



L'évolution des règles du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales

Patrice S.A. Badji

Table des matières

Introduction

1. Des règles au service de leurs utilisateurs
 - 1.1. L'élargissement des mécanismes de financement de la société
 - 1.2. L'autorégulation des rapports sociétaires
2. Une ligne de démarcation entre certaines catégories juridiques de plus en plus ténue
 - 2.1. Un rapprochement progressif des différentes sociétés
 - 2.2. L'option pour une démarche inclusive par l'amenuisement de la distinction capital/travail.

Conclusion

Résumé

Le droit postmoderne en Europe traduit l'idée d'évolution de la philosophie qui sous-tendait plusieurs matières telles que le droit des obligations et le droit de la responsabilité civile. Même s'il est imprudent de qualifier le droit de l'OHADA de droit postmoderne, il n'en demeure pas moins que l'on constate une évolution de ce droit et ce, à cause en grande partie de l'analyse économique du droit dont l'idéologie majeure est l'efficacité de la règle juridique. Avec l'Acte uniforme révisé, le droit des sociétés commerciales de l'OHADA est devenu un droit plus flexible. De même, les frontières entre plusieurs catégories juridiques s'estompent peu à peu.

· Agrégé des Facultés de droit, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, Sénégal.

Introduction

Le 30 janvier 2014, le Conseil des Ministres de l'OHADA a adopté l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés et du Groupe d'intérêt économique révisé (ci-après GIE). Et comme le précise l'article 9 du Traité OHADA, cet Acte uniforme révisé entrera en vigueur quatre-vingt-dix jours après sa publication au Journal officiel de l'OHADA¹. Certainement, le législateur OHADA ne se doutait pas que son œuvre devrait susciter autant d'intérêt en Afrique et en Europe². La raison est peut-être que le droit des sociétés n'est plus simplement un droit territorial³. Il existe une concurrence entre les législations pour attirer les entreprises, une prise en considération d'un marché dont les frontières s'estompent⁴. Dans le cadre de l'OHADA, le territoire s'apparente à son espace.

Jean Paillusseau soutenait que l'observation montre que la réception d'idées nouvelles par la science juridique est très lente quand elles contredisent des théories ou des concepts manifestement dépassés, mais profondément ancrés dans

les esprits⁵. Toujours selon l'auteur, il faut parfois plusieurs dizaines d'années avant que les idées nouvelles puissent s'imposer.

Mais quels sont ces concepts profondément ancrés dans les esprits ? Sans prétendre à l'exhaustivité, nous pouvons citer l'*affectio societatis*, le capital social gage des créanciers sociaux, les droits essentiels des associés tels que le droit de vote. Dans une décision de justice, la Cour de cassation soutient que : « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions. »⁶ Cette assertion n'est plus d'actualité notamment avec les actions de préférence sans droit de vote. En effet, il faudra placer le droit des sociétés dans l'économie de marché, système controversé⁷. Cependant, la

¹ Cet article prévoit également la publication dudit Acte uniforme au Journal officiel de chaque État partie ou par tout autre moyen approprié.

² Pour le cas de l'Europe, voir en France le compte rendu : Bénédicte FRANÇOIS, (2014) *Revue des sociétés* 142. L'auteur met néanmoins l'accent sur la Société par actions simplifiée (SAS), la Société Anonyme (SA) et la Société à capital variable.

³ Benoît LE BARS, « L'évolution du droit des sociétés au regard du règlement général du conseil des marchés financiers », dans *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, n° 2, p. 588.

⁴ *Ibid.*

⁵ Jean PAILLUSSEAU *La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés*, Paris, Litec, 2005, p. 567.

⁶ Com. 9 févr. 1999, Bull. civ. IV, n° 44 ; D. 2000. Somm. 231, obs. J.-C. HALLOUIN ; D. Affaires 1999. 563, obs. M. BOIZARD ; RTD com. 1999.902, obs. Y. REINHARD ; Rev. des sociétés 1999. 81, note P. Le CANNU ; Bull. Joly 1999. 566, note J.-J. DAIGRE ; JCP E 1999. 724, note Y. GUYON ; JCP 1999. II. 10168, note G. BLANC ; Dr. sociétés 1999, n° 67, obs. T. Bonneau ; RJ com. 1999. 269, note J.-P. Dom. *Adde*, Suzel CASTAGNE, « Vote » en faveur du droit de vote, (2000) Dr. sociétés 6.

⁷ Cette controverse tient au fait que l'on doute des bienfaits de l'économie de marché. À côté de cette forme d'économie, nous avons l'économie solidaire. Le législateur OHADA, à travers l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives (J.O OHADA n° 23, 15/02/11) l'a prise en compte. Le législateur de l'UEMOA n'est pas en reste avec les règles relatives aux systèmes financiers décentralisés.

mondialisation qui recouvre l'économie de marché produit des effets à l'égard des États qui doivent s'impliquer dans le système au risque d'être contestés, dépassés et submergés⁸.

Quel est le mieux que celui du droit des sociétés commerciales, étant le plus exposé aux effets de la mondialisation⁹ ? Ce dernier, même s'il constitue un tout qui tend à se suffire à lui-même subit néanmoins des influences extérieures¹⁰. Ainsi, lorsque l'environnement se modifie, les sociétés changent aussi soit parce qu'elles s'adaptent à ces changements, soit parce qu'elles ne s'adaptent pas¹¹. Faisons observer que les politiques de création et le développement des entreprises ont toutes maintenant fait place à l'économie libérale, à la loi du marché qui passe déjà par un mouvement général et irrésistible de privatisation¹². C'est dire que les nationalisations ont pris du recul au profit de la privatisation. Devrons-nous parler d'évolution, de révolution ? Les mots ont leur sens et sont variés : replâtrage, réforme (amélioration), modification (restant toujours dans le canevas tracé), bouleversement (transformation radicale). Le professeur Paillusseau nous édifie en ces termes : « dans le premier cas-évolution- la logique organisationnelle

fondamentale subsiste, et les nouvelles règles sont en cohérence avec cette logique. Dans le second, en revanche, l'évolution est telle qu'elle révèle la substitution d'une nouvelle logique organisationnelle à la précédente. »¹³ Donc la révolution est une sorte d'évolution.

Quel est l'impact de la révision de l'AUSCGIE sur la philosophie ou l'esprit du droit des sociétés ? Quels sont les changements notés ? Le législateur OHADA a reçu beaucoup de notions par la révision de l'AUSCGIE. Faisons remarquer que la réception délibérée d'une notion doit toujours satisfaire à deux conditions préalables : il faut, premièrement, que la notion soit saisissable et applicable dans le droit imitateur, deuxièmement, que sa transposition présente un intérêt juridique¹⁴. Relativement au droit OHADA, ces deux conditions semblent être réunies et ces idées nouvelles sont la contractualisation, la *corporate governance*, la règle *comply or explain etc.* C'est dire que l'AUSCGIE révisé est au service de ses utilisateurs (1) que sont en général les praticiens¹⁵, les juristes d'affaires. Une autre remarque qui s'impose c'est que le nouvel Acte uniforme vient bousculer des certitudes et opérer un rapprochement entre des notions, des institutions *a priori* sans rapports (2).

⁸ Pierre BEZARD, « Le droit des sociétés français face aux défis de la mondialisation », (2000) *Revue des sociétés* 55.

⁹ *Ibid.* Pour l'auteur, la mondialisation conduit les États à revoir leur réglementation et les procédures selon lesquelles elle est appliquée. Le droit des sociétés est l'une des réglementations concernées au plus haut point.

¹⁰ Yves GUYON, « L'évolution de l'environnement juridique de la loi du 24 juillet 1966 », (1996) *Revue des sociétés* 501.

¹¹ *Ibid.*

¹² Arlette MARTIN-SERF, « L'instrumentalisation du droit des sociétés », (2002) *R.J.C.*108 (n° 3)

¹³ J. PAILLUSSEAU, préc., note 5, à la p. 571, n° 10.

¹⁴ Yves-Marie LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », (2006) *D.* 1003.

¹⁵ « Ce praticien est un spécialiste. Le spécialiste est, par la force des choses, un modèle mieux apprécié que le généraliste. » : Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial-et retour », *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, préc., note 3, à la p. 930.

1. Des règles au service de leurs utilisateurs

Le droit peut-il être instrumentalisé ? La réponse ne peut qu'être affirmative. En effet, le juriste n'est plus, du moins ne doit plus être un empêcheur de tourner en rond. Il doit faire face à des déserts législatifs, être créatif. Après tout, le droit n'est-il pas une science d'organisation¹⁶ ?

L'instrumentalisation du droit signifie son utilisation¹⁷. Pour Arlette Martin-Serf, l'instrumentalisation du droit des sociétés signifie qu'il évolue, continent par continent, vers un ensemble de règles organisant les types de sociétés et leurs modes de fonctionnement, non plus en fonction de principes directeurs ou a priori intellectuels ou idéologiques, mais dans la perspective délibérée d'attirer, de séduire et de retenir les investisseurs¹⁸. Le droit OHADA s'inscrit dans cette logique et pour ce qui est de la France, il semble que le droit de la concurrence s'inscrit dans cette logique¹⁹.

Dans cette instrumentalisation du droit au service du marché, le droit finit par devenir lui-même instrument financier²⁰.

¹⁶ Jean PAILLUSSEAU, « Le droit est aussi une science d'organisation (et les juristes sont parfois des organisateurs juridique) », (1989) *RTD Com.* 1.

¹⁷ L'expression « utilisateurs du droit » utilisée par : Jean PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », (1993) *RTD Civ.* 705.

¹⁸ A. MARTIN-SERF, préc., note 12, p. 109.

¹⁹ J.-B. BLAISE et F. JENNY, « Le droit de la concurrence, les années récentes : bilan et synthèse », (1995) *Rev. inter. dr. écono.* 91.

²⁰ Voir Alain COURET, « La dimension internationale de la production du droit : l'exemple du droit financier », dans Jean CLAM et Gilles MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 197 et suiv. ; également Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le cadre juridique de la mondialisation des marchés financiers », (1995) *Banque et droit* 46. Voir en tout état de cause, Mireille DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », (1999) *D.* 43.

On arrive donc à une *marketisation* du droit²¹. C'est ce choix qui a été fait par le législateur OHADA en élargissant les techniques de financement. Il ne s'est pas arrêté à ce niveau puisqu'il a permis l'autorégulation des rapports sociaux.

Il est vrai que l'objectif du droit des sociétés a toujours été la protection des associés²², des tiers. Mais, le droit des sociétés n'a pas ignoré les besoins des praticiens à savoir le financement (1.1) et la souplesse (1.2). Comme l'affirme un auteur, nul ne conteste généralement le fait que le droit fournit aux personnes physiques et aux entreprises des moyens d'agir pour la défense de leurs droits²³.

1.1 L'élargissement des mécanismes de financement de la société

Qui de l'économie ou du droit l'emporte dans le cadre de la lutte acharnée pour le pouvoir ? Il semble, au regard d'un auteur qu'on soit passé de rapports de bon voisinage à des rapports conflictuels²⁴.

²¹ Pierre DE MONLIVET, « La « marketisation » du droit – Réflexions sur la concurrence des droits » », (2013) *D.* 2923.

Il s'agit de faire des études de marché sur le droit, tentative d'amélioration pour satisfaire les consommateurs du droit que sont les entreprises.

²² Certains auteurs parlent de « démocratie actionnariale », Voir Véronique MAGNIER, « Nouvelles mesures en faveur de la démocratie actionnariale dans les sociétés cotées, Commentaire du décret n° 2010-684 du 23 juillet 2010, de l'ordonnance n° 2010-1511 du 9 décembre 2010 et du décret n° 2010-169 du 23 décembre 2010 transposant la directive n° 2007/36/CE du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées », (2011) *Revue des sociétés* 267.

²³ Bertrand WARUSFEL, « Intelligence économique et pratiques juridiques », 5 *Revue de l'intelligence économique*, octobre 1999, en ligne : www.droit.univparis5.fr/warufsel/articles/IEpratiques_juridiques_warufsel.pdf, (consulté le 22 août 2015)

²⁴ Louis VOGEL, *L'économie, serviteur ou maître du droit ?*, Paris, Litec, 2004, p. 665.

L'auteur arrive à la conclusion selon laquelle, l'économie est à la fois un instrument et une finalité du droit.

La dialectique du droit et de l'économie ne date pas d'aujourd'hui et constitue même un objet d'étude, pour ne pas dire une philosophie. C'est l'exemple de l'économie du droit ou *Law and Economics* en anglais. C'est une branche de la science économique qui applique ses méthodes et ses cadres conceptuels à l'étude du droit ou des effets économiques et des règles juridiques dans des domaines tels que la responsabilité civile, les contrats, les décisions judiciaires, les modes de règlements des différends, la procédure civile, etc²⁵.

Les techniques de financement d'une société sont nombreuses: il peut s'agir de comptes courants d'associés, de l'appel public à l'épargne ou du prêt bancaire. En droit OHADA, seules les deux premières techniques sont expressément consacrées. Et d'ailleurs, le régime juridique de l'appel public à l'épargne a été redéfini. Désormais, l'on connaît la signification d'une offre au public de valeurs mobilières²⁶, ce qu'elle est et ce qu'elle n'est pas²⁷ et ce qu'est un investisseur qualifié²⁸.

Les techniques traditionnelles de financement à savoir les actions et les

obligations sont consacrées par le législateur OHADA. Il s'agit donc des valeurs mobilières définies comme étant des instruments qui confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès directement ou indirectement à une quotité du capital de la société émettrice, ou à un droit de créance général sur son patrimoine²⁹. Il y a avec l'Acte uniforme révisé, un changement au niveau des alinéas où se trouve la définition des valeurs mobilières. Dans l'ancien Acte uniforme, c'était à l'alinéa second que l'on pouvait percevoir la définition des valeurs mobilières.

À l'article 822 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt économique*, le législateur consacre le régime juridique des valeurs mobilières composées. Une des remarques qui s'impose, c'est qu'il y a une liberté dans la création de ces instruments financiers. Comme le dit un auteur, la diversification des valeurs mobilières est une manifestation du phénomène contractuel³⁰. Cependant pour apprécier les différents titres complexes, il faut examiner l'article 822-14 *in fine*. L'impression qui se dégage c'est que le législateur a préféré d'abord prévoir le régime juridique des valeurs mobilières composées avant d'en déterminer les modalités. Suivant les dispositions de l'Acte uniforme portant sur les sociétés commerciales et GIE, nous avons les obligations convertibles ou remboursables en actions et les obligations échangeables en actions. L'obligation convertible en actions constitue une formule qui permet à un obligataire de devenir actionnaire de la

²⁵ Thierry KIRAT, *Economie du droit*, coll. « Repères », Paris, La Découverte, 2012, p. 3.

²⁶ *Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt économique*, (ci-après « AUSCGIE »), 2014, art. 83. On note un changement de terminologie. L'ancien AUSCGIE utilisait l'expression « titres » à la place de « valeurs mobilières ». Désormais, c'est cette dernière expression qui est consacrée.

²⁷ AUSCGIE, art. 81-1.

²⁸ AUSCGIE, art. 81-2. Il s'agit d'une personne ou d'une entité disposant des compétences et des moyens nécessaires pour appréhender les risques inhérents aux opérations sur les instruments financiers.

²⁹ AUSCGIE, art. 744 al. 4.

³⁰ Hervé CAUSSE, *Les titres négociables-Essai sur le contrat négociable*, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Paris, Litec, 1993, p 23.

société. Elle présente des avantages et des inconvénients. Les avantages s'apprécient tant du côté du souscripteur que de celui de l'émetteur. Du côté du souscripteur, il aura le temps de se faire une opinion sur l'image de la société, tandis que du côté de l'émetteur, il y aura transformation de capitaux d'emprunts en capitaux propres. Les inconvénients de l'obligation convertible en actions pour les dirigeants de la société sont principalement le risque de dilution de leurs pouvoirs du fait de l'entrée en société de nouveaux associés. Relativement à l'obligation échangeable en actions, le tiers souscripteur s'engage aux termes d'une stipulation pour autrui à échanger les actions qu'il détient toutes les fois où le porteur d'une obligation échangeable lui en fait la demande. Dans l'obligation remboursable en actions, le souscripteur espère une valorisation de l'action entre la date d'émission de l'ORA et celle de remboursement de celle-ci. La nature juridique de celle-ci a fait débat. Pour le professeur Yves Guyon, il s'agit d'obligations³¹. Cette analyse est celle retenue par la Cour de cassation française. La conséquence c'est que leur titulaire sera privé du droit de vote. Pour la Cour : « considérant, en résumé, que dans les obligations remboursables en actions, l'obligataire n'est actionnaire qu'à terme, ce qui signifie que les valeurs mobilières dont il s'agit, ont les caractéristiques majeures des obligations et conservent cette nature jusqu'à leur remboursement ».

³¹ Yves GUYON, « Les droits des titulaires d'obligations remboursables en actions », (1995) *La Semaine Juridique*, Édition générale, II. 22522 (n° 43).

Il s'agit de l'affaire *Métrieux International*³². Les actions de préférence constituent, à côté des valeurs mobilières composées, un mécanisme de financement de la société. Seulement, avec leur création, le principe d'égalité s'en trouve menacé. Mais c'est peut-être oublier que l'égalité n'empêche pas que la loi établisse des règles non identiques à l'égard des catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes³³. Toujours est-il que la création des actions de préférence en France a été une demande la pratique. Pour s'en convaincre, voici le rapport du MEDEF : « L'axe majeur de la réforme est une libéralisation de l'émission des valeurs mobilières. Ainsi, des règles générales sont instituées, qui permettront aux acteurs économiques de créer les titres dont ils ont besoin, tout en disposant d'une sécurité juridique quant à leur régime. Dans ce cadre, l'une des innovations les plus importantes est la création de nouveaux titres de capital, appelés « actions de préférence ». Les caractéristiques de ces actions seront librement déterminées par les statuts ou par le contrat. Avec ou sans droit de vote, jouissant de droits particuliers dans la société elle-même mais aussi dans une autre société du groupe, ces actions, qui constituent des titres de capital, peuvent comporter tous les droits souhaités, tels

³² Thierry BONNEAU, « Obligation remboursable en actions », (1995) 1 *Bull. Joly Bourse* 37. Si cet auteur est d'accord avec la décision de la Cour, tel n'est pas le cas de certains.

Voir Henri HOVASSE, « Les obligations remboursables en actions, Droit et gestion de l'entreprise », dans *Mélanges Roger Percereau*, Paris, Vuibert Gestion, 1993, p. 105 et suiv. ; Frédéric PELTIER, « La nature juridique des obligations remboursables en actions », (1992) *JCP*, éd. E, I, n° 155.

³³ « Conseil constitutionnel français », (1982) *Revue des sociétés* 132.

que des droits financiers (dividende ou remboursement prioritaires, priorité sur le boni de liquidation, conversion en actions ordinaires, par exemple) ou politiques (représentation au sein des organes de direction ou de surveillance, droit à l'information renforcé par exemple). Les droits sont entendus au sens générique du terme, et ces actions peuvent donc aussi être dotées d'obligations particulières et faire l'objet de restrictions. Enfin, elles peuvent être converties en actions ordinaires ou en actions de préférence d'une autre catégorie.»³⁴.

Les actions de préférence ont été créées en France par l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004, complétée par le décret d'application n°2005-112 du 10 février 2005. L'article L228-1 du Code de commerce est celui qui consacre le régime juridique des actions de préférence. La réforme à laquelle fait allusion le MEDEF est celle de 2004. Les actions de préférence présentent des avantages certains : du côté de l'émetteur, il y a possibilité de dissocier capital et pouvoir surtout lorsqu'elles sont privées du droit de vote. En outre, il y a un renforcement des capitaux propres ³⁵. Du côté de l'investisseur, il peut privilégier le rendement au détriment du pouvoir³⁶. C'est pourquoi, un auteur a distingué les

associés de passage³⁷ de ceux de contrôle. Ainsi, à la définition de l'associé qui unissait indivisiblement la participation, le vote, le pouvoir et la propriété des parts représentatives du capital, s'est ajoutée, voire s'est substituée, une conception qui tend à dissocier le pouvoir et la valeur³⁸. Le titre qui constate des droits, fussent-ils futurs dans la société, est envisagé en lui-même en tant qu'il est porteur de plus-value potentielle³⁹.

Pour la doctrine majoritaire en France, le critère de l'action de préférence c'est l'altérité (droits différents) et non le privilège (plus de droits). Ces différentes idées sont reproduites par le législateur OHADA qui prévoit le régime juridique des actions de préférence ⁴⁰. Nous examinerons les différentes catégories d'actions de préférence, les modalités de création ainsi que la protection des porteurs d'actions de préférence.

Les actions de préférence sont assorties de droits particuliers qui peuvent être pécuniaires ou pas. Quant à leur création, elles sont instituées par l'assemblée générale extraordinaire lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale. Les porteurs d'actions de préférence sont protégés puisqu'ils peuvent se réunir en une masse, demander aux commissaires aux comptes d'établir un rapport spécial établissant que leurs droits sont protégés, échanger des actions de préférence contre d'autres actions de même nature de la société

³⁴ « Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale », *JORF*, 2004.13577.

³⁵ MEDEF, « *Les actions de préférence, propositions du Medef pour une modernisation du droit des valeurs mobilières* », 2001.2

³⁶ Voir Philippe RAIMBOURG et Martine BOIZARD (DIR.), *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, 2^e éd., Paris, Dalloz Action, 2009.

³⁷ Jean-Pierre GASTAUD, « L'associé de passage... ou l'intéressement du créateur d'entreprise et des salariés (stock options et bons de croissance) », dans *Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat, Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2000, p. 267.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ AUSCGIE, art. 778-1

bénéficiaire du transfert de propriété en cas de fusion ou de scission. Cependant, tout n'est pas permis en matière d'actions de préférence. Ainsi, l'aménagement du droit de vote n'est pas indéterminé ; de même que sa suspension⁴¹. Cette limite tient à la nature fondamentale de ce droit politique qui permet à l'actionnaire de prendre part à la vie sociale. En outre, les actions de préférence sans droit de vote ne peuvent représenter plus de la moitié du capital social si la société n'est pas cotée et plus du quart (1/4) si la société est cotée en bourse. L'élargissement des techniques de financement n'est pas la seule manifestation de l'évolution du droit des sociétés. Au-delà, il y a l'autorégulation des rapports sociaux.

1.2 L'autorégulation des rapports sociétaires

L'ordre public sociétaire est toujours d'actualité dans l'AUSCGIE malgré le changement de contenu de l'article 2 de l'AUSCGIE. En effet, si l'article 2 de l'ancien Acte uniforme relatif au droit des sociétés disposait que « les dispositions du présent Acte uniforme sont d'ordre public », la nouvelle rédaction de cette disposition prévoit que : « les statuts de la société commerciale et du groupement d'intérêt économique ne peuvent déroger aux dispositions du présent acte uniforme. »⁴² Cet article traduit la suprématie de l'Acte uniforme sur la volonté des associés. C'est pourquoi, seul le législateur OHADA est à même de permettre aux associés de le remplacer ou de compléter par des clauses statutaires l'AUSCGIE. Ce qu'il y a lieu cependant de rappeler, c'est l'existence d'une sorte de pyramide des dispositions. En effet, si les pactes extrastatutaires doivent être

conformes aux statuts, ceux-ci ne doivent être en déphasage avec l'AUSCGIE.

Cette pyramide des dispositions est prévue à l'article 2-1, disposition qui consacre de façon expresse les conventions extrastatutaires. L'objet de celles-ci c'est d'organiser :

- Les relations entre associés
- La composition des organes sociaux
- La conduite des affaires de la société
- L'accès au capital social
- La transmission des titres sociaux

La remarque qui s'impose c'est que le législateur OHADA ne nous renseigne guère sur les formes que doit prendre cette organisation. C'est laisser donc libre cours à l'imagination des praticiens.

Seulement, certaines conventions extrastatutaires sont prévues par la loi. En effet, l'article 765 AUSCGIE qui dispose que « nonobstant le principe de la libre transmissibilité énoncée à l'article 764 ci-dessus, les statuts ou les conventions mentionnées à l'article 2-1 ci-dessus peuvent stipuler certaines limitations à la transmission des actions dans les conditions prévues aux articles 765-1 à 771-3 ci-après ». C'est dire que les clauses d'inaliénabilité peuvent être trouvées aussi bien dans les statuts que dans les pactes d'associés. Cela est également valable pour les clauses de préemption⁴³. Nous sommes donc en présence de conventions extrastatutaires légales et de conventions extrastatutaires qui ne le sont pas. À cet égard, nous pouvons citer à titre d'exemple les clauses de sortie. Celles-ci prennent plusieurs formes : les clauses d'entraînement (*tag along*) ou les clauses de sortie conjointe.

Dans le premier cas, les associés majoritaires obligent les actionnaires

⁴¹ AUSCGIE, art. 778-1 al. 3.

⁴² AUSCGIE, art.2.

⁴³ AUSCGIE, art. 771-3.

minoritaires à céder leurs actions. Dans le second cas, les associés minoritaires obligent l'associé cédant à obtenir de l'acquéreur ou cessionnaire, le rachat de leurs actions aux mêmes conditions que celles proposées au cédant. Parmi les clauses de sortie, nous avons la clause *buy or sell*. On dit d'elle que c'est une arme à double tranchant, car elle peut se retourner contre son initiateur⁴⁴. Le mécanisme est le suivant : un associé propose à un autre de lui acheter ses parts à un certain prix. Si ce dernier refuse, il demeure tenu de vendre ses parts aux conditions proposées par le premier associé. Déjà dans les années 1960⁴⁵, la clause *buy or sell* était connue aux États-Unis. En France, la doctrine n'y a prêté attention que dans les années 1990. Son domaine de prédilection concerne les *joint-ventures* et les filiales communes. Il s'agit d'une technique souple de résolution des conflits au sein de la société surtout lorsque les associés détiennent chacun la moitié des parts ou actions. Les pactes d'actionnaires mettent en évidence les rapports que peuvent entretenir deux types de normes : le droit des contrats et le droit des sociétés. La première catégorie de règles peut être au service de la seconde. Le droit des sociétés est au service de ses utilisateurs. Cela ne fait l'ombre d'aucun doute. Ce qui est également certain c'est la remise en cause de la distinction de certaines catégories juridiques en la matière que l'on croyait pourtant bien établies.

⁴⁴ Sophie SCHILLER et Hugues DIENER, « Les clauses d'offre alternative », (2002) *Dr. Sociétés, Actes pratiques* 32.

⁴⁵ X., « Notes – joint ventures corporations: drafting the corporate papers », (1964) *Harvard Law Review* 393. 421, cité par Jean-Mathieu JONET et Marie ÉVRARD, *Joint ventures : des noces au divorce*, Paris, Larcier, 2006, p. 83.

2. Une ligne de démarcation entre certaines catégories juridiques de plus en plus ténue

Le juriste est habitué à la distinction en vue de pouvoir tirer des conséquences de celle-ci notamment par l'application de règles différentes au besoin. En droit des sociétés, il y a plusieurs distinctions. Les plus en vue sont les sociétés dans lesquelles l'*intuitu personae* est très important et celles où il l'est moins. On sent un rapprochement progressif entre ces différentes sociétés (2.1), de même que la différence entre le capital et le travail s'estompe de plus en plus (2.2).

2.1 Un rapprochement progressif des différentes sociétés

Aux termes de l'article 6 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés, les sociétés commerciales par la forme sont les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés par actions notamment les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées.

On a toujours opposé en droit des sociétés commerciales, les sociétés de personnes aux sociétés de capitaux. Le critère de distinction exhibé c'est l'*intuitu personae* qui est plus accentué dans les premiers types de sociétés. On a coutume également de dire que dans les sociétés de personnes, la liberté contractuelle est plus marquée que dans les secondes.

Cette conception est très relative de nos jours. Comme le dit Madame Pascual : « pour autant, déduire de ces définitions, que la prise en considération de la qualité des personnes est absente des sociétés de capitaux, serait quelque peu hâtif. En effet, l'utilisation de plus en plus fréquente de clauses d'agrément et autres procédés tendant au même but, ne permet plus de nier l'existence de l'*intuitu personae* dans les sociétés de capitaux. Les

actionnaires cherchent, par le biais des techniques juridiques, à introduire une prise en considération de la personne qui, en principe, devrait se trouver exclue de leur société. Or, dans le même temps, il s'avère que les sociétés de personnes qui, par définition, reposent sur l'*intuitu personae*, cherchent à réduire, voire éliminer les effets consécutifs à la prise en considération de la personne »⁴⁶.

En effet, la présence des clauses diverses dans les sociétés anonymes telles que les clauses d'inaliénabilité ⁴⁷ ou de préemption traduit l'existence de l'*intuitu personae* dans les sociétés de capitaux.

Dans les sociétés de personnes, le législateur n'avait ni autorisé, ni interdit de façon expresse la présence obligatoire du commissaire aux comptes. Par rapport à cette dernière hypothèse à savoir l'exclusion de la présence du commissaire aux comptes, nous pouvons citer le mécanisme de l'alerte d'autant que le législateur précise l'alerte par le commissaire aux comptes dans les sociétés autres que les sociétés anonymes. Avec l'Acte uniforme révisé, on sait que lorsque certaines conditions sont réunies, la présence d'un commissaire aux comptes est obligatoire dans les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple.

Il s'agit du total du bilan supérieur à deux cent cinquante millions (250.000.000) de francs CFA, du chiffre d'affaires annuel supérieur à cinq cent millions (500.000.000) de francs CFA, de l'effectif permanent supérieur à 50 personnes. Il faut qu'au moins deux des conditions précitées soient réunies. Au niveau de la SARL et de la SAS, ce sont les mêmes

critères de désignation qui sont utilisés. La différence intervient au niveau du montant total du bilan qui doit être supérieur à cent vingt-cinq millions de francs CFA, du montant du chiffre d'affaire annuel qui est supérieur à deux cent cinquante millions (250.000.000) de francs CFA.

La distinction titre au porteur et titre nominatif est traditionnelle. Mais avec la dématérialisation des valeurs mobilières, elle a tendance à perdre de son importance. En effet, selon l'article 744-1 AUSCGIE, les valeurs mobilières, quelles que soient leurs formes, doivent être inscrites en compte au nom de leur propriétaire. Elles se transmettent par virement de compte en compte. Or l'ancien Acte uniforme disait des actions au porteur qu'elles étaient transmissibles par tradition que si la société ne choisit pas l'appel public à l'épargne. Donc, la dématérialisation facultative n'existait que pour les sociétés qui font appel à l'appel public à l'épargne.

Avec l'article 746 AUSCGIE, on remarque que l'on peut passer d'actionnaire ou d'obligataire non identifié à actionnaire ou obligataire identifié. Cependant, le titre au porteur peut être évité puisque la forme exclusivement nominative peut être imposée soit les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE. En France, les titulaires de titres au porteur peuvent être identifiés⁴⁸. C'est ce qu'affirme l'article L228-2 du Code de commerce.

Avec les valeurs mobilières composées, la distinction entre des actions et des obligations devient relative puisque l'on peut passer d'obligataire à actionnaire,

⁴⁶ Isabelle PASCUAL, « La prise en compte de la personne physique dans le droit des sociétés », (1998) *RTDC* 273.

⁴⁷ AUSCGIE, art. 765-1.

⁴⁸ Bernard SAINTOURENS, « Simplification, version 2014, du droit des sociétés : premier aperçu après la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 », (2014) *Revue des sociétés* 151.

même si un titre de capital ne peut être converti en titre de créances et ce, en vertu de la préservation du principe de fixité du capital social. La révocation *ad nutum* ne s'envisageait que dans les sociétés anonymes. C'est toujours le cas certes, mais avec quelques changements puisque « le juste motif » est désormais consacré dans le régime juridique applicable à la société anonyme. Il y a donc un rétrécissement de la catégorie de dirigeants révocable *ad nutum*. Cette situation permet de pronostiquer qu'à terme une unification du statut des dirigeants de sociétés pourrait intervenir de façon à ne plus avoir que des dirigeants révocables pour justes motifs, quitte à laisser aux statuts la liberté d'aménager les modalités de cette révocation⁴⁹.

Au-delà de la réduction de la distinction sociétés de personnes et sociétés de capitaux, il y a celle de la distinction capitale et travail.

2.2 L'option pour une démarche inclusive par l'amenuisement de la distinction capital/travail

L'antagonisme le plus évident est celui du capital et du travail dont on ne doit pas oublier qu'il naît ou se développe avec la grande entreprise⁵⁰. L'entreprise est une unité de décisions économiques qui utilise le capital et le travail pour produire des biens et services dans un but de profitabilité⁵¹. L'entreprise doit faire face à plusieurs intérêts catégoriels. En effet,

malgré le débat sur l'intérêt social à savoir quelle est la raison d'être de la société commerciale, il ne fait l'ombre d'aucun doute qu'il faudrait avoir une conception large de celui-ci. Pour reprendre un auteur : « à réalité économique et sociale complexe, droit complexe. »⁵² C'est ainsi que selon cet auteur, on est en train de passer d'un droit des sociétés tendant vers la réalisation de l'intérêt social à un droit tirillé par le souci de satisfaire l'intérêt commun, l'intérêt de la société, l'intérêt des salariés ainsi l'intérêt du marché financier⁵³. L'opposition dont parlait le professeur Gérard Farjat tend à être dépassée. En France, en 1981, G. Lyon-Caen écrivait : « l'actionnariat salarié se développe entièrement en marge du régime juridique du salaire lequel est d'abord un revenu [...] Le salarié n'est plus traité comme un prestataire de travail mais comme un épargnant. La qualification de salaire n'est plus à sa place. »⁵⁴ Cette situation, n'emporte pas l'adhésion de tous, et même de certains hommes politiques⁵⁵.

⁵² Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Le législateur des procédures collectives et ses échecs*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2000, p. 115 (n° 22).

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Marie-Cécile ESCANDE-VARNIOL, « Salaire (Définition-Formes) », (2014) *Répertoire de droit du travail*, n°408.

⁵⁵ C'est l'exemple du Président Nicolas Sarkozy : « je n'hésite pas à dire que les modes de rémunération des dirigeants doivent être encadrés. Il y a trop d'abus, trop de scandales... Les dirigeants ne doivent pas avoir le statut de mandataire social et bénéficier en même temps des garanties liées à un contrat de travail. Ils ne doivent pas recevoir d'actions gratuites. Leur rémunération doit être indexée sur les performances économiques réelles de l'entreprise. Ils ne doivent pas pouvoir prétendre à un parachute doré lorsqu'ils ont commis des fautes ou mis leur entreprise en difficulté. Et si les dirigeants sont intéressés au résultat, les autres salariés doivent l'être aussi. S'ils ont des stock-options, les autres salariés doivent en avoir aussi ou à défaut

⁴⁹ François-Xavier LUCAS, « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », dans Rémy CABRILLAC Marie-Anne FRISON-ROCHE Thierry REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 15^e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 837 (n° 1122).

⁵⁰ Gérard FARJAT, *Droit économique*, 2^e éd., Paris, PUF, 1971, p. 93.

⁵¹ Grégoire BAKANDEJA WA MPUNGU, « L'internationalisation des échanges et le droit OHADA » (2010) *Revue Lamy* 82 (n° 67).

En effet, la participation des salariés à la vie de l'entreprise peut se faire de plusieurs manières. Il peut s'agir d'une participation aux résultats, à la gestion ou au capital de la société. Dans la première modalité, l'intéressement aux bénéficiaires signifie attribuer une partie du bénéfice aux salariés. Dans la seconde modalité, il s'agit de l'actionnariat salarié. Seule cette dernière est prévue par le législateur de l'OHADA. L'intérêt de cet actionnariat salarié est triple. Outre qu'il favorise une certaine paix sociale, il favorise l'augmentation des revenus des salariés tout en stimulant la compétitivité de l'entreprise. Il garantit encore une stabilité de direction appréciable⁵⁶. Faisons observer que le salarié n'avait jamais été exclu de la gestion de la société et ce, en vertu de plusieurs raisons, dont au moins deux : d'abord la place des salariés dans les conseils d'administration, ensuite la possibilité pour un dirigeant de cumuler son mandat avec un contrat de travail. L'article 417 de l'ancien Acte uniforme relatif au droit des sociétés disposait que le conseil d'administration pouvait comprendre dans la limite du tiers des membres qui ne sont pas actionnaires. Avec l'Acte uniforme révisé, cette disposition a été réécrite dans le sens d'une plus grande implication des administrateurs. Ainsi, libres aux actionnaires d'imposer que

bénéficier d'un système d'intéressement...Voilà quelques principes simples qui relèvent du bon sens et de la morale élémentaire sur lesquels je ne céderai pas... Les dirigeants perçoivent des rémunérations élevées parce qu'ils ont de lourdes responsabilités. Mais on ne peut pas vouloir être très bien payé et ne pas vouloir assumer ses responsabilités.» Propos relayés par Philippe PORTIER, « Commentaires sur les recommandations du MEDEF et de l'AFEP sur les parachutes dorés », (2008) *La semaine juridique sociale* 1626 (n° 49).

⁵⁶ Arnaud LECOURT, « *Le capital social* », (2015) 234 *Répertoire de droit des sociétés*.

chaque administrateur soit titulaire d'actions déterminées. Il s'agit d'une mesure d'homogénéisation de la qualité des administrateurs ou d'une fidélisation de ceux-ci en vue de leur permettre de bien jouer leur rôle. L'article 417 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés révisé précise que cette disposition ne s'applique pas dans les cas des salariés nommés administrateurs. Dit autrement, on ne peut imposer aux salariés d'être titulaires d'un nombre déterminé d'actions.

L'administrateur peut cumuler son mandat avec un contrat de travail à condition que celui-ci corresponde à un emploi effectif. À défaut de précision par le législateur de l'OHADA de ce qu'il faut entendre par « *emploi effectif* », il faut se référer à la doctrine ou à la jurisprudence. Or, nous savons bien qu'un emploi est effectif par sa différence d'avec le mandat, sa spécificité et le fait que le dirigeant reçoive de la société des ordres à exécuter. Avec l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales révisé, le régime de l'attribution gratuite d'actions a été consacré de façon expresse. Il a pour siège l'article 626-1. Mais il faut partir de l'article 639 qui interdit le rachat par la société de ses propres actions sous réserve par exemple de les attribuer à ses salariés entre autres. Mais le droit OHADA ne consacre pas les *stocks options*. Il s'agit moins d'instituer un pouvoir salarial dans la direction de l'entreprise par le biais d'une immixtion sociétaire, ce qui relève d'une vision idéologique, aujourd'hui en voie d'abandon, que de permettre à partir d'une approche utilitaire et fonctionnelle du droit des sociétés, à des salariés et mandataires sociaux, tout en conservant leur statut premier d'accéder à un gain spéculatif en capital⁵⁷.

⁵⁷ J.-P. GASTAUD, préc., note 37, p. 268.

Conclusion

Nous terminerons notre propos par cette citation de Dennis Kesser qui nous permettra de savoir sous quel prisme appréhender le droit des sociétés OHADA. Selon cet auteur : « le droit est-il autre chose qu'un outil, au service d'un but, d'un objectif ? N'avons-nous pas à réfléchir à la façon de conquérir des marchés, aux moyens d'attirer des investisseurs en France, plutôt qu'à nous interroger sur la beauté des concepts juridiques français ? Dans le domaine des affaires, la conservation de beaux raisonnements, de belles réflexions, du beau droit, est-ce le sujet ? Ne s'agirait-il pas plutôt de savoir comment faire pour que l'économie française fonctionne aussi bien que possible, dans l'intérêt de ceux qui doivent prendre les décisions et dans celui du pays tout entier ? »⁵⁸

Et l'auteur de poursuivre : « il ne s'agit pas uniquement de garder des personnes fortunées en France, mais d'attirer des sièges sociaux, des équipes de chercheurs ou de services. Nous ne sommes même pas dans une situation de neutralité. Il faudra un jour mettre en œuvre une véritable stratégie qui consistera à faire que notre pays soit considéré dans l'ensemble du monde comme un endroit dans lequel il fait bon vivre et gagner de l'argent. »⁵⁹.

Il faudra, à notre avis, remplacer la France par les pays membres de l'OHADA, pour montrer que cette assertion peut y avoir droit de cité. Nous assistons à une « *financiarisation* » du droit des sociétés à

la faveur de la réforme⁶⁰. Toujours est-il que droit des sociétés, droit des contrats et droit du travail, ne sont plus des disciplines qui s'ignorent ; tous concourent au bon fonctionnement de la société.

⁵⁸ Denis KESSLER, « Comment les entreprises intègrent-elles désormais dans leur stratégie les contextes juridiques dans lesquels elles évoluent ? », (2000) *Les Petites Affiches* 51 (n° 139)
⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Charley HANNOUN, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », (2008) 1 *Rev. dr. trav.* 288.