement inspirés des « shareholder's agreements » dans lesquels, dès le XVIII^e siècle, les investisseurs anglo-saxons avaient coutume d'insérer leurs prérogatives » ; voir : F.-D. POITRINAL, préc., note 2, n° 100, p. 69.

fruit d'une utilisation stratégique des techniques contractuelles les plus classiques. Ainsi dit, ils s'expriment sans aucune difficulté en dehors de toute loi. Cela est d'autant plus justifié que les techniques utilisées « viennent au secours d'un droit des sociétés menacé d'asphyxie par une hyper-réglementation »¹⁴. Aussi, est-il établi que l'une des marques essentielles de ces conventions est leur discrétion. C'est ce qu'évoque le terme quelque peu « occulte » de pacte. Dès lors, on peut se demander si en réalité le but visé par le législateur n'est pas de les encadrer pour mieux les surveiller.

Par contre, du point de vue de la politique législative, on peut affirmer que l'affirmation expresse de la validité des pactes extrastatutaires a le mérite de mettre en relief une pratique séduisante, gage de souplesse du fonctionnement de la société. Le législateur a voulu montrer clairement qu'il est favorable au mouvement de contractualisation du droit des sociétés¹⁵. Ce faisant, l'Acte uniforme met davantage en confiance les éventuels investisseurs qui voudraient pouvoir, tout en injectant des fonds dans le capital des sociétés de l'espace OHADA, aménager par anticipation leur éventuel retrait en obtenant la garantie d'un retour sur

investissement intéressant¹⁶. Il s'est donc agi d'accroître l'attractivité du droit OHADA des sociétés dont l'apparente rigueur excessive pouvait sembler décourageante.

Il faut remarquer que tout en ayant choisi d'affirmer la validité des pactes extrastatutaires, le législateur n'a pas pour autant cru devoir en définir le régime, à l'exception notable des clauses qui ont un impact sur la libre négociabilité des actions au sein des sociétés anonymes¹⁷. C'est ainsi que l'article 2-1 ne rayonne véritablement qu'à travers les articles 765 et suivants de l'Acte uniforme révisé qui consacrent un certain nombre d'acquis jurisprudentiels tels que la limitation dans le temps des clauses d'inaliénabilité des actions¹⁸. En dehors de ces dispositions, la réforme paraît incomplète. On dirait que le législateur s'est arrêté en cours de chemin. Mais on peut aussi se demander s'il ne s'agit pas d'un choix délibéré. Les dispositions du nouveau droit semblent toujours marquées du « sceau de l'autoritarisme »¹⁹. L'actuel article 2, sans se référer expressément à la notion d'ordre public, soumet toujours les éventuelles dérogations à l'Acte uniforme à l'autorisation de celui-ci. La question qui se pose alors est celle de savoir si les conventions extrastatutaires dont le texte de consécration vient tout juste à la suite,

¹⁴ Y. GUYON, préc., note 10, p. 9.

¹⁵ La contractualisation du droit des sociétés a été présentée comme « le phénomène qui se manifeste par l'utilisation croissante des diverses techniques contractuelles afin de répondre aux besoins manifestés par les associés d'adapter le droit des sociétés ». Le contrat n'est plus perçu par ce mouvement « comme explication de la nature de la société, mais en tant qu'instrument d'adaptation de la structure aux besoins des associés » dans Géraldine GOFFAUX-CALLEBAUT, *Du contrat en droit des sociétés, Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, Paris, Éditions L'Harmattan, 2008, p. 10.

¹⁶ C'est le cas des clauses de rachat à prix déterminé ; voir à ce propos Jean DEVEZE, Alain COURET et Gérard HIROGOYEN, *Lamy Droit du Financement*, 2006, n° 1510, p. 831 et suiv.

¹⁷ A. FÉNEON, préc., note 5, n° 1677, p. 652.

¹⁸ La clause d'inaliénabilité n'est valable que si elle n'est imposée que pour un temps limité et qu'elle repose sur un motif sérieux, Paris, 4 mai 1982, *Gaz. Pal.* 1986.I.152.

¹⁹ Nous empruntons l'expression à Pascal NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », (2010) *R.T.D. com.*1, Ohadata D-12-58.

ne seraient en réalité valables que dans les cas où la loi l'autorise. Ne voulait-on pas, sous couvert de consécration des pactes d'actionnaires, les surveiller en réalité de plus près? S'agit-il d'une reconnaissance effective ou d'un dirigisme déguisé?

Ainsi, tout en donnant une heureuse apparence de consécration des pactes extrastatutaires (1), l'affirmation officielle de leur validité par l'Acte uniforme révisé ne dissimulerait-elle pas en réalité une tentative de confinement de ceux-ci (2)?

1. Une heureuse apparence de consécration

Les pactes d'actionnaires contribuent à rendre le fonctionnement des sociétés plus souple, plus flexible. Ils créent des espaces de liberté dans un milieu réputé hostile à la liberté contractuelle. Leur reconnaissance officielle permet de penser que le législateur a été séduit par leur utilité. Par ailleurs, il s'agit de rendre le droit OHADA des sociétés plus attractif. La consécration des pactes d'actionnaires se veut donc tout à la fois utile (1.1) et attractive (1.2).

1.1 Une consécration utile

« Les dispositions du présent Acte uniforme sont d'ordre public, sauf dans les cas où il autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer les dispositions dont ils sont convenus à celles du présent Acte uniforme, soit à compléter par leurs dispositions celles du présent Acte uniforme ». L'autoritaire formule de l'article 2 de l'Acte Uniforme de 1997 n'admettait que du bout des lèvres la liberté contractuelle des associés. Une liberté mise sous surveillance en ce qu'elle n'est admise qu'à des conditions devant être définies par la loi elle-même. Tel est notamment le cas de l'affirmation de la

libre négociabilité des actions au sein des sociétés anonymes²⁰.

Cette disposition était cependant source d'incertitude car elle ne fournissait aucun critère décisif permettant de déterminer lesquelles des dispositions de l'Acte uniforme sont impératives et lesquelles ne le sont pas, une lecture au cas par cas ayant toujours quelque chose d'hasardeux en cette matière. À l'ère de la contractualisation du droit des sociétés, le législateur africain pouvait sembler nager à contre-courant. Le nouvel article 2-1 vient en quelque sorte nous démentir. Le droit uniforme des sociétés n'est pas opposé à la liberté contractuelle des parties puisqu'il permet aux parties d'user de conventions extrastatutaires pour aménager leurs rapports suivant « des modalités qu'ils ont librement arrêtées ». Cette formule est de grande portée car elle ouvre un champ d'activité assez large pour les parties. Il en est de même de l'usage de l'adverbe notamment. Une diversité de situations peut être réglée par l'usage des pactes d'actionnaires.

Une telle disposition ne peut que susciter de l'enthousiasme. Les pactes d'actionnaires créent un climat de confiance entre les parties. Ils permettent de concilier des intérêts divers voire antagonistes. Ils offrent la confidentialité si estimée par les hommes d'affaires et constituent un véritable outil de gestion de la société. Le choix des conventions extrastatutaires est motivé par des considérations diverses telles que la limitation de l'accord à certains actionnaires seulement, le souci de discrétion, le caractère complexe des obligations respectives des parties ou

²⁰ Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales, art. 764 tant ancien que nouveau.

encore la durée du pacte²¹. Il serait difficile d'en dresser une liste exhaustive. On citera notamment l'exemple de la clause de sortie conjointe. Encore appelée clause *tag along*, c'est une clause par laquelle un actionnaire, généralement majoritaire, s'engage à faire acquérir par le cessionnaire de ses actions, les titres détenus par un ou plusieurs autres actionnaires. Citons aussi l'exemple de la clause de *buy or sell*²² encore appelée « clause omelette » ou clause d'offre alternative. C'est une clause par laquelle un actionnaire propose à un autre actionnaire de lui céder ses titres à un prix déterminé ou, à défaut, d'acquérir les siens au prix auquel il était prêt à les lui céder. Cette clause sera généralement utilisée pour déclencher la sortie d'un associé lorsque des mésententes avec un autre tendent à paralyser le fonctionnement de la société²³.

De façon générale, les pactes d'actionnaires servent notamment à organiser les relations entre les associés. Ils peuvent ainsi servir à contrôler les équilibres préétablis entre eux. La jurisprudence a pu décider notamment au sujet des clauses de préemption qu'« aucun texte ne fait obstacle à ce que des pactes extrastatutaires comportent

des engagements personnels entre les signataires pour l'exercice de leurs droits d'associés ; [...] et que ces pactes n'ont ni le même champ d'application quant aux personnes, ni les mêmes effets que les statuts »²⁴. Les pactes sont aussi utiles dans la composition des organes sociaux. Sont ainsi valables des accords de vote servant à répartir les votes des actionnaires et les sièges au sein des organes de direction²⁵.

Réaction à une réglementation jugée trop pointilliste, les pactes extrastatutaires constituent l'outil privilégié d'aménagements des rapports entre associés. Ils rendent le droit des sociétés flexible. Ce faisant, ils contribuent à renforcer l'attractivité du droit OHADA des sociétés.

1.2 Une consécration, gage d'attractivité

L'attractivité a toujours été pour l'OHADA une question existentielle²⁶. Son essence est d'être l'instrument juridique grâce auquel notre marché sera attrayant. La politique législative ayant motivé l'affirmation officielle de la validité des conventions extrastatutaires s'inscrit sans nul doute dans cette logique.

De tels instruments constituent un outil d'attraction pour des investisseurs qui souhaitent aménager par avance leur sortie notamment dans le cadre des opérations de capital-investissement²⁷.

²¹ Anne CHARVERIAT, Alain COURET et Bruno ZABALA, *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés Commerciales*, Éditions Francis Lefebvre, 2010, n° 18653.

²² Sur cette clause, voir Diane GALBOIS, *La clause de buy or sell à l'épreuve du droit des obligations*, mémoire de maîtrise, Paris, Université Paris II Panthéon-Assas, 2011.

²³ Pour une typologie assez complète des types de clauses que l'on retrouve régulièrement dans les pactes d'actionnaires voir Yulia LOKOTILOVA, « L'efficacité des pactes d'actionnaires », *La Lettre des Réseaux*, 1^{er} décembre 2008, en ligne : <http://www.lettredesreseaux.com/P-1089-485-A1-l-efficacite-des-pactes-d-actionnaires.html> (consulté le 08 mai 2017).

²⁴ Angers, 20 septembre 1988, *Bull. Joly* 1988.850.

²⁵ Com. n° 84-13520, 2 juillet 1985, *Bull. Joly* 1986.229.

²⁶ Sur la question de l'attractivité du droit OHADA voir notamment Patrice BADJI, « Réflexions sur l'attractivité du droit OHADA », (2014) 2 *B.D.E.*

²⁷ Le capital investissement correspond à une idée déjà ancienne aux États Unis où l'on parle de *venture capital*. Encore appelé capital-développement, cette activité couvre dans une acception large toutes les activités d'apport de fonds propres à des sociétés non cotées. Cf. J.

La question du capital investissement est d'autant plus d'actualité que l'Afrique subsaharienne constitue son nouveau terrain de jeu. Les marchés émergents du continent attirent des investisseurs de plus en plus diversifiés. C'est ainsi qu'au premier trimestre 2014, les fonds internationaux de *private equity* (équivalent anglophone du capital investissement) ont investi 1,5 milliards de dollars en Afrique soit une hausse de 137%²⁸. L'Afrique cherche clairement à séduire les investisseurs. De grosses opérations sont aujourd'hui réalisées sur le continent africain. On pense notamment à l'entrée de l'américain Carlyle dans le capital de la société de transport mozambicaine J&J Africa pour un montant estimé à 50 millions de dollars. En 2013, 100 millions de dollars ont été investis par Wendel, dans le groupe marocain d'assurances Saham²⁹. Les pactes extrastatutaires constituent pour ces opérations l'encadrement juridique idéal en ce qu'ils offrent de réelles garanties aux investisseurs. Ceux-ci auront notamment tendance à investir sous la garantie d'une clause de rachat de leurs actions. La jurisprudence a pu ainsi reconnaître la validité d'une promesse unilatérale d'achat à prix plancher qui avait pour objet, en fixant un prix

minimum de cession, d'assurer l'équilibre des conventions entre les parties, en assurant au bénéficiaire, qui est avant tout un bailleur de fonds, le remboursement de l'investissement auquel il n'aurait pas consenti sans cette condition déterminante³⁰. Cette décision a été rendue à propos de la sanction des clauses léonines. Et sur ce point, il est intéressant de remarquer, qu'il aurait suffi qu'une telle clause ait été insérée dans les statuts, pour qu'elle tombât sous le coup de la prohibition des clauses léonines. En effet, de telles conventions paraissent dispenser un associé de toutes contributions aux pertes. Mais à l'analyse, on remarque que l'associé en question se comporte avant tout, ainsi que l'enseigne la jurisprudence, comme un bailleur de fonds. Par exemple, l'actionnaire nouveau a souscrit un certain nombre d'actions pour un montant nominal faible. La conséquence immédiate sera sa faible influence dans le capital de la société. En revanche, la souscription de chaque action est accompagnée d'une prime d'émission substantielle qui peut représenter plusieurs fois le montant nominal de l'action³¹. Le souscripteur qui s'engage

DEVEZE, A. COURET et G. HIRIGOYEN, préc., note 16, n° 1490 et suiv.

²⁸ Christine LEJOUX, « L'Afrique, nouvelle terre de conquête du capital-investissement », *La Tribune*, 17 mars 2015, en ligne : <http://www.latribune.fr/entreprises-finance/banques-finance/l-afrique-nouvelle-terre-de-conquete-du-capital-investissement-460240.html> (consulté le 08 mai 2017).

²⁹ Pour de plus amples développements, voir Laurène RIMONDI, « Investissements : la ruée des fonds », *Le Point Afrique*, 19 août 2014, en ligne : http://afrique.lepoint.fr/economie/investissements-la-ruée-des-fonds-19-08-2014-1857773_2258.php (consulté le 08 mai 2017).

³⁰ Com. n° 00-22713, 16 novembre 2004, *Bull. Civ. IV. 197.224 ; (2004) D. 3144* (au sujet de la validité d'une convention prévoyant un droit de sortie prioritaire en faveur des investisseurs). Bien avant et dans le même sens, voir Com. 20 mai 1986, *Rev. Sociétés* 1986.587, Dominique RANDOUX qui a décidé « qu'est prohibée par l'article 1844-1 du Code civil, la seule clause qui porte atteinte au pacte social dans les termes de cette disposition légale ; qu'il ne pouvait en être ainsi s'agissant d'une convention, même entre associés, dont l'objet n'était autre, sauf fraude, que d'assurer moyennant un prix librement convenu, la transmission des droits sociaux... ».

³¹ Dans l'arrêt précité du 16 novembre 2004, l'actionnaire investisseur s'était engagé à participer à une augmentation de capital d'une société en souscrivant 300 actions nouvelles de

d'une telle manière paraît alors bien plus comme un investisseur que comme un associé³². C'est dire encore une fois tout l'intérêt du recours aux pactes d'actionnaires. Notons aussi que l'usage des nouvelles valeurs mobilières consacrées par la loi nouvelle serait ici particulièrement utile³³. C'est l'exemple d'un emprunt obligataire qui serait récompensé par des actions.

Par ailleurs, l'attractivité suppose aussi l'efficacité des pactes. Et c'est généralement sur ce point que le bât blesse. L'idée communément partagée est que les pactes font naître à la charge des parties des obligations de faire qui ne pourraient se résoudre qu'en dommages et intérêts en cas d'inexécution, conformément à l'article 1142 du code civil. Cette sanction purement pécuniaire a été qualifiée de « faiblesse congénitale des pactes d'actionnaires »³⁴. Pour renforcer leur efficacité, le législateur fait le choix de la nullité en cas de fraude. Ainsi, aux termes de l'article 771-3 alinéa 2 de l'AUSCGIE révisé notamment, « dans le cas où une clause de préemption est stipulée dans les conventions de l'article 2-1, toute cession d'actions réalisées en violation du droit de préemption est nulle dès lors qu'il est démontré que l'un des bénéficiaires en avait connaissance ou ne pouvait en ignorer l'existence »³⁵.

100 francs assortie chacune d'une prime d'émission de 2250 francs.

³² Cf. J. DEVEZE, A. COURET et G. HIRIGOYEN, préc., note 16, n° 1510, p. 831.

³³ A. FENEON, préc., note 5, n° 2187 et suiv.

³⁴ Michel JEANTIN, note sous Com. 7 mars 1989, cité par Y. LOKOTILOVA, préc., note 23.

³⁵ Rapport de CA Versailles, 20 juin 2003 : « Doit être annulée une cession d'actions consentie au mépris d'un pacte de préférence dès lors qu'elle a résulté d'une collusion frauduleuse entre les parties, caractérisée, d'une part, par la connaissance que le tiers acquéreur a eue de l'existence de ce pacte et de l'intention du

On aurait pourtant souhaité que le législateur ouvre la possibilité à l'exécution forcée dans certains cas³⁶. En effet, en annulant des actes, les parties reviennent au *statu quo ante*. Ce faisant, dans l'hypothèse où il y aurait eu nouvelle violation du pacte, c'est de nouveau la nullité qui serait encourue. Il nous semble que c'est une manière indirecte de forcer les parties au respect de leur engagement. L'admission de l'exécution forcée sous certaines conditions aurait donc constitué un gain de temps³⁷. Sous réserves de cette observation, l'admission de la nullité constitue déjà un pas important en ce qu'elle oblige indirectement les parties au respect de leur convention.

En somme, tout semble mis en œuvre pour le succès de cette nouvelle disposition. Cependant, les apparences, dit-on, sont souvent trompeuses.

bénéficiaire de s'en prévaloir et, d'autre part, par la volonté des parties d'ignorer les droits de ce dernier », *R.J.D.A.* 2003.12, n° 1189, p. 1032.

³⁶ Sur cette question voir Géraldine RICHARD et Bastien BRIGNON, « Comment renforcer la force obligatoire des pactes d'associés ? », (2014) 2 *Actes pratiques et Ingénierie sociétaire*, p. 31 et suiv. ; Yves REINHARD, « Exécution en nature des pactes d'actionnaires », (2005) 1 *Revue des contrats*, p. 115 et suiv.

³⁷ Une solution bien connue est en cela très édifiante. Dans le cadre d'une opération de restructuration, la société Metaleurop prend l'engagement, dans un accord extrastatutaire, de souscrire à l'augmentation de capital de la société Delot Metal à hauteur de huit millions de francs. Puis Metaleurop, au cours de l'assemblée générale qui suit, refuse de voter l'augmentation. L'attendu de principe de l'arrêt rendu le 30 juin 1995 par la Cour d'Appel de Paris aurait pu constituer une source d'inspiration : « Si, aux termes de l'article 1142 du code civil, l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur, il résulte des dispositions suivantes que le créancier a néanmoins le droit de réclamer l'exécution en nature, chaque fois que cette exécution est possible... » ; Arrêt *Metaleurop*, Paris, 30 juin 1995, *J.C.P. éd. E*, 1996.795, note J-J DAIGRE.

La reconnaissance de la validité des pactes extrastatutaires semble en réalité cacher une autre forme de dirigisme. En effet, le texte de l'article 2-1 vient après qu'ait été rappelé le caractère impératif des dispositions de l'Acte uniforme. Et encore, l'article 2-1 précise bien que la validité des pactes d'actionnaires est soumise au respect des dispositions impératives de l'Acte uniforme et des statuts. À l'analyse, la portion finalement réservée à l'article 2-1 nous paraît tellement congrue qu'il est permis de se demander si le législateur n'a pas plutôt voulu leur conférer un rôle résiduel. Autrement dit, n'y a-t-il pas plutôt une tentative de confinement ?

2 Une douteuse réalité de confinement ?

Le droit des sociétés apparaît comme un droit rigide et pointilliste. Il y règne un ordre public auquel les parties ne peuvent déroger. Sans encadrement, le recours aux pactes d'actionnaires pourrait avoir comme conséquence un bouleversement de l'ordre public sociétaire. Cette crainte du législateur est manifeste. Il prend tellement soin de rappeler l'exigence du respect de cet ordre public sociétaire que la consécration des pactes extrastatutaires prend plutôt l'allure d'un confinement. L'essai de confinement est bel et bien effectué (2.1) mais il est permis de se demander si cet essai a pu être transformé (2.2)

2.1 Un essai effectué...

L'article 2 de l'AUSCGIE révisé du 30 janvier 2014 dispose que : « les statuts de la société commerciale et du groupement d'intérêt économique ne peuvent déroger aux dispositions du présent Acte uniforme sauf dans les cas où celui-ci autorise expressément l'associé unique ou les associés soit à substituer des clauses

statutaires aux dispositions du présent Acte uniforme, soit à compléter par des clauses statutaires les dispositions du présent Acte uniforme ».

Autrement dit, les associés ne peuvent déroger aux dispositions de l'Acte uniforme que si celui-ci les y autorise. Et a priori, la dérogation passera par les statuts qui interviennent soit à titre de substitut soit à titre de compléments. En rapprochant le nouvel article 2 de l'ancien, on remarque qu'il n'y a pas une grande différence entre les deux. Rappelons qu'il était prévu par l'article 2 ancien que : « Les dispositions du présent Acte uniforme sont d'ordre public, sauf dans les cas où il autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer les dispositions dont ils sont convenus à celles du présent Acte uniforme, soit à compléter par leurs dispositions celles du présent Acte uniforme. »

La seule différence véritable avec l'ancien article 2 est que la notion d'ordre public n'est plus affirmée expressément. L'exigence demeure cependant bel et bien. « Blanc bonnet, bonnet blanc » dira-t-on.

On remarque alors que le domaine des statuts, constitution de base de la société, est en lui-même déjà limité. Le sort des actes extrastatutaires est encore moins heureux. L'article objet de notre réflexion précise bien que les conventions sont valides « sous réserves du respect des dispositions de l'Acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé et des clauses statutaires ». En combinant ces deux dispositions, on remarque que le législateur ne concède aux actes extrastatutaires qu'une sorte de menu-fretin. Il semble dire que l'on ne peut avoir recours aux pactes extrastatutaires que dans les cas où il l'autorise et encore, sans que ceux-ci ne portent atteinte aux

statuts³⁸ qui eux-mêmes ont déjà besoin de l'onction légale.

Le confinement ainsi opéré par le législateur remet en cause notre enthousiasme. Le législateur met les pactes extrastatutaires sous un régime d'autorisation préalable. Le progrès réalisé par rapport à l'ancienne législation ne serait qu'apparent. Le législateur veut toujours régler en détails les règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des sociétés. Il ne serait ainsi laissé aux parties que les domaines qui ne porteraient pas atteinte à l'économie d'ensemble de la législation sur les sociétés. En d'autres termes, le droit OHADA des sociétés, malgré les apparences créées par la réforme, demeure un droit rigide peu enclin à la souplesse. Le terrain du droit des sociétés ne constitue toujours pas une bonne terre pour la semence contractuelle.

La réforme du droit OHADA des sociétés ferait donc surtout preuve de pointillisme législatif. Mais dans ce cas, s'il faille que le législateur prévoie à chaque fois les cas dans lesquels on peut avoir recours aux conventions extrastatutaires et quel en serait le cas échéant le régime, alors la réforme souffre d'une flagrante incomplétude. Le législateur ne s'est engagé véritablement que sur le chemin des clauses relatives à l'actionnariat. Et là encore, il n'est pas inutile de rappeler que le régime juridique applicable à la transmission des actions était déjà admis dans l'ancienne législation.

La réforme du 30 janvier 2014 n'a fait qu'ajouter qu'en dehors des statuts, cette transmission des actions peut aussi être

encadrée par des conventions extrastatutaires. Il ressort ainsi de l'article 765 de l'Acte uniforme révisé que « les statuts ou les conventions mentionnées à l'article 2-1 ci-dessus peuvent stipuler certaines limitations à la transmission des actions... »³⁹ (nos soulignements). Les dispositions nouvelles portant sur les clauses relatives à l'actionnariat constituent donc des précisions apportées par le législateur dans un simple souci de cohérence.

C'est dire que si l'on s'inscrit donc dans la logique qui consiste à soumettre les conventions extrastatutaires tout comme les aménagements statutaires à une autorisation préalable de l'Acte uniforme, la loi nouvelle se trouve marquée par des zones de silences assourdissants. Comment se fait-il alors que le législateur n'ait pas cru devoir se prononcer sur les autres conventions qu'il identifie ? Comment justifier l'absence de réglementation des conventions qui portent de manière générale sur le contrôle et la gestion de la société ? S'agirait-il d'un excès de méfiance à l'égard de celles-ci ?

C'est en somme avec hésitation que la liberté contractuelle se trouve célébrée, le législateur n'étant pas allé assez loin. Il a juste cru utile d'énoncer la validité de principe des pactes extrastatutaires parce qu'il s'est rappelé qu'ils existent. Il n'en serait pas pour autant si friand.

L'essai de confinement nous paraît avéré mais cet essai a-t-il été transformé ?

³⁸ Pour un auteur, « la convention extrastatutaire est par essence infrastatutaire et il n'est pas concevable qu'un simple accord entre associés puisse porter atteinte aux statuts », Jean-Patrice STORCK, « La validité des conventions extrastatutaires », (1989) *D.*, chr.267.

³⁹ On se reportera utilement aux dispositions des articles 765-1 à 771-3 de l'Acte uniforme révisé qui, consacrant entre autres les clauses d'inaliénabilité et les clauses d'agrément, offrent le choix aux associés entre les statuts et les conventions extrastatutaires pour ce faire.

2.2 ... mais non transformé

Le doyen Carbonnier affirmait que « les juristes ne mesurent pas assez combien le droit est facultatif, même dans les secteurs qu'ils proclament d'ordre public »⁴⁰. Les pactes extrastatutaires, faudrait-il le rappeler, se sont développés en marge de toute loi et justement en réaction contre une loi jugée trop rigide. Les conventions extrastatutaires n'ont pas attendu une autorisation préalable de la loi avant de se développer. S'il est vrai que l'ancien Acte uniforme ne reconnaissait pas expressément la validité des pactes extrastatutaires, cela n'avait pas empêché les milieux d'affaires d'y avoir recours. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Ouagadougou le 19 juin 2009 avant la présente réforme en constitue une illustration⁴¹.

En l'espèce, une convention de cession d'actions de TELECEL FASO par ATLANTIQUE TELECOM au profit de PLANOR AFRIQUE a été scellée le 26 août 2004. Cette convention sera suivie deux jours plus tard d'un accord entre les mêmes parties sur le contenu des missions de contrôle, accord à intégrer au pacte d'actionnaires signé entre ATLANTIQUE TELECOM et la société ETISALAT le 10 février 2004. Un différend est né des suites de l'exécution de la convention de cessions d'action. Les rapports s'étant détériorés entre les parties, PLANOR AFRIQUE saisit la juridiction étatique aux fins de voir ordonner la cession forcée de l'ensemble des actions d'ATLANTIQUE TELECOM.

⁴⁰ Jean CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », dans *Flexible droit*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 33.

⁴¹ C. A. Ouagadougou, Arrêt n°037/09 du 19 juin 2009, affaire *Société atlantique Telecom et Société Etisalat c. Société Planor Afrique et Société Telecel*, Ohadata J-10-214.

ATLANTIQUE TELECOM se prévalant de la clause compromissaire figurant dans le pacte soulèvera l'incompétence des juridictions étatiques. Cependant, pour rendre la clause opposable à un tiers acquéreur d'actions, les signataires du pacte y avaient inséré une disposition prévoyant que « pour le cas où une partie déciderait un transfert d'une ou plusieurs de ses valeurs mobilières à un tiers, elle s'engage à faire adhérer ce tiers au pacte au plus tard lors de la réalisation du transfert. ». L'entrée de PLANOR AFRIQUE dans le capital de la société TELECEL FASO ayant été faite postérieurement à la conclusion du pacte d'actionnaires, ATLANTIQUE TELECOM avait l'obligation de rapporter la preuve, en tant que partie cédante des actions, des diligences mises en œuvre pour faire adhérer PLANOR AFRIQUE, tiers au pacte d'actionnaires. La preuve n'ayant pas été rapportée, le pacte d'actionnaire sera déclaré inopposable à PLANOR AFRIQUE en application de l'article 1165 du code civil qui consacre l'effet relatif des conventions⁴².

⁴² Pour A. FÉNÉON, cet arrêt aurait plutôt fragilisé le principe de l'effet relatif des conventions. Il estime que « les juges du fonds, approuvés par la cour d'appel de Ouagadougou, ont accepté, sur la demande de Planor Afrique (actionnaire tiers au pacte), que soient appliquées contre Atlantique Telecom et au profit de Planor Afrique les clauses d'exclusion et de cession forcée des actions contenues dans le pacte d'actionnaires ». préc., note 7, n°1679, p. 653. Nous ne partageons pas cet avis en ce que l'action de Planor Afrique ne nous paraît pas fondée sur le pacte d'actionnaires mais sur la convention de cession d'actions intervenue entre elle et la société Atlantique Telecom. Il nous semble plutôt que les juges ont fait une application classique de la possibilité offerte à un créancier par l'article 1184 du code civil d'opter entre la résolution du contrat pour cause d'inexécution ou son exécution forcée. C'est sur le fondement de la convention de cession d'actions et non sur celui du pacte d'actionnaires que la cession forcée des actions a été ordonnée.

La décision fera l'objet d'un pourvoi devant la Cour Commune de Justice qui, à son tour, dans un arrêt rendu le 10 juin 2010 constatera l'inopposabilité du pacte d'actionnaires à la société PLANOR AFRIQUE⁴³.

Cette décision démontre toute la richesse, si besoin en est, des ressources du droit commun pour régler les litiges relatifs aux pactes d'actionnaires. C'est en puisant dans le pur droit des contrats, que ce litige relatif à l'opposabilité d'un pacte d'actionnaires a été réglé. Il se trouve que la liberté contractuelle demeure, malgré tout, une réalité difficile à apprivoiser. Elle est la source nourricière des pactes extrastatutaires. Elle les a fait naître : le pacte d'actionnaires, comme tout contrat, est avant tout un accord de volonté des parties. Elle les fait vivre : C'est toujours dans la technique contractuelle que l'on recherchera des moyens pour renforcer l'efficacité des pactes d'actionnaires⁴⁴.

Conclusion

En conclusion, si le mérite apparent du législateur a été d'avoir mis en relief l'utilité des pactes d'actionnaires, la méthode utilisée permet de croire qu'il a cédé à la tentation du dirigisme. Cependant, plus une législation se voudra pointilliste, plus les parties chercheront à

s'affranchir du cadre légal. Comme le remarque un auteur, « plus le droit des sociétés est organisé par des règles précises, plus la liberté contractuelle est utilisée »⁴⁵. Le recours aux pactes d'actionnaires apparaît plus comme une réaction envers la loi qu'une application de celle-ci. L'essai de confinement n'a en définitive pas été transformé si tant est qu'il aurait pu l'être.

⁴³ CCJA, Arrêt n° 041/2010 du 10 juin 2010, Ohadata J-12-38.

⁴⁴ Pour renforcer l'efficacité de leurs pactes, les associés peuvent par exemple insérer dans leur convention une clause pénale pour y apporter une dose de contrainte. On pourra aussi utilement envisager de remettre le pouvoir de vote entre les mains d'un tiers convenu ou encore de jumeler la convention de vote avec une clause de cession des titres : celui qui manquera à ses engagements pourra voir ses titres rachetés, voir Michel JEANTIN, « Les conventions de vote », dans *La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, (1990) *RJ com.*1253 cité par J. DEVEZE, A. COURET et G. HIRIGOYEN, préc., note 16, n° 1356, p. 759.

⁴⁵ Sophie SCHILLER, *Les limites à la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, Paris, L.G.D.J., 2002, n° 3, p. 3.