

La désolidarisation entre participation au capital social et source du pouvoir en droit OHADA

Alain Kenmogne Simo

Table des matières

Introduction

1. La possibilité de participer au capital social sans avoir le pouvoir dans la société
 - 1.1 De l'absence de droit de vote essentiellement à titre de sanction vers l'absence de droit de vote voulue
 - 1.2. L'appréciation de l'évolution de l'absence de droit de vote à titre de sanction vers l'absence de droit de vote voulue
2. La possibilité d'avoir le pouvoir au sein de la société sans avoir participé à son capital
 - 2.1. Les personnes se trouvant au sein de la société
 - 2.2. Les personnes extérieures à la société

Conclusion

Résumé

L'exercice d'une activité économique par un groupement de personnes ne peut se faire de manière harmonieuse que si les personnes qui composent le groupement sont traitées de manière équitable. Mais si la recherche de l'équité de traitement constitue ainsi une nécessité dans les contrats de groupement, elle ne se traduit pas toujours de la même manière. C'est ainsi que dans certains contrats de groupement, elle s'exprime par le principe d'égalité (c'est le cas des sociétés coopératives avec le principe « une personne, une voix ») alors que dans d'autres, elle s'exprime plutôt par le principe de proportionnalité (c'est le cas des sociétés commerciales avec le principe « une part, une voix»). De ce dernier principe, il découle que le nombre de voix de chaque associé est proportionnel au nombre de parts ou actions qu'il possède. Ce dont on déduisait logiquement qu'il n'est possible d'avoir le pouvoir dans une société que si l'on a participé à la constitution de son capital. Autrement dit, la participation au capital d'une société apparaissait comme la condition d'acquisition du pouvoir au sein de celle-ci ; elle était donc la source du pouvoir. Dès que l'on participait au capital d'une société, on y avait le pouvoir et, à l'inverse, si l'on n'avait pas participé au capital de la société, on n'y avait pas de pouvoir.

Mais, pour diverses raisons, ce principe connaît de plus en plus des dérogations au point où il est possible de parler aujourd'hui de désolidarisation entre participation au capital et source du pouvoir.

Le présent article entend prendre la mesure de ce mouvement de détachement du pouvoir au sein de la société de la participation à son capital et l'analyser dans le cadre du droit OHADA.

Professeur, Université Yaoundé II, Cameroun. L'auteur tient à adresser ses remerciements aux organisateurs du colloque ayant donné lieu aux présents actes. Ce fut une occasion d'échanges très enrichissants.

Introduction

Aux termes de l'article 61 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* (ci-après « AUDSCGIE »), toute société doit avoir un capital social qui est indiqué dans ses statuts. Cette disposition qui consacre la nécessité du capital social laisse sous-entendre que celui-ci est d'une très grande importance. Traditionnellement, il est présenté comme jouant essentiellement deux fonctions sur le plan juridique : une fonction de répartition des prérogatives entre associés et une fonction de garantie des créanciers sociaux. En ce qui concerne cette dernière fonction, ses manifestations sont assez nombreuses : exigence d'un capital minimum pour certaines sociétés en raison de leur forme ou de leur objet¹, protection du capital par l'exigence de sa réalité et de sa fixité... Mais aujourd'hui, il est possible de noter dans certains pays un mouvement susceptible de laisser croire qu'il y a un recul de cette fonction : la facilitation de la modification du capital, l'existence de sociétés à capital zéro, la suppression de l'exigence du capital minimum ou l'abaissement de son niveau pour certaines formes de société... Pour la SARL, le législateur OHADA a presque cédé à cette mode : le nouvel article 311 donne la possibilité aux législateurs nationaux de prévoir un niveau minimum contraire à celui qu'il institue².

¹ AUDSCGIE, art. 65 al. 2. Pour ces sociétés, lorsque le capital n'atteint pas le minimum fixé, la société ne peut être valablement constituée et si c'est au cours de leur fonctionnement que leur capital passe en deçà du minimum légal, si son capital n'est pas augmenté au niveau du seuil minimum, la société doit être dissoute.

² Le projet de réforme prévoyait de ramener le minimum d'un million de francs CFA à 100 000FCFA de manière à faciliter la création des sociétés. Mais cette proposition n'ayant pas reçu

Comme dans d'autres pays, la fonction de garantie des créanciers sociaux semble donc de plus en plus relativisée³. Si tel est le cas pour cette fonction, qu'en est-il de sa fonction de répartition des prérogatives au sein de la société ?

À ce sujet, il est admis depuis longtemps que la participation au capital d'une société donne deux types de prérogatives : d'une part des prérogatives pécuniaires et, d'autre part, des prérogatives extra-pécuniaires ou politiques. S'agissant de ces dernières, elles consistent essentiellement au droit de prendre part aux assemblées générales et au vote des décisions collectives⁴. De ce fait, elles donnent à l'associé un certain pouvoir au sein de la société⁵, c'est-à-dire la capacité d'y exercer une certaine influence, voire une influence certaine.

Classiquement, cette deuxième fonction était traduite par l'idée que participer au capital d'une société est non seulement la

l'adhésion unanime des pays membres, la rédaction finale a laissé le choix à chacun des pays membres d'apprécier l'utilité de réduire le niveau du capital minimum de la SARL.

³ Guillaume SERRA, « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? », (1^{er} juillet 2004) 7 *Bull. Joly sociétés* 915 ; actes du colloque « Le capital social, grandeur ou décadence ? », (novembre 1987) *RJ com.*, numéro spécial.

⁴ Selon l'article 125 AUDSCGIE, « Sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, tout associé a le droit de participer aux votes des décisions collectives ».

⁵ Afin d'éviter tout risque de confusion, nous préférons l'expression pouvoir au sein de la société à pouvoir social. Sur cette dernière notion, voir, notamment, Jean LHOMME, « La notion de pouvoir social », (1959) 10-4 *Revue économique* 481-500 ; Robert Morrison MacIVER, *The Web of Government*, New York : The Macmillan Company, 1947, p. 82 et suiv. ; Bertrand DE JOUVENEL, *Du pouvoir ; histoire naturelle de sa croissance*, Paris, Hachette, 1945, p. 162.

source ou la condition du pouvoir dans celle-ci, mais aussi la mesure de ce pouvoir. En ce qui concerne le deuxième aspect ⁶, malgré la consécration du principe de proportionnalité⁷, il y avait déjà dans le droit OHADA des éléments de relativisation puisque la participation au capital social pouvait être inférieure ou supérieure au pouvoir de l'associé dans la société. C'est ainsi que le titulaire d'actions ayant un droit de vote double pouvait avoir plus de pouvoir que sa participation au capital. De même, lorsque les statuts avaient limité le nombre de voix dont chaque actionnaire pouvait disposer dans les assemblées, la participation d'un actionnaire au capital pouvait être supérieure à son pouvoir au sein de la société (article 543 al. 2).

Dans l'ancienne version de l'Acte uniforme, la participation au capital d'une société pouvait donc ne pas être la mesure du pouvoir que l'on y exerce. Par contre, sa fonction de condition même de l'acquisition du pouvoir au sein de la société semblait plus affirmée. Quelle est la situation actuelle ? Autrement dit, à la lumière des réformes opérées par le législateur OHADA, peut-on encore affirmer que la participation au capital de la société est une condition pour y exercer une influence ? Traditionnellement, cela signifiait deux choses : premièrement, que lorsque l'on a participé au capital d'une société, on y a nécessairement de l'influence et, deuxièmement, que lorsque l'on n'y a pas participé, on n'y exerce aucune influence. Aujourd'hui, l'analyse permet de constater que par rapport à l'une et l'autre affirmation, cela n'est plus vrai. En effet, lorsque l'on examine les

⁶ Sur les atteintes subies par ces prérogatives en droit OHADA, voir dans ce numéro, S. NGAMALEU DJUIKO, « Les prérogatives non pécuniaires de l'associé dans le droit OHADA ».

⁷ Cf. articles 54 al. 1, 129, 543 al. 1, 573 al. 2, 751.

textes actuels du droit OHADA, notamment la nouvelle version de l'AUDSCGIE, il est aisé de remarquer non seulement qu'il est possible de participer au capital sans avoir le pouvoir (1), à l'inverse, qu'il est possible d'avoir le pouvoir sans avoir participé au capital (2).

1. La possibilité de participer au capital social sans avoir le pouvoir dans la société

Il s'agit de la question du capital muet, c'est-à-dire du capital qui ne donne pas de droit de vote. Cette question a connu une évolution dans le droit OHADA. On est passé d'une conception où l'absence de droit de vote ne pouvait être que le fait d'une sanction à une conception dans laquelle elle peut être voulue.

1.1 De l'absence de droit de vote essentiellement à titre de sanction à l'absence de droit de vote volontaire

A l'origine, dans le droit des sociétés OHADA, la sacralité du droit de vote faisait en sorte que les titres sociaux ne pouvaient en être dépourvus qu'à titre de sanction : sanction de la non cession en cas de violation du seuil de participation croisée (articles 177 al. 3 et 178 al. 3)⁸,

⁸ Article 177 : « Une société anonyme ou une société à responsabilité limitée ne peut posséder d'actions ou de parts sociales d'une autre société si celle-ci détient une fraction de son capital supérieure à dix pour cent.

À défaut d'accord entre les sociétés intéressées pour régulariser la situation, celle qui détient la fraction la plus faible du capital de l'autre doit céder ses actions ou ses parts sociales. Si les participations réciproques sont de même importance, chacune des sociétés doit réduire la sienne, de telle sorte qu'elle n'excède pas dix pour cent du capital de l'autre. »

Jusqu'à leur cession effective, les actions ou les parts sociales à céder sont privées du droit de vote et du paiement des dividendes y attachés.

Article 178 : « Si une société, autre qu'une société anonyme ou une société à responsabilité limitée a, parmi ses associés, une société anonyme ou une

sanction du rachat de ses actions par la société (l'article 542 dispose clairement que les actions rachetées sont dépourvues de droit de vote et qu'il ne peut en être tenu compte pour le calcul du quorum⁹) et sanction du défaut de libération (article 775 al. 2¹⁰).

Il apparaît clairement de ces dispositions que l'absence de droit de vote était conçue chez le législateur OHADA originaire comme étant essentiellement une sanction. Certes, en ce qui concerne les sociétés anonymes, deux dispositions pouvaient aboutir à priver des actions de leur droit de vote sans que cela soit rattachable à une quelconque idée de sanction, mais plutôt à l'idée de faciliter ou de rendre plus efficace le fonctionnement des assemblées générales. Il s'agit de l'article 543 qui disposait dans son alinéa 2 que « les statuts peuvent limiter le nombre de voix

société à responsabilité limitée détenant une participation à son capital supérieure à dix pour cent, elle ne peut détenir d'actions ou de parts sociales de cette société.

Au cas où la participation de la société anonyme ou de la société à responsabilité limitée dans la société serait égale ou inférieure à dix pour cent, elle ne peut détenir plus de dix pour cent du capital de la société anonyme ou de la société à responsabilité limitée. »

Dans les deux cas prévus au présent article, si la société autre que la société anonyme ou la société à responsabilité limitée possède déjà des titres de cette société anonyme ou société à responsabilité limitée, elle doit les céder. Jusqu'à leur cession effective, les actions ou les parts sociales à céder sont privées du droit de vote et du paiement des dividendes y attachés.

⁹ Or, le rachat de ses actions par une société n'est admis que de manière exceptionnelle (*cf.* art. 639 et suiv.).

¹⁰ Ici également, il ne s'agit pas véritablement d'actions sans droit de vote puisque celui-ci n'est supprimé que temporairement : en effet, même si les textes ne le disaient pas, le droit de vote est rétabli si les actions sont vendues ou si elles sont finalement libérées.

dont chaque actionnaire dispose dans les assemblées, à condition que cette limitation soit imposée à toutes les actions sans distinction de catégorie ». S'il est clair que cette limitation peut aboutir à neutraliser le droit de vote attaché à certaines actions, il ne faudrait pas en déduire que ces dernières sont des actions sans droit de vote puisque, s'il arrivait que l'associé détenteur cède une partie de ses actions jusqu'à retomber en deçà de la limite de blocage, les actions dont le droit de vote était neutralisé retrouveraient leur droit de vote.

L'ancien article 548 disposait dans son alinéa 2 que « les statuts peuvent exiger un nombre minimal d'actions, sans que celui-ci puisse être supérieur à dix, pour ouvrir le droit de participer aux assemblées générales ordinaires ». Étant donné que pour prendre part au vote, il faudrait déjà avoir le droit de participer aux assemblées, il est possible de considérer que cette disposition pouvait aboutir à priver des actionnaires de leur droit de vote sans que cela soit à titre de sanction¹¹. Néanmoins, il faudrait noter que non seulement la disposition ne concernait expressément que les assemblées ordinaires¹², mais aussi, et surtout, les actionnaires concernés pouvaient se réunir pour atteindre le seuil prévu par les statuts et se faire représenter par l'un d'entre eux. Or, dès que le seuil statutaire est atteint, toutes

¹¹ Il convient de noter que cette disposition ne figure plus dans le nouvel AUDSCGIE.

¹² L'article 552 était encore plus précis car il disposait que « Tout actionnaire peut participer aux assemblées générales extraordinaires *sans qu'une limitation de voix puisse lui être opposée* ». Le nouvel article 552 reprend cette règle alors que la réforme ne prévoit plus explicitement la possibilité de conditionner la participation aux assemblées générales par la détention d'un nombre minimal d'actions.

les actions retrouvent leur droit de vote. Il ne s'agit donc pas, à proprement parler, d'actions sans droit de vote puisque ces dernières conservent leur « infériorité », même lorsqu'elles sont transmises ; seule la conversion en actions d'une autre catégorie (notamment en actions ordinaires) peut leur permettre de recouvrer le droit de vote.

En dehors des dispositions susceptibles de priver des actions de leur droit de vote à titre de sanction, il existe d'autres cas de privation (temporaire ou provisoire) du droit de vote mais qui ne doivent pas être confondus avec l'hypothèse des actions sans droit de vote qui sont créées par les actionnaires eux-mêmes. Depuis la réforme, il est désormais possible pour les actionnaires de créer de véritables actions sans droit de vote en décidant eux-mêmes que certaines actions seront privées du droit de vote. Dans ce cas, bien qu'ayant pris part au capital de la société, les détenteurs de ce type d'actions n'ont pas d'influence sur la marche de la société, à moins de disposer d'autres actions donnant droit au vote.

Au sujet des véritables actions sans droit de vote, si leur admission en droit OHADA pouvait être discutée, elle ne fait plus l'ombre d'aucun doute maintenant. En effet, dans l'ancienne version de l'AUDSCGIE, même si le législateur prévoyait la possibilité de déroger au principe de la proportionnalité entre participation au capital et droit de vote, cela n'était admis que dans les hypothèses permises par l'AUDSCGIE. Or, lorsqu'on parcourait ce texte, on y rencontrait des dispositions autorisant explicitement un droit de vote supérieur à la participation du capital, mais pas de dispositions autorisant des actions sans droit de vote. Aujourd'hui, l'article 778-1 dispose clairement que « lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il

peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent ».

Que peut-on penser de cette évolution d'une absence de droit de vote essentiellement conçue comme sanction à une absence de droit vote voulue ?

1.2 L'appréciation de l'évolution d'une absence de droit de vote à titre de sanction à une absence de droit vote voulue

Pour exprimer un jugement de valeur sur ce passage d'une absence de droit de vote-sanction à une absence de droit de vote choisie, il convient au préalable de rechercher l'intérêt et les dangers de ce type d'actions.

En ce qui concerne leurs dangers, comme pour tout type de capital muet, les actions sans droit de vote (ASDV) risquent d'empêcher à leurs titulaires d'influer sur la marche de la société et, surtout, de contrôler la gestion confiée aux dirigeants. Vu sous cet angle, compte tenu du déficit de contrôle de la gestion des sociétés dans les pays membres de l'OHADA, il est possible de penser que le législateur avait eu raison de ne pas les consacrer à l'origine. Mais ces actions ne présentent-elles pas des intérêts justifiant une position inverse ?

Il est admis que les actions sans droit de vote permettent une augmentation des fonds propres sans dilution du pouvoir. Etant donné que la plupart des sociétés présentes dans l'espace géographique OHADA sont des PME/PMI, voire des sociétés familiales dans lesquelles le problème d'insuffisance de fonds propres est criard et la peur de perdre le pouvoir quasi-obsessionnelle, l'évolution survenue en droit OHADA peut alors apparaître plutôt bienvenue puisqu'avec les actions sans droit de vote, les promoteurs

pourront disposer de capitaux sans risquer de perdre le contrôle de leur affaire. Pour que ces actions soient attractives, ils devront juste être disposés à consentir des avantages aux souscripteurs de ce type d'actions¹³.

Avant la réforme, la seule possibilité qui s'offrait à ces sociétés risquait d'être le recours aux certificats d'investissement qui réalisent une dissociation entre les droits pécuniaires des actionnaires et leurs droits politiques¹⁴. Mais, les contraintes de gestion suscitées par ce type de valeurs mobilières¹⁵ et leur faible attractivité amènent à se demander s'il était judicieux d'en faire la seule forme de capital muet autorisée dans la zone OHADA.

Le législateur OHADA semble bien avoir pris conscience des enjeux, aussi bien des risques que des intérêts portés par ce type de valeurs mobilières. Pour les concilier, il a plafonné ce type d'action à la moitié ou au quart du capital de la société selon que celle-ci est cotée ou non¹⁶.

¹³ Par exemple, un dividende majoré.

¹⁴ Sauf à considérer que les certificats d'investissement ne constituent pas des « valeurs mobilières représentatives de créances sur la société émettrice ou donnant droit de souscrire ou d'acquérir une valeur mobilière représentative de créances », leur création devrait être possible dans le cadre de l'article 822.

¹⁵ Par exemple, obligation de réserver les droits de leurs titulaires à chaque émission de valeurs mobilières donnant, directement ou indirectement, accès au capital de la société et, surtout, obligation de créer un nombre de certificats proportionnel en cas de distribution gratuite d'actions.

¹⁶ Pour la même préoccupation dans la doctrine française il y a quelques années, lire, Véronique MAGNIER, « Nouvelles mesures en faveur de la démocratie actionnariale dans les sociétés cotées », (2011) *Rev. Sociétés* 267 ; Arnaud REYGROBELLET, « Proportionnalité entre capital et contrôle: faut-il interdire toute dérogation au principe « une action = une voix ? », (2007) 3 *RTDF* 101 ; Michel STORCK et Thibault de RAVEL

En tout état de cause, il est acquis aujourd'hui que des personnes ayant participé au capital d'une société peuvent n'avoir aucune véritable influence au sein de celle-ci, notamment grâce à la consécration des actions sans droit de vote. Cette consécration est d'autant plus indiquée qu'à cause de l'absentéisme aux assemblées générales, le droit de vote n'était généralement pas exercé et, surtout, il y a d'autres mécanismes dont la bonne exploitation pourrait permettre le contrôle de la gestion que vise le droit de vote. C'est le cas de l'alerte et de l'expertise de gestion, par exemple. Or, sur ces deux points, la réforme a apporté des améliorations. En ce qui concerne l'alerte, elle a raccourci le délai imparti au dirigeant pour répondre en cas d'alerte¹⁷ et étendu l'obligation d'avoir au moins un commissaire aux comptes à certaines sociétés en nom collectif¹⁸. En ce qui

D'ESCLAPON, « Faut-il supprimer les actions à droit de vote double en droit français ? », (2009) *Bull. Joly* 90 (§ 21) ; Anne OUTIN-ADAM et Sandra BIENVENU, « Faut-il imposer une égalité entre participation au capital et détention du pouvoir ? », (2007) 39 *JCP éd. E* 3.

¹⁷ On est passé d'un mois à quinze jours.

¹⁸ Dans l'ancienne version, seules les S.A. et certaines SARL étaient tenues d'avoir au moins un commissaire aux comptes. Aux termes de l'article 289-1 AUDSCGIE, les sociétés en nom collectif qui à la clôture de l'exercice social remplissent deux des conditions suivantes sont tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes : total du bilan supérieur à 250 millions de francs CFA, chiffre d'affaires annuel supérieur à 500 millions de francs CFA et effectif permanent supérieur à 50 personnes. Il est d'ailleurs possible de se demander pourquoi l'exigence n'a été étendue qu'aux SNC, et pas aussi au SCS, à moins de considérer que l'exigence leur est aussi applicable en vertu de l'article 293-1 en vertu duquel les dispositions relatives aux SNC sont applicables aux SCS, sous réserve des règles prévues au présent livre. La coexistence de deux types d'associés dans la SCS ne suffirait pas à justifier une différence dans la mesure où un des deux types (les

concerne l'expertise de gestion, elle a abaissé la proportion de capital nécessaire pour recourir à l'expertise de gestion¹⁹. L'exploitation de cette réforme des mécanismes d'anticipation des difficultés pourrait être plus efficace que de maintenir un droit de vote qui ne serait pas exprimé du fait de la non-participation ou d'une participation qualitativement insuffisante.

S'il est acquis que des personnes ayant participé au capital d'une société peuvent n'y exercer aucune influence, qu'en est-il de l'inverse ?

2. La possibilité d'avoir le pouvoir au sein de la société sans avoir participé à son capital

L'évolution ci-dessus a montré que certaines personnes ayant participé au capital d'une société peuvent n'y exercer aucune influence. L'examen d'autres dispositions du droit OHADA laisse apparaître qu'à l'inverse, d'autres personnes peuvent y exercer une véritable influence alors même qu'elles n'ont pas pris part à la constitution de son capital. Il peut s'agir de personnes se trouvant au sein de la société ou en dehors d'elle.

2.1 Les personnes se trouvant au sein de la société

Dans la catégorie des personnes se trouvant au sein de la société, il faut comprendre d'une part, les salariés et, d'autre part, les dirigeants sociaux. Mais étant donné que le législateur OHADA n'a

pas encore légiféré en droit du travail²⁰, seuls les dirigeants sociaux seront principalement envisagés ici. Néanmoins, il convient de signaler que même à travers quelques dispositions du droit des sociétés et du droit des procédures collectives, il est possible de relever déjà l'inclinaison du législateur OHADA à admettre une influence des salariés²¹.

²⁰ Seul un projet d'acte uniforme existe en la matière depuis plus de 10 ans. L'intérêt même de légiférer en la matière divise la doctrine. Pour certains, l'existence de grandes disparités (économiques, notamment) entre les pays membres rendrait difficile l'adoption d'un acte uniforme comprenant autre chose que les grands principes. Il serait très difficile, par exemple, de fixer un salaire minimum interprofessionnel garanti (SMIG). Or, si l'acte uniforme à adopter ne devait comprendre que des grands principes (liberté syndicale, interdiction du travail forcé, égalité professionnelle, droit d'expression des salariés...), il n'aurait pas un grand intérêt dans la mesure où il s'agit de principes de l'OIT auxquels les États membres de l'OHADA sont déjà soumis du fait de leur adhésion à l'OIT. Si cette critique est d'une certaine pertinence, il convient néanmoins de la relativiser. En effet, avec la tendance accrue du législateur OHADA à renvoyer certaines prérogatives aux États ou à leur ouvrir la possibilité de déroger à certaines de ses dispositions (capital social minimum des SARL, forme des statuts...), rien n'interdirait que dans l'Acte uniforme relatif au droit du travail, il soit renvoyé aux États pour la fixation de certains éléments (SMIG, seuil de désignation des délégués de personnel...).

²¹ Pendant longtemps, il a été considéré qu'au sein de la société, il y avait deux groupes opposés : d'une part, ceux qui ont mis les fonds et qui, de ce fait, avaient seuls voix au chapitre et, d'autre part, ceux qui ne mettent que leur main-d'œuvre à la disposition de la société. Ces derniers ne prenant pas le risque de l'entrepreneur, n'avaient pas leur mot à dire par rapport aux décisions engageant l'avenir de la société. Cette conception classique du droit du travail a évolué aujourd'hui pour laisser place à une autre conception moderne qui ne laisse pas tous les pouvoirs entre les mains des propriétaires de l'entreprise. Il y a une plus grande association des salariés à la prise des décisions, notamment lorsque l'entreprise est en difficulté :

commandités) relève du régime des SNC et l'autre (les commanditaires) du régime de la SARL. Or, SNC et SARL peuvent être dans l'obligation d'avoir au moins un commissaire aux comptes.

¹⁹ L'ancien article 159 exigeait le cinquième (1/5^e) du capital alors que le nouvel se contente du dixième (1/10^e).

D'ailleurs, l'avant-projet d'Acte uniforme portant droit du travail allait dans le même sens puisqu'il s'inscrivait résolument dans une perspective de promotion du dialogue social²².

S'agissant des dirigeants sociaux, ils tiennent en principe leurs pouvoirs des associés. En tant que mandataires, ils ont donc des pouvoirs limités puisqu'ils ne devraient faire que ce qui leur est autorisé par leurs mandants. Mais, non seulement, ils tiennent certains pouvoirs de la loi²³, mais aussi, on remarque de plus en plus que dans les « grandes sociétés », le mauvais fonctionnement des organes sociaux (assemblée générale et conseil d'administration) a tendance à favoriser l'accroissement des pouvoirs des dirigeants. Les considérations relatives à la gouvernance d'entreprise ne traduisent-elles pas cette prise de conscience de la dissociation entre la propriété du capital et l'exercice du pouvoir ? De la même manière qu'il faudrait ménager aux dirigeants une certaine marge de manœuvre nécessaire à

obligation de consulter les représentants des salariés à l'occasion des licenciements économiques, par exemple.

Au-delà de l'aspect purement juridique, les théories du management (notamment en matière d'éthique de l'entreprise) ont démontré ce que l'implication des salariés dans la prise des décisions pouvait apporter de bien à la gestion de l'entreprise. Donc, *nollens vollens*, les salariés se trouvent aujourd'hui investis d'un pouvoir au sein de l'entreprise, quand bien même ils n'auraient pas participé à la constitution de son capital. Et ils ne sont pas les seuls dans cette situation.

²² La principale question en la matière est plutôt de savoir jusqu'où aller dans ce mouvement qui a pour effet d'atténuer les prérogatives de l'employeur : faut-il aller jusqu'à consacrer une véritable cogestion de l'entreprise ?

²³ Les dérogations statutaires à ces pouvoirs légaux des dirigeants sociaux n'étant pas opposables aux tiers de bonne foi (article 121 AUDSCGIE).

tout gestionnaire²⁴, il faudrait aussi éviter que ceux-ci n'échappent totalement au contrôle des associés. C'est pour cela que les dirigeants sont soumis à l'obligation de rendre compte aux associés au moins une fois par an et que ces derniers ont un droit de consultation et de communication des documents sociaux²⁵.

2.1 Les personnes extérieures à la société

Si l'on met de côté les pouvoirs publics et le juge dont l'intervention au sein de la société est de plus en plus grande mais généralement en cas de crise, les personnes extérieures visées ici renvoient essentiellement aux créanciers de la société. Théoriquement, il existe deux possibilités de faire bénéficier la société d'un bien dont on dispose : lui effectuer un apport en numéraire ou en nature ou lui prêter le bien. Classiquement, des conséquences juridiques bien nettes étaient tirées entre les deux : alors que l'apporteur avait le pouvoir parce qu'il a le droit de participer aux décisions collectives, le prêteur était un simple créancier qui devrait attendre d'être remboursé à l'échéance. Divers soucis ont amené la pratique à imaginer des procédés édulcorant ce schéma classique : certains créanciers prennent de l'importance aujourd'hui au sein des entreprises au point d'avoir un droit de regard sur les décisions collectives. C'est le cas, par exemple :

- des détenteurs de titres participatifs ;

²⁴ Ce qui peut se faire non seulement en leur reconnaissant des pouvoirs autres que ceux attribués par les associés, mais aussi en contrôlant le pouvoir de révocation reconnu à ces derniers.

²⁵ Voir dans le présent numéro du *Bulletin de droit économique*, notamment le texte de Moussa SAMB, « Gouvernance et transparence en droit des sociétés de l'espace OHADA : perspectives de droit dur (hard law) et de droit souple (soft law) ».

- des créanciers munis de certaines « sûretés négatives » (les sûretés négatives conférant un droit de veto ou un droit de regard).

Avec la nouvelle réglementation, le législateur OHADA s'inscrit résolument dans une démarche d'accroissement de la liberté contractuelle. Ceci donne la possibilité aux sociétés de cet espace de créer différents types de titres et, notamment, ceux conférant un droit de regard ou de veto à leurs détenteurs. Ce qui devrait permettre d'attirer des personnes désireuses d'investir leurs capitaux.

Conclusion

Au total, il apparaît clairement aujourd'hui qu'il y a une désolidarisation entre le pouvoir que l'on peut avoir dans une société et la participation prise dans le capital de cette société. Cela devait aboutir à une relativisation de la propriété de la société et à une meilleure prise en compte des autres intérêts qui gravitent autour d'elle. Si d'aventure tel devait être le cas, ce mouvement pourrait permettre de mieux préserver l'outil économique et social qu'est la société. En tout cas, c'est tout le mal que l'on pourrait souhaiter à cette réforme et aux autres que le législateur OHADA ne manquera pas d'entreprendre pour mieux réaliser son objectif de faire de l'Afrique un pôle de développement.