



HAL
open science

La contractualisation du droit des sociétés : l'ordre public à l'épreuve de la liberté contractuelle dans les sociétés commerciales de l'OHADA

Emmanuel Sèmassa Houenou

► To cite this version:

Emmanuel Sèmassa Houenou. La contractualisation du droit des sociétés : l'ordre public à l'épreuve de la liberté contractuelle dans les sociétés commerciales de l'OHADA. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I; Université d'Abomey-Calavi (Bénin), 2019. Français. NNT : 2019PA01D022 . tel-02612782v2

HAL Id: tel-02612782

<https://theses.hal.science/tel-02612782v2>

Submitted on 19 May 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Ecole Doctorale des Sciences
Juridiques, Politiques et Administratives
(UAC)

Ecole Doctorale de Droit de la Sorbonne
(Université Paris1 Panthéon-Sorbonne)

THESE DE DOCTORAT

**LA CONTRACTUALISATION DU DROIT DES SOCIETES : L'ORDRE
PUBLIC A L'EPREUVE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE DANS
LES SOCIETES COMMERCIALES DE L'OHADA**

Présentée par

Emmanuel Sèmassa HOUENOU

Sous la direction de

M. Roch Gnahoui DAVID
Agrégé des Facultés de droit
Doyen de la Faculté de Droit
et de Sciences Politiques
(Université d'Abomey-Calavi)

M. François-Xavier LUCAS
Professeur à l'Ecole de Droit De la
Sorbonne
(Université Paris 1)

ANNEE UNIVERSITAIRE 2018-2019

***Les Universités Paris 1 Panthéon-Sorbonne et d'Abomey-Calavi
n'entendent donner aucune approbation, ni improbation aux opinions
émises dans la présente thèse. Elles doivent être considérées comme
propres à leur auteur.***

**Merci ...
A la vie,
A la famille,
Et aux Amis.**

REMERCIEMENTS

Pour avoir accepté de m'accompagner à réaliser mon projet de thèse, en dirigeant les recherches entrant dans le cadre de la présente thèse, je tiens à remercier les Professeurs **François-Xavier LUCAS** et **Roch Gnahoui DAVID**. La rigueur, la disponibilité et les qualités humaines qui les caractérisent ont eu un réel impact positif sur moi et sur mon travail. Ils ont entretenu en moi le goût de la recherche scientifique et surtout nourri mon envie de ne pas m'arrêter en si bon chemin.

Mes remerciements vont aussi à l'endroit des membres du jury qui a évalué la présente thèse. Pour le temps qu'ils y ont consacré, pour les conseils qu'ils nous ont prodigués et surtout pour leur disponibilité à nous conseiller davantage.

Enfin, un merci tout particulier aux corps des enseignants des facultés de droit de l'Université d'Abomey-Calavi et de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Chacun d'entre eux m'a inspiré.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

| | |
|-------------------|--|
| Add. | Ajouter |
| AJ | Actualité juridique |
| AJP | Actualité juridique de droit pénal |
| Al. | Alinéa |
| AMF | Autorité des marchés financiers |
| ANSA | Association nationale des sociétés par actions |
| Arch. Phil. Droit | Archives de philosophie du droit |
| Art. | Article |
| Art. préc. | Article précité |
| AUA | Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage |
| AUDCG | Acte uniforme relatif au droit commercial général |
| AUM | Acte uniforme relatif à la médiation |
| AUSC | Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique |
| BDE | Bulletin de droit économique |
| BEPP | Bulletin ERSUMA de Pratique Professionnelle |
| BRDA | Bulletin rapide de droit des affaires |
| BJS | Bulletin Joly Sociétés |
| Bull. civ. | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation Chambres civiles |
| <i>c/</i> | Contre |
| CA | Cour d'appel |
| CCJA | Cour commune de justice et d'arbitrage (OHADA) |
| Cah. Arb. | Cahiers de l'arbitrage |
| Cah. dr. entr. | Cahier du droit de l'entreprise |
| Cass. | Cour de cassation |
| Cass. civ. | Chambre civile de la Cour de cassation |
| Cass. com. | Chambre commerciale de la Cour de cassation |
| Cass. crim. | Chambre criminelle de la Cour de cassation |
| Cass. req. | Chambre des requêtes de la Cour de cassation |
| Cass. soc. | Chambre sociale de la Cour de cassation |
| CE | Conseil d'Etat |
| CEDH | Cour européenne des droits de l'Homme |
| Ch. | Chambre |
| Chron. | Chronique |
| Coll. | Collection |
| Comm. | Commentaire |
| Concl. | Conclusion |
| Contra | Solution ou opinion contraire |
| Coord. | Sous la coordination |
| CNRS | Centre national de la recherche scientifique |
| CREDIJ | Centre de recherches et d'études en droit et institutions judiciaires en Afrique |
| CRES | Consortium pour la recherche économique et sociale |
| CSBP | Cahiers sociaux du barreau de Paris |
| D. | Recueil Dalloz |

| | |
|---------------------|--|
| Defrénois | Recueil du notariat Defrénois |
| Dir | Sous la direction de |
| Doctr. | Doctrines |
| DP | Recueil périodique Dalloz |
| DPCI | Droit et Pratique du Commerce International |
| Droits | Revue Droits |
| Dr. Sociétés | Droit des sociétés |
| Rev. Dr. et Patr. | Revue Droit et patrimoine |
| Ed. | Edition |
| ERSUMA | Ecole régionale supérieure de la magistrature |
| Fasc. | Fascicule |
| Gaz. Pal. | Gazette du Palais |
| Ibid | Ibidem |
| In | Dans |
| Infra | Ci-dessous, plus bas |
| IRJS | Institut de recherches juridiques de la Sorbonne |
| JADA | Journal africain du droit des affaires |
| J-CI | Juris-Classeur |
| JCI G, N, I, E, S | Juris-Classeur Edition Générale, Notariale, Immobilière, Entreprise, Sociale |
| JO | Journal officiel |
| LGDJ | Librairie générale de droit et de jurisprudence |
| Mag. Opt. Fin. | Magazine Option finance |
| MEDEF | Mouvement des entreprises de France |
| Mél. | Mélanges |
| n° | Numéro |
| Obs. | Observations |
| Op. Cit. | <i>Opere citato</i> |
| p. | Page |
| Petites aff. | Les petites affiches |
| Préc. | Précité |
| PUAM | Presse universitaire d'Aix-Marseille |
| PUA | Presse universitaire africaine |
| PUF | Presse universitaire française |
| Quot. Jur. | Quotidien juridique |
| RASJ | Revue africaine des sciences juridiques |
| RDAI | Revue de droit des affaires international |
| RDUS | Revue de Droit de l'Université de Scerbrooke |
| RD Bancaire et fin. | Revue de droit bancaire et financier |
| RDC | Revue des contrats |
| Réf. | Référence |
| Rép. | Répertoire |
| Rép. Def. | Répertoire Defrénois |
| Rev. Arb. | Revue de l'arbitrage |
| Rev. Cam. Arb. | Revue camerounaise de l'arbitrage |
| Rev. Dr. Unif. | Revue de droit uniforme |
| Rev. Dr et Patr. | Revue de droit uniforme |

| | |
|--------------------|---|
| Rev. EDJA | Revue Internationale de Droit Africain |
| Rev. ERSUMA | Revue de l'ERSUMA |
| Rev. Lamy dr. aff. | Revue Lamy Droit des Affaires |
| Rev. Penant | Revue Trimestrielle de Droit Africain |
| Rev. Sociétés | Revue des sociétés |
| RF Compt. | Revue fiduciaire et comptable |
| RGD | Revue Générale de Droit |
| RGDC | Revue Générale de Droit Commercial |
| RIDA | Revue Internationale du Droit des Affaires |
| RIDC | Revue Internationale de Droit Comparé |
| RIDP | Revue Internationale de Droit Pénal |
| RJDA | Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires |
| RJ Com. | Revue de Jurisprudence Commerciale |
| RJO | Revue Juridique de l'Ouest |
| RJTUM | La Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal |
| RLDA | Revue Lamy Droit des affaires |
| RLDC | Revue Lamy Droit Civil |
| RLR | Ritsumeikan Law Review |
| RTD Civ. | Revue Trimestrielle de Droit Civil |
| RTD Com. | Revue Trimestrielle de Droit Commercial |
| RTDF | Revue Trimestrielle de Droit Financier |
| RTDJA | Revue Trimestrielle de Droit et de Jurisprudence des Affaires |
| RTSJ | Revue Juridique des Sciences Juridiques |
| RRJ | Revue de la Recherche Juridique |
| S. | Recueil Sirey |
| s. | Suivant |
| SA | Société anonyme |
| SAS | Société par actions simplifiée |
| SASU | Société par actions simplifiée unipersonnelle |
| spéc. | Spécialement |
| Supra | Ci-dessus, Plus haut |
| T. | Tome |
| Trib. Com. | Tribunal de commerce |
| TGI | Tribunal de Grande Instance |
| Vol. | Volume |

SOMMAIRE

Introduction générale-----1

PARTIE I

Le reflux de l'ordre public sociétaire dans le droit commun des sociétés commerciales--32

Titre 1 : Le caractère évanescent de l'ordre public sociétaire en droit OHADA -----37

Chapitre 1 : La difficile détermination des règles d'ordre public ----- 40

Chapitre 2 : La portée relative des règles d'ordre public identifiables ----- 79

Titre 2 : Le développement des mécanismes d'expression de la liberté contractuelle ---126

Chapitre 1 : Un large périmètre d'expression de la liberté contractuelle-----130

Chapitre 2 : Le renforcement de l'efficacité des conventions sociétaires -----170

PARTIE II

L'assouplissement du régime juridique des sociétés à caractère institutionnel -----210

**Titre 1 : Les aménagements conventionnels des règles relatives à l'actionnariat de la SA-
-----217**

Chapitre 1 : Les aménagements conventionnels relatifs aux valeurs mobilières ----- 220

**Chapitre 2 : Les aménagements contractuels des droits inhérents à la qualité d'actionnaire ----
-----265**

Titre 2 : Les aménagements conventionnels relatifs au fonctionnement de la SA -----312

**Chapitre 1 : La volonté des actionnaires dans la détermination du statut des dirigeants sociaux-
-----315**

Chapitre 2 : L'organisation conventionnelle des pouvoirs des organes sociaux-----355

Conclusion générale ----- 395

Bibliographie ----- 401

Table des matières ----- 485

INTRODUCTION GENERALE

1. S'il est vrai que le droit francophone des sociétés commerciales¹ a pendant longtemps projeté l'image d'une certaine rigidité au regard, notamment, de l'importance des dispositions d'ordre public qu'il comporte et de sa tendance à promouvoir une réglementation impérative au détriment de la volonté des associés ; le constat selon lequel la société commerciale « *est indissociable d'un certain libéralisme* »² est désormais récurrent. Dès lors, satisfaire l'aspiration des acteurs du monde des affaires à davantage de souplesse et de liberté dans l'organisation et le fonctionnement des sociétés commerciales est devenu, de l'avis de tous, l'une des orientations majeures de l'évolution contemporaine de la matière³. On note ainsi, depuis la fin du XX^e siècle, que la plupart des législations nouvelles sont favorables à différentes techniques conventionnelles d'aménagement de la vie des sociétés commerciales et permettent de ce fait à l'élément contractuel d'infiltrer indistinctement toutes les formes de sociétés. Cette réalité « *est apparue dans le grand mouvement de la contractualisation des années 1980 et se comprend fort bien* »⁴. En effet, explique un auteur : « *dans l'adaptation du droit à la complexité des activités économiques, c'est la pratique qui invente les nouveaux montages, les nouvelles manières de faire (...), cette création juridique s'épanouit dans le cadre de la liberté contractuelle* »⁵.

2. C'est dans ce contexte favorable à la déréglementation et à la simplification du droit des sociétés⁶ que naquit l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires –

¹ Sans que cela ne soit une expression consacrée dans le langage juridique, nous entendons désigner ici par « droit francophone des sociétés », l'ensemble constitué par le droit français et les législations étrangères, notamment africaines, d'inspiration française. Il s'agit plus précisément des législations pour lesquelles le droit français constitue un modèle législatif en raison du passé commun que ces dernières ont eu avec la France ainsi que des rapports qu'elles continuent d'entretenir avec elle. Autrement dit, il s'agit des législations nationales qui ont en partage le modèle français ou plus généralement la tradition civiliste.

Sur un usage de cette expression dans la doctrine, voir notamment : M. LECERF, « Rapide survol de deux siècles d'évolution du droit francophone des sociétés commerciales », in *Mélanges en l'honneur de Jean PAILLUSSEAU. Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, pp. 325-334. L'auteur fait expressément référence « *aux pays francophones ou de droit d'inspiration française* » et rappelle que « *le droit français a fortement marqué le monde francophone et que son rayonnement a porté au-delà des frontières linguistiques* ».

² C. LAPEYRE, « La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques » : *BJS* 2004, p. 22.

³ Voir J. PAILLUSSEAU, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^e siècle » : *D.* 2003, p. 260 et s., n° 6 et 7.

⁴ M. GERMAIN, « Pactes, statuts et ordre public », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, 2013, p. 305, n°1. Voir aussi J. MESTRE, « Vingt cinq ans de droit des sociétés », in *Eléments d'ingénierie sociétaire. Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence*, PUAM, 1994, p. 10.

⁵ J. PAILLUSSEAU, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^e siècle », *op. cit.*, p. 260 et s., n° 6 et 7.

⁶ Simplification et déréglementation du droit ont pour objet de rendre le droit plus souple et moins complexe. Elles se rapprochent en cela de l'idée de la contractualisation du droit. Ainsi que l'a écrit un auteur, « *plusieurs termes peuvent être rapprochés de la simplification, tels ceux de flexibilité ou de contractualisation. On pourrait même aller plus loin et considérer que la déréglementation du droit des affaires est une forme de simplification* » : B.

OHADA– et que fut adopté par ses membres, l’Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d’intérêt économique (AUSC), le 17 avril 1997. Ce texte dont l’avènement a été vu comme conférant une originalité au droit des sociétés des pays de l’Ohada a néanmoins laissé une bonne partie de ses destinataires sur leur faim en ce qui concerne un certain nombre de choix faits par ses rédacteurs. La consécration par le législateur Ohada du caractère d’ordre public de l’ensemble des dispositions de cet Acte uniforme en est un exemple topique, qui constitue pour beaucoup d’auteurs, un choix difficile à expliquer⁷. Pour ces derniers, l’AUSC de 1997, qui était censé mettre en place une réglementation moderne, a malheureusement fait « *une timide entrée dans le troisième millénaire* »⁸ en manquant le rendez-vous de la contractualisation⁹.

3. Cette perception du droit Ohada des sociétés commerciales, qui a perduré dans le temps¹⁰, semble avoir perdu de sa pertinence depuis la réforme de l’AUSC intervenue en janvier 2014¹¹. A cette occasion, le législateur Ohada s’est montré attentif aux « *opérateurs économiques [qui] n’ont pas manqué de faire savoir qu’ils avaient besoin de plus de*

LECOURT, « Réflexions sur la simplification du droit des affaires » : *RTD com.* 2015, p. 1, n° 9. A noter que l’auteur affirme par ailleurs que « *L’actualité est imprégnée de l’idée de simplification du droit et le droit des affaires n’y échappe pas* ». Voir aussi J. MOREAU, F. TERRE, « La simplification du droit », in *Droit et Actualité, Études offertes à Jacques BEGUIN*, Litec, 2005, p. 533.

⁷ Voir notamment J. ISSA-SAYEGH, « Le caractère d’ordre public des dispositions de l’acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d’intérêt économique » : *Penant* 2009, n° 869, p. 393 et s. ; P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d’ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l’Harmattan, 2009, p. 181 et s.

⁸ H. D. MODI KOKO BEBEY, « *La réforme du droit des sociétés commerciales de l’OHADA* » : *Rev. sociétés* Avril-juin, 2002, p. 256 et 262. L’auteur relevait à juste titre « *que si l’acte uniforme marque une avancée notable vers la modernisation du droit des sociétés des pays membres de l’Ohada, il n’intègre pas encore toutes les grandes questions que doit résoudre le droit des sociétés commerciales en ce début de troisième millénaire* ». Il illustre cette timide entrée dans le troisième millénaire en arguant que « *la tendance, observée en droit français, de “l’envahissement du droit des sociétés par le droit contractuel” n’est pas manifeste dans la réforme de l’OHADA. Au contraire, de très nombreuses dispositions de l’Acte uniforme sur les sociétés sont encore d’ordre public* ».

⁹ « *À l’ère de la contractualisation du droit des sociétés, le législateur africain pouvait sembler nager à contre-courant* ». Cf. T. S. AMENYINU, « Regards sur l’article 2-1 de l’Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d’intérêt économique », in *BDE*, 2017/1, disponible sur <http://www.droit-economique.org/wp-content/uploads/2017/12/Amenyinu.pdf>

¹⁰ Jusqu’à la veille de la réforme de l’AUSC, le principe du caractère d’ordre public de toutes les dispositions de l’AUSC de 1997 était acquis au regard du contenu de son article 2 ; ce qui incitait la doctrine à appeler aussi bien le législateur que la jurisprudence à promouvoir la liberté contractuelle des acteurs de la société commerciale, soit en réformant l’AUSC ou en privilégiant une lecture positive de ses dispositions. L’une des plus récentes contributions à avoir été dans ce sens est la thèse de Madame Olivia BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse de doctorat, Université d’Aix-Marseille, 2014. Voir aussi J. AYANGMA AYANGMA, *Le dirigeant sociétal*, thèse de doctorat, Université de Douala, 2009-2010, L’auteur explique aux pages 9 et 10, que dans le droit des sociétés contenu dans l’AUSC de 1997, c’est exclusivement la loi qui détermine les règles d’organisation et même la plupart des règles de fonctionnement de la société commerciale.

¹¹ La version réformée de l’acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d’intérêt économique entrée en vigueur le 5 mai 2014 a été publiée au Journal Officiel de l’Ohada du 4 février 2014 après son adoption par le conseil des ministres de l’Ohada le 30 janvier 2014.

souplesse »¹². Dès lors, depuis l'entrée en vigueur de ladite réforme, le sentiment de défiance vis-à-vis de la liberté contractuelle qu'avait créé et entretenu le droit antérieur, s'est largement dissipé¹³. En se fondant sur la possibilité désormais consacrée de recourir aux conventions extrastatutaires entre actionnaires, celle de créer une société par actions simplifiée ou encore tirant argument du retrait de la mention expresse du caractère d'ordre public de l'ensemble du droit des sociétés¹⁴, beaucoup d'auteurs ayant longtemps plaidé « *pour une promotion de la liberté contractuelle en droit Ohada des sociétés* »¹⁵ perçoivent dans la réforme de l'AUSC, la consécration d'un « *triomphe du contrat* »¹⁶. C'est ainsi qu'en partant du constat selon lequel, « *La rédaction de l'article 2 a radicalement changé* », le Professeur Abdoulaye SAKHO¹⁷ a récemment affirmé que si, auparavant, la liberté contractuelle et les marges de manœuvre des associés étaient limitées par des règles et principes quasiment intangibles comme l'égalité des associés, la libre cessibilité des titres, la proportionnalité des droits de vote, la fixité du capital, la révocation *ad nutum* des dirigeants ou encore la répartition institutionnelle des pouvoirs entre les organes de la société ; force est de constater qu' « *aujourd'hui tous ces verrous peuvent sauter si les associés le veulent* » en décidant de recourir à « *des pactes d'associés statutaires (...) ou extra statutaires (...)* »¹⁸.

¹² P. MERLE, « Le nouveau droit des sociétés de l'Ohada », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LGDJ-Lextenso Editions, 2015, p. 565. Voir aussi J. BONNARD, « L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pactes d'associés », in *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 140. Pour ce dernier auteur, il était revendiqué dans les milieux d'affaires, « *un droit des sociétés plus contractuel avec une réduction des textes impératifs* ».

¹³ D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 15. D'autres auteurs écrivent par exemple que « *L'intention du législateur est de donner priorité à la liberté contractuelle des associés (...) et le recours à la loi ne s'opère donc qu'à titre supplétif* ». Cf. : P. BIENSAN et H. MARTIN-SISTERON, « Ohada : vers une modernisation du droit des affaires », in *Magazine des affaires*, n° 89, mars 2014, p. 145.

¹⁴ Sur ces innovations, voir respectivement les articles 2, 2-1 et 853-1 de l'AUSC de 2014.

¹⁵ O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse de doctorat, Université d'Aix-Marseille, 2014 ; B. MEUKE, « De la validité en OHADA d'un pacte d'actionnaires précédant les statuts et la constitution de la société », disponible sur www.ohada.com, Réf. Ohadata D-11-99.

¹⁶ L.-D. MUKA TSHIBENDE, « Mise en perspective de la réforme (du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'Ohada) » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 9. Voir également L. NDEKE, M. LEMA et M. MBONGO, Rapport synthèse de l'atelier de partage sur l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique révisé, disponible sur www.ohada-rdc.cd, consulté le 15 juillet 2015. Les auteurs évoquent « *une plus grande liberté contractuelle* » dans la réforme de l'AUSC.

¹⁷ A. SAKHO, « La modernisation et l'efficacité du droit des sociétés. A propos de la révision en 2014 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales », disponible sur http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Pr_Abdoulaye_SAKHO_Mélanges_Dominique_SARR.pdf, consulté le 6 septembre 2018.

¹⁸ Dans le même sens, voir A. AKAM AKAM et V. BAKREO, *Droit des sociétés commerciales Ohada*, éd. L'Harmattan, 1^{ère} édition, 2017, p. 19, n° 17 : les auteurs font le constat d' « *un renouveau de la liberté contractuelle dans les dispositions de l'AUS révisé contrastant avec la version ancienne* » et en infèrent que « *L'ère est donc aussi dans l'espace OHADA à la déréglementation et on aspire de plus en plus, dans un souci d'efficacité et de concurrence, à libérer les forces créatrices des sociétés commerciales du carcan étouffant d'une réglementation trop dirigiste. Partant, l'on redécouvre aujourd'hui que la société n'a jamais cessé d'être un contrat* ».

4. Toutefois, face à cette opinion, d'autres auteurs restent sceptiques et n'aperçoivent dans l'œuvre des réformateurs, qu'une « *apparence de consécration* »¹⁹ de l'autonomie de la volonté des associés. Laquelle apparence cacherait, selon eux, la persistance d'une réalité désormais bien connue dans l'espace Ohada, d'un droit essentiellement d'ordre public et profondément caractérisé par « *un excès de méfiance* »²⁰ à l'égard de l'emploi des mécanismes contractuels en vue d'adapter le fonctionnement des sociétés aux besoins de leurs membres. En ce sens, l'on a écrit en doctrine que l'article 2 de l'AUSC, qui proclamait le caractère d'ordre public de l'ensemble de l'ancien AUSC, n'a fait l'objet que d'une réécriture « *cosmétique* »²¹ ou encore que « *l'ordre public sociétair est toujours d'actualité dans l'AUSCGIE malgré le changement de contenu de l'article 2 de l'AUSCGIE* »²² et qu'en conséquence, « *la philosophie de l'Acte uniforme révisé reste institutionnelle* »²³. La plupart de ces auteurs soutiennent qu'en dépit du fait que le recours formel à la notion d' « *ordre public* » soit abandonné par la réforme, le droit des sociétés de l'Ohada demeure sous l'emprise d'une forte impérativité qui ne fait qu'une place marginale à la volonté individuelle des associés²⁴. On a ainsi pu tirer la conclusion que « *le droit OHADA des sociétés, malgré les apparences créées par la réforme, demeure un droit rigide et peu enclin à la souplesse* »²⁵.

5. De toute évidence, l'unanimité est loin d'être faite sur l'effectivité ou non du choix du législateur Ohada de promouvoir la liberté contractuelle et ses applications dans l'organisation et le fonctionnement des sociétés commerciales. Le changement d'esprit de l'AUSC, perçu par les uns, ne suffit pas à éviter les conflits d'interprétation nourris par les autres. Dans un tel

¹⁹ T. S. AMENYINU, « Regards sur l'article 2-1 de l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », in *BDE*, 2017/1, disponible sur <http://www.droit-economique.org/wp-content/uploads/2017/12/Amenyinu.pdf>

²⁰ *Idem*.

²¹ Voir F. DJAKBA PAGOU, *L'ordre public en droit des affaires de l'Ohada*, thèse, Université de Yaoundé II-SOA, 2015, p. 23, n° 71. L'auteur explique que « *hormis l'ajout de l'énumération des cas dans lesquels les associés sont autorisés à conclure des conventions extra-statutaires, le principe demeure celui du caractère d'ordre public général des dispositions relatives aux sociétés commerciales, sous réserves des dérogations légales et statutaires. Le droit des sociétés commerciales conserve donc son caractère impératif, règlementant le contenu du contrat de société avec une rigueur qui laisse peu de marge à la liberté contractuelle* ».

²² P. S. BADJI, « L'évolution des règles du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales », in *BDE*, 2017/1, p. 8, disponible sur <http://www.droit-economique.org/wp-content/uploads/2017/12/Badji-1-1.pdf>

²³ Ph. DUPICHOT, « SAS en zone Ohada » : *BJS* 2014, p. 421.

²⁴ « *La notion d'ordre public n'est plus affirmée expressément. L'exigence demeure cependant bel et bien. "Blanc bonnet, bonnet blanc" dira-t-on.* » : cf. T. S. AMENYINU, « Regards sur l'article 2-1 de l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *op. cit.*

²⁵ T. S. AMENYINU, « Regards sur l'article 2-1 de l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *Idem*.

contexte, consacrer une étude à la place respective de la liberté contractuelle et de l'ordre dans le droit positif des sociétés commerciales de l'Ohada paraît s'imposer.

6. Il convient au préalable de noter que la divergence d'opinions ci-dessus notée n'est en réalité que le reflet de l'inévitable débat doctrinal sur la nature juridique de la société commerciale qui semblait pourtant avoir été abandonné²⁶. Pour autant, il apparaît que cet abandon n'est que superficiel car, a-t-on affirmé, le débat a dû se raviver notamment sous l'impulsion du phénomène de la contractualisation²⁷ mais il reste à ce jour vrai qu'« identifier la nature de la société relève d'un problème tenant au flou issu des origines mêmes du concept »²⁸.

7. Considérée dans un premier temps comme arborant une nature exclusivement contractuelle, la société commerciale sera définie par les contradicteurs de cette conception comme étant une institution, c'est-à-dire un corps « de règles qui organisent de façon impérative et durable un groupement de personnes autour d'un but déterminé »²⁹. Dès lors, l'opposition entre ces deux conceptions se fonde pour l'essentiel sur la nature des règles organisant le fonctionnement de la société commerciale. D'abord, la conception contractuelle issue du droit romain a surtout régné au XIX^e siècle, où le dogme de l'autonomie de la volonté conduisait à rattacher le plus grand nombre de solutions juridiques à la volonté individuelle. Elle postulait notamment que la liberté contractuelle des parties soit la source des règles applicables tant à l'occasion de la constitution de la société que lors de son fonctionnement. Bien que justifiée à certains égards, l'analyse contractuelle de la société commerciale ne permettait plus à un moment donné de rendre fidèlement compte de la notion de société et de certaines règles de son fonctionnement. C'est alors que va se forger la thèse de sa nature

²⁶ Ainsi qu'il avait été écrit, « *Les grandes disputes doctrinales de ce début de siècle sur la nature contractuelle ou au contraire institutionnelle de la société commerciales se sont tues* ». Cf. : C. DUCOULOUX-FAVARD, « Actionnariat et pouvoir » : *D.* 1996, Chron., p. 177.

²⁷ « *Après être tombé en léthargie, ce débat a fini par être, du moins en apparence, abandonné depuis les années 1960. Le renouveau de la liberté contractuelle que connaît notre droit des sociétés depuis quelques années et l'approche renouvelée que nous proposons désormais certains auteurs en excipant de la possibilité d'adapter en France certains concepts anglo-saxons viennent de le relancer* » : J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain SAYAG*, Litec, 1997, p. 131, n° 1. Voir aussi C. LAPEYRE, « La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques », *op. cit.*, p. 21. Selon cet auteur, le phénomène de la contractualisation « *s'est accompagné d'une analyse renouvelée que proposent certains auteurs s'inspirant de concepts développés dans la littérature financière et économique anglo-saxonne connue sous le nom de corporate governance* ». Adde A. COURET, « Les apports de la théorie microéconomique moderne à l'analyse du droit des sociétés » : *Rev. sociétés* 1984, p. 243, n°5, A. COURET, « Le gouvernement d'entreprise » : *D.* 1995, chron., p. 163.

²⁸ E. RICHARD (dir.), *Droit des affaires-Questions actuelles et perspectives historiques*, PUR, 2005, p. 276. Il s'agit selon l'auteur, d'une question non résolue posée dès la formation du droit romain et qui peut être assimilée à une ambiguïté de naissance.

²⁹ P. MERLE, *Droit commercial-Sociétés commerciales*, Dalloz, 6^e éd., 1998, p. 32.

institutionnelle notamment sur fond de critiques des aspects de la société commerciale que le concept contractuel semblait incapable de justifier.

8. Elle privilégie en ce qui la concerne, une réglementation substantiellement légale imposant à la volonté individuelle des sujets de droit, des règles impératives d'organisation et de fonctionnement de la société. En tant que telle, cette dernière est perçue comme une « *institution [qui] déborde donc la personne humaine et tend vers une fin à laquelle les volontés individuelles doivent se subordonner* »³⁰. L'opposition entre les deux conceptions classiques était si grande³¹ que la doctrine moderne a dû se tourner vers une autre approche de la société consistant non plus à en rechercher la nature, mais plutôt la finalité.

9. La société commerciale sera alors définie comme une technique d'organisation de l'entreprise³². Cette approche fonctionnelle de la société commerciale qui est censée ignorer radicalement le débat relatif à sa nature ne s'en est pourtant pas totalement écarté. Selon la doctrine, la thèse fonctionnelle a eu « *des conséquences juridiques et conceptuelles dont il ne fait pas de doute qu'elles transportent radicalement la société hors du droit des contrats, si ce n'est hors du droit privé* »³³. En s'installant comme pensée dominante, la thèse fonctionnelle avait alors « *sous l'apparence d'un abandon du débat sur la nature de la société (...), finalement contribué à l'hégémonie contemporaine de la "société-institution"* »³⁴. Mais assez vite, on va noter avec le Professeur Alain COURET que « *la théorie de l'entreprise manifeste [...] de singuliers signes d'essoufflement* »³⁵ emportant avec elle l'approche institutionnelle de la

³⁰ J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain SAYAG*, Litec, 1997, p. 134, n° 5.

³¹ Le dialogue entre les deux conceptions contractuelle et institutionnelle s'est élaboré principalement sur une opposition systématique, arguments contre arguments et s'est progressivement déplacé du terrain strictement juridique pour investir celui de l'idéologie : C. LAPEYRE, « La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques » : *BJS* 2004, p. 22.

³² Pour analyse renouvelée de la doctrine de l'entreprise, voir essentiellement C. CHAMPAUD, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise-Sortir de la crise du financiarisme*, Larcier, 2011.

³³ C. CHAMPAUD, « Le contrat de société existe-il encore ? », in L. CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 132.

Selon un autre auteur, le premier argument à l'encontre de la Doctrine de l'entreprise tient à « *la négation excessive du contrat et de la personne physique* » et rapproche en conséquence cette doctrine de celle de la société-institution : cf. I. TCHOTOURIAN, « Doctrine de l'entreprise et école de Rennes : la dimension sociétale, politique et philosophique des activités économiques affirmée – Présentation d'un courant de pensée au service de l'homme », in C. CHAMPAUD (dir.), *L'entreprise dans la société du 21^e siècle*, éd. Larcier, 2013, p. 131 et s., spéc. n° 18.

³⁴ J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain SAYAG*, Litec, 1997, p. 137, n° 9. Sur le rapprochement entre la doctrine de l'entreprise et la théorie institutionnelle de la société, voir aussi : J.-C. MAY, « La société : contrat ou institution ? », in B. BASDEVANT-GAUDEMET (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 122.

³⁵ A. COURET, « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés » : *Rev. sociétés* 1984, p. 243.

société qu'elle contribuait à promouvoir³⁶. Par exemple, la doctrine de la « *corporate governance* » dont la conception sous-jacente est, selon un auteur, « *celle de la chose des actionnaires, c'est-à-dire de la société-contrat reposant sur la notion de propriété des associés et sur la notion de mandat donné aux dirigeants* »³⁷ a particulièrement participé au renouvellement du "vieux débat"³⁸. La signification profonde des réflexions sur le gouvernement d'entreprise, écrit Jean-Jacques DAIGRE, « *peut être dégagée à partir de l'opposition classique entre la société-contrat et la société-institution* »³⁹. Ainsi, il est devenu évident que le seul fait d'« *opérer le constat que la notion la plus traditionnelle de contrat ne permet pas d'appréhender toutes les caractéristiques de la société ne suffit pas à extraire radicalement cette dernière du domaine conventionnel* »⁴⁰.

10. Dès lors, il semble désormais impossible, au regard de son actualité contemporaine, de concevoir la société commerciale sous le seul regard de la thèse institutionnelle⁴¹. Ainsi que certains l'ont affirmé, « *il faut reconnaître que si cette conception institutionnelle de la société a été utile historiquement pour expliquer les particularités du contrat de société, il semble, de nos jours, possible de la relativiser* »⁴². La raison est, d'après le Professeur Alain COURET, « *que la notion de contrat redevient une pièce maîtresse dans l'étude du comportement de la société* »⁴³, et cela serait entre autres causes, dû au fait que « *l'institution telle qu'elle est utilisée en droit des sociétés s'apparente davantage à une idée ou à une image qu'à une véritable*

³⁶ Pour une critique récente de la doctrine de l'entreprise, voir J.-P. ROBE, « Au-delà de la doctrine de l'entreprise », in *Cahier de droit de l'entreprise*, n° 2, mars-avril 2013, p. 23 et s. L'auteur écrit notamment que son « *étude tend à démontrer qu'en dépit de ses prétentions, la doctrine de l'entreprise n'est pas une "troisième voie" entre "collectivisme" et "ultra-libéralisme". C'est une doctrine approximative ...* ». Il affirme par ailleurs que cette « *prétendue "troisième voie" n'est qu'une impasse* ». Voir aussi C. CHAMPAUD, « Sources et nature épistémologique de la Doctrine de l'entreprise », in *Liber amicorum en l'honneur du professeur Joël MONEGER*, LexisNexis, 2017, p. 57 et s. spéc. p. 59-66.

³⁷ J.-J. DAIGRE, « Le gouvernement d'entreprise, feu de paille ou mouvement de fond » : *Rev. Dr. et Patr.*, juillet-août 1996, p. 21.

³⁸ « *Le modèle théorique sous-jacent de la "corporate governance" est celui de l' "agence", selon lequel l'entreprise est fondamentalement un nœud de contrats* » : J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain SAYAG*, Litec, 1997, p. 138, n° 11. Voir aussi A. TUNC, « Le gouvernement des sociétés anonymes, le mouvement de réforme aux États-unis et au Royaume-Uni », in *RIDC*, 1994, p. 49 ; A. COURET, « Le gouvernement d'entreprise, la *corporate governance* » : *D.* 1995, chron. , p. 163.

³⁹ J.-J. DAIGRE, « Le gouvernement d'entreprise, feu de paille ou mouvement de fond » : *Rev. Dr. et Patr.*, juillet-août 1996, p. 21.

⁴⁰ C. LAPEYRE, « La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques », *op. cit.* L'auteur précise que « *C'est au contraire reconnaître une indéniable originalité du contrat de société qui oblige à le spécifier* ».

⁴¹ « *L'analyse contractuelle nous paraît incontournable* » : E. ALFANDARI, *Droit des affaires*, Litec, 1993, n° 326.

⁴² A. AKAM AKAM et V. BAKREO, *Droit des sociétés commerciales Ohada*, éd. L'Harmattan, 1^{ère} édition, 2017, p. 19, n° 17.

⁴³ A. COURET, « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés » : *Rev. sociétés* 1984, p. 243.

théorie »⁴⁴. Certains auteurs proposent alors une analyse mixte⁴⁵ de la nature de la société considérant cette dernière comme étant tout à la fois comme un contrat et une institution⁴⁶. Pour d'autres encore, partisans d'un courant néo-libéral visiblement très attachés à l'autonomie de la volonté et son pendant de la liberté contractuelle, « *il semble difficile de défendre une dualité de la nature de la notion de société* »⁴⁷. Pour eux, à s'en tenir aux dernières évolutions de la réglementation de la société commerciale, c'est « *bien une vision moniste de cette dernière qui se fait jour ... [et qui] paraît rompre définitivement avec toute idée d'institution au sens juridique* »⁴⁸. Même si la radicalité de cette dernière approche paraît l'exposer à des critiques déjà évoquées, elle permet de se convaincre de ce que l'idée dominante en doctrine depuis quelques décennies tend réellement à « *prendre en compte le renouveau de la société-contrat* »⁴⁹.

11. Dans ces conditions, on comprend facilement l'effet de surprise qu'a pu produire en 1997, le choix du législateur Ohada d'épouser la doctrine issue de la loi du 24 juillet 1966 connue pour son attachement à la théorie institutionnaliste de la société⁵⁰. Comment, s'interrogeait un auteur, « *comprendre la position du législateur de l'Ohada qui s'inscrit totalement aux antipodes de la dynamique contemporaine ?* »⁵¹. Dans le même sens, le Professeur Joseph ISSA SAYEGH affirmait à propos de la rigidité de l'AUSC de 1997 qu'il s'agit d'un exemple « *rare, voire unique, du législateur qui décide que toutes les dispositions d'un texte sont d'ordre public surtout quand ce texte comporte 920 articles* »⁵². L'AUSC était

⁴⁴ A. AKAM AKAM et V. BAKREO, *Droit des sociétés commerciales Ohada, op. cit.*, n° 17, p. 19.

⁴⁵ L'analyse n'est pas nouvelle : Voir Par exemple P. DIDIER, *Droit commercial*, PUF, Thémis, 1970, p. 299 ; J. HAMEL, G., LAGARDE et A. JAUFFRET, *Droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Sociétés, groupement d'intérêt économique, entreprises publiques*, par G. LAGARDE, Dalloz, 1890, n° 385.

Toutefois elle semble se renouveler de plus en plus. Ainsi dans la doctrine contemporaine on parle d'un « *retour du contrat* » : P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2009, 3^{ème} éd., p.178 et s., n° 276 et s. Adde P. DIDIER, « La théorie contractualiste » : *Rev. sociétés* 2000, p. 95.

⁴⁶ M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^e éd., 1994, p. 12.

⁴⁷ C. LAPEYRE, « La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques » : *BJS* 2004, p. 22.

⁴⁸ C. LAPEYRE, « La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques », *Idem*.

⁴⁹ F. BONDIL, « Permanence et évolution du concept de société : du contrat à l'institution ? », in G. BIRASSAMY (dir.), *L'entreprise face au bicentenaire du Code civil*, L'Harmattan, 2005, p. 87, spéc. p. 90, n°5.

⁵⁰ P.-G. POUGOUE, J.-C. JAMES et alii, « Actes uniformes », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 61, n° 151. Voir aussi A. SAKHO, « La modernisation et l'efficacité du droit des sociétés. A propos de la révision en 2014 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales », *op. cit.* : « *Notre droit des sociétés a été considéré comme un peu trop rigide. Beaucoup de détails concernant l'organisation des sociétés et surtout l'excès de règles impératives* ».

⁵¹ P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, L'Harmattan, 2009, p. 184, n°5.

⁵² J. ISSA-SAYEGH, « Le caractère d'ordre public des dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique » : *Penant* 2009, n° 869, p. 393. A titre de comparaison, l'exemple qui peut être donné ici est celui de la loi allemande de 1965 sur les sociétés par actions. Selon la doctrine, « *L'évolution de la loi de 1966 est d'ailleurs parfaitement comparable à celle de la loi allemande de 1965 sur les*

dès lors prédisposé à essayer les mêmes critiques que la loi française de 1966 dont il s'est largement inspiré⁵³ notamment parce que sa mise en œuvre pratique « abouti[ssait] à l'application à la société commerciale de la théorie publiciste de l'institution systématisée par le Doyen Hauriou »⁵⁴.

12. En effet, « la loi de 1966 reflète l'esprit de l'après-guerre, favorable à l'intervention de l'Etat en matière économique. La réglementation surabondante et détaillée reflétait alors le rôle prépondérant de l'autorité régulatrice : tout ce qui n'était pas expressément autorisé était regardé comme interdit (...) ; les dispositions d'ordre public étaient multiples comme les sanctions pénales ; la liberté contractuelle était fortement restreinte »⁵⁵. En tant que tel, le droit des sociétés de l'Ohada de 1997 avait en commun avec la loi française de 1966, un « pointillisme de détail de l'organisation des sociétés et l'excès des règles impératives »⁵⁶. La législation Ohada imposait ainsi, dans un contexte qui ne s'y prêtait pas, un règne quasi absolu de l'ordre public et donc une réglementation dont la vocation est de s'appliquer indépendamment de la volonté des associés et de celle des autres sujets du droit Ohada⁵⁷. Manifestement en inadéquation avec les besoins de modernité, d'ouverture et d'attractivité du

sociétés par actions. La loi allemande était même encore plus rigide puisque l'ensemble de ses articles était d'ordre public » : I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 1.

⁵³ D. POHE TOKPA, « Société anonyme avec conseil d'administration », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1854, n°2 : L'auteur écrit que l'essentiel des dispositions de la loi française du 24 juillet 1966 a été *mutatis mutandi* transposé dans l'acte uniforme sur les sociétés commerciales de 1997.

⁵⁴ D. Y. WANE, « La réforme du droit Ohada des sociétés commerciales : modernisation du droit applicable ou conformisme législatif? », p. 12, disponible sur http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Dieyla_Yaya_Wane_modernisation_droit_des_societes_ohada.pdf, consulté le 05 mai 2018. Voir aussi M. KONE, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA. Comparaison avec le droit français*, LGDJ, 2003, p. 203, n° 323.

⁵⁵ P. BISSARA, « Au seuil d'un nouveau millénaire : quelles perspectives d'évolution pour le droit des sociétés ? » : *Rev. sociétés* 2000, p. 69.

⁵⁶ J. PAILLUSSEAU, « La modernisation du droit des sociétés commerciales “une reconception du droit des sociétés commerciales” » : *D.* 1996, p. 287, n° 3. La conséquence est que la société est organisée de manière importante et impérative par le législateur. C'est une organisation de type légal qui s'oppose à une organisation de type contractuel. C'est là le caractère institutionnel de la société.

⁵⁷ En réalité, pour assurer le respect absolu des dispositions de l'AUSC de 1997 et par la même occasion assurer la primauté du droit Ohada, le législateur Ohada a étendu l'effet impératif des dispositions législatives de 1997 bien au-delà de la volonté individuelle des associés pour atteindre même la souveraineté des Etats membres dont les pouvoirs législatifs et judiciaires ne sauraient déroger au droit communautaire. Un auteur a écrit à cet effet qu'« à l'exemple de son homologue français dans la loi de 1966, le législateur de l'OHADA ne tolère les dispositions complémentaires des associés ou l'intervention des législateurs nationaux, voire des juges internes que dans la mesure où il les autorise lui-même ou lorsque ces dispositions seraient conformes à celles qu'il a prévues. L'acte uniforme prévoit absolument tout sur la réglementation d'une société et ne laisse aucune place à la liberté d'appréciation des différents destinataires de l'ordre public sociétaire. La marge de manœuvre des associés ou des Etats n'est prévue que dans de rares cas ce qui permet d'affirmer que l'ordre public occupe une grande importance en droit des sociétés commerciales de l'OHADA » ; cf. D. Y. WANE, « La réforme du droit Ohada des sociétés commerciales : modernisation du droit applicable ou conformisme législatif? », p. 12, disponible sur http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Dieyla_Yaya_Wane_modernisation_droit_des_societes_ohada.pdf, *op. cit.*

droit des affaires en Afrique, le texte de l'AUSC de 1997 était entrée en vigueur avec une faiblesse congénitale et appelait donc, dès son adoption, une réforme allant dans le sens d'une plus grande souplesse⁵⁸. Ce besoin de réforme clairement ressenti en pratique et constamment dénoncé en doctrine a pu se confirmer quand la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'Ohada avait, à l'occasion d'un avis consultatif, réaffirmé le caractère d'ordre public de l'ensemble des dispositions de l'AUSC de 1997⁵⁹.

13. Etant dès lors entendu qu'« *on ne fait pas fonctionner l'économie à coup de règles impératives* »⁶⁰, il fallait que le législateur mette à la disposition des entreprises africaines, des formes sociales aussi souples que possibles et consacre par ailleurs des modalités d'aménagement des règles de fonctionnement de la société. Pour ce faire, le législateur Ohada devait rechercher et proposer dans la loi, un « *juste milieu* »⁶¹ entre la protection assurée par les dispositions d'ordre public et les besoins d'adaptation du droit des sociétés nécessitant le recours à la liberté contractuelle. En ce sens, la contractualisation du droit des sociétés de l'Ohada semblait s'imposer⁶².

14. Mouvement de fond qui marque l'évolution de l'ensemble du droit contemporain⁶³, la contractualisation exprime en droit des sociétés, la recherche d'une flexibilité apparue comme

⁵⁸ Ce besoin d'assouplissement de la législation qui venait d'être mise en place était d'autant plus opportun que le modèle français dont il a largement été inspiré était désormais perçu comme n'étant plus en adéquation avec les exigences d'un droit moderne favorable au développement économique des entreprises auxquelles il s'applique. Un auteur écrit à ce propos que : « *De façon de plus en plus insistante parmi les acteurs de la place des voix se font entendre pour dénoncer l'omniprésence du législateur qui décide en lieu et place des entreprises quelle doit être la meilleure forme de leur organisation. Ainsi, pour beaucoup, la complexité des textes français peut s'avérer néfaste, ou du moins être un facteur de blocage pour les investisseurs français et étrangers. Il est donc devenu déterminant aujourd'hui de construire un espace juridique plus propice à l'esprit d'entreprise en accroissant l'étendue de la liberté contractuelle et en réformant le droit des sociétés aujourd'hui trop marqué par un pointillisme excessif* ». F. GAUTHIER, « État des lieux sur la direction et l'administration de la société anonyme à conseil d'administration » : *Gaz. Pal.* 29 fév. 2000, n° 60, p. 8.

⁵⁹ Avis n°002/2000/EP du 26 avril 2000 rendu à la requête de l'Etat du Sénégal : « *Les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement économique étant d'ordre public et s'appliquant à toutes les sociétés commerciales à raison de leur forme et quelque soit leur objet...* ». Voir dans le même sens, avis n°001/2001/EP du 30 avril 2001 quatrième question, quatrième branche, (4-d)

⁶⁰ J. FOYER, « Quel droit des sociétés pour le millénaire qui s'avance ? » : *Rev. sociétés* 2000, p. 101.

⁶¹ J.-P. BERTREL, « Liberté contractuelle et sociétés - Essai d'une théorie du "juste milieu" en droit des sociétés » : *RTD com.* 1996, p. 595.

⁶² « *Ce carcan législatif entravait fortement le fonctionnement des sociétés ; contre cet excès d'impérativité de la loi sur les sociétés, il a fallu réagir, en contractualisant le droit des sociétés* », D. Y. WANE, « *La réforme du droit Ohada des sociétés commerciales : modernisation du droit applicable ou conformisme législatif?* », p. 12, disponible sur http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Dieyla_Yaya_Wane_modernisation_droit_des_societes_ohada.pdf, *op. cit.*

⁶³ A ce titre, l'on a affirmé que « *Le contrat s'impose à l'air de la globalisation comme l'outil de régulation par excellence des rapports juridiques* » : L. HENNEBEL et G. LEWKOWICZ, « La contractualisation des droits de l'homme : De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », in G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 221-244. En tant que tel, il est un constat évident que presque toutes les branches et toutes les matières du droit se contractualisent. Voir notamment : C. DUDIT, *La contractualisation du droit de la famille*, thèse de doctorat, Université de Nantes, 2009 ; F.-J. PANSIER, « De la contractualisation

une urgence⁶⁴. Néologisme issu du mot contractuel, la notion de contractualisation désigne communément « *un choix de politique juridique en faveur d'un traitement contractuel des questions* »⁶⁵. Expression d'une « *posture anti-institution* »⁶⁶, elle « *se manifeste par l'utilisation croissante de diverses techniques contractuelles afin de répondre aux besoins manifestés par les associés d'adapter le droit des sociétés* »⁶⁷ à l'environnement des affaires de même qu'aux besoins spécifiques de chaque entreprise et de ses acteurs. Le phénomène traduit dès lors une remise en question d'un droit des sociétés dont les règles contraignantes ne sont pas toujours adaptées aux évolutions économiques et aux impératifs de la gestion des entreprises. Autrement dit, la contractualisation s'entend de l' « *expansion du pouvoir direct des associés de faire à leur mesure, l'organisation sociétaire qui leur convient* »⁶⁸. Elle est l'expression du passage à une vue plus contractuelle de la société commerciale dont la réglementation se libéralise au gré des flux et reflux de l'ordre public sociétaire⁶⁹. Expression de la mutation croissante du droit des sociétés d'une législation imposée vers une réglementation négociée⁷⁰, c'est sans toutefois dénier toute utilité à l'explication institutionnelle

du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier » : *Gaz. Pal.* n° 64-65, mars 1999, 1, doctr., p. 5-7 ; O. TIQUANT, *La contractualisation des procédures collectives*, thèse, Paris I, 1999 ; A. S. RAU et C. PEDAMON, « La contractualisation de l'arbitrage : le modèle américain » : *Rev. arb.* 2001, p. 451 et s. ; Y. JOSEPH-RATINEAU, « Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet » : *D.* 2008, p. 1035 ; N. FRICERO, « La France et l'europe sur le chemin de la contractualisation de la procédure civile » – Synthèse des travaux du colloque organisés par l'Association des Avocats Praticiens des Procédures et de l'Exécution – in *La procédure civile du 21^e siècle, du cadre au contrat*. Actes du colloque organisé le vendredi 3 novembre 2014, p. 105, disponible sur <https://aappe.fr/wp-content/uploads/2016/07/vdef-gabarit-21x29-7cm-paris-3-10-2014.pdf>

⁶⁴ S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, LGDJ, 2002, p. 133, n° 267.

⁶⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 10^e éd., PUF, 2014, p. 257. Dans le même sens, un autre auteur y voit « *un procédé de régulation qui implique la participation des acteurs privés à l'élaboration et à l'évolution du droit* » : cf. P. D. CERVETTI, « Du bon usage de la contractualisation en droit de la propriété littéraire et artistique » : *RIDA* oct. 2013, p. 111. Voir aussi A. SUPIOT (« La contractualisation de la société », in *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n° 43, mai 2001, p. 51.) qui, opinant sur la contractualisation dans les relations humaines dans leur ensemble, affirme que « *dire que la société se contractualise, c'est dire que la part des liens prescrits y régresse au profit des liens consentis ou, en termes savants, que l'hétéronomie y recule au profit de l'autonomie* ».

⁶⁶ M. GERMAIN, « La contractualisation du droit des sociétés », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 34, n° 3.

⁶⁷ G. GOFFAUX-CALLEBAUX, *Du contrat en droit des sociétés-essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, PUS, Coll. l'Harmattan, 2008, p. 10, n° 2.

⁶⁸ P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, p. 184, n° 5.

⁶⁹ M. GERMAIN, « Avant-propos », in F.-D. POITRINAL, *La révolution contractuelle du droit des sociétés, Dynamique et paradoxes*, Revue Banque Edition, 2003, p. 13.

⁷⁰ P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, Lextenxo Editions, 2010, p. 21, n° 30. Selon le professeur Alain COURET, la contractualisation croissante du droit des sociétés et la volonté constante des pouvoirs publics de déréglementer depuis quelques années, accréditent l'idée que le droit des sociétés commerciales serait devenu un espace de liberté dans lequel la créativité des parties et de leurs conseils trouverait matière à s'exprimer : « Prudence dans l'application du droit des sociétés », article disponible sur https://www.lesechos.fr/16/06/2008/LesEchos/20194-073-ECH_prudence-dans-l-application-du-droit-des-societes.htm, consulté le 27 avril 2018.

de la société commerciale et au rôle de l'ordre public sociétaire que la contractualisation redonne un souffle nouveau à la liberté contractuelle des associés. De ce qui précède, on peut à juste titre déduire que l' « assouplissement du droit des sociétés par le législateur OHADA justifie parfaitement le recours au terme "contractualisation" »⁷¹.

15. Ce choix du législateur Ohada « vient ainsi ralentir la progression et la généralisation d'une réglementation empreinte de dirigisme »⁷² puisque, écrivent certains, la plupart des modifications opérées à l'occasion de la réforme de l'AUSC « montrent que le législateur africain fait davantage confiance aux acteurs dans la mesure où le principe selon lequel toutes les dispositions de l'Acte sont d'ordre public a été revu »⁷³. Toutefois, la réforme ne nie pas la survivance de certaines dispositions d'ordre public. C'est donc *a priori*, à une réelle coexistence de deux valeurs souvent opposées et qui tendent à se neutraliser réciproquement que l'on assiste dans le nouvel AUSC. Mais en substance, bien au-delà d'un « équilibre entre l'ordre public et la liberté contractuelle », c'est un réel renversement des rapports de forces que la réforme de l'AUSC consacre en mettant clairement l'ordre public sociétaire à l'épreuve de la liberté contractuelle des associés⁷⁴.

16. Difficile à définir en tant que concept⁷⁵, il est usuellement admis « [qu'] on [ne] capte (...) l'ordre public [qu'] à travers la règle qui le formule »⁷⁶. Ainsi, a-t-on affirmé que « sans la disposition d'ordre public, l'ordre public apparaît comme suspendu dans le ciel des valeurs, invisible, immatériel, inaccessible et donc méconnu »⁷⁷. En tant que tel, il s'incarne dans des dispositions légales ou des principes généraux qui se caractérisent par l'interdiction formelle de

⁷¹ A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'Ohada » : *Penant* 2015, n° 893, p. 437.

⁷² *Idem*.

⁷³ T. GRANIER, « Le renouvellement du droit des valeurs mobilières » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 38.

⁷⁴ L'idée qu'une concurrence est de plus en plus faite à l'ordre public dans le droit contemporain est récurrente au point de justifier des interrogations persistantes sur l'avenir de la notion. A titre d'exemple, Aude BERNARD note dans une récente réflexion, « une forme d'inversion des logiques qui pourrait nuire à l'ordre public » qui, ajoute-t-il, « semble de plus en plus concurrencée (...) » : A. BERNARD, « L'avenir de l'ordre public » : *RRJ* 2017-4, p. 1333, n° 10.

⁷⁵ Comme cela a été souligné, « chercher à définir l'ordre public, c'est s'aventurer sur les sables mouvants, déclarait le conseiller Pilon, dans un célèbre rapport, c'est un vrai supplice pour l'intelligence, s'écriait le Marquis de Vareille-Sommières, c'est enfourcher un cheval fougueux dont on ne sait jamais où il nous transporte, disait le juge Burrough dans un aphorisme que les juristes anglais se plaisent à citer, c'est parler d'un paragraphe caoutchouc, dans l'imagination allemande, c'est cheminer dans un chantier bordé d'épines selon le mot d'Alglave. Toutes ces comparaisons révèlent combien une étude sur l'ordre public est un sujet téméraire. Nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert (...) » : Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat (Etude de Droit civil comparé France, Angleterre, U. R. S. S.)*, Ed. Matot-Braine, Reims, 1953, p. 3.

⁷⁶ P. CATALA, « Rapport de synthèse », in *L'ordre public*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, t. XLIX/1998, LGDJ, spéc. p.1, n° 1.

⁷⁷ F. DJAKBA PAGOU, *L'ordre public en droit des affaires de l'Ohada*, thèse, Université de Yaoundé II-SOA, 2015, p. 5, n° 15.

déroger à leur contenu et qui, de ce fait, s'imposent à la volonté individuelle. Susceptible d'être distingué en fonction de son domaine en un ordre public politique et un ordre public économique⁷⁸, « *les raisons d'imposer des règles avec une force particulière dans le droit des sociétés commerciales s'apparentent à l'ordre public économique* »⁷⁹. Celui-ci se subdivise lui-même en deux branches : l'ordre public de protection⁸⁰ et l'ordre public de direction⁸¹. Mais qu'il s'agisse de protéger les intérêts en présence ou de donner une direction aux activités économiques, les règles d'ordre public du droit des sociétés n'y arrivent que parce qu'elles constituent des limites à la puissance de la volonté des associés⁸² ; celle-ci ne pouvant déroger aux dispositions de celles-là par des conventions particulières.

17. Appréhendé de la sorte, « *l'impérativité est inséparable de la disposition d'ordre public, en ceci qu'elle constitue l'effet produit par cette dernière* »⁸³. Ceci est particulièrement vrai en droit des sociétés commerciales où « *les notions d'ordre public et d'impérativité ne se distinguent pas aisément* »⁸⁴ à tel point qu'il semble même admis « *qu'en droit des sociétés on puisse assimiler l'ordre public aux normes impératives, c'est-à-dire aux règles auxquelles il est interdit de déroger* »⁸⁵. En effet, « *si ordre public et impérativité sont parfois distingués, c'est pour mettre en évidence le fait que certaines règles sont plus impératives que d'autres* »⁸⁶.

⁷⁸ D'après le professeur Vincent KARIM, « *La doctrine a toujours établi une distinction entre l'ordre public politique et l'ordre public économique* » : V. KARIM, « L'ordre public économique : contrat, concurrence, consommation », in *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n° 2, 1999, p. 410.

⁷⁹ J. ISSA-SAYEGH, « Le caractère d'ordre public des dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique » : *Penant* 2009, n° 869, p. 394. L'auteur écrit en effet que « *dans l'opposition traditionnelle entre ordre public classique –Etat, famille, personne humaine– et l'ordre public économique, il ne fait guère de doute que l'ordre public sociétairre appartient à la seconde catégorie* ».

⁸⁰ Il est quant à lui incarné par les dispositions légales qui visent à protéger un individu dans ses rapports avec les autres, notamment en raison de sa position de faiblesse ou de sa vulnérabilité. Il s'agit de la sous-catégorie de l'ordre public économique « *qui a pour but de rétablir dans le contrat, l'égalité d'avantages et de sacrifices que n'assurerait pas le régime de la liberté* » : G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Etudes offertes à Jacques FLOUR*, éd. Répertoire du Notariat Deffrénois, 1979, p. 95.

⁸¹ L'ordre public est qualifié de direction vise la sauvegarde de l'intérêt général à travers la promotion d'une direction économique déterminée. En cela, « *il permet d'assurer l'implantation d'une politique d'économie dirigée* ». Cf. : V. KARIM, « L'ordre public économique : contrat, concurrence, consommation », in *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n° 2, 1999, p. 411.

⁸² En ce sens, voir P. DEUMIER, Th. REVET, v° « Ordre public », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 1119 et s., spéc. p. 1119 et 1122.

⁸³ F. DJAKBA PAGOU, *L'ordre public en droit des affaires de l'Ohada*, thèse, Université de Yaoundé II-SOA, 2015, p. 5, n°16. Voir aussi D. ARCHER, *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude des conflits de lois)*, thèse, Université de Cergy-Pontoise, 2006, tome I, 1ère partie, p. 26, n° 20 et 21 ; A. PINSON, D. SOUKPRASEUTH, « Retour sur l'ordre public en droit du travail et son application par la Cour de cassation », in *Bulletin d'information de la cour de cassation*, Editions des journaux officiels, n° 740, 15 avril 2011, p. 6.

⁸⁴ F. BARRIERE, « Ordre public et impérativité. Observations en droit pénal des sociétés anonymes » : *Rev. sociétés* 2007, p. 713, n° 1.

⁸⁵ M. BUCHBERGER, « L'ordre public sociétairre », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LGDJ-Lextenso Editions, 2015, p. 182, n° 2.

⁸⁶ M. BUCHBERGER, « L'ordre public sociétairre », *Idem*.

Dans ces conditions, la distinction apparaît malaisée et certains auteurs vont même jusqu'à nier toute différence entre impérativité et ordre public. Quoi qu'il en soit, il demeure constant que le problème que soulève l'ordre public sociétaire est de savoir, tel que le suppose le concept d'impérativité, à quelles règles du droit des sociétés, les associés ne sauraient déroger en se fondant strictement sur leur volonté individuelle. Ceci dit, dans le cadre de la présente réflexion, il ne nous paraît pas intéressant de relayer ou de reprendre à notre compte la thèse de la distinction entre impérativité et ordre public. En réalité, chacune de ces dernières notions a, dans le contexte de l'ordre public économique, la même nature fonctionnelle en ce qu'elles constituent, l'une autant que l'autre, « *l'antithèse de la liberté contractuelle* »⁸⁷.

18. Cette dernière, habituellement définie « *comme le revers de la médaille dont l'ordre public serait l'avant* »⁸⁸, est un principe général du droit directement issu de l'autonomie de la volonté et qui s'entend de la faculté reconnue aux sujets de droit de conclure ou non un contrat et, le cas échéant, d'en fixer librement le contenu en termes d'obligations réciproques. En tant que telle, toute législation qui se veut libérale devrait promouvoir l'autonomie de la volonté privée « *en s'abstenant, c'est-à-dire en évitant de contredire cette liberté contractuelle par des contraintes extérieures aux contractants* »⁸⁹.

19. Dans le contexte du droit des sociétés, la liberté contractuelle signifie essentiellement la possibilité pour les associés de choisir les règles relatives à l'organisation et au fonctionnement de leur société⁹⁰. En tant que telle, l'extension de son domaine que consacre la contractualisation du droit des sociétés de l'Ohada traduit l'idée d'une reconception certaine des rapports de force qui ont toujours été exclusivement en faveur de l'ordre public sociétaire. C'est en effet principalement au moyen des conventions extrastatutaires et de la consécration de divers mécanismes d'aménagements statutaires fondés sur la technique contractuelle⁹¹, que le législateur Ohada a choisi de repousser les limites de l'ordre public sociétaire en permettant

⁸⁷ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963, p. 31, n° 20 ; J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mars 2004, n° 23.

Voir aussi dans le même sens : F. TERRE, *Introduction générale au droit*, précis Dalloz, 6^e éd., 2003, pp. 395 à 396 ; D. ARCHER, *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats* (étude des conflits de lois), thèse d'Etat Cergy-Pontoise, 2006, tome I, 1^{ère} partie, p. 24, n° 15 ; J. HAUSER, « Ordre public et bonnes mœurs », in *Répertoire de droit civil*, tome IV, p. 2, n° 20 ; R. SAVATIER, « L'ordre public économique » : *D.* 1965, chron. p.37 et s.

⁸⁸ J. BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, 2013, p. 2, n° 3.

⁸⁹ P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Dalloz, 2008, n° 329.

⁹⁰ Voir F.-X. LUCAS, « Les libertés d'organisation et de transmission. La liberté des associés », in *Entreprise et liberté. Journées nationales-Association Henri CAPITANT*, Tome X, Dalloz, 2008, p. 73.

⁹¹ Ainsi qu'un auteur l'a écrit, « *le législateur sublime les statuts en tant qu'espace d'expression de la liberté des associés* » : L.-D. MUKA TSHIBENDE, « Mise en perspective de la réforme (du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'Ohada) » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 9.

à la liberté contractuelle de conquérir inexorablement des espaces qui sont longtemps restés sous le joug de l'impérativité.

20. Toutefois, il convient de noter que, si la voie de la liberté contractuelle semble désormais bien tracée en droit des sociétés commerciales de l'Ohada, un certain nombre de difficultés apparaissent quand on songe à l'emprunter. En effet, en même temps qu'il consacre d'importants moyens de contractualisation, le texte de la réforme soulève aussi de nombreuses interrogations. Sans prétendre à l'exhaustivité, les plus notables d'entre elles, sont relatives d'une part, aux limites respectives du "contractuellement permis" et de "l'impérativement proscrié" et, d'autre part, à l'efficacité desdits moyens.

21. En effet, alors qu'il consacre expressément la reconnaissance des conventions extrastatutaires, le nouvel acte uniforme soumet leur validité au respect de certaines dispositions de l'AUSC « auxquelles il ne peut être dérogé »⁹² sans apporter la moindre précision quant à l'identification desdites dispositions qui n'admettraient aucune dérogation ou aménagement contractuel. Dans le même temps, l'analyse de la substance du nouvel article 2 de l'AUSC révèle que cette disposition continue d'affirmer le caractère d'ordre public de l'ensemble des dispositions de l'Acte uniforme. En dépit de sa réécriture, l'article 2 du nouvel AUSC semble ne présenter aucune évolution fondamentale comparativement à sa version antérieure. Selon la doctrine, « 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 »⁹³. D'après la nouvelle législation en effet, les clauses statutaires ne peuvent en aucun cas déroger aux dispositions de l'AUSC, « 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 »⁹⁴. Aussi, est-il précisé dans le texte, sans doute pour marquer le caractère d'ordre public des dispositions légales, que toute clause statutaire contraire à une disposition de l'AUSC

⁹² Art. 2-1 AUSC.

⁹³ T. S. AMENYINU, « Regards sur l'article 2-1 de l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », in *BDE*, 2017/1, disponible sur <http://www.droit-economique.org/wp-content/uploads/2017/12/Amenyinu.pdf>

⁹⁴ Selon cette disposition du nouvel article 2 l'AUSC qui s'avère être une reprise textuelle de l'ancien article 2, les associés devraient impérativement se soumettre à la volonté du législateur sauf si ce dernier les « autorise expressément » à substituer ou à compléter ce que la loi prévoit. Il est ainsi théoriquement possible, dans toutes les formes de sociétés commerciales, de compléter les statuts dans les rares hypothèses d'« exceptions légales » tout en restant dans la limite des choix que propose le législateur. Ces espaces de liberté exceptionnellement concédés devraient refléter les options expressément ouvertes par la loi ; ce qui exclut de fait, tout aménagement contractuel exclusivement inspiré de la volonté des associés. Cela semble signifier qu'aucune clause statutaire ne peut valablement exister si elle n'a pas été envisagée par le législateur.

est réputée non écrite⁹⁵. Cette même exigence du respect de toutes les dispositions de l'AUSC est requise avec une insistance particulière par le législateur en ce qui concerne la validité des conventions extrastatutaires. Ces dernières ne sauraient être valables que sous réserve du respect des dispositions de l'AUSC auxquelles il ne peut être dérogé et seulement si elles sont par ailleurs conformes aux clauses statutaires, lesquelles clauses ont dû, pour être valables, se conformer préalablement et impérativement aux dispositions de l'AUSC. Dans ces conditions, on est à juste titre porté à croire que la liberté contractuelle promue par le législateur Ohada est, à défaut de n'être qu'un mirage, au moins bien loin de celle, qui sous d'autres cieux, nourrit l'ingéniosité des praticiens et les incite à mettre en place des montages juridiques fondés sur la créativité contractuelle⁹⁶.

22. Les raisons susceptibles de justifier un tel raisonnement sont simples. En droit Ohada, l'article 2 de l'AUSC impose à toute clause statutaire, une conformité absolue à toutes les dispositions légales sous peine de se voir « *réputée non écrite* », faisant ainsi de l'ensemble du contenu de l'AUSC, des dispositions « *auxquelles il ne peut être dérogé* »⁹⁷. Dans le même temps, la validité des conventions extrastatutaires de l'article 2-1 est expressément soumise au respect des dispositions de l'AUSC « *auxquelles il ne peut être dérogé* ». Sachant que l'AUSC pose expressément le principe de la validité des conventions extrastatutaires, la question s'impose finalement de savoir quels sont, dans cette nouvelle réglementation, les dispositions qui n'admettent aucune dérogation ou plus précisément, quelles sont celles qui sont susceptibles d'aménagements contractuels. Cette question en apparence simple mais qui se rapporte au fond à la nature des règles de l'AUSC ne reçoit pas de réponse évidente.

23. On voit bien que l'ombre de l'ordre public sociétaire, obstacle au plein épanouissement de la liberté contractuelle, plane sur le droit des sociétés de l'Ohada avec plus ou moins la même ampleur dénoncée dans l'AUSC de 1997. De fait, une incertitude légitime naît relativement au

⁹⁵ Art. 2 AUSC.

⁹⁶ L' « *omniprésence* » des montages dans les sociétés commerciales « *tient à la place croissante de la liberté contractuelle en droit des sociétés* » : D. GALLOIS-COCHET, « Les montages en droit des sociétés », in *RDC*, 1^{er} juil. 2007, n° 3, p. 1022, n° 3. L'auteur rajoute que « *l'espace laissé à la liberté contractuelle favorise le développement des montages, le législateur lui-même invitant à l'inventivité* ». Voir aussi Charles HANNOUN qui affirme que « *Les montages contractuels, généralement définis comme une combinaison finalisée d'actes juridiques interdépendants, sont devenus une réalité quotidienne de la vie des affaires* » : C. HANNOUN, « *Méthodologie d'un droit des montages contractuels* », in *RDC*, 1^{er} juil. 2007, n° 3, p. 1036.

⁹⁷ Les associés doivent-ils se limiter exclusivement à ce qu'autorise expressément la loi ou peuvent-ils légitimement considérer que tout ce qui n'est pas interdit est permis ? Concrètement, la question est de savoir si l'autorisation de déroger ou de compléter l'AUSC par des stipulations statutaires se limite aux possibilités expressément offertes par la loi dans sa lettre. Autrement dit, serait-il possible d'envisager des montages conventionnels dans les statuts qui, au-delà de la lettre de la loi, n'auraient pour seules limites que l'ordre public sociétaire tel qu'il serait conçu dans l'esprit du législateur.

sens, à la portée, voire, quant à la réalité de la contractualisation du droit de sociétés dans notre espace juridique de référence. Il est dès lors évident que, malgré sa volonté d'orienter le droit des sociétés vers davantage de souplesse, le législateur laisse en suspens une question dont la solution revêt une importance capitale pour une promotion effective de la liberté contractuelle dans l'environnement sociétaire : celle de l'identification des dispositions supplétives du droit des sociétés. Il convient donc de remédier à ce qui s'apparente à une insuffisance du texte de l'AUSC en déterminant, dans la mesure du possible, les espaces de liberté laissés aux associés afin que l'interprétation de la lettre de la loi communautaire soit en harmonie avec l'esprit de libéralisation unanimement reconnu comme ayant animé la réforme de l'AUSC.

24. Pour autant, réussir à déterminer le domaine de la liberté contractuelle et à justifier une interprétation de l'acte uniforme favorable à la validité du plus grand nombre de mécanismes d'aménagements contractuels – statutaires ou extrastatutaires – dans les sociétés commerciales, ne suffit pas à assurer ou même à convaincre de l'« *effectivité* »⁹⁸ de la contractualisation de la matière. L'effectivité du droit étant entendue comme « *la capacité à orienter le comportement de ses destinataires dans le sens souhaité par le législateur* »⁹⁹, elle dépend en grande partie de l'efficacité pratique de ce qui est légalement permis¹⁰⁰. Ceci étant, bien des inquiétudes en rapport avec l'efficacité des mécanismes d'aménagement contractuel utilisés sont susceptibles d'éprouver la pratique du nouvel AUSC. En effet, en raison de l'usage croissant des techniques contractuelles en droit des sociétés, l'influence directe de certaines fondations classiques du droit des contrats sur ce dernier, entame le plus souvent l'enthousiasme des praticiens, qui dénoncent des situations incertaines et inefficaces¹⁰¹. Dès lors, l'efficacité des moyens de contractualisation est devenue, de l'avis de tous, l'une des plus importantes questions inhérentes au phénomène du nouveau contractuel en droit des sociétés.

25. Toutefois, elle ne semble pas avoir reçu un traitement adéquat de la part du législateur Ohada¹⁰² quand bien même la doctrine a constamment averti ces dernières années, que le contentieux que suscitent la plupart des mécanismes d'aménagement contractuel du droit des

⁹⁸ Voir Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », in *Rev. Droit et Société*, n° 79, 2011/3, p. 715 à 732

⁹⁹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 329.

¹⁰⁰ « *Les deux notions entretiennent d'étroites relations* » mais il convient de ne pas les confondre. Sur la distinction entre les notions d'efficacité et d'effectivité du droit, voir notamment Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », in *Rev. Droit et Société*, n° 79, 2011/3, p. 730.

¹⁰¹ Voir J. BONNARD, « L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pactes d'associés », in *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 139.

¹⁰² Selon le Professeur Gibert PARLEANI, la question de leur licéité ne saurait faire oublier les incertitudes qui entourent celle de leur efficacité réelle. Cf. G. PARLEANI, « Les pactes d'actionnaires » : *Rev. sociétés* 1991, p. 1.

sociétés se retrouve moins sur le terrain de leur validité que sur celui de leur efficacité¹⁰³. Cette dernière exigence d'efficacité étant l'idéologie majeure de l'analyse économique du droit¹⁰⁴, on pouvait légitimement s'attendre à ce que le législateur Ohada, soucieux de mettre en place un droit économiquement attractif, assure inévitablement la sécurité juridique des contrats auxquels pourraient recourir les associés. Mais en dehors des quelques mécanismes contractuels expressément autorisés par l'AUSC pour figurer dans les statuts¹⁰⁵, toute autre convention imaginable par les acteurs du droit des sociétés sur le fondement de l'article 2-1 de l'AUSC semble ne bénéficier que d'une efficacité relative du point de vue de leur exécution et par conséquent d'une sécurité juridique incertaine. Les principales raisons qui fondent ce constat se rapportent notamment à l'emplacement extrastatutaire desdites conventions entre actionnaires mais aussi à leur nature contractuelle incontestée.

26. En effet, en tant que contrat, la convention extrastatutaire consacrée par l'article 2-1 de l'AUSC est dans sa conception, « *gouverné[e] par le principe de l'autonomie de la volonté depuis sa genèse jusqu'à son exécution* »¹⁰⁶. Ainsi, contrairement aux clauses d'aménagement statutaires, la convention extrastatutaire ne produit d'effets obligatoires qu'à l'égard des seuls associés signataires et son exécution forcée n'est que rarement possible en raison de la nature des obligations dont elle est le plus souvent porteuse notamment, les obligations de faire et celles de ne pas faire. En réalité, la difficulté à obtenir l'exécution forcée des obligations de faire et de ne pas faire continue de caractériser le régime juridique du droit des obligations dans la plupart des Etats membres de l'Ohada¹⁰⁷. La substance de l'article 1142 du code civil de 1804¹⁰⁸ constitue, encore à ce jour, le droit positif en la matière dans l'ensemble de l'espace Ohada. Alors que le législateur de l'Ohada peine encore à proposer un droit des contrats

¹⁰³ F.-X. LUCAS, « L'acquisition du pouvoir dans les sociétés en France », in *Le pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Journées Chiliennes 2012, Bruylant, 2014, p. 139.

¹⁰⁴ Voir P. S. BADJI, « L'évolution des règles du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales », in *BDE*, 2017/1, p. 1, <http://www.droit-economique.org/wp-content/uploads/2017/12/Badji-1-1.pdf>. Dans le même sens, Yves-Marie LAITHIER écrit que « *l'analyse économique du droit est une analyse d'efficacité* » : Y.-M. LAITHIER, « Le droit comparé et l'efficacité économique », in S. BOLLEE, Y.-M. LAITHIER et C. PERES (dir.), *L'efficacité économique du droit*, Economica, 2010, p. 49.

¹⁰⁵ Voir notamment les dispositions des articles 765 et suivants relatifs aux clauses d'aménagement de la transmission des actions dans les sociétés anonymes.

¹⁰⁶ A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'Ohada » : *Penant* 2015, n° 893, p. 442.

¹⁰⁷ Il faut rappeler en effet que la majeure partie des Etats membres de l'Ohada ont hérité de la France à l'occasion de leur accession à la souveraineté nationale, du code civil de 1804 en toutes ses dispositions.

¹⁰⁸ Nous entendons ici par « code civil de 1804 », le texte du code civil napoléonien, lequel ne prend pas en compte la réforme du droit des contrats intervenue en France et consacrée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016. Nous faisons donc référence au code civil français tel qu'on hérité les Etats africains de l'espace Ohada lors de leur accession à l'indépendance.

uniforme et moderne aux Etats membres, les solutions rendues par les juges nationaux sur la question de l'exécution des obligations contractuelles, qui intéresse au plus près le droit communautaire des sociétés, divergent d'un Etat à un autre et même au sein d'un même Etat d'une juridiction à l'autre. En tant que telles, elles traduisent la divergence de points de vue de leurs auteurs, qui sont pour certains attachés au respect scrupuleux de la lettre de l'article 1142¹⁰⁹ du code civil de 1804, et pour d'autres, partisans d'une interprétation évolutive de cette dernière disposition favorable à l'exécution forcée desdites obligations. En conséquence, la divergence jurisprudentielle évidente au sein du même espace Ohada¹¹⁰ affecte sans aucun doute la sécurité juridique des mécanismes contractuels extrastatutaires et hypothèque l'effectivité de la contractualisation du droit des sociétés. Dans un tel contexte législatif caractérisé par un droit des sociétés uniforme et une diversité des droits des contrats porteurs de solutions aussi variées qu'inadaptées à la question de l'exécution des obligations contractuelles, l'efficacité des pactes d'actionnaires s'avère être une importante faiblesse de la réforme de l'AUSC.

27. A ce propos, si l'on peut regretter le caractère lacunaire du régime des pactes d'actionnaires en droit Ohada¹¹¹, il convient toutefois de noter que le défaut d'organisation des modalités légales d'exécution pouvant leur assurer une efficacité renforcée, apparaît dans une certaine mesure comme une opportunité supplémentaire pour la liberté contractuelle de s'exprimer dans l'environnement sociétaire. Au-delà du fait de fonder les montages juridiques entrant dans le cadre de la contractualisation du droit des sociétés, les associés pourront y recourir dans la mesure du possible pour définir des solutions conventionnelles assurant une exécution effective des pactes d'actionnaires. De ce point de vue, la question de la sanction des conventions extrastatutaires « *qui porte en elle celle de l'efficacité réelle du pacte revêt une importance primordiale dans la stratégie des actionnaires qui concluent un pacte* »¹¹². De ce fait, en attendant des solutions légales ou jurisprudentielles novatrices, communes à l'espace Ohada et qui soient en mesure de renforcer l'efficacité de pactes d'actionnaires, il convient de

¹⁰⁹ Cet article dispose en effet que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommage et intérêts en cas d'exécution de la part du débiteur ».

¹¹⁰ Même si quelques Etats membres de l'Ohada ont apporté des amendements mineurs au droit hérité de la colonisation ou que d'autres sont de tradition juridique autre que civiliste, les solutions juridiques proposées au plan nationale restent toutes proches de celle de l'article 1142 sus cité mais leur interprétation jurisprudentielle par chaque juge national est loin de l'harmonie et de l'efficacité qu'on pourrait en attendre.

¹¹¹ A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, LGDJ, 2015, p. 652, n° 1677.

¹¹² G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, Par Michel GERMAIN et Véronique MAGNIER, LGDJ, 20^e éd., 2011, p. 451, n° 1624-2.

réfléchir dans une perspective de droit comparé à des solutions contractuelles qui ne s'écartent pas des spécificités et des objectifs de la législation Ohada.

28. On s'aperçoit, qu'ainsi que l'observait le Professeur Yves GUYON, l'interaction entre le droit des contrats et le droit des sociétés est bien souvent source d'incertitudes¹¹³. La simple consécration plus ou moins explicite d'espaces à la liberté contractuelle, comme c'est le cas en droit Ohada, ne suffit donc pas à garantir l'effectivité de la contractualisation du droit des sociétés commerciales. Clairement, la mise en œuvre pratique de ce phénomène d'assouplissement de la matière en droit Ohada soulève, comme en droit français, une diversité d'interrogations tant en droit des sociétés qu'en droit des contrats¹¹⁴. Si la plupart desdites interrogations sont communes au droit commun des sociétés commerciales, il faut noter qu'elles s'expriment différemment et présentent des enjeux divers selon que l'on considère telle ou telle autre forme de société commerciale¹¹⁵.

29. Pour cause, l'intérêt que le droit des sociétés accorde traditionnellement à l'impérativité de ses dispositions varie selon que l'on considère les sociétés de capitaux ou les sociétés de personnes. Sous ce regard, on affirme en doctrine que « *les sociétés commerciales ont (...) une double réalité juridique : soit qu'elles ont un caractère institutionnel avéré, soit qu'elles ont un caractère personnel ou contractuel prononcé* »¹¹⁶. Si dans cette dernière hypothèse, on retrouve « *des structures légales légères* »¹¹⁷ essentiellement « *fondée[s] sur la libre détermination des associés* »¹¹⁸, le premier cas de figure renvoie quant à lui, à des formes sociales minutieusement réglementées par le législateur. Au nombre de ces dernières, la société anonyme s'illustre singulièrement par sa forte dimension institutionnelle et présente de ce fait un intérêt particulier

¹¹³ Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^e éd., 2002, p. 445, n° 309. Voir également M. JEANTIN, « Droit des obligations et droit des sociétés », in *Mélanges Louis BOYER*, éd. Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 317. Adde A.-C. ROUAUD, « Les limitations statutaires au pouvoir d'agir en justice du représentant légal » : *Rev. sociétés* Juil.-Aout 2014, p. 415, n° 6.

¹¹⁴ Voir J. BONNARD, « L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pactes d'associés », in *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 140.

¹¹⁵ « *C'est une évidence qu'il y a des distinctions à faire entre les sociétés et entre les associés et que la liberté des uns et des autres ne peut avoir le même sens* » : F.-X. LUCAS « Les libertés d'organisation et de transmission. La liberté des associés », in *Entreprise et liberté. Journées nationales-Association Henri CAPITANT*, Tome X, Dalloz, 2008, p. 74.

¹¹⁶ P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, p. 188, n° 10.

¹¹⁷ Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^e éd., 2002, n° 156.

¹¹⁸ P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, p. 195, n° 17. Sous le régime de l'AUSC de 1997, l'auteur affirmait déjà : « *La SNC, la SCS et la société en participation demeurent des sociétés à dominante contractuelle, en dépit du principe d'ordre public des dispositions de l'Acte uniforme posé à titre de principe par l'article 2* ».

dans le cadre de la présente réflexion¹¹⁹. Dès lors, sans s'y consacrer exclusivement, la présente thèse va se concentrer prioritairement sur cette forme sociale et ceci pour au moins deux raisons.

30. Archétype de la catégorie des sociétés de capitaux¹²⁰, la réglementation de la société anonyme en constitue à maints égards, le droit commun¹²¹. En tant que telle, elle est non seulement la forme sociale à propos de laquelle, les restrictions imposées à la liberté contractuelle des associés par l'ordre public sociétaire sont les plus prononcées et aussi le plus souvent dénoncées. Cette forme sociale apparaît ainsi comme celle qui a cristallisé l'idée même d'une réglementation légale excessive et illustré l'image de la surabondance de règles d'ordre public en droit des sociétés¹²². Dans le droit Ohada antérieur à la réforme de 2014, le régime de la société anonyme était perçu comme le « baromètre » réel du caractère d'ordre public de l'ensemble du droit des sociétés commerciales puisqu'elle était à proprement parler, la seule société de capitaux consacrée par la législation Ohada de 1997. Selon la doctrine, « *la forte institutionnalisation de la société anonyme Ohada se déclin[ait] en une absence de contractualisation et la consécration de la théorie de l'entreprise de l'école de Rennes* »¹²³. Sa réglementation était en effet caractérisée par une idéologie dirigiste et institutionnelle conçue par un législateur volontiers formaliste, souvent paternaliste et parfois même suspicieux à l'égard du monde des entreprises¹²⁴. A ce titre, la société anonyme de l'Ohada a été « *celle au*

¹¹⁹ Ainsi que l'a écrit le professeur François-Xavier LUCAS en parlant de la place respective de l'ordre public et de la liberté contractuelle en droit des sociétés, « (...) et s'il y a lieu de restituer une quelconque cohérence aux règles qui gouvernent la matière, ce doit être en procédant à des distinctions pertinentes » : « Les libertés d'organisation et de transmission. La liberté des associés », in *Entreprise et liberté. Journées nationales-Association Henri CAPITANT*, Tome X, Dalloz, 2008, p. 75.

¹²⁰ En effet, dans les sociétés de capitaux, la personne de l'associé a tendance à s'éclipser derrière son apport et la société fondée sur l'*intuitu pecuniaria rei* ne tient que marginalement compte de la personne de ses apporteurs et donc de leur volonté. Voir en ce sens S. HELOT, « La place de l'*intuitu personae* dans la société de capitaux » : *D.* 1991, p. 143 et s.

¹²¹ L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés. Etude de droit comparé. Angleterre-Espagne-France*, LGDJ, 2003, p. 398, n° 363.

¹²² Y. GUYON, « Présentation de la société par actions simplifiée » : *Rev. sociétés* 1994, p. 207, n° 24.

Voir aussi M.-C. MONSALLIER qui affirme que même si le droit des sociétés est flexible à certains égards, les dispositions relatives à la société anonyme laissent classiquement peu de place à la volonté des actionnaires de l'aménager comme ils l'entendent : M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 1, n° 1. Adde S. ABDEL SAMAD, *Rigidité et faiblesses du droit libanais des sociétés*, Thèse, Université Paris 2 Panthéon-Asas, 2013, p. 12, n° 8.

¹²³ P.-G. POUGOUE, J.-C. JAMES et alii, « Actes uniformes », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 66, n° 162.

¹²⁴ Livrant une analyse particulièrement intéressante des excès du législateur dans la loi française de 1966 dont s'est inspiré l'AUSC, le Professeur Jean PAILLUSSEAU rappelle que « le droit est, à un moment donné, influencé par les tendances culturelles dominantes de la société politique économique et sociale », avant de souligner qu'au moment de l'élaboration de la loi de 1966, « une tendance culturelle forte de la société politique conduisait au centralisme, au dirigisme et à l'assistance ». Or, complète-t-il, « une autre tendance culturelle a marqué ces dernières années : c'est la volonté d'accroître la part de liberté laissée aux "utilisateurs" du droit dans l'organisation de leurs "affaires", particulièrement pour les opérateurs économiques ». Cf. J. PAILLUSSEAU, « La modernisation du droit des sociétés commerciales "une reconception du droit des sociétés commerciales" », *Recueil Dalloz*, 1996, Chron., p. 287, n° 3.

sujet de laquelle le conflit entre la liberté contractuelle et l'ordre public sociétair e s'est manifesté le plus clairement »¹²⁵, ce qui a incité certains auteurs à suggérer qu'il faille « dans le droit Ohada de la société anonyme, dans certaines conditions, admettre la validité des pactes d'actionnaires extrastatutaires, comme l'a fait le droit français depuis une époque »¹²⁶. Il était donc attendu que la réforme de l'AUSC assouplisse les règles d'organisation et de fonctionnement de cette forme sociale en aménageant des espaces de liberté au profit des actionnaires. Et justement selon certains, c'est « naturellement au titre des sociétés anonymes qu'ont été introduits les plus importants amendements du nouvel acte uniforme »¹²⁷. Ceci étant, les aménagements contractuels de son régime juridique qui seraient rendus désormais expressément possibles ou tout au moins envisageables dans la dynamique de la contractualisation de la matière, pourraient exprimer en grande partie et à eux seuls, la mesure dans laquelle le législateur entend dorénavant célébrer la volonté des associés. En réalité, si le droit des sociétés anonymes se caractérise par l'importance de ses dispositions d'ordre public, il est pertinent de reconnaître qu'au-delà des règles qui lui sont propres et qui justifient sa nature institutionnelle, elle partage avec la plupart des autres formes sociales, un certain nombre de principes et de règles juridiques qui sont, eux aussi, communément qualifiées d'ordre public. Dès lors, qu'une étude consacrée au contrat en tant qu'instrument d'adaptation du droit des sociétés commerciales s'attarde sur l'organisation et le fonctionnement de la société anonyme, paraît tout à fait opportun.

31. Cette opportunité se justifie aussi par l'importance de la place de société anonyme dans l'économie des pays de l'espace Ohada. En ce que la contractualisation participe à la modernisation du droit des sociétés, révéler le niveau d'infiltration de la société anonyme par le phénomène contractuel apparaît comme un gage du renforcement de son attractivité ainsi que de son rôle économique. Ayant en effet été, jusque dans un passé récent, l'« *unique société de capitaux qui puisse être constituée dans les états membres de l'Ohada* »¹²⁸, la société anonyme a longtemps été l'« *instrument du prodigieux essor économique* »¹²⁹ escompté par les initiateurs

¹²⁵ O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2014, p. 43, n° 37 ; voir aussi J.-P. BERTREL, « Liberté contractuelle et sociétés, essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés » : *RTD com.* 1996, p. 595.

¹²⁶ P.-G. POUGOUE, J.-C. JAMES et *alii*, « Actes uniformes », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 62, n° 152. ; J. PAILLUSSEAU, « L'acte uniforme sur le droit des sociétés » : *Petites aff.* n° 205, 13 oct. 2004, p. 19.

¹²⁷ A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, LGDJ, 2015, p. 736, n° 1892.

¹²⁸ F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, et *alii*, *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, éd. Bruylant, 2002, p. 404, n° 857.

¹²⁹ E. ESCARRA et J. RAULT et *alii*, *Traité théorique et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales*, Tome 2, Sirey, 1951, n° 504, p. 1.

de l'Ohada. Qualifiée par beaucoup comme étant la structure la mieux adaptée à l'entreprise¹³⁰, elle a toujours joué un rôle économique de premier plan dans l'espace Ohada¹³¹. « Elle représente l'instrument idéal de concentration de capitaux et de puissance économique, qu'il s'agisse de rassembler d'importants fonds ou d'en assurer la gestion »¹³². En tant que telle, elle demeure la forme sociale la plus adaptée aux entreprises importantes qui nécessitent des moyens financiers détenus par un grand nombre d'investisseurs¹³³. L'importance de son attrait sur la pratique et son utilité économique légitiment donc selon nous, la nécessité de déconstruire certains mythes qui sont souvent présentés en droit Ohada comme étant le fondement de la rigidité du droit qui lui est applicable. Il importe pour cela de démontrer la perméabilité de la société anonyme aux mécanismes contractuels, c'est-à-dire d'exposer la liberté que les actionnaires ont désormais d'imprimer de la souplesse dans le régime juridique des sociétés anonymes, qu'elles soient ou non cotée en bourse. Pour ces dernières, il convient toutefois de préciser que la question de la liberté des associés présente quelques spécificités en leur sein¹³⁴. Elles doivent répondre à certaines règles propres au droit des marchés financiers dont le fonctionnement requiert de la transparence¹³⁵. Sans pour autant s'opposer au principe de la contractualisation du droit des sociétés, cette exigence de transparence influence alors le régime des pactes d'actionnaires dont elle commande la publicité¹³⁶.

¹³⁰ J. PAILLUSSEAU, « L'acte uniforme sur le droit des sociétés » : *Petites aff.* n° 205, 13 oct. 2004, p. 20.

¹³¹ P. C. EWANE MOTTO, *La gouvernance des sociétés commerciales en droit OHADA*, thèse, Université Paris-Est, 2015, p. 34.

¹³² En ce sens, voir notamment Ph. KHAN, « Les investissements étrangers dans les pays en voie de développement » : *Penant* 1971, p. 163 et s. ; B. LASSEHIN, *L'information des actionnaires, instrument de contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de l'espace Ohada*, thèse de doctorat, Université d'Abomey-Calavi, 2014, p. 1.

¹³³ En ce sens, voir J. GATSI, *L'effectivité du droit de l'OHADA*, PUA, 2005.

¹³⁴ Voir F.-X. LUCAS, « Les libertés d'organisation et de transmission. La liberté des associés », in *Entreprise et liberté. Journées nationales-Association Henri CAPITANT*, Tome X, Dalloz, 2008, p. 75. L'auteur écrit notamment que « si la société fait appel public à l'épargne, si elle est cotée, il est évident que le problème [de la place de la liberté des associés] ne se pose pas dans les mêmes termes ».

¹³⁵ Voir à ce sujet D. MAZEUD et F. MARTIN LAPRADE, « L'ordre public en droit des sociétés ... cotées » : *Rev. sociétés* n° 1, 2012, p. 290. Adde A. REYGROBELLET, *Les vertus de la transparence. L'information légale dans les affaires*, Presse de Sciences Po-CREDA, 2001.

¹³⁶ Sur la spécificité des conventions entre actionnaires de sociétés cotées en bourse, voir O. DEXANT DE BAILLIENCOURT, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Dalloz, 2012. Selon C. LEROY, « Des raisons de politique économique justifient en effet, qu'afin de préserver le bon fonctionnement des marchés financiers, en assurant notamment la transparence du marché ainsi que la sécurité des épargnants, le législateur encadre par un certain nombre de règles spécifiques et contraignantes, de publicité en particulier, les pactes auxquels ont très fréquemment recours les actionnaires de sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé » : C. LEROY, *Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire*, Thèse de doctorat, Université Paris-Val de Marne, 2010, p. 16, n° 15. Voir aussi J.-M. MOULIN, « L'incidence du droit boursier sur les pactes d'actionnaires » in J. RAYNARD (dir.), *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ? Actes du colloque national DJCE, 8 et 9 février 2013 à la faculté de Droit de Bordeaux*, LexisNexis, 2013, p. 95. Adde D. OHL et F. MARTIN LAPRADE, « Pactes et sociétés cotées : étude de certains effets perturbateurs du droit boursier sur le droit des contrats » : *Rev. Dr. et Patr.*, Nov. 2009, p. 90.

32. Qu'il s'agisse de la société anonyme ou de l'ensemble des formes sociales, d'aucuns pourraient, dans le but de justifier du manque d'intérêt qu'il y aurait à s'interroger sur le phénomène¹³⁷, soutenir que la cause de la contractualisation du droit des sociétés paraît déjà entendue. En effet, depuis quelques décennies, le constat d'une recrudescence du phénomène contractuel en droit des sociétés est posé en doctrine où on a soutenu que cette matière, traditionnellement marquée par le caractère d'ordre public de ses dispositions, se trouve désormais de plus en plus soumise à deux tendances contradictoires¹³⁸. Depuis lors, la doctrine française de même que celle relevant d'autres droits nationaux ont consacré bien des études à la question de la contractualisation du droit des sociétés¹³⁹. En ce qui concerne le droit Ohada, seuls quelques travaux de recherche ont, à notre connaissance, été consacrés à la question de la liberté contractuelle depuis l'adoption du l'AUSC de 1997 à ce jour. On peut notamment citer la thèse d'Olivia BOTOE-BI-EVIE¹⁴⁰, celle de Wendkouni Judicaël DJIGUEMDE¹⁴¹ ou encore celle d'Isabelle DEKADJEVI¹⁴². Dans un tel contexte et quand on considère la doctrine dans son ensemble¹⁴³, l'importance aussi bien quantitative que qualitative des travaux scientifiques qui ont successivement été consacrés à la question pourrait inciter à s'interroger sur ce qu'il reste à dire, que l'on n'ait déjà bien souvent écrit sur la thématique.

¹³⁷ « Pourquoi vouloir encore parler de contractualisation des sociétés commerciales fut-il en droit OHADA...? » : A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'Ohada » : *Penant* 2015, n° 893, p. 434.

¹³⁸ Voir notamment Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 4^{ème} éd, 1999, p 7 : Constatant que « *Le droit des sociétés est plus que jamais soumis à deux tendances contradictoires : d'un côté la prolifération d'une réglementation de plus en plus tatillonne, de l'autre l'aspiration à davantage de souplesse et de liberté dans l'organisation et le fonctionnement de ces personnes morales* », l'auteur affirmait déjà dès la première édition de son œuvre en 1993, que cette tendance contradictoire traduisait « *la marche vers un nouveau contractuel en droit des sociétés* ».

¹³⁹ Voir par exemple B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com.* 1987, p. 457 ; J. PAILLUSSEAU, « La Contractualisation de la société anonyme fermée » : *Gaz. Pal.* 1998, 2, doctr. p. 1257 ; R. LIBCHABER, « La société, contrat spécial », in *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 281 ; P. BISSARA, « De la société contractante à la contractualisation de la société », in *Approche renouvelée de la contractualisation*, sous la dir. de S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, PUAM, 2007 ; M. COIPEL, « La contractualisation des causes de dissolution des sociétés », in *Mélanges offerts à Roland DE VALKENNER à l'occasion du 125^e anniversaire de la revue du notariat Belge*, Brylant, 2000, p. 147.

¹⁴⁰ O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse de doctorat, Université d'Aix-Marseille, 2014. Ainsi que l'indique le titre de la thèse, l'auteur a particulièrement montré l'intérêt que présente la contractualisation et appelé le législateur OHADA à réformer son droit des sociétés en y accordant plus de place à la liberté contractuelle des associés.

¹⁴¹ W. J. DJIGUEMDE, *L'aménagement conventionnel de la société commerciale en droit français et en droit OHADA*, thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2015. La réflexion de Monsieur DJIGUEMDE est résolument inscrite dans une démarche de comparaison des droits Ohada et français. A l'opposé, la présente étude exclusivement consacrée au droit Ohada se fonde principalement sur une analyse substantielle et systémique du droit Ohada et entend proposer une réflexion sur la place, le sens et le rôle de l'ordre public et de la liberté contractuelle dans cet espace de référence.

¹⁴² I. DEKADJEVI, *La volonté individuelle dans les sociétés commerciales de droit OHADA*, Thèse de doctorat, Université d'Abomey-Calavi (Bénin), 2018.

¹⁴³ Nous pensons à la doctrine relative au droit Ohada, celle relevant du droit français et plus généralement à celle relative aux autres droits étrangers.

33. Pour autant, la réflexion sur la contractualisation du droit des sociétés commerciales conserve toujours une réelle actualité et un vif intérêt¹⁴⁴. Ceci est particulièrement vrai dans le contexte du système juridique de l'Ohada où l'orientation du droit positif des sociétés dans le sens de la contractualisation est plutôt récente. En effet, en raison de l'importance qui a été accordée à l'ordre public sociétaire dès l'élaboration de l'AUSC en 1997, le droit uniforme des sociétés de l'Ohada a très tôt suscité des interrogations sur ses rapports avec le phénomène contractuel et posé de ce fait la problématique de sa contractualisation, laquelle s'est trouvée particulièrement renouvelée avec la réforme de l'AUSC¹⁴⁵. C'est en réalité la première fois que dans la plupart des Etats membres de l'Ohada, le droit positif s'oriente expressément vers une approche libérale du droit des sociétés commerciales¹⁴⁶. Dès lors, quand bien même la question de la contractualisation du droit des sociétés a pu devenir banale en droit français ou dans d'autres droits étrangers, elle est loin d'être un phénomène anodin dans l'espace Ohada. Après avoir longtemps dénié toute puissance à la volonté de ses sujets, le droit Ohada des sociétés commerciales s'engage sur la voie d'une contractualisation marquée par le sceau de l'ambivalence et la recherche d'un équilibre interne entre l'impératif et le supplétif, créant ainsi un intéressant terrain d'étude de l'interaction entre les mécanismes issus de la liberté contractuelle d'une part et l'ordre public sociétaire de l'autre. Mieux encore, l'Ohada présente certaines spécificités qui justifient une étude de la contractualisation de son droit des sociétés.

34. Par exemple, à travers l'ensemble du droit des affaires Ohada, le législateur semble avoir assigné à l'ordre public des finalités diverses qui répondent à des fins autres que celle traditionnellement connue de la limitation de la liberté contractuelle¹⁴⁷. Il a ainsi été démontré que l'ordre public dans le droit des sociétés de l'Ohada a entre autres buts, d'assurer la primauté

¹⁴⁴ En effet, au-delà même du droit des sociétés, la doctrine est d'accord sur le fait que « *Le contrat s'impose à l'air de la globalisation comme l'outil de régulation par excellence des rapports juridiques* » : L. HENNEBEL et G. LEWKOWICZ, « La contractualisation des droits de l'homme : De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », in G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 221. L'actualité et l'intérêt que revêt la question de la contractualisation en droit des sociétés n'est que le résultat d'un mouvement d'ensemble auquel sont plus que jamais soumises presque toutes les branches du droit.

¹⁴⁵ Voir notamment P. S. BADJI, « Les orientations du législateur Ohada dans l'AUSCGIE révisé » : *Rev. ERSUMA*, 2016, n° 6, nouvelle éd., p. 9-34.

¹⁴⁶ Si, antérieurement à l'institution de l'Ohada, la vétusté du droit applicable, l'insécurité judiciaire ambiante et la toute-puissance de l'Etat et des lois qu'il élabore, ne permettaient pas d'envisager une libéralisation des règles de fonctionnement des sociétés commerciales ; la rigidité de l'AUSC de 1997 et son silence quant à la réception ou non des pactes d'actionnaires ont maintenu les praticiens dans une réticence certaine à recourir aux moyens usuels de contractualisation.

¹⁴⁷ F. DJAKBA PAGOU, *L'ordre public en droit des affaires de l'Ohada*, thèse, Université de Yaoundé II-SOA, 2015, p. 8, n° 28.

et l'exclusivité de l'application du droit uniforme dans l'ensemble de l'espace Ohada¹⁴⁸. Ainsi c'est sans toujours tenir compte de la diversité de ses fins, que s'est développée un penchant persistant qui consiste à invoquer le moyen de l'ordre public pour interdire des aménagements contractuels pourtant conformes à l'esprit même de la réforme de l'AUSC. En cela, beaucoup de mécanismes contractuels qui traduisent les objectifs de modernité, de souplesse et d'attractivité dans la plupart des législations contemporaines relatives aux sociétés commerciales risquent en permanence d'être sanctionnées d'une invalidité dans l'espace Ohada. Par ailleurs, ceux dont la validité est plus ou moins expressément consacrée par l'AUSC n'offrent aucune garantie d'efficacité quant à leur exécution. Le droit des contrats applicable dans l'espace Ohada, censé être la matrice du droit des sociétés et un précieux outil au service des activités économiques, ne propose pas de solutions adaptées aux besoins du monde des affaires. Au regard de tout ceci, se déduit l'existence d'un malaise profond quant à l'effectivité de la contractualisation du droit des sociétés et à l'efficacité de ses moyens. Dès lors, le problème que nous nous emploierons à résoudre réside dans l'évaluation de la portée et l'appréciation de l'efficacité du phénomène contractuel dans les sociétés commerciales de droit Ohada et ceci à la lumière de la place et du rôle de l'ordre public dans l'AUSC.

35. De fait, l'objectif principal de la présente étude est de déterminer la mesure dans laquelle les dispositions de l'AUSC peuvent être encore qualifiées d'ordre public. Il s'agit notamment de répondre à la question de savoir si elles sont toujours toutes recouvertes de cette force obligatoire particulière. Sinon, lesquelles d'entre elles continuent de ne pas admettre des dérogations conventionnelles visant à substituer ou à compléter les prévisions légales ? En réalité, à travers ces interrogations, il est question de déterminer la place de la liberté contractuelle et de révéler aux sujets du droit Ohada, qui demeurent majoritairement inquiets quant à la validité d'un bon nombre de techniques d'aménagement, les espaces favorables aux conventions statutaires ou extrastatutaires entre associés. Etant en outre entendu que le recours aux mécanismes contractuels et plus largement la contractualisation ne sert à rien si les accords librement convenus ne peuvent pas être exécutés comme tels, la présente réflexion entend servir de cadre pour la proposition de solutions allant dans le sens d'un réel renforcement de la sécurité juridique ainsi que de l'efficacité des stipulations contractuelles par lesquelles la liberté des associés s'exprime en zone Ohada. En effet, susceptible d'être définie comme « *le caractère*

¹⁴⁸ En fait, c'est surtout en vue de garantir une application exclusive de l'AUSC que le caractère d'ordre public d'un bon nombre de ses dispositions a été consacré avec pour effet d'empêcher les législateurs nationaux d'édicter d'autres normes qui mettraient en cause l'idée d'harmonisation du droit si cher à l'Ohada.

d'un acte ou d'une décision qui produit l'effet recherché par son auteur »¹⁴⁹, l'efficacité juridique d'une norme, quelle qu'en soit la source, apparaît aujourd'hui comme « un nouvel impératif juridique »¹⁵⁰.

36. Au regard des objectifs ci-dessus déclinés et surtout parce que « *le discours de la contractualisation est à la fois théorique et pratique* »¹⁵¹, la présente étude s'avère intéressante à un double point. Elle présente d'une part un intérêt théorique en ce qu'elle constitue notamment une contribution à la question de la nature de la société commerciale en droit Ohada. Dans ce même sens, elle révèle par ailleurs une remise en cause des critères usuels de classification des sociétés commerciales en raison de l'importance de plus en plus croissante que prend la personne de l'associé et sa volonté dans l'organisation et le fonctionnement de l'ensemble des sociétés commerciales. Les distinctions juridiques entre les différentes formes de sociétés commerciales s'amenuisent et la présente étude en donne toute la mesure à travers la démonstration de l'altération de la plupart des traits caractéristiques de la société anonyme de droit Ohada. A la faveur de la contractualisation, cette dernière peut s'approprier, suivant la volonté de ses actionnaires et à travers des aménagements contractuels, bien des critères traditionnels d'identification des sociétés de personnes comme par exemple, la limitation de la mobilité des actionnaires ou encore le risque illimité pour ceux-ci¹⁵². Société anonyme et sociétés de personnes se trouvent décloisonnées au point où, parler désormais de « *société anonyme de personnes* »¹⁵³ ne semble plus être une hérésie. Ce qui pose, au-delà de la question de la nature de la société commerciale Ohada, celle plus spécifique de la nature de la société anonyme dans le droit des affaires de cet espace communautaire.

37. D'autre part, la présente réflexion ne manque pas d'intérêt pratique. En se fondant sur une analyse critique de la plupart des principes d'ordre public longtemps considérés comme les puissantes colonnes du temple institutionnel des sociétés commerciales, nous révélerons au fur et à mesure de la présente recherche, une grande variété de conventions aux utilités avérées

¹⁴⁹ F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in D. LOCHAK, D. MEMMI, C. SPANOU et *alii*, *Les usages sociaux du droit*, CURAPP-PUF, 1989, p. 130.

¹⁵⁰ F. ROUVILLOIS, « L'efficacité des normes. Réflexion sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », Étude, Fondation pour l'innovation politique, nov. 2006, disponible sur www.fondapol.org, consulté le 8 sept. 2018.

¹⁵¹ M. GERMAIN, « La contractualisation du droit des sociétés », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 33.

¹⁵² En ce sens, voir F. NDJAMONO ONGUILA, « Les critères fondamentaux de la société anonyme en droit Ohada », in *Les cahiers de droit*, mars 2012, vol. 53, n° 1, p. 77. Dénonçant les effets de la contractualisation sur les traits caractéristiques de la société anonyme, l'auteur affirme en conclusion de sa réflexion que « *L'identification de la société anonyme ne pourra être parfaite qu'en (...) interdisant toute dérogation aux principes d'ordre public* ».

¹⁵³ F. NDJAMONO ONGUILA, « Les critères fondamentaux de la société anonyme en droit Ohada », *Idem*.

pour les associés. Ce faisant, notre réflexion proposera des remèdes au manque d'assurance des usagers du droit Ohada qui, perdus entre les diverses interprétations doctrinales du droit positif et les hésitations de certains professionnels du droit quant à la validité de la plupart des accords de volontés dans l'environnement sociétaire, demeurent ignorants du rôle important que peut jouer aujourd'hui leur volonté dans l'organisation et le fonctionnement de leur entreprise.

38. En raison des finalités que nous venons d'assigner à cette recherche, il importe de la situer dans une démarche méthodologique appropriée. A cet effet, elle se fondera notamment sur une méthode analytique du droit Ohada, laquelle analyse sera notamment substantielle. Celle-ci consiste à aller au-delà de la présentation formelle des règles de droit pour en rechercher le sens réel dans l'esprit même de la législation Ohada car, il faut le reconnaître, « *la lettre ne reflète pas toujours l'esprit d'une disposition* »¹⁵⁴ et comme l'a si bien recommandé Portalis, il faut « *étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue* »¹⁵⁵. La recherche de l'esprit des actes uniformes requiert par ailleurs une analyse systémique du droit Ohada en vue de comprendre certaines options faites par le législateur. Aussi, la méthode comparative des droits s'avère indispensable dès lors que le droit comparé s'est imposé comme une source importante et un véritable instrument de progrès du droit Ohada¹⁵⁶. En effet, il permet de tirer de la confrontation du droit Ohada avec des législations étrangères des solutions les plus indiquées et les plus adaptées aux questionnements que soulève la mise en œuvre des actes uniformes¹⁵⁷. Dans cette perspective, il sera fait essentiellement recours au droit français mais aussi à la littérature juridique anglo-saxonne qui s'est construite autour d'un droit des affaires reconnu pour son libéralisme¹⁵⁸.

39. Ceci dit, pour répondre à la question essentielle que pose notre sujet et qui témoigne de la nécessité de rendre compte des mutations du droit des sociétés commerciales de l'Ohada sur la question des aménagements contractuels, nous adopterons une approche binaire. D'abord, il va s'agir de prendre parti dans le débat relatif à la place de la liberté contractuelle dans le droit

¹⁵⁴ P. LE CANNU, Effectivité et ineffectivité du droit des sociétés, in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt - Liber Amicorum*, éd. Joly, 2005, p. 339, n° 6.

¹⁵⁵ C. OVTCHARENCO, Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de code civil*, Chicoutimi/ Canada, édition électronique, 2007, disponible sur <http://classiques.uqac.ca/>, p. 23.

¹⁵⁶ P.-G. POUGOUE, « Présentation de l'encyclopédie », in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, XIV. En témoignent les discussions sur les sources d'inspiration des actes uniformes, notamment celui relatif aux sociétés commerciales, ainsi que les débats en cours sur l'ouverture du droit Ohada à des pays de tradition juridique de la *common law*.

¹⁵⁷ Sur l'utilité du droit comparé dans la recherche juridique prospective, voir A. LEVI, « L'apport du droit comparé à la recherche juridique prospective », in *L'entreprise et le droit comparé*, ed. Société de législation comparée, 2004, p. 217.

¹⁵⁸ V. MAGNIER, « Réception du droit américain dans l'organisation interne des sociétés commerciales », in F. TERRE, *L'américanisation du droit*, Dalloz, 2001, p. 213-225.

positif des sociétés commerciales de l'Ohada. Pour ce faire, nous démontrerons que contrairement à une certaine opinion doctrinale plutôt répandue, c'est un véritable renversement des rapports de forces que propose la réforme de l'AUSC. L'analyse consistera à démontrer que, si l'ordre public sociétaire subsiste, ce n'est pas à proprement parler en tant que limite infranchissable à la liberté contractuelle des associés. Comparativement à sa prégnance dans le droit antérieur, il présente aujourd'hui un caractère évanescent et les dispositions qui sont censées la matérialiser sont indéterminables, faisant de lui une notion presque sans contenu. Et quand bien même ce constat ne signifie pas l'inexistence catégorique de l'ordre public sociétaire en droit Ohada, nous montrerons que les dispositions et autres principes de la matière traditionnellement connus comme étant d'ordre public, ont une portée impérative ambiguë. La pertinence de cette ambiguïté sera révélée à travers la nature et les modalités de mise en œuvre des sanctions que le droit des sociétés réserve à la violation desdites dispositions impératives mais se déduira aussi de l'importance que la législation Ohada accorde aux modes alternatifs de règlement des litiges sociétaires. Ces analyses qui concourent à la démonstration du reflux de l'ordre public sociétaire dans le droit des sociétés de l'Ohada feront l'objet de la première partie de la présente étude.

40. Il convient de noter que cette première partie ci-dessus exposée propose une réflexion axée sur le droit commun des sociétés commerciales Ohada et n'appréhende les mécanismes contractuels dans l'environnement sociétaire que de manière très large sans analyse concrète de leur régime juridique. C'est ce complément nécessaire à une appréhension plus ou moins complète de notre problématique que va apporter la seconde partie de notre étude. Partant du constat précédent d'après lequel l'environnement juridique des sociétés commerciales de l'Ohada est devenu favorable au développement des mécanismes contractuels, nous nous attacherons à démontrer l'ampleur et à évaluer l'impact du phénomène contractuel. A cet effet, nous donnerons autant que possible un tour pratique à cette étude pour montrer qu'il n'y a, dans le droit positif des sociétés commerciales de l'Ohada, presque plus de forteresse d'ordre public qui soit, de manière absolue, inaccessible à la liberté contractuelle des associés. La société anonyme qui servira de base à cette démonstration pour la raison - déjà évoquée - qu'elle est le prototype des sociétés commerciales dont le caractère institutionnel a toujours justifié la rigidité de sa réglementation. Ainsi, de l'aménagement conventionnel de la composition des organes sociaux et de leur pouvoir, aux modalités conventionnelles de la révocation des dirigeants sociaux en passant par la libéralisation des règles de transmission des actions de la société ou encore la libéralisation du régime des valeurs mobilières, une variété de conventions qui

réalisent la contractualisation du droit des sociétés de l'Ohada sera exposée pour démontrer l'infiltration du phénomène contractuel dans les sociétés à caractère institutionnel. La plupart des aménagements qui seront étudiés et analysés comme étant valides ou au minimum envisageables exprimeront, chacun en ce qui le concerne, l'assouplissement d'un pilier fondateur de la nature institutionnelle de la société anonyme et par ricochet du caractère d'ordre public du droit des sociétés commerciales.

41. Ainsi, nous traiterons d'une part du recul de l'ordre public sociétaire dans le droit commun des sociétés (**1^{ère} partie**) et d'autre part de l'assouplissement du régime juridique des sociétés commerciales à caractère institutionnel avéré (**2^{ème} partie**).

1^{ère} partie: Le reflux de l'ordre public sociétaire dans le droit commun des sociétés commerciales.

2^{ème} partie: L'assouplissement du régime juridique des sociétés à caractère institutionnel.

**Le reflux de l'ordre public sociétaire dans le droit commun des sociétés
commerciales**

42. Manifestation du principe fondamental de l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle s'exprime traditionnellement en droit des sociétés dans les limites que lui impose l'ordre public sociétaire¹⁵⁹. En faisant une référence expresse à la notion d'ordre public comme caractérisant l'ensemble de ses dispositions, l'AUSC mettait en œuvre une philosophie interventionniste qui ne laissait pratiquement aucun espace d'expression à la liberté contractuelle des associés¹⁶⁰. Mais avec la réforme de l'AUSC de 2014, la donne a changé. Désormais, une vision moins imposante de la volonté du législateur est promue. En effet, ce dernier fait clairement coexister « *deux continents normatifs* »¹⁶¹ qui ont la propriété de s'influencer réciproquement, l'expansion de l'un engendrant le repli de l'autre¹⁶². Dès lors, la coexistence de ces deux conceptions ne peut être pacifique car elle soulève constamment la question de la place respective de chacune des conceptions.

43. La doctrine semble encore partagée sur la question en droit Ohada. Certains auteurs¹⁶³ continuent de soutenir que le principe de l'ordre public gouverne invariablement la réglementation actuelle du droit Ohada des sociétés commerciales. C'est ainsi qu'il a été écrit que, malgré la réécriture de l'article 2 de l'AUSC et bien que désormais l'ordre public ne soit plus « *proclamé positivement* », le principe du caractère impératif de l'ensemble des

¹⁵⁹ Voir M. JEANTIN, « Droit des obligations et droit des sociétés », in *Mélanges dédiés à Louis BOYER*, P.U.S.S., 1996, p.317. L'auteur définit l'ordre public comme un « *garde-fou* » de la liberté contractuelle. Voir aussi J.-J. ANSAULT, « Les pactes d'actionnaires sous la surveillance de l'ordre public sociétaire », in *Mélanges offerts en l'honneur du professeur Michel Germain*, LGDJ-Lextenso Editions, 2015, p. 1 et s., spéc. p.2, n°2. Adde F. TERRE, « Préface », in S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, LGDJ, 2002, p. V. On retient de l'ensemble de ces auteurs que tout ce qui n'est pas interdit par l'ordre public sociétaire est permis.

¹⁶⁰ Voir en ce sens P.-G. POUGOUE, J.-C. JAMES et *alii*, « Actes uniformes », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 61, n° 150 ; I. BA, « Observations sur l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique du traité de l'OHADA », in *Rev. E.D.J.A.*, n° 35, Oct.- déc. 1997, disponible sur www.ohada.com, Réf. Ohadata D-06-42.

¹⁶¹ M. GERMAIN, « Les manifestations en droit des sociétés » : *Petites aff.* 27 nov. 2003, n° 237, p. 10.

¹⁶² A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'Ohada » : *Penant*, 2015, n° 893, p. 433.

¹⁶³ P. S. BADJI, « Les orientations du législateur Ohada dans l'AUSCGIE révisé » : *Rev. ERSUMA* 2016, n° 6, nouvelle éd., p. 10, n° 4 : « *même si la société résulte d'un acte de volonté, la théorie institutionnelle [révélée du reste par l'article 1832 du code civil] prédomine dans le droit des sociétés contemporain*¹⁵. En réalité, la liberté contractuelle est fortement restreinte par le caractère impératif et détaillé des dispositions légales, au point que, pour lui redonner vigueur, il a fallu instituer une autre forme de société, la société par actions simplifiée ».

dispositions de l'AUSC est maintenu à l'identique¹⁶⁴. Certains¹⁶⁵ regrettent dès lors que « *l'Acte uniforme continue, sauf autorisation expresse, d'interdire aux actionnaires de compléter par des clauses statutaires les statuts des sociétés réglementés par l'Acte uniforme* ». Ces différentes analyses doctrinales semblent confirmer l'opinion du Professeur Michel JEANTIN selon laquelle, « *le droit des sociétés demeure, en dépit de réformes récentes tendant à redonner une place importante à la liberté contractuelle, un droit largement influencé par des dispositions expressément qualifiées d'ordre public et des principes, non écrit pour certains d'entre eux, dont le caractère impératif est unanimement reconnu* »¹⁶⁶.

44. Pourtant, d'autres auteurs voient dans la réforme de l'AUSC, comme une négation du caractère d'ordre public de l'AUSC de 1997 et de l'idée selon laquelle le droit des sociétés de l'Ohada est un droit rigide et caractérisé par un ordre public vétilleux et répressif¹⁶⁷. Pour ces derniers que nous approuvons, la tendance des législations contemporaines est d'offrir aux associés le plus de règles supplétives de volonté possibles en vue de libérer leurs activités commerciales du joug de l'impérativité. En réalité, écrivent-ils, la réglementation des sociétés commerciales change sous le poids des exigences du droit économique moderne¹⁶⁸ ; l'intensité de l'ordre public y décroît et le risque d'engloutissement du continent de la liberté contractuelle diminue¹⁶⁹.

45. Ce contexte justifie sans doute que la référence à la notion d'ordre public ait disparu de l'article 2 de l'AUSC et laisse place à la notion de convention¹⁷⁰. Ainsi, le législateur Ohada fait-il un choix manifestement favorable à la contractualisation d'autant plus que la doctrine

¹⁶⁴ B. MERCADAL (dir.), *Code Pratique OHADA. Traité, Actes uniformes et Règlements annotés*, éd. Francis LEFEBVRE, 2014, p. 899, obs. sous article 2 de l'AUSC ; P. C. EWANE MOTTO, *La gouvernance des sociétés commerciales en droit OHADA*, thèse, Université Paris-Est, 2015. Ce dernier défend dans sa thèse, pourtant soutenue après la réforme, le caractère d'ordre public de toutes les dispositions de l'AUSC révisé.

¹⁶⁵ D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 16.

¹⁶⁶ M. JEANTIN, « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Dalloz, 1996, p. 150.

¹⁶⁷ Voir à ce propos, F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF et alii, *OHADA : Sociétés commerciales et G.I.E.*, éd. Bruylant, 2002, p. 428, n° 914 ; P.-G. POUGOUE, J.-C. JAMES et alii, « Actes uniformes », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 62, n°152 ; F. K. DECKON, « Les pouvoirs du dirigeant de sociétés commerciales en droit OHADA » : *Rev. sociétés* 2013, p. 467.

¹⁶⁸ Voir L. SCHRYVE, *L'ordre public et le droit des sociétés*, Thèse, Université Lille 2, 2009. Selon ce dernier, la tendance à la réglementation s'efface progressivement aujourd'hui face à la mondialisation et à l'ouverture généralisée des marchés à la concurrence internationale dont l'effet est une redéfinition du rôle de l'Etat qui présente par ailleurs des répercussions sur le concept d'ordre public en droit des sociétés.

¹⁶⁹ M. GERMAIN, « Les manifestations en droit des sociétés » : *Petites aff.* 27 nov. 2003, n° 237, p. 10.

¹⁷⁰ Cette manière de faire du législateur Ohada s'apparente à ce qu'un auteur a appelé la « *conventionnalisation conceptuelle* » : P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, LGDJ-Lextenso Ed., 2010, p. 21, n° 30 et s.

note désormais dans l'AUSC, une « *prégnance de la liberté au détriment de l'ordre public* »¹⁷¹. Il a sans doute compris que face à la mondialisation des échanges économiques, la concurrence s'exerce aussi sur le terrain juridique¹⁷² où « *la rigidité du droit est un handicap, [et] la flexibilité un gage d'efficacité* »¹⁷³. C'est l'une des raisons pour lesquelles la contractualisation et la simplification furent « *les orientations suivies par le législateur contemporain* » à l'occasion de la réforme de l'AUSC¹⁷⁴. Pour autant, le spectre de l'ordre public reste présent dans l'AUSC réformé notamment, parce que la contractualisation ne signifie pas une disparition totale de l'impérativité, mais surtout en raison de l'importance de la fonction protectrice que les dispositions d'ordre public assurent aux intérêts en présence¹⁷⁵. Mais à l'analyse, les conditions dans lesquelles la survivance de l'ordre public est organisée témoignent non seulement de la réduction de son domaine mais aussi de la relativité de sa portée ; ce qui conduit par conséquent à reconsidérer son emprise sur la liberté contractuelle des associés.

46. En effet, le législateur Ohada a fait le choix d'une politique législative qui, de plus en plus répandue, réduit l'ordre public sociétair, à assez peu de choses en lui réservant dans la législation une place beaucoup plus limitée que ce qu'on en entend régulièrement dire¹⁷⁶. En tant que tel, il y a lieu de s'interroger sur la place qu'occupe désormais l'ordre public sociétair en droit Ohada. Ce qui revient en définitive à se demander quel est son domaine et par ricochet, quel est le champ d'application de la liberté contractuelle dans l'environnement des sociétés commerciales de l'Ohada.

47. L'arbitrage que la réforme a opéré entre liberté contractuelle et ordre public sociétair est nettement en faveur de la liberté contractuelle. Ce renversement des rapports de force, aussi réel qu'il soit, n'apparaît pourtant que subtilement dans l'AUSC. En effet, telle qu'elle est

¹⁷¹ A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'Ohada » : *Penant* 2015, n° 893, p. 433.

¹⁷² J.-P. DOM, *Les montages en droit des sociétés*, thèse, Bordeaux 1, 1994, n° 379.

¹⁷³ V. HOLLARD, « *La contractualisation du droit des sociétés* », Rapport au nom de la Commission juridique de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, novembre 1989, p. 4.

¹⁷⁴ D. Y. WANE, « La réforme du droit Ohada des sociétés commerciales : modernisation du droit applicable ou conformisme législatif ? », disponible sur http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Dieyla_Yaya_Wane_modernisation_droit_des_societes_ohada.pdf consulté le 05 mai 2018.

¹⁷⁵ Ceci se justifie particulièrement dans les sociétés dans lesquelles la responsabilité des associés est limitée où la présence de dispositions d'ordre public est prégnante. Selon un auteur, « *la limitation de la responsabilité des associés implique que l'on protège la société elle-même, en tant que telle, à moins que l'on accepte de spolier aussi bien les associés que les créanciers* ». Cf. J. PAILLUSSEAU, « La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés », in *Droit et Actualité, Études offertes à Jacques BEGUIN*, Litec, 2005, p. 576, n° 24.

¹⁷⁶ F. PASQUALINI, « La validité des pactes d'actionnaires », in *Mélanges Philippe MALAURIE*, Defrénois, 2005, p. 356, n° 7.

élaborée, la loi communautaire rend incertaine l'appréhension de l'ordre public dans un rôle d'absolue restriction à l'expression de la liberté contractuelle. Les imprécisions relatives à la définition, au contenu, à la place, aux objectifs mais aussi aux sources de l'ordre public rendent difficile la détermination des dispositions impératives de l'AUSC. Un aussi vaste champ d'incertitudes relatives à l'ordre public sociétaire favorise désormais en droit Ohada le recours aux applications de la liberté contractuelle dans la vie des sociétés commerciales africaines et illustre un phénomène de balancier auquel le droit des sociétés est historiquement habitué¹⁷⁷.

48. Voilà qui justifie l'opportunité de constater le recul de l'ordre public dans l'AUSC, de relativiser sa place dans la vie des sociétés commerciales de l'Ohada et de noter en retour la propension à une éclosion des applications de la liberté contractuelle. Dans cette perspective, nous démontrerons l'évanescence substantielle de l'ordre public en droit des sociétés commerciales de l'Ohada (**Titre I**) avant d'exposer les modalités suivant lesquelles se manifeste le flux de techniques contractuelles en la matière (**Titre II**).

¹⁷⁷ M. GERMAIN, « Avant-propos », in F.-D. POITRINAL, *La révolution contractuelle du droit des sociétés. Dynamique et Paradoxes*, Revue Banque éd., 2003, p. 13.

49. Ayant régné en souverain quasi absolu à la faveur de l'AUSC de 1997, l'ordre public semble être depuis la réforme du droit communautaire en 2014, une notion évanescence¹⁷⁸ dans le droit des sociétés commerciale de l'Ohada ; il s'apparente à un simple tigre de papier qui ne devrait plus effrayer¹⁷⁹. Son contenu est de plus en plus fuyant et sa portée est quant à elle de moins en moins étendue. Ayant reconsidéré la place reconnue jusque-là à l'autonomie de la volonté des associés, le législateur semble s'être décidé à faire de la liberté contractuelle un réel « *principe de départ* »¹⁸⁰ dans la vie des sociétés de droit Ohada.

50. En effet, malgré qu'il ait été dans son intégralité déclaré d'ordre public, il était dit de l'AUSC de 1997 que nombre de ses dispositions « *ne peuvent être considérées comme relevant de l'ordre public* »¹⁸¹. Il fallait en conséquence, mettre la volonté des associés à sa vraie place en vue d'élaborer un droit des sociétés plus contractuel et plus malléable¹⁸² qui réponde aussi bien aux besoins d'adaptation de l'organisation et du fonctionnement des sociétés ainsi qu'à ceux de la condition de leurs membres¹⁸³. Mais l'ordre public étant communément défini comme le moyen le plus efficace pour encadrer la liberté des sujets de droit¹⁸⁴, les aménagements contractuels en droit des sociétés ne devraient dès lors, être admis que dans les limites concédées par les dispositions impératives¹⁸⁵. De ce fait, pour efficacement jouer son rôle de garde-fou de la liberté contractuelle, l'ordre public sociétaire doit pouvoir être saisissable par une définition substantielle ou au moins par la détermination de son contenu. En

¹⁷⁸ Selon le dictionnaire *Le Robert*, est évanescent, « *quelque chose qui s'amointrit et disparaît graduellement* ». Quant au dictionnaire *Larousse*, il définit le mot l'évanescence comme le caractère de quelque chose qui « *s'efface peu à peu* ». En effet, le mot évanescent dérive du mot latin *evanesco* qui signifie « disparaître par degré ».

¹⁷⁹ Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1999, p. 25, n° 10.

¹⁸⁰ J.-M. MOUSSERON, « Un principe de départ : la liberté contractuelle », in *Juris-Classeur périodique, Edition entreprise*, 1995, p. 5 et s.

¹⁸¹ Voir Projet de réforme de l'Acte Uniforme OHADA relatif aux sociétés commerciales en date du 07.09.2011, Tableau de bord remis au secrétaire particulier de l'OHADA en vue du séminaire d'imprégnation des 5-6-7 octobre 2011, inédit, p. 2.

¹⁸² A. OUTIN ADAM et E. SCHLUMBERGER, « Soft law et droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur et à la mémoire de Philippe BISSARA*, A.N.S.A., 2013, p. 288.

¹⁸³ G. GOFFAUX-CALLEBAUT, *Du contrat en droit des sociétés: essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, l'Harmattan, 2008, p.11, n°4.

¹⁸⁴ V. SELINSKY, « Les limites à la liberté de fixer le montant du prix », in *Mélanges Christian MOULY*, Litec, t.2, 1998, p.161, n° 2 et s.

¹⁸⁵ J.-M. NELISSEN GRADE, « Les aménagements statutaires et contractuels », in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme. Séminaire en hommage à Madame BENOÎT-MOURY*, Bruylant, 2004, p. 250, n° 2, ; J. PRIEUR, « Droit des contrats et droit des sociétés », in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain SAYAG*, Litec, 1997, p. 273 et s. Selon ce dernier, les praticiens peuvent de ce fait user pleinement de la liberté contractuelle mais « *sous réserve du respect de l'ordre public* ».

effet, tel que l'a exprimé le Professeur Jacques GHESTIN, la possibilité de définir précisément la notion d'ordre public et donc d'en appréhender le contenu exact constitue la meilleure des limitations aux applications de la liberté contractuelle¹⁸⁶. De fait, la connaissance du contenu précis de l'ordre public permettrait de savoir précisément ce à quoi les associés ne peuvent pas déroger¹⁸⁷ et d'ainsi confiner leur liberté contractuelle dans des limites identifiées. Mais une telle maîtrise de l'ordre public sociétaire ne semble pas possible en droit Ohada pour plusieurs raisons.

51. D'abord, visiblement déchu de sa place de principe, la notion n'apparaît plus expressément dans l'AUSC. Ensuite, le législateur ne renseigne pas sur son contenu. Enfin, la portée contraignante des dispositions qui pourraient malgré tout être caractérisées d'impératives paraît relative à plusieurs égards. De manière plus générale, la conception que le législateur Ohada a de l'ordre public sociétaire, revêt certaines spécificités qui en font plutôt un instrument de promotion de la liberté contractuelle dans l'organisation et le fonctionnement des sociétés commerciales.

52. Pour saisir le caractère évanescent de l'ordre public sociétaire dans l'AUSC, nous nous proposons une déclinaison de notre analyse en deux axes. Il est dû d'une part, à l'impossibilité de déterminer les règles impératives du droit des sociétés commerciales Ohada (**Chapitre 1^{er}**). D'autre part, la portée relative des normes susceptibles d'être qualifiées d'ordre public dans l'AUSC en justifie le recul dans la pratique des affaires (**Chapitre 2**).

¹⁸⁶ J. GHESTIN, « L'ordre public, une notion à contenu variable en droit privé français », in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Collection- Travaux du centre national de recherches de logique, 1984, p. 77.

¹⁸⁷ M. BUCHBERGER, « L'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, *op. cit.* p.182, n° 2.

La difficile détermination des règles d'ordre public

53. Le caractère d'ordre public n'est plus attaché de manière générale à l'ensemble des dispositions de l'AUSC et désormais, tout ce qui n'est pas expressément permis par une disposition de la loi n'est pas forcément interdit¹⁸⁸. Cette flexibilité introduite dans la loi communautaire par la possibilité dorénavant offerte d'aménager conventionnellement certaines dispositions légales, justifie l'opportunité de distinguer les dispositions impératives de celles qui sont supplétives de volonté. La garantie de la sécurité juridique des applications de la liberté contractuelle auxquelles la pratique pourrait avoir recours requiert une connaissance préalable de « ce à quoi on ne peut déroger ».

54. Toutefois, qualifier une disposition d'impérative, définir ce que c'est que l'ordre public sociétaire, ou encore déterminer son contenu exhaustif, a de tout temps été une tâche ardue¹⁸⁹. Cela justifie l'inflation de la réflexion sur la question de l'ordre public particulièrement en droit français où une synthèse serait également difficile.

55. En droit des sociétés de l'Ohada par contre, l'ordre public reste à ce jour l'un des concepts nommés, que le législateur s'est abstenu de définir¹⁹⁰, sur lequel la doctrine ne fait pas l'unanimité et dont la nature, le contenu et les finalités n'ont que rarement interpellé le juge¹⁹¹. Pourtant il a toujours occupé une place centrale dans la vie des entreprises africaines¹⁹². Or, selon François PASQUALINI, le risque que court la liberté contractuelle d'être véritablement contrariée augmente avec la possibilité de définir précisément l'ordre public sociétaire et d'en déterminer expressément le contenu¹⁹³. En conséquence, la difficulté à définir précisément l'ordre public sociétaire serait un facteur favorable à l'expansion des aménagements

¹⁸⁸ On peut ainsi adapter au le droit des sociétés de l'Ohada, l'article 5 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose que « *tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* ».

¹⁸⁹ Voir A. Le POMMELEC, « La signification de l'ordre public en droit des obligations », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public. Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011*, Ed. CUJAS, 2013, p. 74.

¹⁹⁰ O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2014, p. 16, n° 2.

¹⁹¹ J. ISSA-SAYEGH, « *Le bilan jurisprudentiel du Droit uniforme OHADA (Incertitudes législatives et turbulences jurisprudentielles)* », Communication donnée au 31^e congrès IDEF, Lomé 2008 : www.institut-idef.org ; disponible aussi sur www.ohada.com, Réf. Ohadata D-08-65.

¹⁹² Voir notamment F. DJAKBA PAGOU, *L'ordre public en droit des affaires de l'Ohada*, thèse, Université de Yaoundé II-SOA, 2015, p. 2, n° 3. L'auteur fait noter que « *même si le concept d'ordre public est plusieurs fois mentionné dans les instruments juridiques de l'Ohada, le législateur ne l'a nullement défini, ni indiqué ce que renferme son contenu et encore moins renseigné sur ses fonctions* ».

Y. GUYON, « *Conclusion* » : *Petites aff.* n° 205, 13 octobre 2004, p. 59 et s.

¹⁹³ F. PASQUALINI, « La validité des pactes d'actionnaires », in *Mélanges Philippe MALAURIE, op. cit.*, p. 355, n° 5.

contractuels ; ce qui aurait pour conséquence de libérer la volonté individuelle des associés du joug de l'impérativité. Cette difficulté participe sans aucun doute d'un accroissement du supplétif¹⁹⁴. Dans un tel contexte où la liberté contractuelle n'est que théoriquement enserrée dans les liens d'une notion manifestement accommodée d'imprécisions qu'il est difficile de cerner dans les faits, « *les pratiques contractuelles vont se développer, et vi[vr]on]t dans un provisoire relatif jusqu'à ce que le juge ou la loi en décide différemment* »¹⁹⁵. Beaucoup d'auteurs sont de cet avis et dans la doctrine africaine, on opine que l'indétermination des dispositions d'ordre public sociétaire est une piste choisie par le législateur pour tempérer la portée de l'impérativité¹⁹⁶.

56. Par conséquent, dans un contexte marqué par une volonté affichée du législateur de promouvoir la liberté contractuelle dans le fonctionnement des sociétés commerciales, les limites légales à la détermination des dispositions impératives sont un facteur favorisant une éclosion massive des techniques contractuelles dans la vie des sociétés commerciales africaines (**Section 1**). Pour contenir une telle efflorescence, c'est la jurisprudence qui, à l'issue du long processus de sa consécration devrait fixer le domaine de l'impérativité en droit des sociétés de l'Ohada. Mais la configuration du droit Ohada révèle des obstacles relativement au pouvoir des juges de fixer durablement et efficacement un sens et un contenu précis à la notion d'ordre public sociétaire (**Section 2**).

Section 1 : Les limites légales à la détermination des règles impératives

57. Pour qu'elles puissent s'imposer avec la force particulière qui les caractérise et ainsi encadrer impérativement les applications de la liberté contractuelle des associés, les dispositions d'ordre public sociétaire doivent être qualifiées comme telles par certaines autorités investies de cette mission. Il s'agit principalement du législateur qui a le monopole de la compétence pour décider qu'une règle de droit qu'il élabore aura, ou non, un caractère impératif¹⁹⁷. Si une telle compétence du législateur n'est pas contestée, beaucoup d'auteurs pensent néanmoins que l'œuvre de ce dernier n'est, à cet égard, pas fiable pour définir les limites des manifestations de la liberté contractuelle en droit des sociétés. En ce sens, les

¹⁹⁴ L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés. Etude de droit comparé. Angleterre-Espagne-France*, LGDJ, 2003, p. 45, n° 45.

¹⁹⁵ M. GERMAIN, « Les manifestations en droit des sociétés » : *Petites aff.* 27 nov. 2003, n° 237, p. 10.

¹⁹⁶ P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, p. 204, n° 31.

¹⁹⁷ S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, LGDJ, 2002, p. 22, n° 32 et s.

réflexions de Sophie SCHILLER sont illustratives. L'auteur pense en substance que, le fait de s'attacher exclusivement aux termes de la loi pour déterminer la signification et le contenu de l'ordre public sociétaire n'est pas une méthode qui puisse garantir la sécurité juridique des applications de la liberté contractuelle dans l'environnement sociétaire¹⁹⁸. Elle propose, donc que soit empreinte de prudence toute démarche tendant à rechercher dans la loi, les limites d'ordre public à la liberté contractuelle en droit des sociétés.

58. Une telle prudence semble s'imposer en droit des sociétés de l'Ohada où la récente réforme de l'AUSC rend la notion d'ordre public davantage fuyante. Malgré le rôle qu'il est censé jouer en droit des sociétés, il n'a jamais pu être systématisé dans une définition, ni cerné par une démarcation des règles qui le constituent. On peut ainsi, comme certains auteurs, regretter, que pour n'avoir « *pas déclaré d'ordre public l'ensemble des dispositions contenues dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, le législateur de l'OHADA a[it] non seulement omis de les définir mais aussi de les circonscrire* »¹⁹⁹. En effet, dans ces conditions d'imprécision légale quant à ce qui est impérativement prescrit ou interdit, l'environnement sociétaire devient favorable à la construction d'habiles montages juridiques jusqu'au moment, serait-on tenté de dire, où le juge aura fixé le contenu et les limites qu'impose l'ordre public²⁰⁰.

59. Pourtant, les modalités légales suivant lesquelles le caractère impératif d'une règle de droit peut être posé sont classiques. Face à la difficulté souvent alléguée de ne pas pouvoir définir expressément la notion d'ordre public dans une loi, la doctrine a élaboré des théories permettant de déduire le caractère d'ordre public d'une règle de droit de sa formulation par le législateur. En droit des sociétés de l'Ohada, le législateur n'a pris aucune initiative de définition de l'ordre public sociétaire (§ 1). Aussi, les critères doctrinaux permettant d'inférer la nature d'ordre public d'une disposition légale de sa formulation se révèlent-ils inopérants (§ 2).

¹⁹⁸ SCHILLER (S.), *idem*, p. 22, n° 30.

¹⁹⁹ P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales de l'Ohada », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, p. 205, n° 32.

²⁰⁰ Voir à ce propos, S. ABDEL SAMAD, *Rigidité et faiblesses du droit libanais des sociétés*, Thèse, Université Paris 2 Panthéon-Asas, 2013, p. 19, n° 13-1. Selon l'auteur, « *on ne connaît réellement le contenu que lorsque le juge a parlé* ».

§ 1- Le défaut de définition légale de l'ordre public sociétaire

60. De plus en plus, les législateurs contemporains s'appliquent dans la mesure du possible à définir certaines notions contenues dans la loi²⁰¹. Cette approche, qui participe de la simplification du droit en vue de le rendre plus intelligible à la pratique, devient une alternative à son langage qui est normalement et très souvent technique et abstrait²⁰². Mais en dépit de cette volonté de simplification affichée en droit Ohada²⁰³, et des efforts du législateur de proposer un droit accessible à l'intelligence pratique en vue de garantir la prévisibilité juridique, l'ordre public sociétaire est demeuré une notion indéfinie dans l'AUSC²⁰⁴.

61. Bien que le législateur Ohada semble épouser une doctrine bien établie, soutenant que la nature évolutive de l'ordre public le rend indéfinissable²⁰⁵, nous pensons pour notre part, qu'il aurait été salutaire de faciliter l'identification des dispositions d'ordre public. A cet effet, la typologie des définitions dans les lois commerciales laisse un choix varié au législateur²⁰⁶. Ainsi, le législateur n'ayant pas pu donner une définition substantielle de l'ordre public sociétaire dans l'AUSC (A), aurait pu en définir le contenu par une énumération des dispositions impératives de l'AUSC (B).

A- Le manque de définition substantielle

62. D'un point de vue substantiel, proposer une définition dans une loi est, selon le Professeur Emmanuel PUTMAN, « considéré comme une opération de l'esprit (qui) consiste à déterminer la compréhension caractérisant un concept »²⁰⁷. Dans ce sens et d'après l'opinion du doyen Gérard CORNU, « l'apport spécifique de chaque définition est de livrer le sens d'un

²⁰¹ P. DUBOUCHET, « Théorie normative du droit et le langage du juge » : *RRJ* 1994, n° 2, p. 660.

²⁰² G. CORNU, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Dalloz, 1981, p. 77 et s., spéc. n° 34. Par exemple, l'auteur recommande expressément qu'il faut définir dans la loi, tout ce qui peut prêter à équivoque.

²⁰³ Il ressort de la lecture du préambule du traité fondateur de l'Ohada que la mission que les Etats membres ont entendu confier au législateur communautaire est d'élaborer des règles « simples, modernes et adaptées » à leur besoins ainsi qu'à leur situation économique.

²⁰⁴ Même si on pourrait penser que cette situation de flou sémantique quant à la notion d'ordre public pourrait, comme dans la plupart des cas, être un choix du législateur lui-même (cf. V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues » *RRJ* 1991, n° 3, p. 758 ; H. BAUER-BERNET, « Notions indéterminées et droit communautaire », in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Collection- Travaux du centre national de recherches de logique, 1984, p. 269), il est tout aussi vrai, ainsi qu'il a été démontré que, pour être efficaces, « les limites proposées à la liberté contractuelle en droit des sociétés ne doivent pas être des concepts flous » (S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, LGDJ, 2002, p. 137, n° 275).

²⁰⁵ V. KARIM, « L'ordre public économique : contrat, concurrence, consommation », in *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n° 2, 1999, p. 403 et s.

²⁰⁶ Voir E. PUTMAN, « Recherche sur les définitions dans les lois commerciales » : *RRJ* 1986, n° 4, p. 47 et s.

²⁰⁷ E. PUTMAN, « Recherche sur les définitions dans les lois commerciales », *idem*, p. 50, n° 5.

terme, de placer un signifié sous chaque signifiant, de déterminer la compréhension d'un terme, le contenu du contenant »²⁰⁸. Dans cette perspective, certains concepts juridiques dont l'ordre public se prêtent difficilement à cette opération. De fait, la difficulté à définir la notion d'ordre public sociétaire n'est sans doute pas apparue avec le législateur Ohada. Elle est aussi vieille que la notion elle-même qui, pleine de mystères, semble tenir tête non seulement au législateur²⁰⁹ mais aussi à la doctrine²¹⁰.

63. La seule donnée qui demeure constante à son propos est sa nature de notion fonctionnelle²¹¹. En tant que tel, l'ordre public sert pour la loi, à limiter les applications de la liberté contractuelle et aux auteurs, à caractériser le déclin de l'autonomie de la volonté individuelle. Elle soumet les individus au respect de certaines règles supérieures de valeur contraignante visant le maintien de l'organisation sociale au détriment de l'autonomie de leur volonté et donc de leur liberté contractuelle. En droit des sociétés, la fonction de l'ordre public est de restreindre la liberté contractuelle des associés en vue de protéger les divers intérêts en présence.

64. C'est d'ailleurs par l'affirmation de cet effet d'encadrement de la liberté contractuelle que le législateur maintient le spectre de l'ordre public dans le texte de l'article 2 de l'AUSC. Il répute non écrite, toute clause statutaire contraire aux dispositions de l'Acte Uniforme et soumet au strict respect de ces dernières, les termes des conventions extrastatutaires que pourraient avoir à conclure les associés entre eux. Ainsi, sans contenu juridiquement

²⁰⁸ G. CORNU, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Dalloz, 1981, p. 77, n° 17.

²⁰⁹ Déjà le législateur du code civil français de 1804 n'en donne aucune définition et depuis lors, la notion est demeurée « vague, floue et difficile à définir » selon les termes de Vincent KARIM. Cf. V. KARIM, « L'ordre public économique : contrat, concurrence, consommation », in *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n° 2, 1999, p. 403

²¹⁰ « Du point de vue substantiel, il est absolument impossible de conceptualiser l'ordre public sauf, de manière générale, à affirmer qu'il est tout ce qui est essentiel aux intérêts de la société et de l'Etat ». Cf. P. MEYER, *OHADA : Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Collection « Droit uniforme africain », 2002, p. 257, n° 439. Par ailleurs, si dans sa thèse devenue une référence dans l'illustration de la diversité des définitions de l'ordre public, Philippe MALAURIE a, en 1953, recensé plus d'une vingtaine de définition ; dans une thèse plu récente, effectuée par Didier BODEN note de la flexibilité même de la notion d'ordre public qui regrouperait une cinquantaine de manifestation diverses. Cf. D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance : recherches sur le pluralisme juridique*, thèse, Paris 1, 2002.

²¹¹ Selon Charles JARROSSON, l'ordre public fait partie de cette catégorie de notions de droit identifiables facilement par l'esprit juridique parce qu'étant des notions fonctionnelles : C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ., 1987 p. 226, n° 466. Adde M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *L'ordre public immatériel en droit public français*, thèse, Université ParisI Panthéon-Sorbonne, 2017.

Sur la définition de la notion fonctionnelle : G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P.*, 1950, I, p. 851 ; G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », in *JCP*, 1948, I, 668 ou encore S. RIAL, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1980, n° 52 et s., p. 49 et s. Voir, *a contrario* pour une critique de la notion fonctionnelle : G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », in *R.F.D.A.*, 2009, pp. 641-656.

déterminable, l'ordre public apparaît dans l'AUSC comme un instrument de soumission de la volonté individuelle à l'autorité de la loi. Mais cette seule fonction que décline la loi n'éclaire qu'un aspect de la notion dont le contenu et le périmètre d'expression dépendent beaucoup plus, de la systématisation d'une définition légale plus ou moins complète. Les limites à la liberté contractuelle en droit des sociétés ne doivent pas être portées par des notions imprécises. Chaque terme employé à cet effet doit être bien défini²¹² afin de ne pas abandonner l'associé « *plus désespérément seul qu'il ne l'a jamais été au milieu des incertitudes du droit positif* »²¹³.

65. Toutefois, le défaut de définition de l'ordre public sociétaire dans l'AUSC pourrait se justifier par la défiance traditionnelle du législateur à l'égard de la définition conceptuelle pure ou de la définition terminologique en droit commercial. Cette matière serait, beaucoup plus un droit de l'action qu'un droit de la connaissance et de ce fait, elle « *résout fréquemment l'alternative : définition conceptuelle-définition terminologique en ayant recours à la définition téléologique, définition par le but, définition d'une fonction plutôt que d'une notion* »²¹⁴.

66. Plus généralement, le doyen Georges RIPERT considère l'ordre public comme une notion « *d'une commode imprécision* »²¹⁵ insusceptible d'une définition précise qui puisse résister au temps et valoir dans l'espace. C'est, sans doute, la raison pour laquelle René JAPIOT écrivait de l'ordre public qu'« *il est resté toujours au-dessus des efforts tentés par les jurisconsultes pour le définir* »²¹⁶. Contrairement aux notions dites conceptuelles qui peuvent recevoir une définition complète et avoir un contenu déterminé une fois pour toute, l'ordre public présenterait l'inconvénient congénital d'avoir un contenu qu'aucune définition même légale ne peut épuiser intégralement.

67. L'ensemble de ces arguments doctrinaux traduit bien l'état de « *la pensée juridique contemporaine [qui] semble avoir renoncé, devant l'ampleur de la tâche, à s'aventurer sur le terrain d'une définition d'ordre substantiel de l'ordre public* »²¹⁷. Il en ressort que le législateur qui, de toute évidence adopte cette conception, a en conséquence opté pour un ordre public sociétaire volontairement imprécis.

²¹² S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, LGDJ, 2002, p. 145 ; n° 292.

²¹³ J. CARBONNIER, « La part de l'angoisse contemporaine » in *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 202.

²¹⁴ E. PUTMAN, « Recherche sur les définitions dans les lois commerciales » : *RRJ* 1986, n° 4, p. 61, n° 33.

²¹⁵ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2013, n° 163.

²¹⁶ R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'acte juridique. Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse, Dijon, 1909, p. 302.

²¹⁷ C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, p. 300, n° 333.

68. En fait, un essai de définition substantielle de l'ordre public sociétaire par le législateur aurait consisté à en préciser notamment les caractères essentiels et la nature ou, au moins, à établir des critères précis de sa délimitation tels qu'il le conçoit afin de permettre *in fine* la distinction des dispositions impératives de la loi. Certains auteurs ont eu ce souci en droit français et évoqué l'opportunité d'élaborer une théorie générale de l'ordre public qui permettrait entre autres, une réelle maîtrise et un encadrement plus ou moins fiable du périmètre de la liberté contractuelle. Ainsi, il a été écrit que les juristes devraient pouvoir produire à propos de l'ordre public, « *un ensemble de définitions et de principes ordonnés autour d'un certain objet dans le dessein d'expliquer de manière cohérente les solutions positives et de guider les solutions futures* »²¹⁸.

69. L'opportunité d'une telle démarche apparaît dans la thèse de Madame Sophie SCHILLER d'après qui, la seule définition fonctionnelle rend imprécise la notion d'ordre public et incertaine la possibilité d'en connaître le contenu afin de définir les zones hostiles à la liberté contractuelle des associés. Il est difficile, affirme-t-elle, « *d'utiliser des notions imprécises pour établir des limites à la liberté contractuelle* »²¹⁹. A cet effet, le législateur étant le seul à savoir les raisons pour lesquelles une disposition légale doit être vue comme « *la traduction de ce qui est estimé suffisamment important, pour qu'on le rende obligatoire [...] à un moment donné et dans une société donnée* »²²⁰, il est légitime d'attendre de lui, une définition légale de l'ordre public qui permette d'identifier précisément les règles impératives. Une telle démarche devrait être « *le premier mode de fixation des limites à la liberté contractuelle en droit des sociétés* »²²¹.

70. Au demeurant, une question intéressante reste posée. Celle de savoir, au cas où il l'aurait voulu, si le législateur aurait pu apporter une définition à l'ordre public dans la loi quand on sait que la notion doit « *une partie de sa majesté au mystère qui l'environne* »²²²? En droit des sociétés commerciales de l'Ohada notamment, les arguments pour justifier une réponse négative ne manquent pas. Ils se rapportent pour l'essentiel à la diversité de traditions juridiques dans l'espace Ohada.

²¹⁸ G. PIGNARRE, « Et si on parlait de l'ordre public (contractuel) », in *RDC*, n° 1, 1^{er} jan. 2013, p. 251.

²¹⁹ S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, op. cit., p. 137, n° 275.

²²⁰ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », in *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit civil*, t. IV, p. 1, n° 2.

²²¹ S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, op.cit., n° 275, p. 137

²²² R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'acte juridique. Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse, Dijon, 1909, p. 302

71. L'Ohada est en effet le résultat d'un brassage de plusieurs traditions juridiques qui n'appréhendent pas la notion d'ordre public de la même manière et qui ne lui confèrent pas la même influence. Ce qui complique davantage la possibilité d'une définition légale de la notion. En réalité, l'Organisation se situe en effet « *au confluent de la culture romano-germanique et de la common law* »²²³, dont le droit des sociétés porte la marque des oppositions bien connues relativement à la place de la liberté contractuelle²²⁴.

72. La tradition juridique anglo-saxonne éprouve une grande méfiance à l'égard de l'Etat et confère au législateur institutionnel un rôle réduit en ce qui concerne l'élaboration même de la règle de droit, tandis que dans les droits de tradition civiliste, c'est à l'inverse l'Etat qui a une propension à craindre des pouvoirs privés économiques d'où une conception directive de l'économie aux origines colbertistes lointaines mais tenaces. De fait, l'approche de la notion d'ordre public qui est fonction du degré d'intervention et d'autorité de la puissance publique dans le contrôle des rapports de droit se ressent différemment selon qu'on est dans un système de droit ou dans l'autre.

73. Laurent CONVERT²²⁵ écrit à cet effet que l'impératif dans les droits anglo-saxons est hypothétique par opposition à celui des droits civilistes qui serait catégorique. La conception de la règle impérative dans les droits de la tradition anglaise n'est pas assimilable à la conception qu'en a la tradition civiliste. Au sens de la conception romaine, l'ordre public est catégorique et s'impose impérativement alors que, « *pour les juristes anglo-saxons, il est difficilement concevable qu'un contrat puisse aisément être remis en cause parce qu'il méconnaît un principe d'ordre public* »²²⁶. Les investisseurs anglo-saxons sont plus habitués à un droit des sociétés caractérisé par la rédaction contractuelle qu'à l'utilisation de formes sociales rigides. Dans cette tradition, la volonté des parties prédomine nettement et l'ordre public a un champ d'application beaucoup plus restreint que dans les droits de tradition civiliste. En raison de cette opposition entre deux conceptions de droit des sociétés et donc d'une différence d'approche quant à la notion d'ordre public, il apparaît toute la difficulté à élaborer une définition fédératrice alors même qu'il n'existe ni dans l'un ni dans l'autre aucune définition qui fasse l'unanimité.

²²³ P. S. BADJI, « Réflexion sur l'attractivité du droit Ohada » : *BDE* 2014/2, p. 5, disponible sur http://www.droit-economique.org/wp-content/uploads/2015/01/5-Patrice_Badji.pdf

²²⁴ En ce sens, voir les comparaisons édifiantes faites par L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés. Etude de droit comparé. Angleterre-Espagne-France*, LGDJ, 2003.

²²⁵ L. CONVERT, *idem*, p. 39, n° 40.

²²⁶ *Ibidem*.

74. Néanmoins et pour une raison simple, il n'est pas impossible pour le législateur de prévoir dans la loi les valeurs et autres principes qui ont au moment de l'élaboration de la loi, justifié selon lui l'institution de dispositions d'ordre public en vue d'écarter toute volonté privée contraire. Il exposerait ainsi les raisons pour lesquelles dans certains cas de figure, on doit considérer certains intérêts au lieu d'autres, préciser si l'ordre public qu'il institue est de direction ou de protection, est exclusivement textuel ou aussi virtuel. Une telle possibilité qui consiste à laisser transparaître des critères généraux mais fondamentaux permettant d'appréhender et de circonscrire le domaine de l'impérativité, nous paraît non seulement envisageable mais surtout opportun pour garantir l'effectivité du rôle de l'ordre public qui consiste à fixer les limites de la liberté individuelle.

75. Cette démarche proposée appelle sans doute une réglementation plus affinée du régime de l'ordre public sociétaire. Mais il convient cependant de ne pas diaboliser toute réglementation même si l'excès est à juste titre dénoncé en tant qu'inflation législative²²⁷. La déréglementation n'ayant pas exclusivement vocation à imposer un retrait du pouvoir législatif, il semble envisageable pour certaines questions que « *pour déréglementer... on réglemente* »²²⁸. En tout état de cause, l'autre alternative qui s'offrait au législateur pour limiter efficacement la liberté contractuelle des associés était de préciser le contenu de l'ordre public sociétaire par une énumération des dispositions impératives de la loi et de fixer ainsi clairement les barrières infranchissables à la liberté contractuelle.

B- Le manque de définition énumérative

76. L'utilisation de standards juridiques tels que l'ordre public fait aujourd'hui l'objet d'une critique fondée sur l'abstraction qui les innerve, et leurs conséquences sur la sécurité juridique²²⁹. C'est ainsi que l'énumération par le législateur des dispositions impératives d'une

²²⁷ R. SAVATIER, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social » : *D.* - *Sirey*, 1977, Chroniques, p. 43 et s.

²²⁸ F. TERRE, « Défense et illustration d'une réflexion juridique intégrant la sociologie », in *1968/1988-Vingt ans de recherches pluridisciplinaires à propos des structures juridiques de l'entreprise. Colloque du 23 novembre 1988*, p. 79, disponible sur <http://www.creda.cci-paris-idf.fr/colloques/pdf/1988-20-ans-recherches/vingt-ans-de-recherche-pluridisciplinaire-actes.pdf>.

²²⁹ Il est indéniable, écrit Moussa THIOYE, « *que l'utilisation des standards juridiques suscite une inquiétude ou un scepticisme chez un nombre non négligeable d'auteurs...* » : M. THIOYE, « L'utilisation des standards juridiques par le juge » : *RRJ* 2014/4, p.1685, n° 14.

S. AKHOUAD-BARRIGA, « Réflexion sur le langage juridique et ses petits exercices d'application au droit de l'arbitrage » : *RTD civ.* 2015, p.785 et s., n° 22. L'auteur argumente notamment que « *Ces notions floues, souvent volontairement vagues pour laisser aux tribunaux une marge de manoeuvre au stade de leur application, nécessitent un examen comparatif in casu pour accueillir le cas d'espèce dans les prévisions de la notion-cadre. Cette appréciation des données de l'espèce en fonction des critères de la notion sera bien souvent hors de portée pour le justiciable. Et l'emploi de ces notions peut même dérouter lorsque leur utilisation est volontaire à l'égard*

loi se révèle être l'un des moyens de rendre intelligible l'étendue de l'ordre public dans cette dernière afin de fixer les sujets de droit sur le périmètre de liberté qui leur est laissé. « *Le législateur use assez souvent du procédé de l'énumération limitative ou énonciative* »²³⁰. C'est l'une des méthodes moins directes que le législateur emploie pour permettre l'identification des dispositions impératives d'une loi²³¹. Il s'agit d'une méthode indirecte parce qu'« *un article renvoie à une liste d'autres articles* » qu'il qualifie d'ordre public²³². Mais ici encore, le contenu variable de l'ordre public constituerait un obstacle à sa délimitation par une liste exhaustive²³³.

77. Pour autant, le législateur Ohada a bien réussi cela en proposant une liste exhaustive des dispositions d'ordre public contenues dans l'Acte uniforme relatif au droit commercial général notamment sur la question du bail commercial²³⁴. Ainsi, dispose-t-il que « *sont d'ordre public, les dispositions des articles 101, 103, 107, 110, 117, 123, 124, 125, 126, 127, 130 et 133 du présent Acte uniforme* »²³⁵. Cette technique législative a déjà été utilisée dans le code civil français qui, en son article 1844-10 sanctionne de la nullité toute société de droit français « *qui ne respecterait pas les dispositions des articles 1832, 1832-1 alinéa 1 et 1833* ». En procédant ainsi dans l'AUDCG, le législateur de l'Ohada a légitimé dans l'esprit des praticiens l'idée qu'une telle possibilité aurait aussi pu être envisagée en droit des sociétés commerciales. Mais la réforme de 2014 n'a pas comblé les attentes que nourrissaient ladite idée et dont la réalisation aurait eu pour intérêt d'encadrer avec une relative fiabilité l'usage de la liberté contractuelle dans le droit des sociétés de l'Ohada.

78. Ne l'ayant pas fait, le législateur confirme sans doute l'opinion d'un auteur²³⁶ selon laquelle, l'ordre public se laisse difficilement enfermer dans une énumération en raison de son caractère fuyant. Ainsi, même si à première vue on peut penser qu'à ce niveau, la réforme a manqué, l'une des meilleures occasions de clore le débat du contenu précis de l'ordre public sociétaire, une réflexion plus approfondie suggère de la retenue. La raison en est que dans la

du citoyen ». Dans le même sens, sur les conséquences de l'usage des notions standard sur la sécurité juridique, voir G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », in *R.F.D.A.*, juil-août 2009, p. 641.

²³⁰ G. CORNU, « Les définitions dans la loi », *op. cit.*, n° 5. Adde J.-L. BERGEL, « Typologie des définitions dans le code civil » : *RRJ* 1986, n° 4, p. 42, n° 13.

²³¹ G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2000, p. 270, n° 66.

²³² S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, *op. cit.*, p. 25, n° 43.

²³³ S. PAILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et droit communautaire » : *D.* 1993, p. 177 et s.

²³⁴ Voir A. MBOTAINGAR, « Le régime OHADA du bail professionnel : un modèle de simplification et de champ de contractualisation du droit », in *Liber amicorum en l'honneur du professeur Joël MONEGER*, LexisNexis, 2017, p. 287.

²³⁵ Art. 134 AUDCG.

²³⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 22^e éd., 2000, n° 69.

typologie traditionnelle de l'ordre public sociétaire que proposent les auteurs, la majorité « insiste sur l'existence de grands principes qui s'imposent notamment parce qu'ils sont de l'essence des sociétés ou de certaines d'entre elles. A ce titre, ils font partie de l'ordre public sociétaire. Ces grands principes n'ont pas besoins d'assise textuelle pour s'imposer »²³⁷. Il peut donc en déduire que, même si le législateur faisait une énumération des dispositions qui seraient d'ordre public, celle-ci ne réglerait pas la question du contenu exhaustif de l'ordre public sociétaire en droit Ohada.

79. A l'analyse, il apparaît évident qu'il n'est pas possible de dégager le contenu de l'ordre public sociétaire en se fondant sur une définition ou une énumération légale. Mais il reste un terrain à explorer avant de conclure que toute tentative de détermination exhaustive des dispositions impératives de l'AUSC est peine perdue. Il s'agit de démontrer que l'identification des dispositions impératives de l'AUSC en se basant sur la formulation de règles de droit est aussi incertaine et ne semble pas efficace pour fixer les limites à la liberté contractuelle en droit des sociétés commerciales de l'Ohada.

§ 2- L'incertitude du caractère d'ordre public tiré de la formulation légale

80. Tel que l'a écrit le Professeur Joseph ISSA-SAYEGH dans sa réflexion sur le caractère d'ordre public des dispositions de l'AUSC, « la détermination du degré du caractère impératif des règles résulte de la rédaction même des dispositions qui les contiennent »²³⁸. Cette méthode suppose la présence de précisions textuelles du caractère d'ordre public dans la rédaction de la règle de droit à qualifier. Cette dernière est censée comporter dans sa formulation des éléments de langage juridique qui en indiquent la nature contraignante. La doctrine a ainsi déterminé des critères dont la présence dans la rédaction d'une règle de droit lui confère le caractère d'ordre public. Un exposé des modalités d'expression de l'impérativité dans la formulation de la règle de droit (A) va précéder la démonstration visant à justifier les limites de ces méthodes en droit Ohada des sociétés (B).

²³⁷ M. BUCHBERGER, « L'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, op.cit., p. 189, n° 13.

²³⁸ J. ISSA-SAYEGH, « Le caractère d'ordre public des dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique » : *Penant* 2009, n° 869, p. 394. Pour une opinion établissant le même rapport entre dispositions impératives et les termes de la loi en droit français, voir : J. MESTRE, D. VELARDOCCIO et H. ALVES, *Lamy Sociétés commerciales*, Editions Lamy, 2007, p. 1260, n° 2592.

A- Les théories doctrinales fondant la nature d'ordre public sur la formulation

81. Très souvent, le caractère d'ordre public d'une disposition légale n'apparaît dans la loi que par le biais de la « *terminologie employée par le législateur* »²³⁹. Ainsi, l'impérativité sociétaire a le plus souvent une origine textuelle de source conceptuelle et sa détermination se trouve facilitée par la présence dans la loi de mots ou expressions clés. On peut relever en doctrine plusieurs modalités tendant à suggérer que la formulation de la règle de droit traduit son caractère d'ordre public²⁴⁰.

82. D'abord la mention explicite de l'expression « ordre public » comme qualificatif d'une règle de droit²⁴¹ est le critère textuel principal du caractère impératif de cette dernière. Mais « *le législateur Ohada emploie le plus souvent des expressions synonymes pour traduire l'ordre public sociétaire* »²⁴². Par ailleurs, on a aussi soutenu que les règles de droit formulées sous la forme d'une définition sont souvent d'ordre public. Selon Gérard CORNU²⁴³, « *les définitions dans la loi* » peuvent avoir pour effet de donner une force contraignante particulière à la règle de droit qui en est l'objet.

83. Mais de façon beaucoup plus pertinente, le caractère d'ordre public d'une règle de droit des sociétés peut, se déduire de la description dans son libellé d'une sanction à appliquer en cas de manquement à l'interdiction ou à la prescription qu'elle édicte. Dans ces cas, une sanction explicite accompagne l'interdiction de déroger à la règle²⁴⁴. Les sanctions caractéristiques de l'impérativité sont de trois types. Généralement, la « nullité » ou le « réputé non écrit » comme sanction d'une règle de droit, est un indicateur de l'appartenance de cette dernière au domaine

²³⁹ V. KARIM, « L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation », in *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n° 2, 1999, vol. 40, n° 2, 1999, p. 407.

²⁴⁰ Voir F. DJAKBA PAGOU, *L'ordre public en droit des affaires de l'Ohada*, thèse, *op. cit.*, p. 54, n° 156. L'auteur écrit à cet effet que « *doivent être considérées comme d'ordre public, toutes les dispositions dont la violation est sanctionnée par la nullité, la déchéance, l'inopposabilité ou la caducité. Doivent également être considérées comme d'ordre public, les normes auxquelles toutes dispositions contraires sont nulles, non avenues ou réputées non écrites. Elles sont d'ordre public parce qu'elles n'admettent pas, en principe, de dérogations de la part des particuliers. De même, toutes les dispositions dont l'inobservation est érigée en incrimination doivent être considérées comme d'ordre public* ».

Voir aussi V. KARIM, « L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation », in *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n° 2, 1999, p. 408 ou encore S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, *op. cit.*, p. 25, n° 41.

²⁴¹ Il faut rappeler que cette référence à l'expression « ordre public » n'existe plus dans l'AUSC depuis la réforme de 2014.

²⁴² P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales de l'Ohada », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, p. 206, n° 34.

²⁴³ G. CORNU, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Dalloz, 1981, p. 77, n° 21 et s.

²⁴⁴ Voir par exemple l'article 50-1 de l'AUSC qui dispose en son alinéa 2 que « *les apports en industrie sont interdits dans les sociétés anonymes* ».

de l'ordre public²⁴⁵. En outre, une règle de droit des sociétés réprimée par une sanction pénale relève du domaine de l'ordre public sociétaire. Selon Dominique GRILLET-PONTON, les incriminations pénales figurant dans le droit des sociétés ont souvent vocation à suppléer la nullité notamment parce que cette dernière devient matériellement sans objet ou inefficace²⁴⁶. Un autre auteur observe que, même si la loi pénale et la loi civile poursuivent des buts différents, la disposition pénale est « *au surplus destinée à combler les insuffisances de l'autre en matière de nullité* »²⁴⁷. Ainsi, le législateur qui assortit une règle de droit des sociétés d'une sanction pénale prouverait par là même, le double intérêt qu'il porte au caractère impératif de la règle²⁴⁸. Cela est si vrai que pour certains auteurs, le maintien de l'ordre public « *exige des sanctions répressives* »²⁴⁹.

84. Toutefois, ces méthodes qui ont prouvé leurs limites en droit français ne sont pas plus efficaces en droit Ohada.

B- Les limites des méthodes doctrinales fondées sur la formulation de la règle impérative

85. Simple en théorie, l'utilisation des méthodes ci-dessus exposées pour identifier les dispositions impératives du droit des sociétés n'est pas fiable en pratique²⁵⁰. Ils admettent des limites pratiques évidentes en dépit de la pertinence de leur attrait théorique. Le recours à la formulation de la règle de droit n'est pas en mesure d'assurer la détermination du périmètre des dispositions auxquelles on ne peut déroger. Les sanctions identifiées comme des indicateurs du caractère d'ordre public dans la règle de droit ne sont pas des critères pertinemment fiables pour déterminer avec précision les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés de l'Ohada.

²⁴⁵ Voir F. DJAKBA PAGOU, *L'ordre public en droit des affaires de l'Ohada*, thèse, *op. cit.*, p. 54, n° 156 ; S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, *op. cit.*, p. 23, n° 38.

²⁴⁶ Sur la sanction pénale comme caractéristique de l'ordre public, voir aussi D. GRILLET-PONTON, « La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société » : *Rev. sociétés* 1984, p. 271 ; Voir aussi J.-P. LEGROS, La nullité des décisions de société : *Rev. sociétés* 1991, p. 275 ; M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires*, t. II, *Les sociétés commerciales*, LGDJ, 20^{ème} édition, 2011, n° 1585.

A noter qu'il y a parfois un débat qui porte sur le point de savoir si les sanctions pénales doivent se substituer à la nullité ou si elles peuvent se cumuler avec elle. Sur ce débat, voir D. BUREAU, « Nullités sans frontières ? A propos du domaine des articles L. 235-1 et s. C. com. », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, 2013, p. 79, spéc. n° 17, p. 90 ; *adde* F. BARRIERE, « Ordre public et impérativité. Observations en droit pénal des sociétés anonymes » : *Rev. sociétés* 2007, p. 713.

²⁴⁷ B. BOULOC, Note sous CA Metz, 5 janvier 1977, *RTD com.* 1977, p. 478.

²⁴⁸ P. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2001, p. 523, n° 486.

²⁴⁹ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. I, 1998, 17^e éd., Par M. GERMAIN et L. VOGEL, p. 45, n° 74.

²⁵⁰ Voir à ce propos, les développements de S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, *op. cit.*, n° 41 et s.

86. D'abord, à propos de la sanction de la clause réputée non écrite, la structure du texte de l'AUSC autorise deux perceptions différentes du domaine de l'ordre public sociétaire qui semblent toutes manquer d'objectivité.

87. D'une part, l'interprétation du recours à la clause réputée non écrite dans l'article 2 donne à croire que toutes les dispositions de l'AUSC demeurent toujours d'ordre public. L'article dispose que, sauf dans les cas où le législateur l'autorise expressément²⁵¹, sera « *réputée non écrite toute clause statutaire contraire à une disposition du présent Acte uniforme* ». En conséquence, les associés ne pourraient imaginer aucun montage contractuel dans l'environnement sociétaire qui n'épouse les modèles que le législateur a préétablis. Dans cette hypothèse, il ne serait plus d'aucun intérêt de rechercher les limites à la liberté contractuelle des associés en droit Ohada. Pour cause, une telle perception voudrait que chaque disposition de l'AUSC soit considérée comme étant une limite à la liberté contractuelle puisque serait exclu tout type d'aménagement exclusivement inspirée de la volonté des associés. C'est en fait là une interprétation excessive qui avait déjà cours dans la doctrine avec l'AUSC de 1997 et que la reformulation de l'article 2 de l'AUSC ne semble pas avoir totalement exclue²⁵². A sa nature fondamentalement excessive s'ajoute le manque de réalisme d'une telle interprétation surtout avec l'AUSC de 2014. En effet, une grande majorité de la doctrine semble opposée à cette lecture du nouvel AUSC qui est, selon ces auteurs, notamment fondée sur une orientation contractualiste²⁵³.

88. D'autre part, l'autre interprétation que suggère le recours à la sanction de la clause réputée non écrite dans l'AUSC conduit à une conception extrêmement minimaliste du contenu de l'ordre public sociétaire. Elle réduit son domaine d'impérativité à une poignée de dispositions législatives, ce qui ne nous paraît pas réaliste. En effet, l'article 2 de l'AUSC ayant posé le principe d'ordre public de l'ensemble de l'AUSC et réputé non écrite toute clause statutaire contraire, on est fondé à croire que le législateur ne devrait plus prévoir cette sanction

²⁵¹ A noter que dans les cas où le législateur autorise les associés à substituer des clauses statutaires aux dispositions de l'Acte uniforme, soit à compléter par des clauses statutaires les dispositions légales, les modalités de substitutions ou des compléments envisageables sont elles aussi pratiquement imposées par la loi. Le Professeur Joseph ISSA-SAYEGH parle d' « *exceptions légales (...) qui résultent de la volonté expresse manifestée par le législateur qui, dans sa souveraineté, peut parfaitement prévoir telle ou telle dérogation à telle ou telle disposition législative* » ; cf. J. ISSA-SAYEGH, « Le caractère d'ordre public des dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique » : *Penant* 2009, n° 869, p. 414.

²⁵² Voir par exemple P. C. EWANE MOTTO, *La gouvernance des sociétés commerciales en droit OHADA*, thèse, *op. cit.*, p. 26 : l'auteur écrit expressément qu' « *Il convient de préciser, le caractère d'ordre public de toutes les dispositions de l'AUSC-R[évisé] qui comporte 920 articles* ».

²⁵³ La réforme est notamment intervenue « en réaction la trop grande emprise de l'ordre public et de son effet pervers sur le développement de l'économie ». Voir A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'Ohada » *Penant* 2015, n° 893, p. 436.

de manière spécifique dans d'autres articles pris isolément dans l'AUSC. La portée générale de l'article 2 devant lui interdire en effet de reprendre la sanction dans les dispositions postérieures²⁵⁴. Mais il est notable de constater qu'en posant par exemple la règle de l'interdiction des clauses léonines, l'article 54 de l'AUSC reprend singulièrement la sanction de « *la clause réputée non écrite* ». Ce faisant, le législateur donne des raisons de croire que « *dans le cas où cette mention n'aurait pas été expressément prévue dans un article, les clauses contraires à ce dernier ne seraient pas réputées non écrites* »²⁵⁵. Une telle analyse n'étant pas dépourvue de sens, elle consisterait à restreindre à très peu de choses les dispositions d'ordre public de l'AUSC. Dans cette hypothèse, seules les dispositions dont la formulation prévoit expressément comme sanction, de réputer non écrites les clauses contraires, seraient d'ordre public²⁵⁶.

89. Ainsi, on voit bien la confusion que pourrait créer le recours à la présence ou non de la sanction de la clause réputée non écrite dans une disposition comme critère de son caractère d'ordre public. Ce critère suscite autant de réserve que celui de la sanction pénale comme qualificatif d'une règle d'ordre public.

90. En ce qui les concerne, les arguments tendant à appréhender la sanction pénale comme critère d'identification d'une règle de droit impérative, ne sont pas dépourvus de sens. Les dispositions pénales du droit des sociétés s'imposent impérativement mais il y a des nuances notables qui rendent inopérante cette technique pour déterminer avec précision les règles impératives de l'AUSC.

91. D'abord, le droit pénal des sociétés de l'Ohada n'est pas suffisamment affiné pour permettre une délimitation absolue et crédible du domaine de l'ordre public sociétaire. Beaucoup d'auteurs africains reconnaissent que « *l'unité des textes d'incrimination n'est pas achevée* »²⁵⁷ en la matière. La compétence législative relative aux dispositions pénales du droit des sociétés de l'Ohada est partagée entre le législateur communautaire et le législateur national de chaque Etat membre. D'une part, ce dernier doit définir à travers une législation nationale,

²⁵⁴ Rappelons à cet effet que la disposition de l'article 2 de l'AUSC se situe dans le chapitre préliminaire de l'AUSC et est de ce fait censée être un préalable commun à toutes les dispositions qui viennent après ; qu'il s'agisse des dispositions générales à toutes les sociétés commerciales ou de celles relevant du régime spécifique à chaque forme sociale.

²⁵⁵ B. MARTOR et J. FASSI FEHRI, « Panorama de la réforme du droit des sociétés OHADA », in *La Semaine Juridique. Entreprise et Affaires*, n° 9-10, 27 Février 2014, 1099.

²⁵⁶ On y retrouverait dans une telle hypothèse que les articles 54, 223, 569 de l'AUSC. Ce qui semble insignifiant pour une loi de 920 articles même dans un contexte de promotion de la liberté contractuelle.

²⁵⁷ F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, et *alii*, *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, éd. Bruylant, 2002, p. 225, n° 347.

les sanctions des infractions prévues par l'AUSC. Le risque est que les sanctions varient d'un Etat à un autre²⁵⁸. Elles peuvent même ne pas exister dans certains Etats qui tardent à nationaliser les sanctions pénales²⁵⁹. D'autre part, il ressort de la doctrine qu'en fonction de sa politique répressive, le législateur national est en mesure de prévoir des infractions non instituées au plan communautaire. Cette lecture du droit Ohada est proposée par beaucoup d'auteurs²⁶⁰ qui se sont posé la question de savoir « *si à côté des incriminations prévues, les législateurs nationaux pourront en consacrer d'autres* » et d'après leur analyse, « *la réponse affirmative semble ne pas faire de doute* ». En disposant, argumentent-ils, que « *les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions pénales* », l'alinéa 2 de l'article 5 du traité de l'Ohada confirme que les Actes Uniformes « *peuvent ne pas en inclure et chaque législateur national en aurait institué* ».

92. En conséquence, le champ des dispositions pénales du droit des sociétés commerciales de l'Ohada est susceptible de varier d'un Etat-partie à un autre même s'il conserve un bloc commun de normes pénales expressément élaborées par le législateur communautaire. Cette première remarque sur l'impossibilité d'appréhender les dispositions pénales du droit des sociétés de l'Ohada – qui est l'une des « *incohérences du point de vue de la politique criminelle* »²⁶¹ du droit pénal des affaires de l'Ohada – suffit à fausser l'hypothèse selon laquelle les dispositions pénales permettraient d'identifier le périmètre de l'ordre public sociétaire de l'Ohada.

93. Par ailleurs, l'institution d'une sanction pénale ne peut pas être systématiquement considérée comme un critère infaillible du caractère d'ordre public. « *Le législateur africain n'a pas érigé en infraction un certain nombre de prescriptions parfois visées par l'Acte*

²⁵⁸ N. DIOUF, « *Droit pénal des affaires entre l'indulgence et la sévérité* », Communication donnée à la formation continue des auxiliaires de justice, ERSUMA, 10 au 21 Novembre 2003, disponible sur www.ohada.com. J. ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES-OBLES, *L'harmonisation du droit des affaires*, éd. Bruylant, Juriscope, 2002, p. 115.

²⁵⁹ Vingt ans après la création de l'Ohada, seuls cinq pays semblent adopter les sanctions pénales en application de l'article 5, al. 2 du Traité OHADA. Il s'agit du Sénégal, du Cameroun, de la République centrafricaine, du Bénin et du Gabon. Un projet de loi édictant les sanctions pénales en application de ce texte est actuellement dans les circuits des parlements de Côte d'Ivoire et du Congo Brazzaville. Mieux, avec les réformes successives du droit des affaires de l'Ohada, les textes adoptés par certains Etats sous l'empire de l'AUSC de 1997 sont pour la plupart devenues désuètes car les réformes ont entraîné intervenues depuis 2010 ont entraîné dans leur sillage des incriminations nouvelles et une restructuration de certaines incriminations préexistantes sans que les Etats parties les plus diligents n'aient encore à jour leurs sanctions.

²⁶⁰ Il s'agit notamment de F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, et *alii*, *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, éd. Bruylant, 2002, n° 347 et 348.

²⁶¹ *Idem*, n° 348.

Uniforme lui-même »²⁶². Mieux, un auteur²⁶³ affirme que « *l'examen du droit des sociétés anonymes tend à démontrer qu'une violation d'une norme sanctionnée pénalement n'équivaut pas nécessairement à une violation d'ordre public ...* ». Selon lui, le manque de pertinence de l'assimilation systématique de la sanction pénale à la notion d'ordre public ou d'impérativité en droit des sociétés peut se comprendre à la lumière de la dénaturation subie par la norme pénale en vue de son adaptation à la répression en droit des sociétés. Au surplus, la vocation première de la disposition pénale classique qui est de réprimer un comportement qui contrarie l'ordre social, la sécurité des personnes et des biens fait que les personnes concernées ne peuvent pas y déroger, lui confère naturellement le caractère de norme impérative. Mais, « *cette qualification ne semble pas parfaitement correspondre à la notion d'impérativité retenue par les textes sur les nullités en droit des sociétés* »²⁶⁴. Malgré la force particulière avec laquelle les dispositions pénales du droit des sociétés s'imposent, leur fonction première est principalement de lutter contre des comportements antiéconomiques par l'effet intimidant de la sanction pénale²⁶⁵, ce qui ne fait pas forcément d'elles une limite à la liberté contractuelle des associés dans tous les cas de figure.

94. Si l'assimilation de la sanction pénale à l'ordre public sociétaire ne doit pas être systématique, il est des cas où le législateur utilise les sanctions pénales pour montrer son attachement à une disposition insusceptible de dérogation conventionnelle. C'est ainsi que certaines dispositions pénales renvoient à des articles contenant déjà une terminologie indiquant leur caractère d'ordre public et dès lors, « *la sanction pénale prévue ne fait que renforcer le caractère impératif de la règle* »²⁶⁶. Il y fait ainsi recours pour garantir l'exécution de dispositions impératives non pénales²⁶⁷ ou pour combler les insuffisances de la nullité comme sanction du caractère impératif d'une règle.

²⁶² F. ANOUKAHA, A. Cisse, N. DIOUF, et alii, *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, *idem*, p. 225, n° 347.

²⁶³ F. BARRIERE, « Ordre public et impérativité. Observations en droit pénal des sociétés anonymes » : *Rev. sociétés* 2007, p. 713.

²⁶⁴ F. BARRIERE, « Ordre public et impérativité. Observations en droit pénal des sociétés anonymes », *idem*, p. 713.

²⁶⁵ J. COSTA-LASCOUX, « La lutte contre les comportements anti-économiques », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. X, Les Nouvelles Editions Africaines, 1982, p. 137 et s.

²⁶⁶ S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, *op. cit.*, p. 24, n° 38.

Pour illustrer en droit Ohada, noter que la disposition de l'article 618-1 qui sanctionne par la nullité certaines opérations réalisées ou certaines délibérations qui, prises lors d'une augmentation du capital l'auraient été en violation de certaines dispositions de l'AUSC. Dans le même temps ces auteurs des mêmes délibérations qui encourent annulation encourent suivant les termes des articles 893 et suivants de l'AUSC des sanctions pénales.

²⁶⁷ S. BARAOUI, « Les sociétés commerciales et le droit pénal ou les sociétés commerciales entre droit pénal économique et droit pénal des affaires », in *RIDP*, vol. 58, n° 1 et 2, 1987, éd. Erès, p. 10.

95. De la même manière, le critère tiré de la nullité de la société ou des actes de celle-ci ne suffit pas non plus à identifier une disposition de l'AUSC comme absolument insusceptible de tout aménagement conventionnel. Il est vrai qu'il est traditionnellement avancé en droit de manière générale qu'une règle sanctionnée par la nullité est par principe d'ordre public. Les dispositions d'ordre public incarnant normalement des valeurs supérieures à tout intérêt d'ordre privé, sont souvent sanctionnées par la nullité de l'acte posé en contravention à ce qu'elles prescrivent. Mais en droit des sociétés commerciales de l'Ohada, la particularité du régime des nullités fait douter de ce que toutes les dispositions qui prévoient cette sanction aient un caractère d'ordre public. La raison est notamment qu'en cas de violation, juge et parties ont une certaine emprise sur les modalités d'application de la nullité comme sanction. En réalité, il y a une sorte de croisade contre la sanction de la nullité dont les applications pratiques, même en cas de violation de la loi, sont plutôt rares puisque sujettes à des obstacles légaux et autres hésitations jurisprudentielles. La nullité semble dès lors être fragilisée et en net recul du fait des mécanismes permettant son contournement.

96. On voit ainsi que l'œuvre du législateur n'est pas de nature à faciliter l'identification précise des règles d'ordre public du droit des sociétés de l'Ohada. Malheureusement l'activité jurisprudentielle ne semble pas, non plus, remplir efficacement cette mission.

Section 2 : Les obstacles à la délimitation jurisprudentielle de l'ordre public sociétaire

97. Il ne fait désormais aucun doute que, quel que soit l'ordre juridique considéré, la place centrale que l'activité du juge occupe dans la mise en œuvre du droit lui confère un rôle tout aussi capital d'interprétation de la loi. La jurisprudence est par conséquent généralement considérée comme une source directe du droit derrière la loi si ce n'est comme la source principale qui supplante même la loi dans certains systèmes²⁶⁸. Plus particulièrement, « *le rôle du juge en droit des sociétés* » a pris une importance substantielle²⁶⁹, notamment dans la détermination de l'ordre public sociétaire dont « *on ne connaît réellement le contenu que lorsque le juge a parlé* »²⁷⁰. Son intervention y est, pour ainsi dire, une « *nécessité*

²⁶⁸ C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Dalloz, 2006, p. 525.

²⁶⁹ Voir M. JEANTIN, « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges Roger PERROT, Dalloz 1996, p. 159 et s.

²⁷⁰ A. COURET, « *Prudence dans l'application du droit des sociétés* », article disponible sur https://www.lesechos.fr/16/06/2008/LesEchos/20194-073-ECH_prudence-dans-l-application-du-droit-des-societes.htm, consulté le 27 avril 2018 ; *adde* S. ABDEL SAMAD, *Rigidité et faiblesses du droit libanais des sociétés*, thèse, Université Paris 2 Panthéon-Asas, 2013, p. 19.

pragmatique »²⁷¹ en raison de ce que l'intelligibilité de la loi relativement aux notions standard qu'elle contient ne s'acquiert que par le passage du tunnel judiciaire²⁷².

98. Ceci est particulièrement vrai pour l'ordre public qui est, selon le Professeur Pierre MEYER, une notion essentiellement judiciaire puisque, argumente-t-il, « *c'est au juge qu'il revient d'exprimer, dans des situations particulières que le législateur est impuissant à prévoir, la conscience juridique de la société* »²⁷³. Ainsi, le juge intervient en droit des sociétés notamment pour confirmer, restreindre ou interdire la validité des pratiques contractuelles selon qu'il les juge conformes ou non à l'ordre public sociétair. Mais la détermination prétorienne de l'ordre public sociétair n'est pas aussi efficace. A l'analyse de l'activité du juge sur la question, « *on ne peut que constater un certain aléa [...] qui rend difficile la détermination de l'ordre public sociétair* »²⁷⁴, la notion étant si imprécise qu'aucune démarche systématique du juge ne garantit la stabilité de son contenu.

99. En droit Ohada, l'insatisfaction qui caractérise la détermination jurisprudentielle de l'ordre public peut s'appréhender à un double point de vue. Elle manque de fiabilité sous l'autorité du juge communautaire en ce qu'elle ne s'appuie pas sur une démarche cartésienne préalablement connue (§1). En outre, en raison des influences des juges nationaux, il devient impossible de s'appuyer efficacement sur la jurisprudence communautaire pour déterminer avec une sécurité juridique satisfaisante, le contenu de l'ordre public sociétair (§2).

§1- L'imprévisibilité de la détermination des règles d'ordre public par le juge communautaire

100. En raison de l'organisation judiciaire mise en place par l'Ohada, la CCJA²⁷⁵ est l'organe judiciaire suprême chargé d'assurer l'interprétation uniforme du traité et du droit communautaire substantiel²⁷⁶. En principe, seules les décisions rendues par elle ont autorité pour donner le sens de l'interprétation des actes uniformes. Si cette compétence ne peut être déniée aux juges communautaires, il y a lieu de se demander si on peut se fier à l'activité de ces

²⁷¹ S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, op. cit., p. 38, n° 69.

²⁷² S. AKHOUAD-BARRIGA, *Réflexions sur le langage juridique et ses petits exercices d'application au droit de l'arbitrage*, RTD civ. 2015, p. 785 et s., n° 4. Adde THIOYE, « L'utilisation des standards juridiques par le juge » : RRJ 2014/4, p. 1669.

²⁷³ P. MEYER, *OHADA. Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Collection « Droit uniforme africain », 2002, p. 257, n° 439.

²⁷⁴ M. BUCHBERGER, « L'ordre public sociétair », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, op.cit., p. 191, n° 15.

²⁷⁵ Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

²⁷⁶ Cf. Art. 13 et s. du traité de l'Ohada.

derniers pour délimiter le domaine précis de l'ordre public sociétaire. Une réponse négative nous paraît s'imposer. Sous l'autorité du juge, des marges d'incertitude existent quant à la fixation du contenu de l'impérativité sociétaire.

101. Ces incertitudes se manifestent en règle générale par l'ampleur des pouvoirs du juge sur la qualification de la règle de droit (A). Elles s'expliquent plus particulièrement en droit Ohada par l'ambiguïté caractéristique de l'esprit de l'AUSC en tant que source d'inspiration de l'activité du juge communautaire sur la question de l'ordre public (B).

A- L'étendu du pouvoir du juge, critère d'instabilité du contenu de l'ordre public sociétaire

102. Dans la recherche du caractère d'ordre public d'une disposition du droit des sociétés commerciales, l'intervention du juge s'avère, tel que nous l'avons relevé ci-dessus, être une « *nécessité pragmatique* »²⁷⁷. Mais l'interprétation que peut faire le juge est souvent difficile à anticiper et cette situation fausse non seulement toute connaissance préalable du périmètre de l'impérativité sociétaire, mais influence continuellement le contenu de l'ordre public sociétaire dont le périmètre rétrécit ou s'élargit en fonction de l'activité du juge. Pour plusieurs raisons que la doctrine a dégagées, l'activité du juge n'est généralement pas un gage de sécurité²⁷⁸ surtout en ce qui concerne la détermination d'une notion aussi abstraite que l'ordre public²⁷⁹.

103. Dans le silence de la loi, le juge peut qualifier une disposition d'impérative alors même qu'aucun indice légal ne présagerait de ce caractère à la règle. Ainsi que le dit la doctrine, « *parfois, c'est un raisonnement téléologique qui conduit la cour de cassation à étendre un texte à une hypothèse non expressément visée* »²⁸⁰. La jurisprudence française fournit d'ailleurs des illustrations de ce propos. C'est notamment l'interprétation qui a souvent été faite de l'article 1843-4 du code civil et qui, de ce fait et selon un auteur, « *a pénétré la nébuleuse de l'ordre public sociétaire, [...] en dehors même de toutes prévisions légales* »²⁸¹. Selon cette

²⁷⁷ Voir dans ce sens C. LEBEN, « Impératif juridique, dérogation et dispense », in *Droits*, n° 25, 1997, p. 35, n° 6. L'auteur met en évidence le pouvoir créateur de la jurisprudence relativement à l'ordre public et promeut ainsi l'existence d'un « *ordre public judiciaire* ».

²⁷⁸ A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle » : *RRJ* 1989, n° 2, p. 257-319. *Adde* P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudences et leurs conséquences », in *JCP*, 1959, I. 1467.

²⁷⁹ S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, LGDJ, 2002, p. 38, n° 69.

²⁸⁰ M. BUCHBERGER, « L'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, op.cit., p. 192, n° 17.

²⁸¹ M. CAFFIN-MOI, « Domaine de l'article 1843-4 du code civil : un revirement à intensité variable », note sous *Cass. com.*, 11 mars 2014, n° 11-26.915, in *Rev. Lamy droit des affaires*, 2014, n° 94, p. 13, n° 22. *Adde* *Cass. 1^{ère} Ch. civ.*, 12 juil. 2012, n° 11-18.453, *Bull. civ. I*, n° 172 ; *D.* 2012, p. 1884, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2012, p. 577, note M.-H. MONSERIE-BON ; *Deffrénois*, 2012, 1074, note A. RABREAU.

dernière, ce statut que les juges reconnaissent à cette disposition est contestable et traduit un « *surinvestissement jurisprudentiel* » car, justifie-t-elle, « *rien dans cet article ne le prédestine à prendre une telle envergure* » d'autant que sa rédaction « *est incompatible avec un tel destin* »²⁸².

104. Réellement, le surinvestissement du juge dans la recherche de l'ordre public sociétaire dépasse souvent les limites du droit écrit. Il peut dégager des principes supérieurs non écrits à la faveur d'une interprétation jurisprudentielle créatrice qui, en la matière, s'imposent à la volonté des associés. C'est ainsi que certains principes traditionnels ont été consacrés par la jurisprudence française et reçus en tant que tels dans les droits de la plupart des pays de l'Ohada comme faisant partie de l'ordre public sociétaire. En effet, sans être écrit, il s'agit de principes considérés comme tel parce qu'ils relèveraient de l'essence des sociétés commerciales ou de certaines d'entre elles. Bien que la plupart de ces principes aient, au fil des réformes, été intégrés dans des dispositions textuelles, ils tirent pour beaucoup, leur autorité de certains arrêts de principe consacrés pour l'essentiel par les juges français²⁸³. Parmi eux figurent notamment les « *droits propres des associés* »²⁸⁴ dont font notamment partie le droit de ne pas voir ses engagements augmentés sans son consentement, le droit de limiter son risque au montant nominal de son action, celui de faire partie de la société et de voter, le droit de participer aux bénéfices et le droit de céder librement ses actions²⁸⁵. Rentrent aussi dans la catégorie des principes jugés d'ordre public, celui de la fixité du capital social, de la loyauté des dirigeants sociaux ou encore de la hiérarchie des organes et de la séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes.

²⁸² L'auteur conteste la nature d'ordre public de la disposition en ajoutant que « *l'article ne trouve à s'appliquer qu'en cas de contestation, ce qui lui instille une dose – certes relative – de supplétivité. Mais surtout et c'est le plus dirimant, la question de son appartenance à l'ordre public n'aurait même jamais dû se poser dès lors qu'il s'agit d'un article dont la mise en n'a été initialement que par renvoi* » : Cf. M. CAFFIN-MOI, *Cession de droit sociaux et droit des contrats*, Economica, 2009, n° 217. Ce sont, complète-t-elle, « *les articles qui y renvoient qui sont ou ne sont pas d'ordre public et qui règlent, en leur sein, la question de l'impérativité de la procédure de l'article 1843-4 dont ils déclenchent l'application. Or seuls certains de ces articles sont d'ordre public (...). A l'inverse, d'autres articles renvoyant à l'article 1843-4 ne sont pas impératifs (...). Aussi la justification souvent faite de l'extension du domaine de l'article 1843-4 par son caractère d'ordre public est-elle trompeuse. Ce dernier n'est en aucun cas intrinsèquement impératif : il est un outil venant au soutien de l'effectivité de certaines dispositions du droit des sociétés, dont certaines auxquelles il est interdit de déroger. Ce statut d'article d'ordre public n'a été évoqué que rétroactivement, faute de mieux, pour légitimer le surinvestissement jurisprudentiel de l'article 1343-4* ». Sur ce versant de l'argumentation, voir M. CAFFIN-MOI, « *Domaine de l'article 1843-4 du code civil : un revirement à intensité variable* », note préc., n° 22.

²⁸³ A. GUENGANT, D. DAVODET et alii, *Juge et droit des sociétés en 70 thèmes. Textes. Commentaires. Jurisprudence*, Litec, 2008, p. 5 et s.

²⁸⁴ Voir E. THALLER, note sous Cass. civ. 30 mai 1892, Dalloz, 1893, 1, p. 105.

²⁸⁵ Voir sur le contenu des droits de l'associé, M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales, op. cit.*, n° 1598, p. 424.

105. Dans la même veine, et depuis quelques années, on assiste à une influence croissante des droits fondamentaux en droit des sociétés commerciales. Certains principes processuels fondamentaux investissent le domaine de l'ordre public sociétaire²⁸⁶ et des auteurs africains prédisent « *une probable intégration des principes juridiques processuels en droit des sociétés* »²⁸⁷. Le droit de la propriété ou encore celui de la concurrence sont de plus en plus invoqués en vue de remettre en cause des clauses contractuelles en droit des sociétés. Pour toutes ces raisons, il nous semble que c'est à juste titre que le constat d'une « *hybridation prétorienne de l'ordre public en droit des sociétés* »²⁸⁸ a été établi.

106. Toutefois l'influence de la jurisprudence ne participe pas seulement de l'extension du domaine de l'ordre public sociétaire. Usant de son pouvoir d'interprétation de la loi, le juge peut dénier le caractère d'ordre public à une règle pourtant formellement consacrée comme étant impérative. Il s'évade ainsi d'un cadre législatif jugé trop strict lorsqu'il estime, en présence d'un principe ou d'un texte d'ordre public même formel, qu'une application trop stricte serait génératrice de désordre social²⁸⁹ ou d'un quelconque effet pervers²⁹⁰. Ce pouvoir du juge s'apparente à une remise en cause indirecte de l'ordre public sociétaire qui, au-delà d'un aménagement de la rigueur des règles de droit impératives, fait craindre en droit français la suppression de certaines règles qui composent aujourd'hui l'ordre public sociétaire²⁹¹. Il s'en découle que sous l'influence de considérations nouvelles la composition de l'ordre public sociétaire est susceptible d'évoluer sous l'autorité du juge dans un sens comme dans l'autre. La

²⁸⁶ C'est un mouvement général qui n'est pas particulier au droit des sociétés et que relève à juste titre la doctrine. Voir notamment H. M. MONEBOULOU MINKADA, « La question de la définition du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionnelle » : *Rev. ERSUMA*, 2016, n° 6, nouvelle édition, Jan. 2016, p.120, n° 28. L'auteur écrit que « *Dans le prolongement de l'ordre public, le développement des droits fondamentaux contribue à limiter le rôle de la volonté des contractants* ».

Adde C. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 177 et s. ; R. DUMAS, « Les droits fondamentaux ; source nouvelle de la matière commerciale », in *J.-Cl. Commercial*, fasc. 30, 2007 ; S. CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel. Contrat et convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Philippe LE TOURNEAU. Libre droit*, Dalloz, 2008, p. 225.

Pour une analyse spécifique de l'influence des droits fondamentaux sur le droit des sociétés commerciales, voir L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés. Etude de droit comparé. Angleterre-Espagne-France*, LGDJ, 2003, n° 88 et s.

²⁸⁷ P. S. BADJI, « Les orientations du législateur Ohada dans l'AUSCGIE révisé » : *Rev. ERSUMA*, n° 6, nouvelle éd., Jan. 2016, p. 31, n° 69.

²⁸⁸ T. FAVARIO, « L'hybridation prétorienne de l'ordre public en droit des sociétés », note sous Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-18024 : *BJS* 2012, p. 715 et s.

²⁸⁹ M. JEANTIN, « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Dalloz, 1996, p. 153.

²⁹⁰ J. GHESTIN, « Les effets pervers de l'ordre public », in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian GAVALDA*, Dalloz, 2001, p. 123 et s.

²⁹¹ M. JEANTIN, « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Dalloz, 1996, p. 154.

jurisprudence est évolutive et parcellaire sur la question de l'ordre public sociétaire²⁹². A ce titre, il peut arriver qu'une règle légale ou un principe non écrit que le juge a lui-même qualifié d'ordre public fasse l'objet d'aménagements conventionnels cautionnés par ce dernier après un temps relativement court.

107. C'est dire qu'une qualification ou la création par le juge d'une règle impérative n'a pas vocation à la perpétuité ; elle peut, à la faveur d'un revirement jurisprudentiel, varier dans le temps et admettre des assouplissements. Ceci est, selon Jean-François CASILE, la manifestation en droit des sociétés d'une mouvance générale en droit privé caractérisée par de fréquents revirements de jurisprudence pour la plupart fondés sur des principes obscurs à valeur relative qui rendent les solutions judiciaires imprévisibles²⁹³. Interpellé par ce phénomène, le Professeur Christian MOULY s'est posé la question de savoir « *comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?* »²⁹⁴.

108. En résumé, il convient de retenir des développements qui précèdent que les juges ne se contentent pas de qualifier une disposition légale silencieuse d'impérative, ils peuvent en outre s'émanciper des normes écrites pour imposer une restriction à la liberté des parties en dehors de toutes références légales à travers des principes non écrits. Aussi, sont-ils en mesure de déclarer une disposition présentant des critères formels ou substantiels d'impérativités comme étant supplétive de volonté. De fait, il apparaît qu'autant que son pouvoir d'interprétation lui permet d'étendre le domaine de l'ordre public sociétaire, le juge est à la fois fondé à en restreindre l'étendue. L'ampleur de ce pouvoir généralement reconnu au juge sur le contenu même de l'ordre public sociétaire exprime suffisamment le mystère qui entoure la notion ; l'instabilité de son contenu et toute l'incertitude qui gouverne sa détermination prétorienne.

109. Ces considérations d'ordre général relatives à l'influence du juge et l'indétermination exhaustive par lui du contenu de l'ordre public sociétaire ne sont pas moins justifiées en droit Ohada où, de manière générale, la prévisibilité judiciaire n'est pas une garantie absolue. L'esprit

²⁹² Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1999, p. 22 et s., n° 9.

²⁹³ J.-F. CASILE, « Retour sur les conditions d'existence de revirement de jurisprudence en droit privé », in *RRJ*, 2004, n° 2, vol. I, p. 639 et s.

²⁹⁴ C. MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? » : *Petites aff.* 18 mar. 1994, p. 15, n° 33. Pour une étude approfondie de la question des revirements de jurisprudence et de ses effets, voir N. MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris 2005 : le rapport dénonce notamment la fréquence croissante à laquelle la jurisprudence fait l'objet de revirement et révèle les dangers dont ce phénomène est porteur comme par exemple l'imprévisibilité du droit et l'insécurité judiciaire. *Adde* M. POIRIER, « A propos des revirements de jurisprudence : cris et chuchotements », in *Le droit Ouvrier-Revue juridique de la Confédération Générale du Travail*, Sept. 2008, p. 457 et s.

de la législation Ohada censé renseigner sur les options fondamentales faites à propos de l'impérativité en droit Ohada en vue d'orienter la politique jurisprudentielle paraît plutôt équivoque. Les finalités de l'ordre public sociétaire de l'Ohada sont confuses.

B- L'ambiguïté des finalités de l'ordre public dans l'esprit du législateur, obstacle à la une politique jurisprudentielle fiable

110. En enseignant dans le discours préliminaire au code civil qu'« *il faut étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue* »²⁹⁵, Portalis mettait en évidence le rapport étroit qui doit exister entre l'esprit de la loi et l'interprétation de ses dispositions par tout juriste et plus particulièrement le juge. Selon Gérard CORNU, l'esprit dans une loi est l'idée qui anime les règles de droit qui la composent et qui a vocation à guider leur interprétation. Ainsi, l'esprit de la loi gouverne toute la vie de la règle de droit dont il fonde la rédaction et oriente l'interprétation par le juge et « *depuis fort longtemps, les tribunaux s'inspirent de l'esprit des lois et non seulement de leur apparence textuelle pour en trouver le sens* »²⁹⁶. Dans ces conditions, la détermination de la nature d'ordre public d'une norme juridique procède de l'interprétation du juge dont l'inspiration fondamentale doit être objective et le plus proche possible de l'intention du législateur. L'esprit de la loi constitue ainsi « *le souffle qui guide la jurisprudence* »²⁹⁷ et participe à l'élaboration de la politique jurisprudentielle sur une question comme celle de l'ordre public sociétaire généralement abandonnée à la compétence du juge.

111. En droit Ohada, les pistes qui s'offrent pour rechercher l'intention du législateur relativement à la portée de l'ordre public sociétaire sont variées. Mais deux d'entre elles nous semblent prioritaires. Il s'agit d'une part, des finalités de l'ordre public sociétaire telles qu'elles ressortent du texte de loi et d'autre part, de la finalité de l'ordre public induite de l'objectif d'attractivité des investissements qu'impose le traité de l'Ohada. En fonction du rôle d'instrument d'harmonisation assigné à l'ordre public, le juge aura tendance à multiplier les dispositions impératives alors que l'objectif d'attractivité des investissements l'invite à adopter une politique jurisprudentielle promotrice de la liberté contractuelle. Dans ces conditions, même si l'ensemble de la doctrine s'entend pour s'en remettre au juge pour la détermination

²⁹⁵ C. OVTCHARENCO, *Portalis, Discours préliminaire au premier projet de code civil*, Chicoutimi/ Canada, édition électronique, 2007, disponible sur <http://classiques.uqac.ca/>, p. 23.

²⁹⁶ D. ROBITAILLE, « L'interprétation judiciaire en théorie du droit comparée : entre la lettre et l'esprit, discussion autour d'auteurs américains, anglais, belges, canadiens et français » : *RRJ* 2007, n° 3, p. 1151.

²⁹⁷ G. CANIVET et N. MOLFESSIS « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré. La création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, p. 80, n° 4.

des dispositions d'ordre public sociétaire du droit Ohada, l'esprit de la loi qui devrait guider ce dernier dans son œuvre s'avère ambigu.

112. Le juge communautaire se trouve en effet tiraillé entre plusieurs impératifs. Au moyen d'un arbitrage nécessaire mais délicat entre ordre public et liberté contractuelle, la jurisprudence doit tantôt assurer la protection des intérêts des associés, des tiers et de la société, contribuer à l'attractivité du droit des sociétés de l'Ohada par sa libéralisation et veiller à la supranationalité de l'AUSC. Les motivations des juges pouvant basculer dans un sens ou dans l'autre, la Cour est donc obligée de faire preuve d'audace et d'ingéniosité afin de pallier le risque d' « *une jurisprudence casuelle avec pour effet pervers, une totale insécurité juridique en l'absence de prévisibilité dans les décisions de justice* »²⁹⁸.

113. En effet, l'ordre public sociétaire parce qu'il interdit toute manifestation de la volonté contraire au dispositif légal, se révèle dans l'esprit du législateur comme le moyen d'une application harmonieuse de l'AUSC dans l'ensemble des Etats membres de l'Ohada ; un moyen de parfaire le processus d'uniformisation du droit communautaire. Selon le Professeur Yves GUYON²⁹⁹, « *le droit Ohada est assez largement d'ordre public* » afin d'éviter que se « *rétablisse(nt) des différences que le Traité a voulu supprimer* ». Le recours à l'ordre public se révèle donc être un moyen d'assurer la supranationalité du droit communautaire posé à l'article 10 du traité de l'Ohada³⁰⁰.

114. En tant que tel, l'objectif fondamental de l'ordre public sociétaire est aussi, voire surtout, d'assurer l'application effective d'un même droit dans tous les pays de l'Ohada. « *L'idée est donc celle de s'assurer que l'ordre juridique communautaire bénéficie de sa primauté* »³⁰¹. Pour cette raison, l'ordre public sociétaire produit aussi des effets à l'égard des Etats parties à l'Ohada. Son application met aussi en cause la souveraineté des Etats par la limitation des pouvoirs législatifs internes dont toute disposition antérieure ou postérieure contraire à l'Acte uniforme est de plein droit abrogée³⁰². D'ailleurs la CCJA semble avoir rappelé récemment son attachement à l'interdiction qui est faite aux Etats membres de légiférer en droit interne sur quelque aspect du droit des sociétés commerciales Ohada sans y avoir été expressément

²⁹⁸ V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues » : *RRJ* 1991-3, p. 756, n° 3.

²⁹⁹ Y. GUYON, « Conclusion » : *Petites aff.* n° 205, 13 octobre 2004, p. 59 et s.

³⁰⁰ Selon cette disposition, « *les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les états parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne antérieur ou postérieur* ».

³⁰¹ P.-G. POUGOUE et Y. R. KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'Ohada*, PUA, 2008, p. 62, n° 48.

³⁰² P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales de l'Ohada », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, p. 196, n° 20.

autorisés par le législateur communautaire. Dans un avis rendu le 16 février 2017³⁰³, elle a ainsi déclaré que toute disposition nationale, qui n'a pas été autorisée par l'AUSC, est incompatible avec le droit communautaire, même lorsqu'elle est identique à une disposition de l'AUSC ou s'en déduit implicitement³⁰⁴. Ainsi, en se fondant sur les dispositions de l'article 10 du traité de l'Ohada, l'ordre public est perçu comme une manifestation du caractère supranational et de la portée abrogatoire des dispositions de l'AUSC³⁰⁵. La nécessité de ne pas priver l'idée d'harmonisation qui fonde l'Ohada de son efficacité devient un intérêt que protège le caractère d'ordre public des Actes uniformes. Le législateur impose ainsi une certaine conception de l'intérêt général qui se rattache à la primauté du droit communautaire et le juge doit interpréter les articles de l'AUSC de manière à ne laisser qu'une place marginale à la liberté contractuelle.

115. C'est aussi l'idée qu'avance Robert NEUMEDEU³⁰⁶ quand il indique que, par l'effet de l'ordre public sociétaire, le législateur Ohada veille à l'harmonisation du droit communautaire, évitant que la volonté de ses sujets ne vienne troubler l'équilibre recherché par lui. L'auteur conclut qu'en faisant le choix de la nullité et de la clause non écrite comme sanctions de la violation de l'ordre public sociétaire, le législateur marque sa volonté d'assurer l'efficacité de la législation communautaire³⁰⁷. Quant à Pascal NGUIHE KANTE, dont l'analyse va dans le même sens, l'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique est « *loin de l'ordre public auxquels sont soumis de façon générale les contrats d'après les dispositions de l'article 6 du code civil de 1804. Il s'agit d'un ordre public sociétaire renforcé et particulièrement impérieux [...] qui conduit à intégrer dans le caractère d'ordre public sociétaire, la règle de la supranationalité* »³⁰⁸. Cette extension qu'a subie l'ordre public participe de ce que certains qualifient de « *dénaturation de la réalité qu'entendait cerner le concept* »³⁰⁹ à ses origines. Dans ces conditions, le juge se trouve invité à mettre en place une politique jurisprudentielle stricte qui empêche la liberté contractuelle des associés ou encore les

³⁰³ CCJA, avis, 16 févr. 2017, n° 002/2017.

³⁰⁴ « *En d'autres termes, les États parties ne peuvent modifier leur ordre juridique interne que dans la limite des dérogations expresses que leur accorde l'AUSC à cet effet* » : O. BUSTIN et V. De ALMEIDA, « Clarifications sur la liberté laissée aux États parties d'adopter des dispositions non contraires aux actes uniformes », note sous CCJA, avis, 16 févr. 2017, n° 002/2017, in *L'Essentiel-Droit africain des affaires*, n° 6, juin 2018, p. 2.

³⁰⁵ Voir P. DIEDHIOU, « L'article 10 du traité de l'OHADA : quelle portée abrogatoire et supranationale ? », disponible sur www.ohada.com, Réf. Ohadata D-08-05.

³⁰⁶ R. NEMEDEU P.-G. POUGOUE, J.-C. JAMES et alii, « Actes uniformes », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 61, n° 151.

³⁰⁷ *Idem*, p. 62, n° 152.

³⁰⁸ P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales de l'Ohada », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, p. 199, n° 25.

³⁰⁹ A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'Ohada » : *Penant* 2015, n° 893, p. 461 ; voir aussi P. GARANT, « Quelques réflexions sur l'ordre public dans le droit processuel québécois », in *Les cahiers de droit*, vol. 40, n° 2, 1999, p. 367, disponible sur www.erudit.org

pouvoirs législatifs internes à chaque Etat membre, de fausser l'application uniforme de l'AUSC dans l'espace Ohada. Pour autant, une autre option prise par le traité Ohada semble inviter la jurisprudence Ohada à une souplesse dans l'interprétation judiciaire des dispositions de l'AUSC, favorable à l'usage des mécanismes contractuels. Il s'agit de l'objectif d'attractivité économique qui est, « *de façon générale, l'orientation prise par le législateur Ohada* »³¹⁰ en réformant son droit des sociétés.

116. Définie comme un critère de compétitivité internationale et un enjeu économique majeur à l'heure de la mondialisation, l'attractivité du droit est dans l'air du temps³¹¹. Elle est l'un des objectifs fondamentaux servant de repère au droit Ohada³¹². Cet objectif n'est pas étranger au droit des sociétés commerciales où la rigidité occasionnée par l'hypertrophie des dispositions d'ordre public est unanimement jugée comme un obstacle à sa réalisation. C'est ce qu'avait mis en lumière le rapport Marini en droit français³¹³ dont l'auteur, chargé de proposer une réforme qui rende plus attractive et plus adaptable le droit des sociétés suite à la dénonciation de son « *inadaptation ... aux besoins des entreprises* », avait suggéré la consécration de la liberté sociétaire³¹⁴. Dans un environnement économique moderne caractérisé par la compétitivité des ordres juridiques³¹⁵, l'objectif de l'attractivité du droit est alors devenu l'objet d'une quête

³¹⁰ P. S. BADJI, « Les orientations du législateur Ohada dans l'AUSC révisé » : *Rev. ERSUMA*, 2016, n° 6, nouvelle éd., p. 9, n° 2.

³¹¹ A ce titre, les rapports annuels de la banque mondiale – doing business – sont illustratifs. Selon la doctrine, « *Le rapport doing business réalise pour chacune de ses éditions annuelles le diagnostic de l'attractivité économique de la plupart des systèmes juridiques nationaux et développe des études complémentaires orientées sur des zones géographiques données* » : cf. A. ROCHER, « L'évaluation de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) par le doing business », in *RDAA*, mai 2015, disponible sur <http://www.institut-idef.org/L-evaluation-de-l-Organisation.html> . Il convient de noter que même si la valeur de ces rapports ne fait pas l'unanimité, on ne peut nier qu'ils contribuent à l'amélioration de l'environnement juridique des affaires en incitant les décideurs à le rendre plus attractif dans beaucoup de pays. Sur la valeur desdits rapports, voir notamment : E. MACKAAY, « La valeur des rapports Doing business aujourd'hui » : *Rev. ERSUMA* mars 2014, numéro spécial, p. 111-136 ; I. B. LEE, « Le marché du droit : Observations néoclassiques sur les rapports Doing Business et la rivalité common law – droit civil », in J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, E. MACKAAY et alii, *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques*, Editions Thémis, 2009, p. 78-92 ; Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question : à propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Paris, Société de législation compare, 2006.

³¹² Voir P.-G. POUGOUE et Y. R. KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'Ohada*, PUA, 2008, p. 173, n° 143. Les auteurs rappellent que l'objectif du droit Ohada est de « redynamiser et rendre plus attrayante les économies des pays membres et faciliter les investissements économiques dans cette région et dans toute l'Afrique subsaharienne de manière générale ». Adde K. MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'Ohada » : *Petites aff.* n° 205, 13 oct. 2004, p. 4 ; R. FOCHE et V. OUAFO BEPY ASSI, « Le droit de l'Ohada : un capital vital pour le redressement de l'économie africaine », in J. GATSI (dir.), *L'effectivité du droit Ohada*, PUA, 2006, p. 49.

³¹³ Ph. MARINI, *La modernisation du droit des sociétés*, Collection des rapports officiels, La documentation française, 1996.

³¹⁴ Voir J. PAILLUSSEAU, « La modernisation du droit des sociétés commerciales : “ Une reconception du droit des sociétés commerciales ” » : *D.* 1996, p. 287 et s.

³¹⁵ Voir J. DU BOIS DE GAUDUSSON et F. FERRAND (dir.), *La concurrence des systèmes juridiques – Actes du Colloque de Lyon du 20 octobre 2006*, PUAM, 2006 ; M. S. MATOUSSI, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux : Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », in *Revue internationale de Droit Economique*, 2001/3 (t. XV, 3), p. 251-302.

permanente. Il gouverne dès lors la plupart des législations sur le droit des sociétés dans lesquelles il s'apprécie, entre autres critères, sur la base de l'étendue de la liberté accordée aux associés d'aménager contractuellement le fonctionnement de leur société³¹⁶.

117. Cette volonté d'un droit plus compétitif, déjà présente dans l'AUSC de 1997, est davantage consolidée dans la réforme de 2014 et là-dessus, la doctrine reste constamment unanime. « *L'attractivité du nouveau droit africain des sociétés a été prise comme objectif à réaliser* »³¹⁷ dont l'une des implications majeures est la mutation de l'ordre public sociétaire dans ses fondements ou ses techniques en vue de s'adapter à la relation nouvelle que l'Etat est appelé à entretenir avec le marché³¹⁸. Elle se manifeste par le recul de l'ordre public dans l'AUSC révisé traduit par un aménagement de sa flexibilité³¹⁹ à l'effet d'attirer les opérateurs économiques pas très rassurés par l'exigence de l'ordre public, particulièrement poussée avant la réforme³²⁰. N'entendant donc plus rester en marge de la philosophie moderne du droit des sociétés, cette orientation du droit Ohada des sociétés commerciales en faveur de la liberté contractuelle s'impose comme repère au juge dans la détermination du contenu de l'ordre public sociétaire. Les décisions de justice doivent donc, sous réserve de la répression des abus et autres fraudes, tendre à ne pas systématiquement condamner les expressions de la volonté des associés afin de garantir l'attractivité économique de l'AUSC et de susciter l'investissement dans les pays de la communauté Ohada à travers l'interprétation qui est faite du droit positif.

118. Particulièrement, la flexibilité que recommande l'objectif d'attractivité du droit Ohada se justifie par le rôle de levier que ce droit entend jouer pour, non seulement, attirer les investissements étrangers mais aussi pour encourager ceux nationaux. En effet, il est de plus en plus proposé de recourir au critère de l'investissement ou plus précisément à la notion

³¹⁶ J. PAILLUSSEAU, « L'acte uniforme sur le droit des sociétés » : *Petites aff.* 2004, n° 225, p. 21 ; Voir aussi P.-G. POUGOUE, J.-C. JAMES et *alii*, « Actes uniformes », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 61, n° 150.

³¹⁷ P. S. BADJI, « Les orientations du législateur Ohada dans l'AUSCGIE révisé » : *Rev. ERSUMA*, n° 6, nouvelle éd., Jan. 2016, p. 9, n° 2. Voir aussi R. MASAMBA et P.-G. POUGOUE, « Attractivité économique du droit Ohada », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 389, n° 55.

³¹⁸ Voir L. SCHRYVE, *L'ordre public et le droit des sociétés*, thèse, Université Lille 2, 2009.

³¹⁹ Voir L.-D. MUKA TSHIBENDE, « Mise en perspective de la réforme (du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'Ohada) » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 9 ; voir également L. NDEKE, M. LEMA et M. MBONGO, *Rapport synthèse de l'atelier de partage sur l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique révisé*, disponible sur www.ohada-rdc.cd. Selon ces auteurs, plusieurs mesures caractérisent l'intention du législateur de déréglementer le droit Ohada des sociétés et de le rendre plus attractif en l'adaptant aux besoins des milieux économiques : assouplissement, contractualisation, intégration des nouvelles technologies, diversification des formes sociales, amélioration du gouvernement d'entreprise.

³²⁰ A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'Ohada » : *Penant* 2015, n° 893, p. 447.

d'investisseur pour fixer les limites de l'ordre public sociétaire³²¹. Ainsi, il faut distinguer parmi les détenteurs de parts sociales, les associés et les investisseurs³²² ; « *les derniers n'étant pas nécessairement soumis aux mêmes règles que les premiers* »³²³. Pour cause, les investisseurs sont en principe dénués d'*affectio societatis*³²⁴ et « *dès lors que l'on serait en présence d'un investisseur (...), les dispositions impératives relatives aux droits et obligations des associés devraient être écartées* »³²⁵. Autrement dit, à l'égard des investisseurs, « *certaines dispositions d'ordre public destinées à préserver l'intégrité du contrat de société deviennent sans objet* »³²⁶ et donc susceptibles de tomber dans le domaine des aménagements conventionnels qu'il leur plaira de consentir.

119. La Cour de cassation française a même fait expressément référence à la qualité d'investisseur pour écarter l'application des prohibitions des clauses léonines à une convention de portage quand elle a jugé les faits suivants dans un arrêt du 16 novembre 2004³²⁷. Un investisseur avait accepté d'entrer au capital d'une société et d'acquérir 300 actions nouvelles de 100 francs en réglant en sus une prime d'émission de 2 250 francs par actions ; ce montage aboutissait à rendre sa participation très minoritaire, ce qui ne lui importait guère dès lors que les majoritaires s'étaient engagés à la lui racheter moyennant son prix d'acquisition, prime d'émission comprise, augmenté d'un intérêt de 14 % par an. Plusieurs années plus tard, l'option ayant été levée, les majoritaires ont refusé d'acquérir et ont soutenu que la promesse de rachat qu'ils avaient souscrite était nulle pour avoir été conclue au mépris de la prohibition des clauses

³²¹ M. BUCHBERGER, « L'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LGDJ-Lextenso Editions, 2015, p. 195, n° 21.

³²² Voir sur cette distinction, F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires des valeurs mobilières. Pour une fiducie des valeurs mobilières*, LGDJ, 1997, p. 145, n° 281 ; F.-X. LUCAS, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur », in *RD bancaire et fin.*, 2002, n°4, chron., p. 216. Adde D. GUTMANN, « L'associé, investisseur ou entrepreneur ? Réflexion fiscales sur le statut de l'associé de société », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul LE CANNU*, LGDJ, 2014, p. 315 et s., G. DAMY, « La remise en cause de la notion classique d'associé : vers une atteinte aux fondements du droit des sociétés », in *Petites aff.* 26 juil. 2007 n° 149, p. 3.

³²³ F.-X. LUCAS et M. CAFFIN-MOI « Théorie des bénéfiques et des pertes-Clauses léonines » : *JCl. Sociétés Traité*, fasc. 15-30, n° 56.

³²⁴ En effet, la doctrine propose de tenir compte du mobile de l'associé pour déterminer s'il en est un en bonne et dûe forme ou un simple investisseur. En tant que tel, l'investisseur serait le plus souvent intéressé par le retour en termes de profit qu'il aura sur son investissement et disposerait donc pas ou suffisamment pas d'*affectio societatis* pour se prévaloir de la qualité d'associé. Cf. B. DONDERO, « L'actionnariat orienté, ou la prise en compte des mobiles de l'actionnaire », in E. LE DOLLEY (dir.), *Concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010, p. 263 et s. ; F. MASSON, « Les métamorphoses de l'associé » : *Rev. sociétés* 2016, p. 84 et s.

³²⁵ M. BUCHBERGER, « L'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LGDJ-Lextenso Editions, 2015, p. 195, n° 21.

³²⁶ N. MATHEY, « Promesse d'achat d'actions, prix plancher et clause léonine » : *BJS* 2005, p. 270 note sous Cass. com., 16 nov. 2004, n° 00-22713.

³²⁷ Cass. com., 16 nov. 2004, n° 00-22713.

léonines. La haute juridiction a alors décidé qu'une convention assurant à un investisseur le rachat de ses actions à un prix minimum garanti ne présente pas un caractère léonin, l'investisseur étant avant tout un bailleur de fonds³²⁸.

120. En droit Ohada également, une telle propension favorable à l'aménagement conventionnel des règles d'ordre public de l'AUSC à l'endroit des investisseurs est objectivement soutenable. La raison justificative en est que l'un des objectifs qui fondent l'Ohada est de « *doter les pays de l'OHADA d'une armature juridique susceptible d'attirer les investisseurs et de permettre aux Etats membres de participer à armes égales aux échanges internationaux* »³²⁹. Néanmoins, la difficulté qui persiste, que ce soit en droit français ou en droit Ohada est celle de la mise en œuvre de l'identification de l'associé-investisseur dont les mobiles, souvent difficiles à apprécier, peuvent de surcroît varier au cours du temps³³⁰.

121. Les exposés qui précèdent prouvent, au-delà du flou qu'entretient le texte de l'AUSC sur la définition et la délimitation de l'ordre public sociétaire, l'ambiguïté qui caractérise l'esprit du législateur relativement à l'ordre public sociétaire en droit Ohada. Ils montrent notamment qu'il n'est pas sécurisé de se fier au juge pour déterminer les limites exactes de cet ordre public dont la diversité des finalités inspire tantôt le maintien de la rigidité à travers l'ordre public, tantôt le recul de ce dernier à la faveur de l'expansion de la liberté contractuelle. Finalement, on se rend compte que, même sous l'égide du juge communautaire, la liberté contractuelle ne trouve pas de limite fiable dans l'ordre public sociétaire puisque les orientations législatives qui pourraient fonder une politique jurisprudentielle fiable ne sont pas convergentes. Au-delà, en raison de l'importance de la place qu'occupent encore les juridictions nationales dans

³²⁸ Selon la Cour, « *Ayant constaté que la convention litigieuse constituait une promesse d'achat d'actions et relevé qu'elle avait pour objet, en fixant un prix minimum de cession, d'assurer l'équilibre des conventions conclues entre les parties en assurant à M. ROSSLER, lequel est avant tout un bailleur de fonds, le remboursement de l'investissement auquel il n'aurait pas consenti sans cette condition déterminante, c'est à bon droit que la Cour d'appel a décidé que cette clause ne contrevenait pas aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil dès lors qu'elle n'avait pour objet que d'assurer, moyennant un prix librement convenu, la transmission de droits sociaux entre associés et qu'elle était sans incidence sur la participation aux bénéfices et la contribution aux pertes dans les rapports sociaux, peu important à cet égard qu'il s'agisse d'un engagement unilatéral de rachat* ». Voir pour un commentaire de la décision F.-X. LUCAS, « Du contrat de société au contrat d'investissement » : *RDC*, 1^{er} mai 2005, n°2, p. 396 et s ; D. 2004, AJ, p. 3144, obs. A. LIENHARD.

³²⁹ M. FONTAINE, « Le projet d'Acte uniforme Ohada sur les contrats et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international » : *Rev. Dr. Unif.* 2004-2, p. 259.

³³⁰ Pour le droit Ohada, voir S. MANCIAUX, « Que disent les textes de l'Ohada en matière d'investissement ? » : *Rev. ERSUMA*, n°1, Juin 2012, p. 268.

En ce qui concerne les difficultés d'identification de l'investisseur en droit français, voir M. BUCHBERGER, « L'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, op.cit., p. 192, n° 17. Voir aussi F. MASSON, « Les métamorphoses de l'associé » : *Rev. sociétés* 2016, p. 84 et s. Pour cet auteur, « *la notion d'associé est en crise* » et il est difficile de faire « le tracé d'une frontière nette entre associé et "non associé" ».

l'interprétation des actes uniformes, c'est le défaut de convergence de la jurisprudence qui peut aussi mettre à mal la maîtrise de notions floues telles que l'ordre public dans l'ensemble de l'espace.

§2- L'influence de l'activité des juges nationaux sur le périmètre de l'ordre public sociétaire

122. En vue de garantir la sécurité judiciaire par une application harmonieuse du droit communautaire, « *l'unification de la jurisprudence* » a été définie comme « *la raison d'être de l'Ohada et de la CCJA* »³³¹. Mais paradoxalement, les pratiques jurisprudentielles révèlent que « *la création du droit OHADA par la jurisprudence ne constitue pas le champ exclusif de la CCJA. Les juridictions inférieures des Etats membres y contribuent massivement* »³³². Pour plusieurs raisons, l'activité des juges nationaux n'est pas toujours soumise au contrôle de la CCJA. Dès lors, il se développe une jurisprudence nationale pas toujours conforme à l'esprit et à la politique jurisprudentielle communautaire, laquelle jurisprudence nationale est susceptible d'influencer, ne serait-ce que dans une relative mesure, l'interprétation qu'il convient d'avoir sur certains aspects du droit communautaire. Une telle crainte souvent généralisée à l'ensemble des actes uniformes est particulièrement vérifiable en droit des sociétés de l'Ohada.

123. Il s'agit en réalité d'une propension à la limitation de la compétence de la CCJA susceptible de favoriser le développement d'orientations jurisprudentielles propres à chaque Etat partie. Les hypothèses envisageables sont diverses. Il y a les situations dans lesquelles, les juridictions nationales ont compétence exclusive sur l'application de certaines dispositions applicables aux sociétés commerciales **(A)**. Il y a aussi la question des « *pourvois mixtes* » à propos desquels la CCJA et les juridictions nationales suprêmes se retrouvent dans un conflit latent et ancien et à propos de laquelle aucune solution durable ne semble avoir été consacrée à ce jour **(B)**.

³³¹ P.-G. POUGOUE et J. ISSA-SAYEGH, « L'OHADA : défis, problème et tentatives de solutions » : *Rev. Dr. Unif.* 2008, n°1 et 2, p. 455.

³³² J. GATSI, « La jurisprudence, source du droit Ohada » : *RIDC*, vol. 64, N°2, Avril-juin 2012, p. 496. p. 15. Selon l'auteur, « *Par juridictions inférieures, il faut entendre les tribunaux d'instance ou les cours d'appel, et dans une certaine mesure par les cours suprêmes au cas où elles viennent à se déclarer compétentes pour des affaires qui ne sont pas liées à l'interprétation du droit OHADA* » ; voir aussi F. M. SAWADOGO et L. M. IBIRIGA, « Le juge national et le droit communautaire dans les Etats francophones ouest africain », in *Les cahiers de l'AOA-HJF*, Ouagadougou, Juin 2003, pp. 69-119.

A- L'influence des cas de compétence exclusive des juges nationaux

124. Contrairement au but d'harmonisation du droit que visent les actes uniformes dans les Etats membres de l'Ohada, l'interprétation de certaines dispositions du droit des sociétés dans l'espace Ohada relève de la compétence exclusive des juridictions nationales. Le rôle prépondérant de celles-ci dans la mise en œuvre de celles-là est de nature à faire craindre en pratique, le développement d'un ordre public sociétair propre à chaque Etat membre.

125. A notre avis, une raison de droit justifie l'éventualité de l'émergence d'un ordre public sociétair exclusivement défini par les juridictions nationales de chaque Etat membre de l'Ohada. C'est, comme beaucoup d'auteurs en conviennent, « *que le droit interne des affaires d'un Etat partie se compose d'une part des dispositions des Actes uniformes et, d'autre part, de celles du droit interne ayant le même objet que ces actes* »³³³. En effet, conformément à l'article 916 de l'AUSC³³⁴, certaines des sociétés commerciales régies par le droit Ohada sont, en raison de leur régime particulier³³⁵, soumises à un ordre juridique mixte concurremment composé des règles de l'AUSC et d'autres dispositions élaborées par chaque législateur national en tenant compte des spécificités de ces sociétés commerciales. Sans autoriser expressément la création de régimes dérogatoires au droit commun applicable aux sociétés commerciales, l'article 916 autorise néanmoins le législateur national à compléter la réglementation en tenant compte des spécificités des sociétés en question. Il s'agit selon le Professeur Paul Gérard POUGOUE³³⁶ d'un indispensable « *complètement* » des dispositions du droit Ohada.

126. Cette réglementation nationale complémentaire offre sans aucun doute le moyen aux Etats-parties de consacrer des dispositions impératives propres à leur territoire. En effet, ces dernières n'étant pas communes à tous les Etats de l'Organisation, elles excluent la compétence de la CCJA en cas de litige relatif à leur application. Il apparaît clairement que le juge national détient dans le cas précis de ces sociétés au régime particulier, un pouvoir sur le contenu de l'ordre public sociétair en droit Ohada, qui reste toutefois soumis aux mêmes aléas quant à sa connaissance précise.

³³³ E. ONANA et J. M. MBOCK BIUMLA, *OHADA, cinq ans de la jurisprudence commentée de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada (1999-2004)*, ama-cenc, Yaounde, 2005, p. 133.

³³⁴ L'article 916 dispose en effet que « *Le présent acte uniforme s'applique aux sociétés soumises à un régime particulier sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires auxquelles elles sont assujetties* »

³³⁵ C'est le cas par exemple des sociétés à capital mixte dont des aspects particuliers de la réglementation peuvent relever de la législation nationale de chaque Etat partie à l'Ohada en raison notamment de l'origine public d'une fraction au moins du capital social de la société. On peut aussi citer les sociétés de banque et d'assurance

³³⁶ P.-G. POUGOUE, « Les sociétés d'Etat à l'épreuve du droit OHADA » : *Juridis Périodique : revue de droit et de science politique*, n° 65, jan.-fév.-Mar. 2006, p. 100.

127. Par ailleurs, d'autres indices pratiques prouvent que les juridictions nationales continuent généralement d'avoir, chacune sur son territoire, le monopole de l'interprétation des textes de l'Ohada. Les études empiriques montrent que le taux de saisine de la CCJA est largement en deçà de la moyenne des attentes³³⁷. En effet, bien des turbulences jurisprudentielles et des controverses doctrinales se manifestent sur de nombreux points sur lesquels la CCJA n'a pas l'occasion d'être saisie³³⁸. D'abord, les demandes d'avis aménagées par le traité de l'Ohada à l'initiative des juridictions nationales étant facultatives³³⁹ et sélectives³⁴⁰, les juges nationaux questionnent rarement la CCJA sur l'interprétation commune à avoir d'une disposition communautaire qu'ils doivent appliquer. Mais, on se rend aussi compte du peu d'enthousiasme avec lequel les plaideurs des différents pays saisissent la juridiction communautaire alors que cette dernière n'a pas la possibilité de se saisir d'office. « *Les statistiques ont révélé en effet, que seuls les justiciables de la Côte d'Ivoire, pays de son siège, et dans une moindre mesure, du Sénégal, ont régulièrement saisi la CCJA d'affaires contentieuses* »³⁴¹.

128. En dehors de ces cas dans lesquels les juridictions nationales recouvrent, de droit ou de fait, leur autorité jurisprudentielle relativement à l'interprétation des actes uniformes, il y a des cas fréquents d'« *incertitudes sur la compétence de la CCJA* »³⁴². Ils se rapportent notamment à la question des « *pourvois mixtes* » qui procèdent essentiellement de la résistance des cours

³³⁷ P. LENDONGO, « Statistiques de la CCJA en matière contentieuse, arbitrale et consultative en dix ans de fonctionnement », Acte du colloque international d'évaluation de la jurisprudence sur le thème : « Tendances jurisprudentielles de la CCJA en matière d'interprétation et d'application du traité Ohada et des actes uniformes », Lomé, 24 et 25 sept. 2010, disponible sur www.ohada.com, Réf. Ohadata : D-11-16 ; J. WAMBO, « Brèves sur le jurisprudence de la CCJA pour l'année 2011 » : *Rev. ERSUMA*, n° 1, juin 2012, p. 468 et s.

³³⁸ J. ISSA-SAYEGH, « *Le bilan jurisprudentiel du Droit uniforme OHADA (Incertitudes législatives et turbulences jurisprudentielles)* » ; Communication donnée au 31^e congrès IDEF, Lomé 2008, disponible sur <http://www.institut-idef.org/Le-bilan-jurisprudentiel-du-droit.html>.

³³⁹ L'article 14 du traité de l'Ohada dispose en son alinéa 2 *in fine* que : « *La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'article 13 ci-dessus* »

³⁴⁰ Seules les juridictions nationales saisies d'un contentieux de l'application d'un acte uniforme peuvent solliciter sur les questions qui lui sont posées, l'éclairage de la cour en vue de trancher la question pendante devant elle. Mais surtout elles n'ont aucune obligation légale de consulter le CCJA. Ceci fait qu'après plus de vingt années d'application des actes uniformes, seulement trois avis ont été rendus sur demande de juridictions nationales. Elle a été successivement consultée par le tribunal judiciaire de première instance de Libreville (CCJA, Avis n° 001/1999/JN du 7 juillet 1999, in Recueil de la cour, n° spécial, Janvier 2003, p. 70), la cour d'appel de Ndjamena (CCJA, Avis n° 001/2004/JN du 28 janvier 2004, in Recueil de la cour, n° 3, Janvier-Juin 2004, p. 151) et le tribunal de commerce de Brazzaville (CCJA, Avis n° 001/2006/JN du 7 juillet 1999, in Recueil de la cour, n° 11 spécial, Janvier-Juin 2008, p. 129).

³⁴¹ V. D. ADOSSOU, « *Formation des magistrats des hautes juridictions nationales des Etats-Parties à l'Ohada. Propos conclusifs sur l'article 14 du traité de l'Ohada* », disponible sur www.ohada.com. Voir aussi B. DIALLO, « *Vaincre la résistance des juridictions suprêmes nationales : les pistes possibles de réforme* » : *Revue Jurifis info*, n° 5, sept.-nov. 2009, p. 7, disponible en ligne sur www.jurifis.com.

³⁴² J. ISSA-SAYEGH, « *Le bilan jurisprudentiel du Droit uniforme OHADA (Incertitudes législatives et turbulences jurisprudentielles)* » ; Communication donnée au 31^e congrès IDEF, Lomé 2008, disponible sur <http://www.institut-idef.org/Le-bilan-jurisprudentiel-du-droit.html>.

suprêmes nationales à admettre la compétence de la juridiction communautaire, occasionnant de fait, l'émergence de chapelles jurisprudentielles nationales³⁴³, ce qui ne garantit pas une cohérence prétorienne de la notion d'ordre public sociétaire.

B- Les pourvois mixtes

129. L'œuvre d'harmonisation étant loin d'être achevée, « *le débat sur la coexistence des normes communautaires avec celles de droit interne est loin d'être épuisé et ne le sera certainement pas* »³⁴⁴. De ce fait, la question des pourvois mixtes constitue une sérieuse entrave à l'uniformisation de la jurisprudence dans l'espace Ohada car elle favorise une résistance des juridictions suprêmes nationales à admettre la compétence de la CCJA notamment dans les affaires où au moins un des moyens soulevés par le pourvoi se fonde sur le droit national non harmonisé.

130. Normalement, conformément aux dispositions du traité de l'Ohada, la CCJA n'est compétente pour statuer que lorsqu'une décision est attaquée sur des points soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et règlements prévus au traité de l'Ohada³⁴⁵. Ce qui signifie que chaque cour suprême nationale conserve sa compétence de juge de cassation dans toutes les matières dans lesquelles les Etats parties conservent leur compétence législative³⁴⁶. De cette conviction quant à la répartition de compétences entre la CCJA et les juridictions nationales de cassation, naît une incertitude relative à la juridiction compétente dans les affaires mixtes³⁴⁷. Cette incertitude encourage la résistance des juridictions nationales de cassation³⁴⁸ et favorise le développement de politiques jurisprudentielles

³⁴³ Sur les manifestations de cette résistance, voir notamment M.J. KODO, *L'application des actes uniformes de l'Ohada*, Academia-Bruylant, Publication de l'institut universitaire André RYCKMANS, 2010, p. 123 et s. On retient de l'auteur, le refus par certaines juridictions nationales de s'aligner sur la jurisprudence de la CCJA.

³⁴⁴ P.-G. POUGOUE et Y. R. KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'Ohada*, PUA, 2008, p. 162, n° 136.

³⁴⁵ Voir article 14, alinéas 3 et 4 du traité OHADA qui disposent que : « *Saisie par voie de recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'Appel des Etats-parties dans toutes les affaires soulevant des questions d'application des actes uniformes et des règlements prévus au présent traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales. Elles se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des Etats-parties dans les mêmes contentieux* »

³⁴⁶ Le Professeur J. ISSA-SAYEGH a d'ailleurs écrit qu'étant « chargée de veiller à la bonne application du droit uniforme, la mission de la CCJA devrait, en principe, restée limitée à ce domaine » : cf. J. ISSA-SAYEGH, « *Le bilan jurisprudentiel du Droit uniforme OHADA (Incertitudes législatives et turbulences jurisprudentielles)* », *op. cit.*

³⁴⁷ Sur les conflits de compétences entre la CCJA et les juridictions nationales de cassation, voir notamment J. FOMETEU, « Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation », in *Juridis périodique : revue de droit et de science politique*, n° 73 Jan.-fév.-mar. 2004, p. 89 ; B. DIALLO, « Vaincre la résistance des juridictions suprêmes nationales : les pistes possibles de réforme » : *Revue Jurifis info*, n° 5, sept.-nov. 2009, p. 7, disponible en ligne sur www.jurifis.com

³⁴⁸ cf. MERCADAL (B.), « Préface », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. XIV. Les faiblesses qui empêchent le plein épanouissement de l'Ohada tiennent non pas à son contenu mais à son application

nationales d'inspiration diverses³⁴⁹. De telles résistances ne sont pas à exclure en matière de contractualisation du droit des sociétés dans les pays de l'Ohada.

131. Rappelons que, procédant fondamentalement d'un aménagement contractuel du fonctionnement de la société³⁵⁰, la contractualisation du droit des sociétés favorise l'usage de mécanismes contractuels et donc, le recours aux règles du droit des contrats dans l'organisation et le fonctionnement des sociétés commerciales. Or, le droit des contrats n'est, à ce jour, pas encore harmonisé dans les pays de l'Ohada. Chacun d'eux conserve, en attendant l'aboutissement du projet d'harmonisation du droit des contrats, son droit national en la matière. De fait, il est légitimement envisageable que la plupart des litiges susceptibles de naître de la pratique contractuelle dans l'environnement sociétaire des pays de l'Ohada conduisent à des pourvois en cassation mettant simultanément en cause l'application de l'AUSC et des législations nationales sur le droit des contrats.

132. De telles situations s'étant déjà révélées à propos de questions sur lesquelles le droit Ohada ne peut se concevoir sans le droit interne, elles ont engendré des conflits dont la trame est la revendication par les cours suprêmes nationales de la rétrocession de leur compétence dans les contentieux sus spécifiés³⁵¹. Dans les faits, les cours suprêmes nationales sont montrées du doigt pour leur résistance à accepter de se départir de leur compétence au profit de la CCJA³⁵². Certaines d'entre elles allant jusqu'à signifier ouvertement leur rébellion et déniement à la CCJA sa compétence.

133. C'est ainsi que dans une espèce, la Cour de cassation du Burkina-Faso a indiqué que : *«... s'il est constant qu'aux termes des dispositions combinées des articles 13 et 14 du Traité OHADA, seule la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est compétente en matière de pourvoi en cassation contre les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions des Etats parties, dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des Règlements prévus par le Traité, cette compétence de la CCJA est contenue*

juridictionnelle. Abordant la question de la CCJA, l'auteur écrit que l'une de ses faiblesses est que, « *les cours suprêmes nationales sont montrées du doigt pour leur résistance à accepter de se départir à son profit* ».

³⁴⁹ On pourrait songer à une diversité d'interprétations jurisprudentielles en raison de la variété de traditions juridiques présentes dans l'espace OHADA. Notamment, les traditions juridiques francophone, lusophone, hispanophone et bientôt anglophone.

³⁵⁰ V. SIMONART, « La contractualisation des sociétés ou les aménagements contractuels des mécanismes sociétaires », in *Revue pratique des sociétés civiles commerciales*, 1995, p. 75.

³⁵¹ J. WAMBO, « La mise en œuvre juridictionnelle du droit Ohada : la cour commune de justice et d'arbitrage », Communication donnée à l'occasion du colloque Ohada des 24 et 25 avril 2014 à Lyon sur le thème : L'Ohada : un passé, un présent, un avenir-Emergence d'un nouveau pôle de développement, disponible sur <http://wambojt.blogspot.com/2014/05/la-mise-en-oeuvre-juridictionnelle-du.html>.

³⁵² B. MERCADAL, « Préface », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. XIV.

dans les limites définies à l'article 2 du Traité qui vise les matières harmonisées ou à harmoniser ; que dans le cas du pourvoi mixte, où le requérant invoque à la fois dans son acte de pourvoi, la violation des dispositions d'un Acte uniforme (articles 1 et 2 de l'Acte uniforme relatif aux voies d'exécution) et des règles de droit national comme en l'espèce (l'article 597 du code de procédure civile) ; qu'une telle situation non prévue par aucune disposition du Traité, ni d'un Acte uniforme ou d'un Règlement, les articles 13 et 14 invoqués ne peuvent trouver une application ; que dans ce cas, la Cour de cassation recouvre toute sa plénitude de compétence pour trancher le litige; qu'ainsi l'exception d'incompétence soulevée est à rejeter»³⁵³.

134. La juridiction communautaire n'est, quant à elle, pas de cet avis³⁵⁴. Pour autant sa position ne fait pas l'unanimité au sein des cours suprêmes nationales à cause notamment du pouvoir d'évocation dont est investie la CCJA simultanément avec son pouvoir de cassation³⁵⁵. En effet, la CCJA présente la particularité de ne pas simplement se contenter de casser les décisions ayant fait objet d'un pourvoi mixte, elle évoque l'affaire, se saisit de l'entier litige et statue sur le fond. Il arrive même que, pour évoquer l'affaire, la juridiction communautaire casse la décision attaquée en se fondant uniquement sur le moyen tiré de la violation de la disposition du droit national non harmonisé³⁵⁶. C'est alors en raison de l'étendue de ce pouvoir d'évocation qui comporte « *un risque de cloisonnement voire d'indifférence vis-à-vis des politiques jurisprudentielles des instances nationales de cassation* »³⁵⁷ que les cours suprêmes nationales continuent de s'opposer à la compétence exclusive de la CCJA. Elles continuent d'adresser de vives critiques contre cette position des juges communautaires et à réclamer que

³⁵³ Arrêt n° 007/2008 du 10 janv. 2008, inédit.

³⁵⁴ Voir CCJA, 1^{ère} Ch. Arrêt n° 32/2013 du 02 Mai 2013, pourvoi n° n° 091/2008/PC du 03 octobre 2008.

³⁵⁵ Le pouvoir d'évocation de la CCJA lui confère la prérogative « *d'examiner complètement le dossier d'une affaire, de le reformer, de corriger les erreurs de qualification des juges primitivement saisis, de relever toutes les circonstances légales qui accompagnent les faits* » : B. DIALLO, « Réflexions sur le pouvoir d'évocation de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans le cadre du Traité de l'OHADA » : *RTDJA*, n° 1, p. 57. Voir aussi I. NDAM, « L'évocation en matière judiciaire : obligation ou simple faculté pour la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ? » : *Rev. ERSUMA*, n° 3, septembre 2013, p. 113-132.

³⁵⁶ CCJA, arrêt n° 027/2013 du 18 avril 2013, inédit (dans cette cause, le Président de la Cour d'appel de Conakry avait statué seul sur l'appel contre une ordonnance de référé, alors qu'en vertu de la loi n° L/95/021/CTRN du 06 juin 1995 portant organisation de la justice en République de Guinée, modifiée par la loi n° L/98/014/AN du 16 juin 1998, la compétence est dévolue à la Cour d'appel statuant en formation collégiale. L'arrêt rendu a été cassé pour ce motif).

³⁵⁷ B. DIALLO, « Réflexions sur le pouvoir d'évocation de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans le cadre du Traité de l'OHADA » : *Penant* 2007, n° 858, p. 40.

Faisant une analyse identique, le Professeur Joseph ISSA SAYEGH évoque le risque que la CCJA façonne le droit national de manière différente que celle pratiquée par les juridictions nationales. Cf. J. ISSA SAYEGH, « Le bilan jurisprudentiel du Droit uniforme OHADA (Incertitudes législatives et turbulences jurisprudentielles », *op.cit.*

leur soit rétrocédée la compétence au moins en matière de pourvois mixtes³⁵⁸. Certains auteurs semblent comprendre la pertinence de cette revendication et font des propositions dans le sens d'une coexistence pacifique des cours suprêmes nationales et de la CCJA en vue d'une réelle harmonisation de la jurisprudence dans l'espace Ohada³⁵⁹.

135. En attendant une réforme du traité de l'Ohada en vue d'une redistribution de la compétence entre ces deux ordres de juridictions, l'harmonisation de la jurisprudence qui est un pivot de la sécurité juridique en droit Ohada restera tributaire des turbulences jurisprudentielles occasionnées par les relations conflictuelles entre la CCJA et les juridictions suprêmes nationales³⁶⁰. Ce contexte de risque de disharmonie jurisprudentielle rend davantage aléatoire l'appréhension de l'ordre public sociétaire. En définitive, la combinaison entre l'importance du rôle du juge dans la qualification des dispositions d'ordre public et les spécificités de l'organisation judiciaire mise en place par l'Ohada ne garantit pas une œuvre jurisprudentielle uniforme dans l'ensemble de la communauté³⁶¹.

³⁵⁸ Réunis à Lomé du 07 au 09 juin 2006 dans le cadre d'un colloque sur le thème « *Rapports entre les juridictions de cassation nationales et la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : Bilan et perspectives* », les membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF) avaient, recommandé un certain nombre de solutions qui, pour l'essentiel, avaient trait à la rétrocession de compétences aux juridictions suprêmes nationales en matière de droit communautaire OHADA, avec possibilité de recourir à la CCJA en cas de défaillance de la juridiction nationale. Voir le rapport général du colloque ou le document intitulé : « *Suivi de la mise en œuvre des recommandations du colloque de Lomé (7-9 juin 2006)- Contribution de l'AA-HJF à la révision du Traité OHADA* ».

Il faut noter que les mêmes recommandations ont été faites, à nouveau, à l'occasion de la formation des magistrats des hautes juridictions nationales des Etats-parties à l'Ohada sur le thème « *Le contentieux OHADA devant les hautes juridictions nationales des Etats parties : interprétation et application de de l'article 14 du traité Ohada par les Cours suprêmes ou de Cassation nationales* ». Cf. V. D. ADOSSOU, « *Formation des magistrats des hautes juridictions nationales des Etats-Parties à l'Ohada. Propos conclusifs sur l'article 14 du traité de l'Ohada* », disponible sur www.ohada.com

³⁵⁹ Le professeur Michel SAWADOGO avait déjà fait des propositions consistant entre autres dans la rétrocession aux juridictions suprêmes nationales des recours dans les affaires de moindre importance, faire de la saisine de la CCJA une option pour les parties, que la CCJA ne soit saisie qu'à titre préjudiciel et enfin définir les limites des compétences en cas de pourvoi mixte : cf. M. F. SAWADOGO, « *Présentation de l'OHADA : Organes de l'OHADA et Actes uniformes* », communication à l'occasion de la Journée OHADA du Caire le 08 avril 2006. Voir aussi J. ISSA-SAYEGH et P.-G. POUGOUE, « *L'Ohada : défis, problèmes et tentatives de solutions* » : *Rev. Dr. Unif.* 2008, n° 1-2 p. 463. Ces derniers auteurs proposent notamment une « *réforme de la compétence de la CCJA* » qui tient compte des propositions de l'Association africaine des Hautes juridictions francophones. Plus récemment encore, Monsieur Seydou BA (Intervention à l'occasion des Journées Portes Ouvertes de la CCJA tenues à Abidjan les 10, 11 et 12 décembre 2013 sur le thème : « *la CCJA au service des investissements* »), ancien Président de la CCJA (1998 - 2005), suggérait de prendre en compte le critère fondé sur la prédominance. En d'autres termes, voir sur quelle norme est assise la question essentielle posée au juge de cassation pour déterminer la compétence.

³⁶⁰ On note que dans l'application qu'elles font des actes uniformes, certaines juridictions nationales ont tendance à faire fi de la position de la CCJA même dans les domaines où elle a déjà statué M. J. KODO, *L'application des actes uniformes de l'Ohada*, Academia-Bruylant, Publication de l'institut universitaire André RYCKMANS, 2010, p. 134.

³⁶¹ De l'avis des magistrats des Cours suprêmes de l'espace OHADA, une conclusion s'impose : celle qu'en raison des règles de compétence d'attribution de la CCJA, « *le volet judiciaire du chantier OHADA n'a pu atteindre son plein potentiel conformément à la vision innovante qui en était à l'origine* ».

136. Malgré ces difficultés, certaines dispositions du droit des sociétés de l'Ohada peuvent être qualifiées d'ordre public. Toutefois, leur portée impérative révèle une relativité certaine à l'épreuve de la pratique.

137. La difficulté à déterminer le contenu précis et les limites exactes de l'ordre public sociétaire n'est pas l'unique raison qui en caractérise le repli dans les sociétés commerciales de droit Ohada. Même si la présence de dispositions d'ordre public y est indéniable, la charge impérative réputée les caractériser et censée limiter la liberté individuelle et le recours à des conventions particulières mérite, selon nous, d'être relativisée. Des raisons incitent à ne pas exagérer l'impact de l'ordre public sociétaire ainsi que la contrainte qu'il peut exercer sur la volonté individuelle en droit Ohada. Ces raisons, qui ébranlent la portée obligatoire des règles susceptibles d'être qualifiées d'impératives, relèvent notamment du régime de la sanction des violations de ces dernières mais aussi des modalités légalement prévues pour régler les litiges dont leur application peut faire l'objet. Sur chacun de ces ses deux aspects relevant la portée relative des dispositions d'ordre public en droit des sociétés de l'Ohada, un rappel mérite d'être fait au préalable.

138. D'une part, la qualification d'ordre public d'une disposition exclut en principe tout pouvoir de la volonté individuelle des modalités de son application³⁶². En conséquence, dans leurs rapports de droit, les individus ne devraient pas pouvoir s'écarter de ce qui est prescrit au nom de l'ordre public et ceci sous peine de sanctions spécialement organisées par le législateur pour restaurer la force normative des règles impératives. Ainsi qu'il a été écrit en doctrine, « *la norme juridique a pour finalité d'être effective. Son non respect appelle la sanction* »³⁶³. C'est dire l'importance de la sanction comme critère de la normativité juridique³⁶⁴, surtout quand il s'agit des règles d'ordre public. On rappelle à ce propos dans la doctrine que « *l'efficacité de la réglementation étatique [d'ordre public] dépend en grande partie, de l'efficacité de ses*

³⁶² Voir J. BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'empire romain au XIXe siècle*, Montchrestien-Lextenso édition, 2009, p. 363.

³⁶³ G. PARLEANI, « Multiplication et renouvellement des sources du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 28, n° 30.

³⁶⁴ « *Parce que le but de la sanction est d'assurer le respect des règles, l'efficacité de la règle suppose l'efficacité de la sanction. La sanction est donc un élément essentiel de la régulation, entendue comme l'action visant à assurer le bon fonctionnement d'un système, dans une recherche corrélée d'efficacité et d'équilibre* » : F. DEBOISSY, « Le droit des sociétés : l'expérimentation de la panoplie de sanctions », in B. SAINTOURENS (dir.), *Dépénalisation, régulation et renouvellement des sanctions en droit comparé des affaires* », LITEC, 2009, p. 71, n° 1.

sanctions »³⁶⁵. Un autre auteur³⁶⁶ écrit à cet effet qu'en tant qu' « élément essentiel de la normativité », la sanction est « investie d'une mission d'institution voire de ré-institution de l'autorité » avant d'ajouter que, même si « la sanction n'est pas nécessairement au principe de définition de la norme juridique, elle en est au moins la conséquence nécessaire ». Ainsi, même en cas de violation, l'autorité des dispositions impératives continue normalement de s'affirmer sur le terrain de la sanction³⁶⁷. A cet effet, les clauses dérogatoires sont réputées non écrites ou frappées de nullité ou encore de l'une ou l'autre de ces sanctions, doublée le cas échéant d'une sanction pénale. L'objectif étant *a priori* de dissuader les éventuels contrevenants par la rigueur du régime des sanctions mises en place et, *a posteriori*, d'appliquer, le cas échéant, ces sanctions dans toute leur rigueur pour rappeler le caractère d'ordre public de la norme violée.

139. D'autre part, étant entendu que les tribunaux de droit commun sont normalement établis pour être les gardiens de l'ordre public³⁶⁸, il est communément admis que les litiges nés de la violation des dispositions d'ordre public ou ceux qui appellent leur mise en œuvre, relèvent de la compétence des juridictions institutionnelles étatiques. Ainsi, d'après une doctrine longtemps établie mais de plus en plus combattue au nom des intérêts pratiques des modes alternatifs de règlement des litiges, « il existe une incompatibilité entre la justice privée et l'ordre public »³⁶⁹. Le Professeur Gérard CORNU écrit justement dans un rapport sur les modes alternatifs de règlement des conflits que, « c'est un peu partout, la matière du litige qui commande »³⁷⁰ le recours auxdits modes. De fait, la proportion dans laquelle il est possible de recourir aux modes alternatifs de règlement des litiges reflète, selon l'auteur, l'importance de « la place qu'occupe l'ordre public, la part que chaque système juridique fait à la volonté individuelle »³⁷¹. L'essence

³⁶⁵ M. CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leur finalité, leur efficacité », in *Revue juridique Thémis*, 2007, vol. 41, n°1, disponible sur <https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol41num1/cumyn.pdf>. L'auteur indique précisément qu'en la matière, le rôle du législateur est de définir le régime des sanctions de manière à rehausser l'efficacité de la réglementation même en cas de violation.

³⁶⁶ J.-C. FROMENT, « L'autorité et la sanction. Sous l'angle de la philosophie du droit », in *Revue Informations sociales*, n° 127, 7/2005, p. 65, disponible sur <http://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2005-7-page-60.htm>. Voir aussi D. De BECHILLON, *Qu'est-ce que la règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, 2000, p. 59 et s.

³⁶⁷ « Le bon fonctionnement des sociétés comme le bon fonctionnement des marchés financiers supposent donc, en amont, l'adoption de normes propres à permettre l'équilibre qui a été défini et, en aval, la mise en place de sanctions propres à en garantir le respect » : F. DEBOISSY, « Le droit des sociétés : l'expérimentation de la panoplie de sanctions », in B. SAINTOURENS (dir.), *Dépénalisation, régulation et renouvellement des sanctions en droit comparé des affaires*, LITEC, 2009, p. 71.

³⁶⁸ J. ROBERT, *L'arbitrage. Droit interne et droit international privé*, Dalloz, 6^{ème} édition, 1993, p. 13, n°5.

³⁶⁹ D. COHEN, *Arbitrage et société*, LGDJ, 1993, p. 97, n° 211.

³⁷⁰ G. CORNU, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse », in *RIDC*, vol. 49, n° 2, avr.-juin 1997, p. 318.

³⁷¹ G. CORNU, *idem*, p. 318.

contractuelle des modalités de règlement alternatif des conflits limiterait donc la faculté de compromettre en raison de ce que la matière litigieuse intéresse l'ordre public³⁷².

140. A l'aune de ces préalables, il est possible mais aussi pertinent d'évaluer la portée obligatoire des dispositions d'ordre public du droit des sociétés de l'Ohada. Ainsi, pourrait-on se demander si le régime des sanctions prévues en cas de violation d'une norme d'ordre public sociétaire de l'Ohada conforte la rigueur de principe qu'appelle sa nature d'ordre public ? Aussi, conviendra-t-il de chercher à savoir si les litiges impliquant ces dispositions impératives relèvent exclusivement de la compétence des tribunaux institutionnels étatiques ? Si non, nous vérifierons le cas échéant si les modalités de mise en œuvre des modes alternatifs de leur règlement en droit Ohada n'entament pas la portée des dispositions d'ordre public de la matière. A ces interrogations, les réponses qui se dégagent de l'analyse de l'arsenal juridique de l'Ohada sont de nature à faire douter d'une portée absolue des prohibitions et autres prescriptions que les règles impératives en droit des sociétés de l'Ohada posent.

141. D'un premier point de vue, les sanctions des cas de violation de l'ordre public sociétaire invitent le juriste à nuancer la force de soumission dont le législateur entend assortir les dispositions impératives. Si dans l'AUSC, diverses sanctions sont prévues pour réprimer la violation des dispositions d'ordre public³⁷³, « *la nullité [qui] a tendance à prendre le pas sur les clauses réputées non écrites* »³⁷⁴ et les autres sanctions, est l'objet d'un régime juridique dont les spécificités affaiblissent la portée contraignante des dispositions qu'elle sanctionne. Dans la plupart des cas, le législateur montre une certaine complaisance dans les modalités d'application de la nullité qu'il prévoit de manière à ce que le juge qui applique la loi soit, le plus possible, amené à éviter de prononcer cette sanction qui n'interviendra en définitive que, lorsque rien n'est plus possible pour « sauver » la situation illicite. En réalité, en même temps que la loi propose la nullité comme sanction de la violation des dispositions d'ordre public, le législateur en organise le régime de manière à ce que cette sanction soit le moins appliquée. Il « *offre des possibilités de régularisation et limite les effets de la nullité lorsqu'elle est finalement prononcée* »³⁷⁵.

³⁷² J. ROBERT, *L'arbitrage. Droit interne et droit international privé*, op. cit., p. 14, n° 5.

³⁷³ Il s'agit, tel que nous l'avons évoqué plus haut, de la clause réputée non écrite, des sanctions pénales et de la nullité. Si la première n'apparaît que rarement dans l'Acte uniforme et que les sanctions pénales ne semblent pas être efficaces en raison du manque d'harmonisation du système de répression des comportements incriminés, la nullité reste la sanction la plus répandue dans l'AUSC contre les transgressions de l'ordre public sociétaire.

³⁷⁴ P. S. BADJI, « Les orientations du législateur Ohada dans l'AUSCGIE révisé » : *Rev. ERSUMA*, n° 6, nouvelle éd., jan. 2016, p.10, n° 4.

³⁷⁵ P. MIMBE, « Le contrat de société », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 547, n° 38.

142. D'un second point de vue, il faut noter que l'AUSC offre aux praticiens du droit Ohada, plusieurs modalités de règlement des conflits susceptibles de naître de l'application du droit des sociétés. Certaines de ces modalités de règlement des litiges offrent l'occasion aux associés de s'aménager des solutions consensuelles qui se fondent sur bien d'autres normes que les règles de droit positif. En effet, le législateur semble avoir donné à la volonté des associés, la capacité de, non seulement, choisir le mode de règlement des litiges du droit des sociétés mais aussi d'intervenir dans la recherche de solutions appropriées à tout type de litige sociétaire. De telles possibilités sont de nature à entamer considérablement la portée obligatoire du droit substantiel des sociétés commerciales et ce, surtout en raison tout particulièrement de leurs modalités de mise en œuvre en droit Ohada. Autrement dit, la possibilité de recourir à la justice autrement que par la voie des institutions judiciaires étatiques, à travers notamment l'arbitrabilité ou d'autres modes alternatifs de règlement amiable des litiges sociétaires, s'avère être un facteur favorisant une emprise certaine de la volonté des sujets de droit sur le contenu du droit substantiel. En effet, malgré les efforts d'encadrement que le législateur a fait de ces modes alternatifs de règlement des litiges, il reste qu'en pratique, c'est un réel pouvoir qui est reconnu aux associés de soustraire librement l'application des normes d'ordre public au contrôle des juridictions étatiques et de le confier à des juges ou des médiateurs conventionnellement désignés ou à de simples conciliateurs, le cas échéant.

143. En définitive, les deux axes autour desquels tournera notre démonstration de la portée relative des dispositions d'ordre public du droit des sociétés de l'Ohada sont d'une part la souplesse du régime légal des nullités organisé contre la violation de dispositions d'ordre public (**Section 1**) et d'autre part, la faculté offerte par l'AUSC de soumettre les litiges sociétaires aux modes alternatifs de règlement des différends (**Section 2**). L'un et l'autre participent à affaiblir la charge impérative des dispositions d'ordre public du droit des sociétés de l'Ohada.

Section 1: La portée de l'ordre public contrariée par un régime assoupli des nullités

144. « *Restreinte et anesthésiée, la nullité des sociétés ne remplit plus très bien son office de justice* »³⁷⁶. Tel est le constat fait en droit français par certains auteurs et qu'il ne serait pas exagéré de rapporter en droit des sociétés de l'Ohada³⁷⁷. En effet, ce dernier organise aussi un régime des nullités trop indulgent au point d'enlever à la règle d'ordre public dont il organise

³⁷⁶ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2009, 3^{ème} éd., p. 252, n° 402.

³⁷⁷ Cf. E. C. MONTCHO AGBASSA, « Les droits fondamentaux de l'associé en droit Ohada » : *RTSJ*, n° 7, jan.-juin 2015, p. 70 : « *Sanction normalement attachée à la violation d'une règle impérative, la nullité a un domaine restreint en droit des sociétés* ».

la sanction, l'exigence du respect absolu qui devrait la caractériser de même que toute la crainte que sa violation devrait susciter³⁷⁸. A en croire la doctrine sur cette question, certains aspects du régime des nullités, tel qu'élaboré dans la réforme de l'AUSC, ne visent pas à empêcher absolument toutes manifestations de la volonté des associés non conformes aux dispositions légales ; elle tend plutôt à « *promouvoir, de manière raisonnable et encadrée, la liberté contractuelle des associés et actionnaires* »³⁷⁹. En effet, la doctrine majoritaire reconnaît que « *l'esprit général qui anime ces textes (de l'AUSC) est d'éviter autant que possible cette dernière sanction* »³⁸⁰. Le législateur a multiplié les entraves dans le processus conduisant à l'annulation des actes juridiques illégaux de la société et a aménagé les effets de la nullité des sociétés et des actes sociaux d'une manière qui ne traduit pas l'obligation impérieuse de se conformer censée caractériser la règle d'ordre public dont elle est réputée réprimer la violation.

145. En tant que conséquence rationnelle du non-respect de l'ordre public sociétaire par un acte juridique passé dans le cadre d'une société commerciale, la nullité ainsi que son régime juridique devraient être l'expression sur le terrain de la sanction, de l'autorité de la règle d'ordre public sur la liberté des associés. Elle devrait rester cet « *acte grave* »³⁸¹ dont la simple perspective dissuaderait de la commission de faits dérogatoires à l'ordre public. Ainsi, aussi rigoureuse qu'elle puisse être, la nullité devrait-elle être considérée comme un mal nécessaire qui permet de consolider la portée des règles d'ordre public. Une telle lecture découle de l'essence même de la règle d'ordre public qui est « *une règle dont les auteurs entendent simplement qu'elle soit respectée* »³⁸² et dont toute dérogation à son contenu normatif devrait être strictement sanctionnée. En tant que telle, la nullité devrait constituer un véritable instrument de politique législative dont l'énergie dénoterait de l'importance de la règle violée³⁸³ et dont la mise en œuvre viserait la restauration de la portée obligatoire de l'impératif méprisé. Mais au regard de la législation Ohada sur les sociétés commerciales, il apparaît que le régime

³⁷⁸ La sanction, en tant que critère de normativité de la règle de droit doit être élaborer de manière à avoir un effet prophylactique sur la conduite des sujets de droit. Voir à ce sujet J.-C. FROMENT, « L'autorité et la sanction sous l'angle de la philosophie du droit », in *Revue Informations sociales*, n° 127, 7/2005, p. 61 et s. Pour l'auteur, si la sanction a été identifiée comme une négation de l'autorité dans la pensée classique, elle doit retrouver de nos jours, une légitimité dans le débat sur l'autorité.

³⁷⁹ D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires », préc., p. 17.

³⁸⁰ B. O. KASSIA, « *Le recul de la nullité dans l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique* » : *Penant* 2004, n° 848, p. 354. Voir aussi F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, et alii, *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, éd. Bruylant, 2002, p. 112 et s., n° 178 à 182.

³⁸¹ P. MALAURIE et L. AYNES, *Cours de droit civil. Les obligations*, éd. CUJAS, 1985, p. 253, n° 357.

³⁸² M.-A. FRISON-ROCHE, « La portée de la réglementation de l'ordre public dans le domaine de la construction et du bâtiment » : *Gaz. Pal.* 26 juin 2000, doct., p. 2 et s.

³⁸³ P. MALAURIE et L. AYNES, *Cours de droit civil. Les obligations*, op. cit., p. 253, n° 357.

des nullités n'est pas de nature à assurer cette fonction. Cette sanction semble au contraire, n'être qu'une vaine menace qui, bien connue, ne dissuade pas de la violation des dispositions qu'elle sanctionne. La nullité en droit des sociétés s'apparente selon un auteur, à « *un épouvantail qui ne réussit pratiquement jamais* »³⁸⁴.

146. Une telle analyse est particulièrement fondée quand on compare la nullité en droit des sociétés à la sanction des clauses réputées non écrites³⁸⁵. Toutes deux étant prévues pour sanctionner la violation de l'ordre public sociétaire, la doctrine est unanime pour reconnaître qu'en cette matière, la nullité a un régime souple et hésitant alors que le réputé non écrit présume toutes manifestations de volonté contrariant l'ordre public comme une clause ou un acte « *mort-né* » et opère comme si une « *gomme effaçait le juridiquement inadmissible* »³⁸⁶. Le fait de considérer la clause réputée non écrite comme n'ayant jamais existé exprime la réalité de la portée obligatoire de la disposition d'ordre public violée³⁸⁷. On a alors tendance à croire, quand on observe l'impact de chacune de ces sanctions de la violation de l'ordre public sociétaire, que le réputé non écrit dénote davantage le respect dû à l'impérativité.

147. De ce fait, l'assouplissement du régime de la nullité voulu par le législateur lui-même qui a érigé bien des obstacles sur le parcours qui mène à l'annulation³⁸⁸ exprime dans les faits, une portée relative d'un bon nombre de dispositions impératives. Les obstacles légaux auxquels notre démonstration se réfère existent tant à l'égard des causes de la nullité (§1) que de l'action en nullité (§2).

§1- Les entraves aux causes de nullité

148. Le législateur a clairement posé la règle de l'annulation de toutes les clauses conventionnelles ou de tous les actes qui viendraient à déroger à l'impérativité sociétaire³⁸⁹. Il a défini dans un cadre plus ou moins étroit les causes de nullité, invitant ainsi les sujets de droit à les éviter. On serait alors porté à croire que c'est en prenant la juste mesure du caractère

³⁸⁴ E. Du PONTAVICE, *RJ Com.* 1984, cité par P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2009, 3^{ème} éd., p. 239, n° 378.

³⁸⁵ Sur l'efficacité de la clause réputée non écrite, voir V. J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites » : *D.* 1993, Chron., p. 59.

³⁸⁶ Voir J. MESTRE, A.-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCHIO, *Le Lamy-Sociétés commerciales*, éd. 2016, n° 2733.

³⁸⁷ « *Cette sanction paraît très efficace, puisque les clauses irrégulières sont censées ne pas figurer dans les statuts ; le contrat de société demeure, ainsi que la personnalité morale, et les clauses concernées font place à la disposition impérative* » ; cf. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^{ème} éd., p. 251, n° 399.

³⁸⁸ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, 2014, 6^e éd., p. 247, n° 390.

³⁸⁹ Voir notamment les articles 242 à 244 de l'AUSC.

impératif des dispositions légales que le législateur a choisi de prévoir les causes de nullité afin que nul ne les ignore. Mais une telle analyse prouve rapidement ses limites quand on remarque que, dans le même temps, le législateur semble lutter contre les nullités. Il atténue l'efficacité de ses causes en leur organisant un régime caractérisé par des aménagements qui remettent en cause la valeur obligatoire des prescriptions faites. D'après le Professeur Yves GUYON, c'est une attitude qui vide de sa substance, la force obligatoire des dispositions d'ordre public du droit des sociétés et atténue leur portée³⁹⁰. Pour l'auteur en effet, « *La nullité qui est la sanction normalement attachée à la violation d'une règle impérative, a un domaine restreint en droit des sociétés. Elle n'y constitue plus la sanction de droit commun... Par conséquent, la violation de nombreuses règles impératives entraîne seulement une menace de régulation ..., ce qui est une sanction beaucoup moins efficace et intimidante que la nullité. L'ordre public sociétaire est assez souvent un tigre en papier qui n'effraye que les naïfs* »³⁹¹.

149. Pour démontrer l'effet d'atténuation que les entraves légales aux causes de nullité ont sur la portée de l'ordre public en droit des sociétés de l'Ohada, il nous paraît indiqué de présenter la place de choix qui est faite par l'AUSC à la nullité en tant que sanction de la violation de l'impérativité sociétaire (A) avant d'apprécier les influences des possibilités légales permettant de couvrir les causes de nullité (B).

A- La violation de l'ordre public comme cause légale de nullité dans l'AUSC

150. Traditionnellement admise comme une implication du statut d'ordre public de la règle de droit, la nullité est communément vue comme la sanction principalement attachée à la violation d'une règle impérative. Ainsi qu'il est rappelé par la doctrine, « *si l'ordre public est difficilement définissable, il est en revanche souvent déterminé par la théorie des nullité* »³⁹². Ceci est en principe vrai en droit des sociétés³⁹³. En droit Ohada, la relation nullité-ordre public sociétaire est clairement posée comme caractéristique de la sanction des actes, décisions ou délibérations ne modifiant pas les statuts de la société et se déduit facilement des règles

³⁹⁰ Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1999, p. 25, n° 10.

³⁹¹ *Idem.*

³⁹² A. BERNARD, « L'avenir de l'ordre public » : *RRJ* 2017-4, p. 1336, n° 18.

³⁹³ Voir D. GRILLET-PONTON, « La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société » : *Rev. sociétés* 1984, p. 273. Adde J. MESTRE, D. VELARDOCCIO et A. ALVES, *Lamy. Sociétés commerciales*, éd. Lamy, 2007, p. 1260, n° 2591. Selon ces derniers, Il est évident qu'« *il n'y a aucune difficulté à retenir cette qualification (d'ordre public) lorsque l'inobservation d'une règle entraîne aux termes même de la loi, la nullité, serait-elle simplement facultative* ».

organisant la nullité de la société et des actes ou délibérations modifiant les statuts. En effet, la quasi-totalité des causes de nullité prévues vise la protection de l'ordre public sociétaire.

151. D'abord, l'article 244 de l'AUSC prévoit pour les actes, décisions et délibérations ne modifiant pas les statuts, que leur nullité résulte de la violation d'une disposition de l'Acte uniforme « *la prévoyant expressément* ». Cette dernière pouvant, de ce fait, être qualifiée de disposition impérative de la loi.

152. Ensuite, et dans ce même registre, le législateur ajoute comme cause de nullité, « *la violation d'une disposition impérative du présent acte uniforme* »³⁹⁴. Ainsi, toutes les règles d'ordre public textuel et virtuel sont visées dans ce cadre pour être sanctionnées par la nullité.

153. Enfin, la violation de toute « *clause des statuts jugée essentielle par la juridiction compétente* »³⁹⁵ est interdite sous la même sanction de nullité. Etant entendu que cette expression de « *clause statutaire jugée essentielle* » n'était pas connue en droit Ohada, la question de savoir ce qu'elle signifie est logiquement agitée en doctrine³⁹⁶. S'il nous semble évident que cette expression se rapporte à la notion d'ordre public, elle répond de manière peu satisfaisante à une question longtemps posée en droit français et qui consistait à savoir s'il y a, en droit des sociétés, une impérativité autre que d'origine légale³⁹⁷.

154. En ce qui la concerne, la Cour de cassation française a apporté une réponse claire à l'occasion d'une décision appelée à la plus large diffusion³⁹⁸. Selon elle, le non-respect des stipulations contenues dans les statuts n'est sanctionné par la nullité que dans les cas où il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci. On comprend par cette décision que l'impérativité des clauses statutaires en droit français n'est envisageable qu'en raison d'un rattachement objectif de la clause statutaire à une disposition légale impérative. L'intérêt de cette interprétation de la haute juridiction française est d'orienter et d'encadrer l'activité des juges de fond dans la détermination des clauses statutaires essentielles que la volonté individuelle ne devrait pas pouvoir contrarier.

³⁹⁴ Voir article 244, 2^e tiret.

³⁹⁵ Voir article 244 AUSC, 4^e tiret.

³⁹⁶ Voir P. S. BADJI, *Réforme du droit des sociétés commerciales de l'Ohada, l'Harmattan*, 2016, p. 161, n° 160.

³⁹⁷ M.-L. COQUELET, « Nullité des délibérations sociales pour violation des statuts : oui mais sous conditions ! », in *Dr. des sociétés*, Août 2010, n° 8-9, pp.10-12., comm. sous Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855.

³⁹⁸ Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, JCP E 2010, 1562, note A. COURET et B. DONDERO.

155. L'adoption d'une telle interprétation par la CCJA -c'est d'ailleurs ce qu'il faut espérer³⁹⁹- permettra d'éviter que les juges nationaux qualifient sans raisons objectives des clauses statutaires d' « essentielles ». Notons du reste que l'idée de la reconnaissance de la valeur impérative à des clauses statutaires a toujours recueilli l'adhésion d'une bonne partie de la doctrine⁴⁰⁰. Ceci est d'autant vrai dans le cas de l'Ohada où le législateur autorise dans certains cas, les associés à substituer par des clauses statutaires les dispositions de l'AUSC. Dans ces conditions, la juridiction compétente est en mesure d'identifier dans les statuts, des clauses inspirées par des considérations d'intérêt général qui se trouveraient compromises si les associés ou les organes sociaux étaient libres d'en empêcher l'application⁴⁰¹. Jugé dès lors essentiel, le dispositif de ces clauses devrait avoir la même portée obligatoire que la règle de droit impérative d'autant que l'une et l'autre sont soumises au même régime de nullité⁴⁰².

156. En ce qui concerne les actes, décisions et délibérations modifiant les statuts⁴⁰³, même sans faire référence expresse aux dispositions impératives, les causes légales de leur nullité visent l'ordre public sociétaire à travers les mêmes formules que dans le cas des délibérations ne modifiant pas les statuts. Il s'agit de la méconnaissance par les associés dans ces différents actes, des clauses statutaires jugées essentielles par la juridiction compétente ou de la violation des dispositions de l'acte uniforme prévoyant expressément la nullité comme sanction. D'autres causes de nullité évoquées par le législateur, relèvent des dispositions impératives des textes régissant les contrats en général. La violation de ces dernières, qui relèvent en principe de l'ordre public contractuel, est soumise au même régime de nullité que les actes qui violent l'ordre public sociétaire.

157. On peut déduire de ce qui précède que, dans l'un ou l'autre de ces cas, c'est-à-dire pour l'ensemble des actes, décisions et délibérations modifiant ou non les statuts, les mêmes causes de nullité sont prévues pour assurer le respect de dispositions qualifiables d'ordre public

³⁹⁹ Certains auteurs ont en effet vite fait d'émettre leur crainte quant à la pertinence de ce pouvoir attribué au juge. cf. D. PORACCHIA et BRIGNON, « *Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires* », *op. cit.*, p. 17. « *On avouera ne pas être convaincu* », écrivent-ils à ce propos en argumentant qu'il n'est pas pertinent de laisser au juge, le pouvoir d'apprécier si la clause est ou non essentielle. Dans ces conditions, seule une telle interprétation qui tire ses arguments de la loi est garante de la sécurité juridique.

⁴⁰⁰ On s'est notamment fondé sur l'équivalence de l'article 1134 du code civil établi entre la loi et les clauses contractuelles ainsi que sur les aspects institutionnels de la société commerciale. Voir J.-P. LEGROS, « La violation des statuts est-elle une cause de nullité ? », in *Dr. des sociétés*, avr. 1991, p. 1 ; voir aussi *Lamy Sociétés commerciales*, 2009, n° 2698.

⁴⁰¹ En Droit français, alors même que la législation de 1966 relative aux sociétés commerciales n'annule pas les manquements aux stipulations statutaires, la Cour de cassation française a sanctionné par la nullité des violations de clauses statutaires qu'elle jugeait essentielles, Voir note sous Cass. Com., 6 mai 1974, Dalloz, 1975, p. 102.

⁴⁰² Il est évident qu'en l'état actuel du droit Ohada, cette formule du législateur augmente assurément la possibilité des nullités virtuelles que le juge induira du caractère essentiel de telle ou telle autre clause statutaire.

⁴⁰³ Art. 243 de l'AUSC.

sociétaire. Cette sanction s'applique soit parce que la disposition légale violée la prévoit expressément, soit parce que la clause statutaire violée est qualifiée d' « essentielle » par le juge, et donc inviolable ; ou soit encore, parce qu'elle est la réponse au non respect d'une condition de formation des contrats en général. Pour ce qui est des nullités de société à proprement parler, les règles impératives à ne pas violer sont celles qui organisent les conditions de formation du groupement et qui prévoient expressément cette sanction ou qui relèvent des textes régissant la nullité des contrats en général.

158. Il apparaît donc que le législateur Ohada marque particulièrement et sans ambiguïté sa volonté de sanctionner par principe tout manquement à l'ordre public sociétaire par la nullité des actes posés en contradiction à ce dernier, que ce soit par les organes de la société ou par les associés⁴⁰⁴. Néanmoins, contrairement à cette volonté affichée, le législateur semble dans le même temps lutter contre les nullités. Il entreprend une véritable croisade contre les causes de nullité⁴⁰⁵, qui ont tendance à être étouffées par leur propre régime juridique dont l'objectif semble être d'éviter *in fine* le prononcé des nullités par le juge. Il s'agit là, selon le Professeur Paul LE CANNU, d'un système de sanction propre au droit des sociétés qui génère « *une ineffectivité latente* » de ce droit⁴⁰⁶. En réalité, le législateur Ohada comme celui français prévoit simultanément des mesures palliatives à côté des causes de nullité qu'il consacre rendant ainsi possible la couverture de ces causes dans la plupart des hypothèses où leur existence peut être prouvée.

⁴⁰⁴ Il en est ainsi par exemple des actes du conseil d'administration ou des assemblées générales ayant pour effet des résolutions, nominations ou révocations ou par exemple des cessions d'actions ou de parts sociales par les associés. Sont visés ici, les actes ayant trait au fonctionnement et à la gestion courante de la société, aux délibérations sociales ainsi que d'actes de la société ou de ses associés. Ainsi en est-il des délibérations relatives à l'assemblée générale constitutive, au vote des associés, à la désignation et à la rémunération des dirigeants sociaux, à l'exclusion d'un associé, aux délibérations du conseil d'administration irrégulièrement constitué. Cf. « *La nullité dans le nouvel Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* », Formation donnée par le Centre de Recherche En Droit et Institutions Judiciaires, *Inédit, Possotomè*, Bénin, Juin 2015.

⁴⁰⁵ B. O. KASSIA, « Le recul de la nullité dans l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et du groupement économique » : *Penant* 2004, n° 848, p. 379. Voir aussi, F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, et *alii*, *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, éd. Bruylant, 2002, p. 27, n° 43.

⁴⁰⁶ P. LE CANNU, Effectivité et ineffectivité du droit des sociétés, in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt - Liber Amicorum*, éd. Joly, 2005, p. 342, n° 10.

B- La couverture des violations des dispositions d'ordre public sociétaire

159. Si les raisons souvent invoquées pour justifier la couverture après coup des causes de nullité en droit des sociétés ne sont pas sans intérêt⁴⁰⁷, cette régularisation qui peut se définir comme « *une technique de consolidation d'un acte nul qui réalise une validation de l'acte, obtenue grâce à une réparation ou une disparition du vice* »⁴⁰⁸ fait de la nullité en droit des sociétés une sanction d'application exceptionnelle malgré la violation de l'ordre public sociétaire⁴⁰⁹.

160. Dès lors, la nullité est une sanction qui se caractérise en cette matière « *par un certain manque de cohérence qui n'est pas nécessairement gage d'efficacité* »⁴¹⁰. Elle apparaît comme une mesure « *anesthésiée* »⁴¹¹ et « *l'évolution du droit des sociétés est devenue en ce domaine paradoxale et difficile à suivre [puisque] d'un côté, la loi augmente les cas de nullité, alors que d'un autre, les juges, d'une manière générale prononcent de moins en moins d'annulations en raison, notamment, des possibles régularisations* »⁴¹².

161. Dès lors, aussi intéressant que puisse paraître ce procédé, il poursuit, selon la doctrine, « *un seul objectif : tenter l'impossible pour que la nullité ne soit pas prononcée* »⁴¹³. En tant que tel, il transforme, au moins temporairement, la règle impérative en une disposition susceptible d'être impunément violée « *en niant le vice originaire* »⁴¹⁴ pour autant que la régularisation reste possible. Il s'agit concrètement de méconnaître l'interdiction de déroger qui caractérise l'ordre public et de maintenir valable la situation créée à l'occasion de sa violation en attendant que la régularisation ne vienne la dépouiller de son « *annulabilité* ».

⁴⁰⁷ On considère que la nullité de la société ou de certains de ses actes serait préjudiciable pour les tiers, notamment ceux de bonne foi qui ont pu croire en la régularité apparente de ladite société et ou de ces actes. Aussi on considère qu'une société voulu par ses fondateurs ne devrait pas être anéantie par l'effet de la nullité du fait d'une irrégularité de constitution et ce même si la règle violée est sanctionnée en principe de la nullité ou même est expressément qualifiable d'ordre public. Une telle société pouvant, en dépit de cette irrégularité, prospère du point de vue économique et en règle vis-à-vis du fisc. Cette conception semble avoir sous-tendu le texte de l'article 865 de l'AUSC qui veut que même en cas de non régularisation d'une irrégularité de constitution d'une société commerciale, cette dernière ne soit pas annulée et soit plutôt considérée comme une société de fait soumise au régime de la société en nom collectif. Voir les articles 865 et 868 de l'AUSC.

⁴⁰⁸ Ch. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, LGDJ, 1973, n° 7.

⁴⁰⁹ B. FAGES et alii, « Instabilité du droit des sociétés en matière de nullité », in *Le Lamy Droit du contrat*, Partie 2, n° 258-4.

⁴¹⁰ J. SIMON, « Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires », in *Le juge et le droit de l'économie, Mélanges en l'honneur de Pierre BEZRAD*, éd. Montchrestien, p. 148, n° 3.

⁴¹¹ Voir P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, 2014, 6^e éd., p. 252, n° 402.

⁴¹² B. FAGES et alii, « Instabilité du droit des sociétés en matière de nullité », in *Le Lamy Droit du contrat*, Partie 2, n° 258-4.

⁴¹³ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2010, 23^{ème} éd., p. 85, n° 153.

⁴¹⁴ P. LE CANNU, « La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés », in *Le juge et le droit de l'économie, Mélanges en l'honneur de Pierre BEZRAD*, op. cit, p.117, n° 8.

162. Ainsi, l'éventualité de la purge du vice né et actuel devient un obstacle érigé par la loi pour empêcher le prononcé de l'annulation de l'acte irrégulier, voire même une cause générale d'extinction de la nullité⁴¹⁵. De ce fait la portée des dispositions impératives dont la violation est soumise à ce régime nous paraît absolument relative. Non seulement la volonté des associés peut s'exprimer mais, à plus forte raison, cette volonté peut contrarier l'ordre public sans que la nullité n'intervienne automatiquement ou pas du tout le cas échéant. Si la tendance semble être généralement favorable à la couverture *a posteriori* des causes de nullité en droit des sociétés⁴¹⁶, il est à noter avec la doctrine africaine que le « *mouvement prend un relief particulier avec l'AUSC* »⁴¹⁷.

163. En droit Ohada, la régularisation fait l'objet notamment des articles 246 à 250 de l'AUSC qui sont, selon les termes de la loi, « *applicables pour toutes les nullités encourues* » en droit des sociétés de l'Ohada⁴¹⁸ ; que ce soit en matière d'irrégularités relatives à la constitution de la société qu'en ce qui concerne les nullités relatives aux actes, décisions et délibérations sociaux modifiant ou pas les statuts. De manière générale, dès lors que la cause de nullité est régularisée, l'extinction de l'action en nullité préalablement fondée sur elle s'impose à la juridiction saisie⁴¹⁹. Ainsi, quelle que soit la gravité de l'irrégularité commise et indépendamment de la nature d'ordre public de la disposition violée, le juge est obligé de déclarer éteinte ou irrecevable, selon le cas, l'action tendant à annuler les actes posés en violation de la disposition légale.

164. De par ce mécanisme, on peut légitimement soutenir que le législateur cautionne, ne serait-ce qu'indirectement, la violation de dispositions impératives sans même que les auteurs ne craignent l'annulation l'acte passé en contradiction avec l'ordre public sociétaire. Il leur suffit de pouvoir faire disparaître la cause de nullité avant que la juridiction compétente ne prononce l'annulation. Il apparaît que la nullité, sanction normale de la violation de l'ordre public sociétaire, devient une sanction de substitution et de dernier recours⁴²⁰ qui ne s'impose

⁴¹⁵ Voir à ce propos, G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, T. I, 1998, 17^{ème} éd., Par M. GERMAIN et L. VOGEL, p. 840, n° 1074.

⁴¹⁶ R. HOUIN, *Droit commercial*, 10^{ème} éd., Précis Dalloz, n° 467.

⁴¹⁷ B. O. KASSIA, « Le recul de la nullité dans l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et du groupement économique », préc., p. 354. Adde R. MASAMBA MAKELA, « Le régime des nullités issu de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 21 : l'auteur évoque notamment « *l'importance de la place qu'occupent les mécanismes de régularisation* ».

⁴¹⁸ Voir art. 250-1 de l'AUSC.

⁴¹⁹ Ce principe général émane de l'art. 246 de l'AUSC qui n'exclut de son domaine, que la seule cause de nullité fondée sur l'illicéité de l'objet social.

⁴²⁰ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 247, n° 390.

au juge qu'après que ce dernier se soit assuré que la purge du vice atteignant l'ordre public est impossible. Ainsi, « *la nullité reste la décision ultime* »⁴²¹.

165. Plus généralement, la détermination du législateur à reléguer la nullité au second plan des sanctions des dispositions impératives en droit des sociétés va plus loin. Ce dernier recommande au juge, même au cas où la cause de nullité ne disparaîtrait pas, d'aménager une période au cours de laquelle la couverture de la cause de nullité pourrait être initiée. Il est alors interdit au juge de prononcer la nullité de la société ou des actes sociaux moins de deux mois après sa saisine⁴²². Mieux, il lui est par ailleurs recommandé de permettre, par l'administration qu'il fait de l'instance en nullité, la couverture de la cause de nullité notamment en aménageant un délai plus long au cours duquel la régularisation devrait, à défaut de se concrétiser, être au moins provoquée. Aussi, l'article 247 de l'AUSC dispose-t-il que, si pour couvrir une nullité une assemblée doit être convoquée et s'il est justifié d'une convocation régulière de cette assemblée, la juridiction compétente accorde le délai nécessaire⁴²³ pour que les associés puissent prendre une décision. On pense du point de vue de la doctrine qu'en raison de l'orientation de la loi vers une promotion de la couverture des causes de nullité, « *le tribunal saisi peut aussi, même d'office, prendre des initiatives en ordonnant des mesures permettant de purger les causes de nullités* »⁴²⁴. En réalité, dans de telles conditions, « *ses décisions [la juridiction compétente] sont constamment orientées par le législateur dans le sens de la régularisation* »⁴²⁵.

166. Il ressort que, dans l'espace Ohada, le juge est lié par la loi quant à la conduite à tenir en ce qui concerne la couverture des causes de nullité en droit des sociétés⁴²⁶. Cette politique législative enlève à la justice ce qu'un auteur⁴²⁷ a appelé « *le côté exemplaire de ses décisions* » au regard du respect dû à l'ordre public sociétairé dont la violation devrait être sanctionnée afin que le laxisme ne l'emporte pas.

⁴²¹ K. FADIKA, « La clarification du régime des nullités » : *Rev. Dr. et Patr.*, Sept. 2014, n° 239, p. 93.

⁴²² Cf. art. 247 de l'AUSC.

⁴²³ A noter que toute liberté est encore laissée au juge pour fixer le délai nécessaire à la régularisation que le législateur n'a pas entendu enfermer dans des limites précises.

⁴²⁴ R. MASAMBA MAKELA, « Le régime des nullités issu de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 27 ; voir aussi P. MIMBE, « Le contrat de société », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 548, n° 50.

⁴²⁵ O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2014, p. 289, n° 343. Voir aussi B. O. KASSIA, « Le recul de la nullité dans l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique », préc., p. 352.

⁴²⁶ Pour une même réflexion en droit français, voir J. MESTRE, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJ Com.* 1985, p. 81 et s.

⁴²⁷ P. LE CANNU, « La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés », in *Le juge et le droit de l'économie, Mélanges en l'honneur de Pierre BEZRAD*, op. cit, p. 124, n° 26.

167. Par ailleurs, la tendance à imposer la régularisation de la nullité a été étendue par la CCJA aux justiciables. La juridiction communautaire a en effet eu à refuser de prononcer la nullité au motif que le demandeur n'avait pas préalablement poursuivi la régularisation avant l'introduction de son instance en nullité⁴²⁸. Selon elle, en application des articles 75 et 242 alinéa 2 de l'AUSC, c'est à tort que le demandeur au pourvoi soulève la nullité d'une société pour défaut, dans les statuts, des mentions prévues à l'article 13 de l'AUSC, et ce moyen doit être rejeté, dès lors que le demandeur n'a demandé aucune régularisation comme le lui permettait l'article 75 de l'AUSC. Une telle façon d'imposer un passage forcé par la tentative de la régularisation enlève à notre avis aux dispositions violées, une part de leur force obligatoire.

168. En outre, on assiste, dans certains cas particuliers, à ce qu'un auteur a appelé « *une régularisation forcée* »⁴²⁹, qui est imposée à un associé en état d'incapacité ou dont le consentement a été vicié à l'occasion de la constitution d'une société ou de la prise d'un acte de société. « *Le droit uniforme autorise tout intéressé à inciter à la régularisation, à coup de mise en demeure et de menace de forclusion* »⁴³⁰ voire d'exclusion de la société. C'est en effet une véritable action interrogatoire⁴³¹ que consacre l'article 248 de l'AUSC quand il dispose que dès lors que la régularisation est encore possible, « *toute personne ayant un intérêt à agir peut mettre en demeure l'associé incapable ou dont le consentement a été vicié de régulariser ou d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion* ».

169. Dans sa formulation, cette disposition semble laisser le choix à l'associé mis en demeure d'agir en nullité ou d'envisager la régularisation. Mais la possibilité d'agir en nullité qui lui est

⁴²⁸ CCJA, 1^{ère} Ch., n° 001, 4-2-2010, M. B c/ 1° Intertrans trading limited GABON Sarl ; 2° Intertrans Trading Limited NIGER Sarl ; 3° S.A.T.A Sarl, réf. Ohadata J-11-45 ; J-12-21 ; J-13-196.

⁴²⁹ B. O. KASSIA, « Le recul de la nullité dans l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique », préc., p. 373.

Toutefois, en raison de sa nature, la régularisation devrait selon certains, être un acte volontaire puisque considérée comme la renonciation au droit de critiquer l'acte nul ; cf. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, thèse, Paris 2 Panthéon-Asas, LGDJ, 1972.

⁴³⁰ R. MASAMBA MAKELA, « Le régime des nullités issu de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », préc., p. 21.

⁴³¹ Sur la qualification d'action interrogatoire en cette hypothèse, voir M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2010, 23^{ème} éd., p. 85, n° 153. Selon le vocabulaire juridique, l'action interrogatoire est une « *une catégorie d'actions qui aurait pour objet de mettre une personne en demeure soit de déclarer si elle entend ou non user d'un droit ou exercer une action en justice, soit d'opter entre plusieurs partis qui s'offrent à elle* » ; cf. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, 2011, 9^{ème} édition, p. 25.

A noter qu'en règle générale, l'existence d'une action en justice est contestée, voire exclue dès lors que la personne interrogée jouit selon la loi d'un délai de réflexion ou justifie d'un intérêt légitime à ne pas choisir ; J. DJOGBENOU, *Cours de droit judiciaire privé*, 2^e année de Sciences Juridiques, Université d'Abomey-Calavi-Université de Parakou (Bénin), 2008-2009, *Inédit*, p. 51. Pour cet auteur, « *une telle action est en principe irrecevable en droit Béninois* ».

donnée apparaît comme une faculté dont l'effectivité dépend de la volonté de la société commerciale dont il est associé ou de celle de l'un de ses coassociés. Cette situation illustre l'ineffectivité du droit des sociétés que regrette le Professeur Paul LE CANNU quand il écrit que le système de sanction du droit des sociétés contraint « *celui qui est dans son droit à une certaine impuissance* »⁴³².

170. En effet, si l'associé victime d'un vice de consentement ou d'une incapacité décide, à la suite de la mise en demeure qui lui est faite, d'agir en nullité au lieu de privilégier la piste de la régularisation, il risque d'être évincé de la société en raison de son choix en faveur de la nullité. Pour ce faire, l'AUSC organise la possibilité pour la société ou les autres associés de supprimer l'intérêt à agir en nullité de leur coassocié fondateur incapable ou dont le consentement a été vicié. Il peut même être proposé à la juridiction saisie de l'action en nullité, qui pourra discrétionnairement le rendre obligatoire ou non, « *toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt à agir du demandeur* »⁴³³. A cet égard, l'une des mesures à laquelle le législateur lui-même fait référence est le rachat des droits sociaux de l'associé sans que ce dernier ne puisse prendre part au vote décidant de son exclusion et sans que ses parts sociales ou actions ne puissent être prises en compte dans le calcul du quorum ou de la majorité.

171. Ce moyen, aménagé par le législateur, exprime, au-delà de son engagement à sauvegarder les sociétés, une mise en berne certaine de la force obligatoire des règles d'ordre public dont la violation est régularisée. Cette volonté plus ou moins affichée d'entamer l'application effective de la nullité se justifie aussi par les entraves édifiées par le législateur contre l'aboutissement de l'action en justice en vue de cette sanction.

§2 : Les entraves à l'action en nullité

172. On aurait pu reprendre ici une bonne partie des développements qui précèdent en raison de ce que la cause de nullité est susceptible d'être couverte même quand l'action en nullité est introduite et ce, jusqu'à ce que la juridiction compétente ait statué, entraînant du coup l'extinction de l'action en cours d'exercice. Mais l'évitement de la nullité dans les cas de violation de l'ordre public sociétaire ne se manifeste pas seulement par le biais de la régularisation. Le législateur Ohada a en effet trouvé, à l'instar de son homologue français, le moyen de transformer la mise en œuvre de l'action en nullité en une véritable course

⁴³² P. LE CANNU, « Effectivité et ineffectivité du droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt - Liber Amicorum*, éd. Joly, 2005, p. 342, n° 10.

⁴³³ Voir art. 249 AUSC.

d'obstacles⁴³⁴. Ceci se révèle à travers les modalités de la prescription extinctive de ladite action (A). En outre, même dans le cas où l'action en nullité est favorablement accueillie par le juge, les effets qui doivent y être en principe attachés font l'objet d'une restriction, qui traduit aussi la volonté du législateur de lutter contre les nullités en droit des sociétés (B).

A- La précarité de l'action en nullité en l'absence de régularisation

173. Pour accomplir son souhait de voir reculer la nullité en droit des sociétés dont la première conséquence indirecte est la régression de l'ordre public sociétaire, le législateur OHADA durcit aussi les conditions d'exercice de l'action en nullité. Ainsi, même en l'absence de régularisation, l'action en nullité pour violation de l'ordre public sociétaire peut devenir assez rapidement inopérante à la faveur du temps qui s'écoule. Elle n'a plus, comme à l'origine, un caractère perpétuel⁴³⁵ et, suivant la tendance contemporaine, l'AUSC a prévu un régime de prescription abrégée de trois ans pour les actions en nullité de la société ou des actes sociaux⁴³⁶. La prescription extinctive en la matière paralyse l'action en nullité dans un délai plus court que celui du droit commun de l'Ohada qui est de cinq ans⁴³⁷. Cette brièveté du délai de prescription, prévu à l'article 251 de l'AUSC, permet, suite à l'écoulement d'un temps visiblement court, de considérer que la cause de nullité, même si elle perdure, n'est plus en mesure de fonder une action en justice recevable.

174. A l'exception de l'action en nullité pour illicéité de l'objet social soumise à une prescription plus longue, l'AUSC dispose que les actions en nullité se prescrivent après trois ans. Dans d'autres cas, la mise en œuvre de l'action en nullité est encore davantage précaire⁴³⁸. C'est ainsi que l'article 248 de l'AUSC prévoit qu'un associé mis en demeure d'agir en nullité sera forclos de son action en justice, s'il reste totalement indifférent à la mise en demeure pendant un délai de six mois.

175. Ceci participe d'un durcissement voulu par le législateur communautaire des modalités de sanction de la violation des dispositions impératives du droit des sociétés et traduit sa détermination à faire disparaître toute possibilité d'annulation le plus vite possible. En droit français, la critique a souvent été faite sur ce point. On y a notamment regretté que « le

⁴³⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, *op. cit.*, p. 236, n° 426.

⁴³⁵ J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, p. 221, n° 114.

⁴³⁶ Voir art. 251 AUSC.

⁴³⁷ Voir S. S. KUATE TAMEGHE, « Actes uniformes », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 14, n° 26. Pour lui, la préoccupation fondamentale du délai de prescription capitale est réglée à l'article 18 de l'AUDCG.

⁴³⁸ Par exemple l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission qui selon l'article 251 de l'AUSC, se prescrit par six mois.

législateur n'a pas cessé de réduire la durée du délai de prescription pour faire disparaître aussi rapidement que possible les actions en nullité »⁴³⁹. On a même parlé de « *l'obstacle de la prescription de trois ans* »⁴⁴⁰. Il a alors été suggéré que le régime de la nullité en droit des sociétés soit redéfini, au besoin par les juges du fond, de manière à ce qu'on « *ne puisse s'affranchir des règles d'ordre public* »⁴⁴¹.

176. Ces réflexions d'auteurs français trouvent leur répondant en droit Ohada. C'est ainsi qu'un collègue d'auteurs africains a affirmé que « *le législateur lui-même a réduit la durée du délai de prescription pour faire disparaître aussi rapidement que possible les actions en nullité* »⁴⁴². Une telle précarité procédurale du droit d'agir en nullité, organisée pour concrétiser l'hostilité du droit des sociétés à cette sanction jugée dévastatrice⁴⁴³, confine, dans un délai trop court selon nous, la possibilité pour une disposition impérative de déployer sa force obligatoire.

177. Il convient de noter par ailleurs que les mécanismes légaux limitant la portée obligatoire des dispositions d'ordre public en droit des sociétés ne sont pas seulement ceux qui visent à empêcher la recevabilité de l'action en nullité. Même dans les cas où l'action en nullité échappe aux différents obstacles de la régularisation, de la prescription et de la forclusion, la décision d'annulation à laquelle elle conduit a des effets restreints qui semblent aussi confirmer la portée relative des règles d'ordre public sanctionnées.

B- La restriction des effets de la nullité en cas de prononcé de la sanction

178. La « *chasse aux nullités* » en droit des sociétés ne s'arrête pas aux efforts du législateur en vue d'empêcher la mise en œuvre de l'action tendant à l'annulation des actes violant l'ordre public sociétaire. Dans les cas où l'action en nullité est favorablement accueillie, notamment en ce qui concerne les règles obligatoires de la constitution, ses effets sont amputés d'une caractéristique essentielle de la nullité de droit commun qu'est l'anéantissement rétroactif. Fiction juridique, qui consiste à reporter les effets d'une situation de droit à une date antérieure

⁴³⁹ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. I, 1998, 17^{ème} éd., Par M. GERMAIN et L. VOGEL, p. 842, n° 1076.

⁴⁴⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, *op. cit.*, p. 236, n° 426. Les auteurs analysent ce délai de trois ans comme l'un des obstacles mis en place par le législateur pour compliquer la tâche des demandeurs éventuels. Voir aussi P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, 2014, 6^e éd., p. 247, n° 391.

⁴⁴¹ H. RUMEAU-MAILLOT, « Les délais de prescriptions en droit des sociétés » : *Rev. sociétés* 2012, p. 300 et s., n° 40.

⁴⁴² F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, et *alii*, *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, éd. Bruylant, 2002, p. 115, n° 183.

⁴⁴³ Voir M. AZAVANT, « La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial » : *Rev. sociétés* 2003, p. 441 et s., n° 26 ; voir aussi P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 3^e éd., 2007, n° 722.

à sa date réelle où elle s'est produite, la rétroactivité d'une sanction a pour fonction principale de renforcer l'efficacité de celle-ci, de la rendre plus énergique en vue de révéler par là-même, toute la force obligatoire de la norme dont la violation est sanctionnée⁴⁴⁴. C'est ainsi que l'énergie réputée caractériser l'ordre public sociétairé devrait se révéler dans les effets de la sanction des actes qui lui sont contraires, particulièrement leur anéantissement rétroactif.

179. Toutefois, pour des raisons de sécurité juridique, notamment des tiers et de la société elle-même, la rétroactivité de la nullité est réputée perturber la cohérence du droit des sociétés. L'opinion est couramment partagée que le droit des sociétés s'accommode mal des sanctions rétroactives et le phénomène semble exacerbé s'agissant de la rétroactivité des nullités en droit des sociétés⁴⁴⁵. Néanmoins, on peut s'étonner que l'absence de rétroactivité joue même lorsque l'ordre public est intéressé et que la nullité encourue devrait, de ce fait, être absolue⁴⁴⁶. D'après le Professeur Paul LE CANNU⁴⁴⁷, cette « *hostilité primitive* » qui consiste à réduire les effets de la nullité « *aboutit à la consolidation des violations de la loi* », y compris de ses dispositions impératives. Il n'est donc pas dénué de sens de se demander si cette limitation légale de la rétroactivité des nullités en droit des sociétés ne traduit pas, au moins indirectement, une atténuation de la portée obligatoire des dispositions d'ordre public de la matière. Et une réponse affirmative nous paraît soutenable.

180. En effet, une mise en perspective des effets de la nullité et de la clause réputée non écrite permet de soutenir que la restriction des effets de la nullité marque une atténuation de la portée impérative des règles que la nullité sanctionne⁴⁴⁸. En fait, on réalise avec le réputé non écrit que, la sanction rétroactive n'est pas totalement absente du droit des sociétés. En ce qui concerne le réputé non écrit, « *la rétroactivité est ici centrale* » et elle « *a ceci de particulier qu'il permet de sanctionner la clause illicite en la privant rétroactivement de sa force*

⁴⁴⁴ I. PARACHKEVOVA, « La rétroactivité des sanctions en droit des sociétés », JCP E 2013, 1511, n° 1.

⁴⁴⁵ I. PARACHKEVOVA, *idem*. Voir aussi J.-P. STORCK, « La rétroactivité des décisions sociales » : *Rev. sociétés* 1985, p. 55.

⁴⁴⁶ Tel que l'a fait noter un auteur, « *l'admission de la nullité est inversement proportionnelle à la gravité de l'acte accompli. Plus ce dernier est important, moins la nullité est admise ; moins l'acte est important, plus la nullité est largement admise* » ; cf. B. O. KASSIA, « Le recul de la nullité dans l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique », art. précité, p. 379.

⁴⁴⁷ P. LE CANNU, « La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés », in *Le juge et le droit de l'économie, Mélanges en l'honneur de Pierre BEZRAD*, op. cit, p. 120, n° 16. Pour l'auteur, l'élimination légale de la rétroactivité dans la nullité des décisions sociales notamment, consolide des violations de lois qui en soi, paraissent peu acceptables.

⁴⁴⁸ Rappelons ici que ces deux modalités de sanction visent toutes, la violation de l'ordre public sociétairé.

illicite »⁴⁴⁹. On est alors tenté de croire que cette dernière sanction est plus révélatrice de l'énergie d'ordre public de la règle violée⁴⁵⁰.

181. Dans ces conditions, tout se passe comme si l'ordre public sociétaire est constitué de deux catégories de dispositions impératives : les unes réellement impératives seraient sanctionnées par le réputé non écrit qui anéantit rétroactivement la situation illicite et les autres de portée impérative moindre, sanctionnées par une nullité aux effets parcellaires⁴⁵¹. Une telle lecture est de nature à se consolider dans l'esprit des acteurs du droit Ohada quand on sait par ailleurs que le réputé non écrit se distingue de la nullité par l'avantage qu'il présente d'être extrajudiciaire et imprescriptible.

182. Suite à ce constat, on n'a pas manqué d'agiter l'idée de faire produire à la nullité en droit des sociétés, l'effet d'anéantissement rétroactif qui caractérise la sanction dans sa théorie générale. La raison avancée est que, la rétroactivité peut se révéler être au service même de l'intérêt de la société et de sa sécurité juridique⁴⁵². En effet, la rétroactivité de la sanction marquerait une faveur pour l'efficacité économique et assurerait la cohérence de la vie des affaires avec les règles qui l'organise, notamment celles auxquelles il est interdit de déroger. En tout état de cause, écrit l'auteur, la restriction de la rétroactivité des nullités dans le droit des sociétés perd de plus en plus sa justesse et en la matière. En réalité conclut-il, la rétroactivité de la nullité fait désormais l'objet d'un traitement paradoxal : elle est tantôt pourchassée conformément aux idées reçues, tantôt provoquée en vue de renforcer l'efficacité de la sanction et de restaurer la force obligatoire de la règle violée⁴⁵³.

183. En définitive, il convient de reconnaître qu'en dépit des nombreux cas dans lesquels la nullité est posée par le législateur comme sanction de la violation de l'ordre public sociétaire, la philosophie qui gouverne le régime de cette nullité semble plutôt traduire une réticence à appliquer la sanction même en présence de la violation constatée de règles impératives. Cette réalité pose alors la question de la portée réelle des règles d'ordre public en cause qui, à

⁴⁴⁹ I. PARACHKEVOVA, « La rétroactivité des sanctions en droit des sociétés » : JCP E 2013, 1511, n° 6.

⁴⁵⁰ Sur la comparaison de la force sanctionnatrice de la nullité par rapport à celle du réputé contradictoire, voir K. FADIKA, « La clarification du régime des nullités » : *Rev. Dr. et Patr.*, Sept. 2014, n° 239, p. 90. A l'issue d'une analyse comparative des sanctions réprimant les violations de l'ordre public en droit des sociétés de l'Ohada, l'auteur conclut à propos du réputé non écrit qu'il est une sanction « *plus forte que la nullité* ».

⁴⁵¹ Dans cette hypothèse, on tendrait à croire que le législateur Ohada ne fait pas la distinction classique entre la nullité relative de la nullité absolue censée se fonder sur l'intérêt plus ou moins important, que la règle de droit protège. Mais plutôt distinguerait-il entre des règles de droit d'une forte impérativité sanctionnées par le réputé non écrit des clauses contraires et des règles d'une moindre impérativité sanctionnées par une nullité dont les modalités de la mise en œuvre sont particulièrement indulgentes.

⁴⁵² I. PARACHKEVOVA, « La rétroactivité des sanctions en droit des sociétés », JCP E 2013, 1511, n° 6 à 9.

⁴⁵³ I. PARACHKEVOVA, « La rétroactivité des sanctions en droit des sociétés » : JCP E 2013, 1511, n° 3 et 4.

l'analyse, se révèlent être d'une portée impérative relative ; laquelle relativité se confirme par ailleurs et davantage avec la libéralisation des modes de règlements de tous types de litiges sociétaires en droit Ohada.

Section 2 : La portée de l'ordre public contrariée par la faculté du règlement alternatif des litiges sociétaires

184. Si un principe bien établi veut que l'« *on ne transige pas sur l'ordre public* »⁴⁵⁴, il est de plus en plus admis que « *l'apaisement du conflit, lorsqu'il est vu comme la finalité première du processus, justifierait un recul de l'ordre public* »⁴⁵⁵. C'est, selon nous, ce que traduit l'engouement du législateur Ohada pour les modes alternatifs de règlement des conflits, notamment en droit des sociétés où les modalités de leur mise en œuvre ne semblent pas afficher l'attachement du législateur à un règne absolu de l'ordre public sociétaire sur les solutions des litiges. Aux termes des articles 147 et 148 de l'AUSC, on retient qu'en dépit du fait que les litiges sociétaires relèvent normalement des attributions de « *la juridiction [étatique] compétente* »⁴⁵⁶, le législateur ouvre expressément d'autres voies de règlement de ces différends. Ces derniers peuvent, « *également être soumis à l'arbitrage (...) ou à d'autres modes alternatifs de règlement des différends* »⁴⁵⁷.

185. Avant tout, il nous paraît opportun d'apporter deux précisions quant à la notion de « litiges sociétaires ». D'une part, il convient de noter, relativement à son sens, que l'expression « litiges sociétaires », sans avoir été expressément employée dans l'AUSC couvre bien le champ d'application des dispositions des articles 147 et 148 de l'AUSC. Généralement présentés en trois catégories⁴⁵⁸, les litiges sociétaires concernent l'application de toutes les règles du droit des sociétés, qu'elles soient qualifiables de supplétives de volonté ou d'ordre public. Ils sont, selon la doctrine, constitués des différends qui naissent du pacte social lui-même, de ceux qui résultent des conventions extrastatutaires et de ceux qui surviennent à l'occasion de conventions de cession d'actions⁴⁵⁹. En tant que tels, ils regroupent tant le contentieux fonctionnel, lié à la

⁴⁵⁴ Voir notamment X. LAGARDE, « Transaction et ordre public » : D, 2000, Chron., p. 217 et s. ; W. DROSS, « Ordre public et transaction », in B. MALLET-BRICOUT et C. NOURISSAT(dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, Actes coll. 2006, p. 63.

⁴⁵⁵ M.-C. RIVIER, « L'efficacité de la solution contractuelle », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 135.

⁴⁵⁶ Voir art. 147 AUSC.

⁴⁵⁷ Voir art. 148 AUSC.

⁴⁵⁸ J. SARRUT, *Dictionnaire permanent du Droit des affaires*, Éditions législatives et administratives Toulouse V° Arbitrage, 1963, n° 26, p. 175.

⁴⁵⁹ Cf. A. MOURRE, « Arbitrage, conflits de juridictions et ADR dans la résolution des litiges entre actionnaires », in *RDAI*, 2004, p. 287.

mise en œuvre du pacte social, que celui moins institutionnel lié aux relations qui s'établissent dans ou avec la société⁴⁶⁰. Ceci montre clairement que les litiges sociétaires tels qu'envisagés n'épargnent pas les questions relatives à l'ordre public sociétaire puisque, par un raccourci logique, parler du fonctionnement de la société ou encore du statut de l'associé, passe souvent par l'évocation de l'ordre public sociétaire.

186. D'autre part, il n'est pas moins important de constater que, les différends dont le législateur entend libéraliser le règlement répondent, dans leur ensemble, à la conception sus rappelée des litiges sociétaires. En effet, le chapitre de l'Acte uniforme sous lequel la possibilité du règlement alternatif des litiges en droit des sociétés est reconnue est consacré aux : « *Litiges entre associés ou entre un ou plusieurs associés et la société* »⁴⁶¹. On comprend dès lors, en considérant les développements qui précèdent, que le législateur se réfère implicitement et de manière générale aux litiges sociétaires. Cela dit, il faut par ailleurs noter qu'au-delà de la faculté offerte par la loi de recourir à des modes de règlement autres que celui proposé par les juridictions étatiques, c'est beaucoup plus les modalités de mise en œuvre des modes de règlements alternatifs proposés par le législateur, qui semblent imposer le recul de la force obligatoire des dispositions d'ordre public du droit des sociétés de l'Ohada.

187. En effet, le principe selon lequel les tribunaux de droit commun sont établis pour être les gardiens de l'ordre public⁴⁶² a toujours justifié une délimitation du domaine des modes alternatifs de règlement des conflits qui exclut les « *matières fortement imprégnées d'ordre public* »⁴⁶³. La raison principale avancée étant celle de l'essence contractuelle des modes alternatifs de règlement des conflits.

188. Pour autant, l'approche du droit Ohada de rendre possible le règlement des litiges d'une matière censée être fortement imprégnée de l'ordre public peut s'expliquer. Cette manière de faire est selon la doctrine, le reflet dans le miroir du contentieux, du phénomène de la contractualisation qui innerve nos lois modernes⁴⁶⁴. La contractualisation du droit substantiel des sociétés susciterait, dans une dynamique d'ensemble, la libéralisation du traitement des litiges sociétaires, faisant ainsi supposer par ricochet, un affaiblissement de la force obligatoire

⁴⁶⁰ M. BANDRAC, J.-P. DOM et B. Le BARS, « Arbitrage », in *J.-Cl. Société-Traité*, fasc. 29-30, n° 27.

⁴⁶¹ Voir Chapitre IV du Titre III du deuxième livre de la première partie de l'AUSC consacrée aux dispositions générales sur les sociétés.

⁴⁶² J. ROBERT, *L'arbitrage : droit interne et droit international privé*, Dalloz, 6^{ème} éd., 1993, p. 13, n°5.

⁴⁶³ B. MALLET-BRICOUT, « Arbitrage et droit de la famille » : *Rev. Dr. et Patr.*, 2002, n° 104, p. 59. Voir aussi relativement au droit fiscal, K. JESTIN, « Vers un renforcement de l'arbitrage comme mode de résolution des conflits en droit fiscal ? Analyse comparé France-États-Unis », in *Jurisdoctoria : Revue doctorale de droit public comparé et de théorie juridique*, n° 2, avril 2009, p. 73 et s.

⁴⁶⁴ E. SCHOLASTIQUE, « Arbitrage et droit des sociétés » : *Rev. Dr. et Patr.*, 2002, n° 105, p. 52.

des règles de droit en litige⁴⁶⁵, notamment quand il s'agit de dispositions réputées être d'ordre public. En réalité, affirment certains auteurs⁴⁶⁶, sur le terrain du règlement des litiges, la contractualisation met en concurrence, les avantages connus des modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) avec les finalités de l'ordre public sans y voir d'obstacle de principe à ce que ces dernières s'effacent au cas où les parties parviennent à s'entendre. C'est sans doute dans le même sens qu'un auteur a soutenu que l'admission des MARC induit non seulement, une renonciation au droit de recourir au juge étatique mais aussi, une renonciation aux droits substantiels dont ce dernier garantit l'application⁴⁶⁷. Ces opinions doctrinales illustrent suffisamment l'effet érosif que peut avoir sur l'ordre public sociétaire, l'admission des MARC dans le règlement des conflits sociétaires, surtout si, comme en droit Ohada, les modalités d'application desdits MARC ne semblent pas prendre réellement en compte la substance normative des dispositions d'ordre public de la législation.

189. En vue de garantir une perception cohérente des MARC et de leurs effets sur la portée de l'ordre public sociétaire en droit Ohada, il nous semble indiqué dans le cadre de la présente étude, et à la suite de certains auteurs⁴⁶⁸, de distinguer entre ces modes.

190. D'abord une place particulière doit être faite à l'arbitrage dont la nature est en doctrine, l'objet d'une controverse du fait notamment de son aspect juridictionnel⁴⁶⁹. Mode alternatif à l'origine, il est désormais perçu comme un mode classique de règlement des conflits, puisque dénaturé par l'effet de ses tendances contemporaines à la judiciarisation et à

⁴⁶⁵ G. HORSMANS, « Les nouveaux rivages de la liberté sociétaire », in *Mélanges en l'honneur de Daniel TRICOT*, Dalloz-Lexis-Néxis, 2014, p. 690, n° 18.

⁴⁶⁶ S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel, Droit commun et comparé du procès*, Dalloz, 2005, 3^e éd., n° 591.

⁴⁶⁷ R. DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, l'Harmattan, 2012, p. 173, n° 284 et s. spéc. n° 316.

⁴⁶⁸ J.-B. RACINE, « L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits ? Contribution à la définition du terme alternatif » : *Petites aff.* 28 mai 2001, n° 105, p. 16.

⁴⁶⁹ G. KENFACK DOUJANI, « la conciliation et la médiation dans les pratiques contractuelles », in *Actes du colloque internationale de Libreville sur « Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux »*, Publication de l'ERSUMA, 2012, 1^{ère} éd., p. 258.

Le Professeur Loïc CADIET présente une synthèse édifiante de cette controverse doctrinale quand il explique à propos du périmètre plus ou moins largement défini des MARC que : « Pour certains auteurs, la conception française serait encore différente [des conceptions plus libérales où la catégorie des MARC embrasse les formes extrêmement variées de l'arbitrage], dans la mesure où elle ne retiendrait pas l'arbitrage au nombre des modes alternatifs de règlement des conflits, car l'arbitrage est un mode de solution juridictionnelle du litige, et où elle les limiterait aux procédures impliquant une tierce personne ce qui exclurait les procédures de négociation. Je ne pense pas que ce soit vraiment le cas ». Cf. L. CADIET « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », in *R.L.R.*, n° 28, 2011, pp. 148-149, n° 4.

Voir aussi J.-B. RACINE, « L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits ? Contribution à la définition du terme alternatif », *Petites aff.* 28 mai 2001, n°105, p.16 ; Ph. FOUCHARD, « Arbitrage et modes alternatifs de règlements des litiges du commerce international », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn* – Université de Bourgogne – CNRS, Litec, 2000, Vol 20, p.108 et s. ; B. OPETIT, « Justice étatique et justice arbitrale », in *Mélanges offerts à Pierre BELLET*, Litec, 1991, p. 415.

l'institutionnalisation⁴⁷⁰. Désormais, il apparaît beaucoup plus comme une variante, qu'une alternative à un procès devant une juridiction institutionnelle⁴⁷¹. Le même discours de son rapprochement d'avec la justice étatique est aussi tenu en droit Ohada⁴⁷² où la procédure arbitrale, réglementée par le législateur communautaire, connaît un déroulement et une issue susceptibles de subir le contrôle du juge étatique.

191. C'est alors en raison de cette particularité de l'arbitrage qu'il faut le distinguer de ce qu'il nous semble indiqué d'appeler, les « *MARC proprement dits* » et dont le domaine se limite principalement, en l'état actuel du droit Ohada et de la pratique dans les pays de la communauté, à la médiation et la conciliation⁴⁷³. En effet, ces dernières sont considérées en doctrine comme « *une formule qui répond aux besoins des entreprises lorsqu'elles souhaitent une solution amiable, rapide et non juridique de leur conflit* »⁴⁷⁴. Charles JARROSSON a singulièrement insisté sur la distinction en écrivant dans sa présentation des MARC que « *les modes alternatifs... restent moins juridiques que l'arbitrage* »⁴⁷⁵.

192. De plus en plus marquée, cette distinction fondée sur le rôle constamment prépondérant du législateur et du juge dans l'organisation de l'arbitrage a d'ailleurs conduit à se demander en doctrine, si la conciliation et la médiation ne constituent pas une menace pour l'arbitrage⁴⁷⁶, ceci notamment en raison de leur essor actuel⁴⁷⁷. La médiation et la conciliation sont en réalité des modes plus libéraux, amiables⁴⁷⁸, voire informels⁴⁷⁹, qui débouchent sur une justice inspirée

⁴⁷⁰ C. JARROSSON, « les modes alternatifs de règlement des conflits, présentation générale », in *RIDC*, Volume 49, N°2, Avril-juin 1997, p. 329, n° 11 disponible sur http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1997_num_49_2_5434. Selon l'auteur, l'arbitrage « *a certes été en son temps — et d'une certaine manière il reste encore — un mode alternatif de règlement des conflits. Mais il ne répond plus à toutes les attentes des parties ; il est un mode juridictionnel et non pacifique de règlement des litiges. L'arbitre, à l'issue d'un procès, tranche et impose une solution à des parties qui n'en connaissaient pas encore les termes lorsqu'elles s'étaient engagées à la respecter* ».

⁴⁷¹ Voir B. OPPETIT, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », in *Justices. Revue générale de droit processuel*, n° 1/1995, p. 53.

⁴⁷² Même si le législateur ne semble pas introduire une telle distinction car ayant parlé dans l'article 148 de l'AUSC « *d'autres modes alternatifs de règlement des différends* », et invitant de ce fait à considérer l'arbitrage comme l'un de ces MARC, la doctrine note que cette distinction est autant possible en droit Ohada tout en dénonçant notamment un excès de procéduralisation et judiciarisation de l'arbitrage. Cf. P. MAYER, « Le droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada dix ans après l'Acte Uniforme » : *Rev. arb.*, 2010, n° 3, p. 467.

⁴⁷³ G. KENFACK DOUJANI, « la conciliation et la médiation dans les pratiques contractuelles », in *Actes du colloque internationale de Libreville sur « Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux »*, Publication de l'ERSUMA, 2012, 1^{ère} éd., p. 258.

⁴⁷⁴ C. RAYMOND, « Réflexion sur quelques problèmes de l'arbitrage international. Faiblesses, menaces et perspectives », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz, 1999, p. 796.

⁴⁷⁵ C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », préc., p. 328, n° 7.

⁴⁷⁶ C. RAYMOND, « Réflexion sur quelques problèmes de l'arbitrage international. Faiblesses, menaces et perspectives », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz, 1999, p. 795.

⁴⁷⁷ I. KITAMURA, « L'avenir de la justice conciliationnelle », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRE*, op. cit., p. 801.

⁴⁷⁸ S. KWEMO, *L'OHADA et le secteur informel : l'exemple du secteur du Cameroun*, éd. Larcier, 2012.

⁴⁷⁹ G. CORNU, « *Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse* », préc., p. 313.

de la volonté des parties⁴⁸⁰. Laquelle justice est une justice négociée, convenue et exclusivement rythmée par « *la volonté privée (qui) y est doublement autonome parce qu'elle en commande l'entrée et l'issue* »⁴⁸¹. En raison de la place de choix qu'occupe l'autonomie de la volonté dans leur mise en œuvre, la promotion des MARC par l'AUSC ne devrait pas être sans impact sur la portée de l'ordre public sociétaire.

193. Pour révéler les influences possibles du règlement alternatif des litiges sociétaires sur la portée de l'ordre public dans le contexte du droit Ohada, nous envisagerons d'une part celles qui relèvent de l'arbitrabilité des litiges sociétaires (§1). Dans un second temps, nous analyserons, la mesure dans laquelle la mise en œuvre des « *autres modes alternatifs de règlement des différends* »⁴⁸² peut altérer la portée de l'ordre public sociétaire (§2).

§1 : La relativité de l'ordre public fondée sur les modalités de l'arbitrabilité

194. S'il est vrai que l'ère actuelle est favorable à une démocratisation du recours à l'arbitrage⁴⁸³, il est tout aussi vrai que « *la possibilité de recourir à un arbitre pourrait être un moyen d'échapper à l'ordre public* »⁴⁸⁴. Pour plusieurs raisons, la portée des règles d'ordre public sociétaire dénote d'un certain aléa en ce que leur application est contrariée par le recours à l'arbitrage⁴⁸⁵.

195. En effet, ce mode de règlement des conflits a révélé son importance dans un contexte de « *crise de la justice* »⁴⁸⁶ marqué par une désaffection des milieux d'affaires pour la justice

⁴⁸⁰ R. DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, op. cit., p. 188, n° 297.

⁴⁸¹ G. CORNU, « *Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse* », préc., p. 318.

⁴⁸² Pour reprendre l'expression du législateur Ohada employée à l'article 148 de l'AUSC.

⁴⁸³ Voir par exemple en droit français, la loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016, *J.O.* 19 nov. 2016. D'après la doctrine, l'objectif annoncé dans celle-ci est de favoriser les modes alternatifs de règlement des différends dont celui de l'arbitrage mais « *c'est probablement sur ce dernier point que les innovations sont les plus notables puisqu'il est possible de constater une extension non négligeable du domaine de l'arbitrage* » : M. COMBET, « Des nouvelles clauses compromissoires dans les contrats du XXI^e siècle » : *Revue Lamy droit des affaires*, n° 126, 1^{er} mai 2017, p. 19. Selon l'auteur, « *le législateur a totalement modifié l'article 2061 du code civil qui porte sur les clauses compromissoires dans les contrats internes. Cette réforme est importante car elle change le coeur matriciel des clauses compromissoires selon une logique qui se veut à la fois pragmatique et libérale. En refondant cette disposition, le législateur souhaite encourager le recours à l'arbitrage* ». Sur cette libéralisation du domaine de l'arbitrage par le législateur français, voir aussi : Th. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges » : *D.* 2016, n° 44, p. 2589 ; B. MALLET-BRICOUT, « Les modes alternatifs des différends dans la loi "Justice du XXI^e siècle" : un nouveau souffle », *RTD. civ.* 2017, p. 216 ; S. PIEDELIEVRE, « La nouvelle clause compromissoire », in *JCP N* 2017, n° 4, act. 182 ; G. VALDELIEVRE, « La clause compromissoire », in *RLDC* 2017/ 146, n° 6291 ; M. RUBINO-SAMMARTANO, « Un dernier pas vers un libre accès au grand potentiel de l'arbitrage ? » : *Petites aff.* n° 27, 7 février 2017, p. 6.

⁴⁸⁴ M. BUCHBERGER, « L'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, op.cit., p. 198, n° 25.

⁴⁸⁵ M. BUCHBERGER, « L'ordre public sociétaire », *idem*.

⁴⁸⁶ Voir L. CADIET, « Civil Justice Reform : Access, Cost and Delay. The French Perspective », in A. ZUCKERMAN, *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford University Press, 1999. p. 290 et s., spécialement pp. 304-308.

institutionnelle et une nécessité de désengorgement des tribunaux étatiques à tel point qu'on ne saurait concevoir une économie moderne sans y songer. C'est sans doute, pour cette raison que le législateur africain a expressément exprimé dans le préambule du traité fondateur de l'Ohada, son ferme désir « *de promouvoir l'arbitrage...* ». Il a d'ailleurs davantage affiché cette volonté dans l'AUSC dont les articles 147 et 148 combinés disposent que « *tout litige* » sociétaire peut « *être soumis à l'arbitrage soit par une clause compromissoire, statutaire ou non, soit par un compromis* ».

196. Cela traduit de manière générale, l'adhésion du législateur Ohada à la tendance contemporaine qui promeut une révolution du droit de l'arbitrage au moyen de l'extension de son domaine et qui veut que le droit de compromettre ne soit plus systématiquement dénié sur le seul fondement que la matière litigieuse intéresse l'ordre public⁴⁸⁷. C'est ainsi qu'en droit français les préjugés à l'encontre de l'arbitrabilité de certains litiges s'effacent de plus en plus en législation⁴⁸⁸. Mieux, l'idée est davantage commune dans la jurisprudence⁴⁸⁹ que dans la doctrine française, qu'un litige n'est pas inarbitrable du « *seul fait que l'opération litigieuse est assujettie à un cadre impératif et pose éventuellement des questions touchant à l'ordre public* »⁴⁹⁰. Ce dynamisme contemporain du droit de l'arbitrage, conjugué avec l'objectif d'un droit Ohada moderne, ont conduit le législateur communautaire à épouser la conception extensive de l'arbitrabilité des litiges qui ne tient plus compte de l'appartenance de la matière à l'ordre public.

197. Mais, d'une part, il convient de noter qu'en droit Ohada la conjonction des dispositions posant le critère de l'arbitrabilité dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA) et celles de l'AUSC fixant le principe de l'arbitrabilité des litiges sociétaires, pose problème quant à l'effectivité de la portée obligatoire de l'ordre public sociétaire. Alors que l'article 2 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage pose en règle générale que le critère matériel du litige arbitral est la libre disposition des droits litigieux⁴⁹¹, l'AUSC consacre quant à lui le principe

⁴⁸⁷ Voir A. MOURRE, « L'impact de la réforme de la clause compromissoire sur les litiges relatifs aux sociétés », in *Les cahiers de l'arbitrage*, 2004, vol. II, p. 125 et s.

⁴⁸⁸ E. SCHOLASTIQUE, « Arbitrage et droit des sociétés » : *Rev. Dr. et Patr.*, 2002, n° 105, p. 52.

⁴⁸⁹ Cass. Com., 29 nov. 1950, *Tissot*, *JCP* 1951.IV. p. 5 ; S. 1951. I. 120, note ROBERT, *Recueil Dalloz* 1951, p. 170, *RTD. Civ.* 1951, p. 106, obs. HEBRAUD, *RTD. Com.* 1951, p. 275, obs. BOITARD. *Adde* CA Orléans, 15 fév. 1966, Sté Jean Tardits et Cie C. Sté Wynmouth Lehr et Cie, D. 1966, p. 340 ; CA Paris, 15 juin 1956, *JCP* 1956.II.9419, note H. MOTULKY, *Rev. arb.* 1956 p. 97 ; CA Paris 9 jan. 1962, *JCP*, 1962.II.12478 ; CA Paris 12 fév. 1963, *JCP* 1963.II.13281, note P. LEVEL.

⁴⁹⁰ P. HEBRAUD, *RTD. civ.* 1951, p. 108, cité par K. JESTIN, « Vers un renforcement de l'arbitrage comme mode de résolution des conflits en droit fiscal ? Analyse comparé France-Etats-Unis », in *Jurisdoctoria : Revue doctorale de droit public comparé et de théorie juridique*, n° 2, avril 2009, p. 80.

⁴⁹¹ La disposition prévoit expressément que « *Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition* ».

de l'arbitrabilité de tout litige sociétaire. En conséquence, le syllogisme juridique voudrait qu'on en déduise que tout le droit des sociétés de l'Ohada est disponible. Cette dernière déduction est logique mais l'ampleur des effets dont elle est susceptible d'affecter la portée de l'ordre public sociétaire est importante, surtout quand on connaît les implications possibles qui pourraient résulter de la disponibilité d'un droit.

198. D'autre part, il faut noter qu'en dépit du déclassement de l'ordre public en tant que condition de recours à l'arbitrage dans l'AUSC, il demeure vrai que la procédure de l'arbitrage ne se démarque pas totalement de la problématique de l'ordre public. L'ouverture des matières d'ordre public à l'arbitrage procède en réalité d'une simple mutation de la question de l'autorité de l'ordre public qui n'est plus une condition « *a priori* » de l'arbitrabilité *rationae materiae* mais, est plutôt devenue une modalité « *a posteriori* » du contrôle de la sentence arbitrale⁴⁹². Mais une fois encore, en droit Ohada des sociétés commerciales, les modalités de contrôle de la sentence arbitrale, au cas où ce contrôle est mis en œuvre, ne semblent pas tenir compte de l'ordre public sociétaire.

199. Au regard de cet exposé liminaire, il ne serait pas exagéré de soutenir que l'ordre public joue un rôle marginal dans la mise en œuvre de l'arbitrage en droit des sociétés de l'Ohada, qui est de nature à altérer l'autorité des dispositions impératives ainsi que l'appréciation qu'il convient d'avoir de ces dernières⁴⁹³. En définitive, pour montrer ce en quoi l'arbitrabilité des litiges sociétaires relativise la portée de l'ordre public sociétaire, nous démontrerons d'une part que le critère de l'arbitrabilité matérielle tel qu'il ressort de la législation Ohada, renforce indirectement la puissance de la liberté contractuelle sur les dispositions d'ordre public de l'AUSC (A). D'autre part et pour compléter l'analyse, nous exposerons le rôle incertain que joue l'ordre public sociétaire dans le contrôle des sentences arbitrales en droit Ohada (B).

A- L'incidence du critère de la libre disponibilité sur la portée de l'ordre public sociétaire

200. « *Aptitude d'une cause à constituer l'objet d'un arbitrage* »⁴⁹⁴, l'arbitrabilité matérielle se définit en droit Ohada à l'aune du caractère de la disponibilité du droit litigieux⁴⁹⁵. Si le choix

⁴⁹² G. HORSMANS et Y. DE CORDT, « La recherche arbitrale de l'efficacité sociétaire », in *Mélanges P. VAN OMMESLAGHE*, Bruylant, 2001, p. 531 s. n° 20.

⁴⁹³ M. BANDRAC, J.-P. DOM et B. Le BARS, « Arbitrage », in *J.-Cl. Société-Traité*, fasc. 29-30, n° 31.

⁴⁹⁴ A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bale, Helbing und Lichtenhahn, 1988, p. 37.

⁴⁹⁵ Il ne nous paraît pas ici important de rappeler la condition légale (article 21 du traité de l'Ohada) qui veut que les litiges arbitrables soient « *d'ordre contractuel* ». Il nous semble en effet que cette condition n'est pas un filtre pour l'arbitrabilité des litiges du droit des sociétés en raison notamment de ce que, la société commerciale en droit Ohada est fondée sur un contrat de société et que, d'après la doctrine, « *tout différend qui a un quelconque lien*

de ce critère par le législateur Ohada a déjà été jugé non pertinent par certains⁴⁹⁶, c'est plutôt la signification et les implications du concept de droit disponible qui nous intéressent ici. Ayant « opté pour une approche simplement évocatrice de la notion »⁴⁹⁷, le choix du législateur Ohada est décrié en doctrine parce que ne renseignant ni sur le sens, ni sur le contenu qu'il entend lui donner⁴⁹⁸. Mais, le flou qu'il y a dans la législation à propos de la notion de droit disponible cache plutôt, selon un auteur⁴⁹⁹, un embarras conceptuel d'autant que la notion de droit disponible semble avoir été élaborée pour contourner le concept de l'ordre public. De ce fait, on peut considérer que la définition substantielle des droits disponibles n'est pas sans lien avec le concept d'ordre public. La doctrine a même qualifié d'« *indisponible, le droit d'ordre public auquel les parties ne peuvent renoncer* »⁵⁰⁰ pour rappeler qu'un droit d'ordre public n'a pas vocation à la disponibilité. Par conséquent, si l'arbitrabilité des litiges en droit Ohada suppose la disponibilité des droits litigieux, la consécration de l'arbitrabilité de tous les litiges sociétaires sous-entend la disponibilité des droits en cause et donc une altération de la portée des règles impératives qui consacrent lesdits droits disponibles.

201. En effet, « *un droit est disponible lorsqu'il est sous la totale maîtrise de son titulaire, à telle enseigne qu'il peut tout faire à son propos et notamment l'aliéner voire y renoncer* »⁵⁰¹. Ceci implique la possibilité pour les titulaires de tels droits, d'en faire des objets de conventions, de les aliéner, voire de renoncer à leur bénéfice. Ainsi, l'égalité entre associés, le droit au partage des bénéfices, celui de rester associé ou encore le droit de ne pas se voir imposer une augmentation de ses engagements, qui revêtent dans leur ensemble la qualification d'ordre public, seraient dès lors disponibles, librement aliénables et susceptibles de renonciation.

202. On comprend ainsi que, normalement, la nature disponible d'un droit est incompatible avec son caractère d'ordre public notamment en ce que l'aliénation volontaire et la renonciation envisageables le cas échéant, atteignent la portée impérative des dispositions d'ordre public du

avec un contrat [...]est potentiellement arbitral » : cf. S. OUSMANOU, « Arbitrabilité », in *Encyclopédie du droit Ohada*, op. cit. , p. 229, n° 16.

⁴⁹⁶ O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2014, p. 218, n° 272 et s.

⁴⁹⁷ S. OUSMANOU, « Arbitrabilité », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 234, n° 41.

⁴⁹⁸ P. MEYER, *OHADA : Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Collection « Droit uniforme africain », 2002, p. 101 et s.

⁴⁹⁹ S. OUSMANOU, « Arbitrabilité », op. cit., p. 234, n° 41. Dans le même sens, voir aussi B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Thèse, Paris 2 Panthéon-Asas, 1994.

⁵⁰⁰ C. PAULIN, *Le Lamy Logistique*, partie 6, Etude n° 628 – 12.

⁵⁰¹ P. LEVEL, « L'arbitrabilité », in *Rev. arb.* 1992, p. 219.

droit des sociétés. Mais, il nous plaît tout particulièrement de nous attarder sur la renonciation qui « *constitue un réel outil de disposition des droits* »⁵⁰².

203. Notons à cet effet qu'une corrélation absolue a constamment été établie entre le statut d'ordre public d'une norme -normalement exclue de l'emprise du pouvoir de la volonté- et l'impossibilité de renoncer à la prérogative qu'elle confère⁵⁰³. Le caractère disponible notamment des droits fondamentaux des associés, qui peut se déduire de l'arbitrabilité des litiges sociétaires en droit Ohada, suppose que leurs titulaires soient en mesure de modifier conventionnellement les effets d'un texte qui serait *a priori* d'ordre public. En réalité, l'idée de renoncer à des droits d'ordre public n'est pas nouvelle, elle est admise en droit français en raison notamment d'une règle de droit antique qui veut « *que chacun soit libre de renoncer à ce qui a été introduit en sa faveur* »⁵⁰⁴. Toutefois, une théorie générale de la renonciation étant fort périlleuse à formuler⁵⁰⁵, la multiplicité des doctrines élaborées en matière de renonciation en droit français ne facilite pas la détermination des dispositions d'ordre public susceptibles de renonciation⁵⁰⁶.

204. Pour autant, il n'en demeure pas moins que la possibilité de la renonciation occasionne, selon Sophie SCHILLER, la restauration du caractère supplétif d'une règle impérative⁵⁰⁷ qui met, par conséquent, la notion d'ordre public dans une « *insécurité* » caractérisée, d'après la doctrine, par l'affaiblissement de sa portée obligatoire⁵⁰⁸. Par ailleurs, en ce qu'elle exprime une faculté qui accroît la liberté des associés et traduit le pouvoir de leur volonté sur l'impératif sociétaire, la renonciation semble répondre à l'idée de la contractualisation du droit des sociétés.

205. Néanmoins, le législateur Ohada n'a sans doute pas voulu ériger en principe, la possibilité de renonciation qu'on peut déduire de son critère de l'arbitrabilité des litiges

⁵⁰² R. DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 173, n° 285.

⁵⁰³ S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, LGDJ, 2002, p. 38, n° 70. Voir aussi P. RAYNAUD, « La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en droit civil » : *RTD civ.* 1936, p. 763, n° 33.

⁵⁰⁴ « *Regula est juris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renuntiare* » : cf. J. CARBONNIER, « Les renoncements au bénéfice de la loi en droit privé », *Rapport général. Travaux de l'Association Henri Capitant, pour la culture juridique française (Paris-Strasbourg-Dijon, 24-31 mai 1960)*, Dalloz, 1963, p. 283.

⁵⁰⁵ O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », in H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 441 et s.

⁵⁰⁶ Pour une synthèse des théories élaborées en droit français relativement à la renonciation, voir la thèse de S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, LGDJ, 2002, pp. 38-66.

⁵⁰⁷ S. SCHILLER, *idem*, p. 38, n° 70.

⁵⁰⁸ T. REVET, « L'ordre public et les relations de travail », in T. REVET (coord.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 57, n° 24. L'auteur souligne l'affaiblissement de la force de l'ordre public par l'effet de la possibilité d'une renonciation.

sociétaires. Auquel cas on assisterait à l'émergence d'un système de grande liberté pour les associés qui s'affranchiraient ainsi de toutes règles impératives du droit des sociétés notamment celles qui protègent leurs intérêts. C'est pour cette raison qu'à défaut d'être le filtre pertinent des litiges sociétaires arbitrables, il est opportun que l'ordre public puisse constituer un véritable critère du contrôle *a posteriori* des sentences arbitrales. Ce n'est pourtant pas le cas en droit Ohada où l'ordre public sociétaire subit une réelle marginalisation lors du contrôle par le juge étatique de la sentence arbitrale.

B- L'incertitude de la prise en compte de l'ordre public sociétaire lors du contrôle de la sentence arbitrale

206. L'arbitrabilité des litiges qui relèvent des questions intéressant l'ordre public ne signifie pas que la référence à l'ordre public disparaît de la justice arbitrale. Il est en effet communément fait obligation à l'arbitre de respecter le contenu des règles d'ordre public en litige afin de garantir la validité et l'exécution de sa sentence par les juridictions étatiques. C'est du moins, ce qui ressort de l'esprit même de l'arbitrage et qui le rapproche dans une certaine mesure de la justice institutionnelle⁵⁰⁹.

207. Fondamentalement, l'idée est de ne pas affranchir l'ensemble du processus arbitral de toute exigence relative à l'ordre public. Ce qui reviendrait à une libéralisation à l'extrême de la justice arbitrale qui, dans sa nature même, présente la particularité de pouvoir être soumise au contrôle du juge étatique, garant du respect de l'ordre public. Ainsi, dans les hypothèses où le juge d'appui a l'occasion de connaître de la teneur de la sentence arbitrale, il vérifie notamment si l'arbitre s'est conformé aux dispositions d'ordre public de la matière. C'est, semble-t-il, la raison d'être des modalités d'intervention du juge étatique, organisées par la loi relativement à l'issue de la procédure arbitrale⁵¹⁰.

208. Ainsi, la doctrine est unanime sur le fait que l'arbitre, « *peut statuer sur des matières intéressant l'ordre public sociétaire, et la seule limite de son intervention réside dans la violation de ce dernier, dont il ne doit pas être l'instrument* »⁵¹¹. Il « *ne peut pas écarter une règle d'ordre public. Il doit même en faire une application d'office* »⁵¹². En réalité, le contrôle de la sentence arbitrale opéré lors de l'exequatur ou à la suite d'une demande en annulation de

⁵⁰⁹ Voir P. MAYER, « L'arbitre et la loi », in *Etudes offertes à Pierre CATALA. Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Litec, 2001, p. 226.

⁵¹⁰ C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n° 895 et s.

⁵¹¹ D. COHEN, *Arbitrage et société*, LGDJ, 1993, n° 280.

⁵¹² M. BANDRAC, J.-P. DOM et B. Le BARS, « Arbitrage », in *J.-Cl. Société-Traité*, fasc. 29-30, n° 70.

la sentence est l'occasion pour le juge de vérifier si l'arbitre s'est conformé à l'ordre public sociétaire lors de la reddition de sa décision⁵¹³. Néanmoins, on peut regretter avec la doctrine le constat qui se dégage de la pratique et selon lequel le contrôle de la sentence arbitrale est souvent « *particulièrement léger* »⁵¹⁴. A cet effet, on a justement fait remarquer qu'en France, la jurisprudence se montre mesurée quant au contrôle de la sentence arbitrale au point de contrarier l'application de l'ordre public⁵¹⁵.

209. Pour ce qui est du droit Ohada, les textes sur l'arbitrage prévoient aussi des voies de recours en vue du contrôle de la sentence⁵¹⁶. Mais leur mise en œuvre révèle un réel défaut de prise en compte préjudiciable à la portée de l'ordre public sociétaire lors dudit contrôle. Presqu'à l'identique de l'article 1520-5° du code français de procédure civile qui prévoit un contrôle de la sentence arbitrale au regard de l'« *ordre public international* »⁵¹⁷, les dispositions du droit Ohada organisent elles aussi le contrôle de la sentence arbitrale en référence à la notion « *d'ordre public international des Etats signataires* »⁵¹⁸. Toutefois, cet ordre public international auquel le juge d'appui doit se référer ne semble pas faire l'unanimité ; tant son sens que son contenu suscitent de récurrentes interrogations⁵¹⁹.

210. En effet, dans le cadre du contrôle de la sentence arbitrale par le juge étatique saisi d'une demande d'exequatur ou d'un recours en annulation, le législateur Ohada invite le juge à se référer à l'ordre public international⁵²⁰. De ce fait, il est prévu que la violation par un tribunal

⁵¹³ E. SCHOLASTIQUE, « Arbitrage et droit des sociétés » : *Rev. Dr. et Patr.*, 2002, n° 105, p. 52.

⁵¹⁴ M. BUCHBERGER, « L'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, op.cit., p. 198, n° 25. Voir aussi C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., n° 981.

⁵¹⁵ M. BUCHBERGER, « L'ordre public sociétaire », op.cit., p. 198, n°25 et s. ; *adde* C. JARROSSON, « L'intensité du contrôle de l'ordre public », in E. LOQUIN et S. MANCIAUX (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p.161. ; P. MAYER, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », in *Rev. arb.* 1994, p. 615, n° 5 et s.

⁵¹⁶ Voir dans l'AUA, les articles 25 et suivants qui organisent les recours contre la sentence arbitrale et les articles 30 et suivants qui fixent le régime de la reconnaissance des sentences arbitrales.

⁵¹⁷ L'article 1520 du code de procédure civile français dispose en effet en son point 5 que « *Le recours en annulation n'est ouvert que si (...) la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international* ».

⁵¹⁸ Cf. art. 26 AUA.

⁵¹⁹ Voir P. DIEDHIOU, *La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales dans l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage de l'Ohada*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel JACQUET*, LexisNexis, 2013, p. 494. A noter par ailleurs que la maîtrise du contenu de cette notion continue d'ébranler aussi la doctrine française. Voir notamment à ce sujet P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959 ; R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in T. REVET (coord.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 65.

⁵²⁰ Nous notons que la règle, telle que posée, vaut pour toutes les sentences arbitrales qu'elles soient rendues à l'issue d'un arbitrage ad hoc ou sous l'égide de la CCJA. Mais nous n'entendons pas revenir sur la différence de terminologie utilisée par le législateur qui varie du règlement d'arbitrage de la CCJA à l'AUA. Le législateur parle indistinctement les expressions « *ordre public international* » (art. 30.6 du règlement d'arbitrage de la CCJA), « *ordre public international des Etats signataires du traité* » (art. 26 de l'AUA).

arbitral « *d'une règle d'ordre public international des Etats signataires du traité* » est une cause d'annulation de la sentence arbitrale⁵²¹. Aussi, la reconnaissance et l'exécution de ce dernier sont-elles refusées si la sentence « *est manifestement contraire à une règle d'ordre public international des Etats-parties* »⁵²².

211. Il devient dès lors important de savoir, dans l'hypothèse d'une sentence arbitrale rendue en matière de droit des sociétés de l'Ohada, si le contrôle de sa validité tient compte de l'ordre public sociétaire tel qu'il se dégage des dispositions applicables en la matière. Autrement dit, est ce que l' « *ordre public international des Etats signataires* » est conçu de manière à s'entendre des dispositions d'ordre public des Actes uniformes, et donc de l'ordre public sociétaire de l'AUSC pour ce qui concerne la présente étude.

212. « *La question divise profondément la doctrine* »⁵²³, qui semble attendre une orientation jurisprudentielle précise⁵²⁴. Cette incessante recherche d'unanimité sur la notion d'ordre public international des Etats signataires serait notamment due à sa nature « *passablement ambiguë* »⁵²⁵ et surtout au fait que les conceptions les plus défendues ne semblent pas prendre en compte les dispositions d'ordre public des Actes uniformes pour le contrôle des sentences arbitrales.

213. Certes, une tendance favorable à la prise en compte des règles d'ordre public des Actes uniformes dans la définition de l'ordre public international des Etats signataires de l'Ohada s'est d'abord dessinée. On a ainsi écrit que « *cet ordre public international des Etats parties [est], en réalité un ordre public communautaire qui doit tenir compte des règles impératives du droit Ohada et du droit international* »⁵²⁶. Mais cette tendance ne semble pas avoir prospéré, parce que traduisant une « *vision [qui] ne correspond pas à l'état du droit positif qui prévoit des règles d'ordre public interne distinct de son ordre public international* »⁵²⁷.

⁵²¹ Voir art. 26 AUA. Voir aussi B. BAYO BYBI, « L'efficacité de la convention d'arbitrage en droit Ohada » : *Rev. ERSUMA*, n° 2, Mars 2013, p. 73.

⁵²² Voir art. 31 *in fine* AUA, Pour les arbitrages CCJA ; voir art. 30.6 du règlement d'arbitrage de la CCJA.

⁵²³ S. I. BEBOHI EBONGO, « L'ordre public international des Etats parties à l'OHADA », in *Rev. cam. arb.*, n° 34, juil.-août-sept. 2006, p. 4.

⁵²⁴ On a notamment écrit qu' « *Il appartient à la Cour commune de Justice et d'arbitrage de l'OHADA, juridiction supranationale, non seulement de préciser le sens de cette notion, mais surtout de définir un véritable ordre public communautaire de l'Ohada* ». cf. S. I. BEBOHI EBONGO, « L'ordre public international des Etats parties à l'OHADA », *idem*. Voir aussi Ph. LÉBOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit en Afrique » : *Rev. arb.* 1999, n° 3, p. 567, n° 53.

⁵²⁵ P. MEYER, *OHADA : Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Collection « Droit uniforme africain », 2002, p. 258, n° 439.

⁵²⁶ P.-G. POUGOUE, J.-C. JAMES et *alii*, « Actes uniformes », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 82, n° 242.

⁵²⁷ G. NGOUMTSA ANOU, « Actes uniformes et conflits de lois », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 217, n° 181.

214. C'est alors que, logiquement, on a ensuite soutenu que la « *règle d'ordre public international des Etats signataires* » doit être distinguée de l' « *ordre public interne* » de l'Ohada qui, en droit des sociétés commerciales, s'assimile à l'ordre public sociétaire. L'ordre public interne de l'Ohada et l'ordre public international des Etats signataires n'entretiendraient qu'un rapport de voisinage dans lequel chaque expression recouvrirait une réalité propre⁵²⁸. Le premier désigne « *toutes les règles communes impératives auxquelles on ne peut déroger par convention* »⁵²⁹. En ce sens, on a même expressément illustré que « *l'essentiel des règles du droit Ohada des sociétés forme des règles d'ordre public internes de l'Ohada* » et « *ne s'imposent pas nécessairement dans l'ordre international de l'Ohada* »⁵³⁰. Quant au second, il s'agit d'un ordre public au sens du droit international privé qui n'a vocation à s'appliquer qu'à l'arbitrage des seuls litiges internationaux⁵³¹. En tant que tel, le législateur ferait référence à « *un ordre public d'éviction* » dont le rôle est d'écartier l'application d'une loi étrangère⁵³². Cette conception semble avoir été confortée par les juges de la CCJA qui ont décidé, dans un litige qui opposait deux sociétés de droit béninois relativement au commerce interne, que « *c'est à tort qu'est invoquée la violation de l'ordre public international comme moyen d'annulation de la sentence rendue dans un tel arbitrage* »⁵³³. A cet effet, la doctrine commente alors, que, ce faisant, la juridiction communautaire « *révèle que certaines normes de l'Ohada s'appliquent à l'arbitrage interne tandis que d'autres, sont réservées à l'arbitrage international notamment la référence à l'ordre public international* »⁵³⁴.

215. A notre avis, cette analyse soulève notamment deux réflexions. *Primo*, les décisions issues des arbitrages internes échapperaient logiquement au contrôle de leur conformité en vue de leur éventuelle annulation. La raison en est que la référence faite à la notion d'ordre public international ne concerne que l'arbitrage international et surtout que le contenu de cette dernière notion ne recouvre pas celle de l'ordre public interne. *Secundo*, une telle façon d'appréhender l'ordre public international de l'Ohada introduit en droit Ohada une différence entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international alors même que le législateur n'a pas entendu distinguer entre ces modalités de l'arbitrage⁵³⁵.

⁵²⁸ G. NGOUMTSA ANOU, « Actes uniformes et conflits de lois », *idem*.

⁵²⁹ G. NGOUMTSA ANOU, « Actes uniformes et conflits de lois », *idem*, p. 220, n° 196.

⁵³⁰ *Idem*, p. 217, n° 181.

⁵³¹ P. MEYER, *OHADA : Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Collection « Droit uniforme africain », 2002, p. 258, n° 439.

⁵³² G. NGOUMTSA ANOU, « Actes uniformes et conflits de lois », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, pp. 220-221, n° 198.

⁵³³ CCJA, arrêt n° 045/2008, 17 juil. 2008, SONAPRA, *Recueil CCJA*, n° 12, 2008, p. 66.

⁵³⁴ G. NGOUMTSA ANOU, « Actes uniformes et conflits de lois », *préc.*, p. 217, n° 181.

⁵³⁵ Sur l'absence de distinction entre arbitrage interne et arbitrage international en droit Ohada, voir A. FENEON, « La participation à l'arbitrage des personnes morales de droit public (L'exemple de l'Ohada) », in H.

216. Par ailleurs, d'autres auteurs pour qui la formulation de la disposition légale n'est pas anodine, avancent que l'ordre public international dont parle le législateur est bien celui « *des Etats signataires du traité* »⁵³⁶ et devrait, de ce fait, pouvoir s'interpréter comme l'ordre public international de chaque Etat signataire pris individuellement. Pour les partisans de cette forme d'interprétation⁵³⁷, « *l'ordre public international d'un Etat membre* », devrait s'entendre de l'ordre public international de l'Etat où l'annulation ou l'exequatur est demandé car, écrivent-ils, « *celui [l'ordre public] d'un autre Etat peut être différent* ».

217. Une telle approche avait été pensée par le Professeur Pierre MEYER⁵³⁸, qui avance néanmoins qu'elle ne serait envisageable que lorsque le litige soumis à l'arbitre ne relève pas d'une matière harmonisée dans l'espace Ohada. Mais étant donné que la décision annulant ou ayant refusé d'annuler la sentence pourra être connue de la CCJA en cassation⁵³⁹, une autre question de fond qui prouve théoriquement les limites de cette approche est de savoir si la CCJA pourrait apprécier la conformité d'une sentence arbitrale à l'ordre public international de chaque Etat partie et ce, surtout dans des matières qui ne font pas l'objet d'harmonisation⁵⁴⁰. Nous avons dit théoriquement puisque des auteurs rapportent qu'en pratique « *l'examen de la jurisprudence produite par les juridictions étatiques de l'espace OHADA en la matière révèle que dans les quelques cas inventoriés, le juge saisi s'est appuyé sur l'ordre public propre à son Etat pour refuser d'accorder l'exequatur sollicité* »⁵⁴¹ ou d'annuler ou non la sentence critiquée.

218. Des développements qui précèdent, on perçoit non seulement la difficulté à mettre en œuvre le critère de l'ordre public international comme repère de contrôle de la sentence

BENCHENITI et A. FALALI (dir.), *Les annales de l'Université d'Alger I*, Série spéciale - Colloques et Séminaires, n° 3/ 2014, p. 162, n° 22. L'auteur note expressément « *que le droit OHADA ne fait pas de distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international* ».

Pour un autre auteur, « *la distinction entre arbitrage interne et arbitrage internationale n'est plus d'actualité* » dans les pays de l'Ohada et l'inutilité de la distinction entre arbitrage interne et arbitrage international en droit Ohada est une « *originalité procurée par le droit Ohada en matière d'arbitrage* » : Cf. O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, op. cit., spéc. p. 216, n° 271 et p. 201, n° 252.

⁵³⁶ J.-P. ANCEL, « Le contrôle de la sentence », in P. FOUCHARD (dir.), *L'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René-Jean DUPUY pour le droit et le développement (Vol. I), Bruylant, 2000, p. 191. L'auteur se demande notamment : « *pourquoi l'ordre public international "des Etats parties" ?* » et répond que cette formulation légale permet légitimement d'interpréter la notion comme « *l'ordre public international d'un Etat donné de cette communauté* ».

⁵³⁷ B. MERCADAL (dir.), *Code Pratique OHADA. Traité, Actes uniformes et Règlements annotés*, éd. Francis LEFEBVRE, 2014, p.168. Comm. sous art. 26 AUA.

⁵³⁸ Voir P. MEYER, *OHADA : Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Collection « Droit uniforme africain », 2002, p. 258, n° 439.

⁵³⁹ Cf. art. 25 AUA.

⁵⁴⁰ Rappelons que, suivant les dispositions de l'article 14 du traité de l'Ohada, la CCJA n'est compétente que pour les règles de compétence de la CCJA.

⁵⁴¹ P.-G. POUGOUE, J.-C. JAMES et alii, « Actes uniformes », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 82, n° 242.

arbitrale⁵⁴², mais surtout l'incertitude généralisée relative à la prise en compte de l'ordre public sociétaire du droit Ohada à l'occasion du contrôle des sentences arbitrales en droit des sociétés. Mieux, le contrôle de la sentence n'étant qu'« éventuel »⁵⁴³, les parties peuvent, en raison du pouvoir de leur volonté sur la procédure arbitrale, adopter ou faire adopter conventionnellement des solutions qui s'inspirent moins de la règle de droit, soit-elle d'ordre public, que de leur sentiment d'équité.

219. De telles éventualités ne sont pas étrangères au droit Ohada, qui consacre la possibilité pour les parties à l'instance arbitrale d'y mettre fin par transaction⁵⁴⁴. Aussi, les parties peuvent-elles confier à l'arbitre la mission de statuer en amiable compositeur⁵⁴⁵. Il s'agit dans cette dernière hypothèse d'une modalité de mise en œuvre de l'arbitrage dans laquelle l'arbitre amiable compositeur n'est pas obligé de statuer conformément à la règle de droit⁵⁴⁶. Pour le Professeur Loïc CADIET, dans l'amiable composition, « *la contractualité de l'arbitrage est même d'autant plus forte que l'arbitre aura mission de trancher le litige, non pas en droit, par application des règles juridiques, mais en équité, comme amiable compositeur* »⁵⁴⁷.

220. Beaucoup d'auteurs soutiennent néanmoins que l'amiable composition ne permet en aucun cas à l'arbitre d'écarter les règles de droit d'ordre public. Mais dans les faits, il est clair que les arbitres, ne disposent pas de moyens pour distinguer dans la loi applicable, les dispositions d'ordre public qui devraient s'imposer à eux. Aussi, partant du fait que c'est « *largement afin d'échapper à la référence nécessaire à la règle de droit que les parties désirent souvent se soumettre à l'arbitrage [en amiable compositeur]* »⁵⁴⁸, la mission que celles-ci confient à l'arbitre manifeste de leur part, « *une renonciation conventionnelle au bénéfice de la loi* »⁵⁴⁹, même d'ordre public qui assurerait leur protection. Dans ces conditions, si la solution à laquelle aboutit l'arbitrage satisfait l'équité et l'intérêt commun des parties, il est possible

⁵⁴² H.-J. TAGUM FOMBENO, « *Regard critique sur le droit de l'arbitrage OHADA* », http://www.tagumjoel.com/document/doc/regar_arb.pdf?8a5f82d7d95452317e518309eea91055=1b1cb316b2a2f1f4d9133d91e649a487

⁵⁴³ M. BANDRAC, J.-P. DOM et B. Le BARS, « Arbitrage », in *J.-Cl. Société-Traité*, fasc. 29-30, n° 31.

⁵⁴⁴ Art. 16 AUA.

⁵⁴⁵ L'amiable composition est un système de résolution du litige reconnu dans le droit de nombreux pays notamment dans les législations relatives à l'arbitrage. En droit Ohada, c'est l'article 15 de l'AUA qui consacre la possibilité pour les arbitres de « *statuer en amiable compositeur lorsque les parties lui ont conféré ce pouvoir* ». En droit français, les dispositions des articles 1478 et 1512 applicables respectivement à l'arbitrage interne et à l'arbitrage international disposent d'une part que « *le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition* » et d'autre part que « *le tribunal arbitral statue en amiable composition si les parties lui ont confié cette mission* ».

⁵⁴⁶ V. DAI DO, « L'amiable composition, une voie à privilégier dans l'arbitrage ? », in J. MESTRE (dir.), *La paix, un possible objectif pour les juristes de droit des affaires*, LGDJ, 2016, p. 261, n° 7.

⁵⁴⁷ L. CADIET, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », in *R.L.R.*, n° 28, 2011, p.149, n° 4.

⁵⁴⁸ B. MOREAU et alii, « Arbitrage commercial », in *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2013, n° 279

⁵⁴⁹ CA Paris, 28 nov. 1996, *Rev. arb.* 1997, p. 380, note E. LOQUIN.

que, même contraire à l'ordre public, elle puisse être exécutée volontairement tant qu'elle ne subit –ce qui est probable– aucun contrôle de la juridiction étatique⁵⁵⁰. Sans doute que ces raisons sont de celles qui ont amené certains auteurs à affirmer que l'arbitrage en amiable composition est un mécanisme qui « *permet à l'amiable compositeur de résoudre le conflit sur des bases extra-juridiques* »⁵⁵¹.

221. Si l'arbitrabilité des litiges sociétaires, telle que posée par le législateur Ohada et exposée dans nos développements, dénote des limitations à la portée de l'ordre public sociétaire, il y a dans la réforme de l'AUSC davantage de raisons de douter d'une réelle portée impérative des dispositions d'ordre public sociétaire. En effet, comme s'il avait décidé d'instituer une « *privatisation de la justice commerciale* »⁵⁵², le législateur Ohada offre désormais aux sujets de son droit des sociétés, la possibilité de recourir à de véritables modes amiables de règlement des conflits.

§2 : La relativité de l'ordre public, tirée de la mise en œuvre des autres modes de règlement amiable des conflits sociétaires

222. La réforme de l'AUSC a été l'occasion pour le législateur OHADA de diversifier les alternatives à la justice étatique qu'il offre en vue du règlement des litiges sociétaires. Désormais, la société et les associés peuvent, d'après le législateur, recourir à « *d'autres modes alternatifs de règlement des différends* »⁵⁵³. Si la doctrine⁵⁵⁴ appelle à se rendre à l'évidence que, le recours à l'arbitrage rend aléatoire l'application effective de la règle de droit malgré l'obligation des arbitres de respecter la loi, on est fondé à se demander si le respect exclusif des prescriptions légales peut être assurée dès lors que les litiges sont susceptibles d'être réglés dans

⁵⁵⁰ En réalité, si la sentence rendue en amiable composition traduit le sentiment d'équité des parties au litige, il y a peu de chance qu'elle fasse l'objet d'un contrôle de sa conformité à l'ordre public par le biais d'un recours en annulation. De même, cette sentence est fortement susceptible de s'exécuter volontairement. Ce qui dispense les parties de la demande d'exequatur qui aurait pu révéler sa contrariété avec l'ordre public.

⁵⁵¹ E. LOQUIN, « Arbitrage » : *J.-Cl. Procédure civile*-Fasc. 1038, 2009, n° 2.

En ce sens, voir aussi V. H. SLIM, « Une nouvelle loi relative à l'arbitrage au Proche-Orient : la loi syrienne n° 4 du 25 mars 2008 », in *Les cahiers de l'arbitrage*, n° 2, avr. 2010, p. 551. Dans le même sens, voir aussi le professeur Jean PAILLUSSEAU qui écrit que « *Parfois même, et de manière croissante, le fond des litiges échappe aux tribunaux quand ils sont soumis à l'arbitrage en amiable composition et que les arbitres ont pour mission de juger en équité* » : cf. J. PAILLUSSEAU, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIe siècle » : D. 2003, p. 260 et s. n° 7.

⁵⁵² C. RAYMOND, « Réflexion sur quelques problèmes de l'arbitrage international. Faiblesses, menaces et perspectives », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz, 1999, p. 790.

⁵⁵³ Art. 148 de l'AUSC, *in fine*.

⁵⁵⁴ P. MAYER, « L'arbitre et la loi », in *Etudes offertes à Pierre CATALA. Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Litec, 2001, p. 225. Voir aussi M. BUCHBERGER, « L'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, op.cit., p. 198, n° 25. Ce dernier auteur démontre que « *L'application de l'ordre public [est] contrariée par le recours à l'arbitrage* ».

le cadre des modes alternatifs de règlement des conflits qui postulent une « *justice douce* » ainsi qu'une totale liberté des parties dans la négociation en vue d'une solution de pacification des rapports.

223. En dépit des raisons communément rappelées, et qui pourraient justifier l'introduction et la généralisation des MARC dans le traité de l'OHADA⁵⁵⁵, le choix du législateur Ohada d'instituer le règlement amiable⁵⁵⁶ des litiges sociétaires suscite certaines curiosités. La plus importante est de savoir la portée réelle que le législateur lui-même reconnaît aux dispositions impératives du droit des sociétés de l'Ohada quand il propose de régler à l'amiable les litiges impliquant ces dernières ?

224. Avant d'évaluer les effets d'une telle déjudiciarisation des litiges sociétaires sur l'ordre public sociétaire (**B**), nous nous attèlerons au préalable à appréhender les contours de cette possibilité de recourir aux MARC, telle que consacrée dans la réforme de l'AUSC (**A**).

A- La consécration de la liberté de recourir au règlement amiable des litiges sociétaires

225. La position du législateur est clairement affichée à l'article 148 de l'AUSC. Outre l'arbitrage, les litiges sociétaires peuvent être soumis à « *d'autres modes alternatifs de règlement des différends* ». Avant la réforme de l'AUSC, les acteurs des sociétés commerciales n'auraient pas pu songer à une telle liberté, puisque l'Acte uniforme semblait avoir, à l'exception de l'arbitrage, érigé des obstacles au recours aux modes alternatifs de règlements des différends⁵⁵⁷. En effet, aucune référence n'avait été faite à ces « *autres modes alternatifs* » dans l'AUSC, qui étaient pourtant consacrés par l'Acte uniforme relatif aux sociétés coopératives⁵⁵⁸. Mieux, au silence du législateur s'ajoutait la consécration du caractère d'ordre

⁵⁵⁵ Voir A. NGWANZA (dir.), « Les MARC en Ohada », in *Journal Africain du Droit des Affaires*, n° 1, 2011, p. 6 et s ; K. TSAKADI, « Quelle place pour les MARC dans l'harmonisation du droit Ohada des contrats ? » : *Rev. dr. unif.* vol. 13, n° 1-2, jan. 2008, p. 511 et s ; A. DIENG, « Approche culturelle des ARD en OHADA », in *JADA*, 2011-1, p. 25 et s.

⁵⁵⁶ P. MEYER, *OHADA : Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Collection « Droit uniforme africain », 2002, p. 14, n° 24. Pour l'auteur, les autres modes alternatifs de règlement des différends à savoir la médiation, la conciliation, la transaction... sont « *des modalités de règlement amiable* ».

⁵⁵⁷ L'une des faiblesses handicapant le plein épanouissement du droit OHADA est que « *la médiation n'est guère mise en valeur dans la zone* » ; cf. B. MERCADAL, « Préface », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. XIV.

⁵⁵⁸ L'article 117 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés coopératives du 15 décembre 2010, dispose que « *tout litige entre coopérateurs ou entre un ou plusieurs coopérateurs et la société coopérative [...] peut également être soumis à la médiation, à la conciliation ou à l'arbitrage* ».

public de l'ensemble de l'Acte uniforme qui, enlevait implicitement aux associés toute faculté de transiger⁵⁵⁹.

226. Paradoxalement, les politiques législatives contemporaines au droit Ohada se caractérisent pour la plupart d'entre elles, par « *un nouveau phénomène, une mode, somme toute des modes à la mode* »⁵⁶⁰. Dès lors et selon l'avis de la doctrine⁵⁶¹ ainsi que des autorités de l'Ohada⁵⁶², l'introduction des autres modes de règlement de différends à assez vite été définie comme un nouveau défi pour l'Ohada, notamment parce qu'en raison des évolutions contemporaines, la systématisation d'un recours aux modes de règlement amiable est clairement évoquée comme une alternative à la justice contentieuse instituée par l'Etat⁵⁶³. La réforme de l'AUSC a alors été l'occasion pour le législateur d'offrir la possibilité de régler les différends en droit des sociétés dans le cadre d'une « *justice négociée* »⁵⁶⁴. Pour ce faire, les rédacteurs de l'AUSC proposent le recours à un domaine véritablement ouvert des modes de règlement

⁵⁵⁹ Sous réserve de l'exception faite à l'arbitrage et dont les modalités ont été étudiées plus haut, le principe selon lequel « *on ne peut transiger sur l'ordre public* » restait implicitement posé.

⁵⁶⁰ C. POLI, « La médiation : une technique juridique au service de la paix en droit des affaires », in J. MESTRE (dir.), *La paix, un possible objectif pour les juristes de droit des affaires*, LGDJ, 2016, p. 281.

⁵⁶¹ « Outre l'arbitrage, il existe d'autres modes de règlement des litiges que le recours aux juges étatique ou à l'arbitrage, qui mériteraient une uniformisation. Il en est ainsi de la médiation et de la conciliation » : cf. J. ISSA SAYEGH et P.-G. POUGOUE, « L'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions » : *Rev. dr. unif.* 2008, n° 1-2, p. 469.

⁵⁶² Au début de l'année 2013, le Secrétariat Permanent de l'OHADA lançait un avis d'appel d'offre relatif à l'extension de l'OHADA à d'autres matières notamment la médiation commerciale. Avis d'appels d'offre disponible sur : <http://www.ohada.org/offres-emplois-sp/fr/sp/actualite/3673,selection-dun-consultant-ou-dun-groupe-de-consultants-pour-etude-sur-les-nouvelles-matieres-ohada.html>. Voir aussi le discours de S.E Boni YAYI, alors président de la République du Bénin l'occasion de l'ouverture du conseil des ministres de l'OHADA, les 14 et 15 juin 2012 à Cotonou. Dans ledit discours téléchargeable sur www.ohada.org/.../3638,conseil-des-ministres-de-lohada-benin-juin-2012. Le président de la république du Bénin d'alors, M. Boni YAYI déclarait notamment que l'on ne pouvait plus se permettre dix-neuf ans après la signature du traité de l'Ohada, d'éluder « *la question ... de la médiation commerciale* ».

⁵⁶³ Voir F. LECLERC, « L'avancée des MARC : ordre ou désordre ? Contribution à une théorie générale des MARC », in H. BENCHENITI et A. FALALI (dir.), *Les annales de l'Université d'Alger I*, Série spéciale - Colloques et Séminaires, n° 3/ 2014, p. 10, n° 7.

Aussi, une étude récente, révèle-t-elle que la règle doit être de proposer chaque fois une transaction, une conciliation ou une médiation ; le traitement juridictionnel devant être l'exception : cf. A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BARNABE et alii, *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI^e siècle*, Rapport de la mission de réflexion confiée par Madame Christiane Taubira, garde des Sceaux, à l'Institut des hautes études sur la justice, sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention, mai 2013, p. 31.

⁵⁶⁴ « *Le but du recours à un mode alternatif de règlement des conflits est de parvenir à un accord, solution négociée et non imposée émanant des protagonistes eux même et non d'un tiers* » ; cf. M.-C. RIVIER (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits : un objet nouveau dans le discours des juristes français ?*, [Rapport de recherche], Centre de Recherches Critiques sur le Droit, 2001, disponible sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01050858>, p. 67, n° 134.

Voir aussi sur la notion de justice négociée relativement aux modes amiables de règlement des litiges : J.-P. BONAFE- SCHMITT, « La médiation : du droit imposé au droit négocié », in F. OST, P. GERARD et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé*, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1996, p. 419 et s. ; P. FRUMER, « L'encadrement supranational de la solution contractuelle : l'impact des garanties du procès équitable », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 114.

alternatifs et ceci, contrairement au droit des sociétés coopératives de l'Ohada qui restreint le choix des justiciables à la conciliation et la médiation⁵⁶⁵.

227. A cet effet, les termes de l'article 148 de l'AUSC autorisent formellement le recours à tous moyens de règlement des litiges⁵⁶⁶ autrement que par une décision judiciaire ou par une sentence arbitrale. A ce titre, les mécanismes de règlement amiable des litiges qui s'offrent aux praticiens sont très variés puisque « *les MARC représentent assurément aujourd'hui une panoplie d'outils bien plus riche qu'elle ne l'était il y a encore une trentaine d'années* »⁵⁶⁷. En tant que tel, ils comprennent généralement et sans aucune prétention à l'exhaustivité, « *la médiation et la conciliation, ainsi que les formes de négociation directe sans intervention d'un tiers, telle que la procédure participative* »⁵⁶⁸. Mais d'après la doctrine africaine⁵⁶⁹, les modalités de règlement amiable les plus pratiquées dans l'espace Ohada sont la médiation et la conciliation et dans une moindre mesure, la procédure simulée ou le mini-trial⁵⁷⁰ qui reste quant

⁵⁶⁵ A cet effet, l'article 117 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives de l'Ohada dispose que « *Tout litige entre coopérateurs ou entre un ou plusieurs coopérateurs et la société coopérative relève de la juridiction compétente. Ce litige peut également être soumis à la médiation, à la conciliation ou à l'arbitrage* ».

⁵⁶⁶ On note qu'en France par exemple, les modes alternatifs forment une catégorie ouverte et se présentent comme un « *fourre-tout recouvrant une série hétéroclite de systèmes divers, tendant au règlement des litiges autrement que par un jugement ou une sentence arbitrale* » ; cf. J.-C. GOLDSMITH, « Les modes de règlement amiable des différends (RAD) » : *RIDA* 1996, n° 2, p. 222 et s.

⁵⁶⁷ Selon F. LECLERC, « L'avancée des MARC : ordre ou désordre ? Contribution à une théorie générale des MARC », in H. BENCHENITI et A. FALALI (dir.), *Les annales de l'Université d'Alger I*, Série spéciale - Colloques et Séminaires, n° 3/ 2014, p. 30, n°41. Voir aussi P. BOULISSET, « L'émergence des modes alternatif de règlement des conflits », in *Annales des loyers*, n° 4, 2002, p. 605 et s.

Dans le même sens, le Professeur Jacques EL-HAKIM a écrit qu'« *On a recensé aux États-Unis près de quatre-vingt modes différents de règlement de conflits, tous pourvus, comme il se doit dans la tradition de ce pays-pilote, d'abréviations barbares qui tendent à en définir le contenu* ». Cf. J. EL-HAKIM, « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats », in *R.I.D.C.*, n° 2, 1997, p. 347.

⁵⁶⁸ C. POLI, « La médiation : une technique juridique au service de la paix en droit des affaires », in J. MESTRE (dir.), *La paix, un possible objectif pour les juristes de droit des affaires*, LGDJ, 2016, p. 281

⁵⁶⁹ KENFACK (H.), « La médiation dans les droits "africains" », in W. BEN HAMIDA et S. BOSTANJI (dir.), *La médiation dans tous ses états. Actes du colloque organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017*, éd. A. PEDONE, 2018, p. 355 ; P. MEYER, *OHADA : Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Collection « Droit uniforme africain », 2002, p. 14 et s., n° 24 à 28 ; G. KENFACK DOUJANI, « la conciliation et la médiation dans les pratiques contractuelles », in *Actes du colloque internationale de Libreville sur « Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux »*, Publication de l'ERSUMA, 2012, 1^{ère} édition, p. 259 ; P.-G. POUGOUE, J.-C. JAMES et alii, « Actes uniformes », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 29, n° 17.

⁵⁷⁰ D'origine américaine, la procédure simulée ou mini trial s'est exportée dans le monde sous l'influence des milieux économiques et juridiques anglo-saxons dans lesquels il a connu un succès considérable, la pratique de la procédure simulée s'est sensiblement répandue dans les pays francophones du nord. Elle s'organise notamment en deux grandes étapes consistant d'une part pour les conseils des parties à échanger des mémoires et des pièces mais aussi à plaider chacun sa cause devant les représentants des parties, le plus souvent assistés d'un conseiller neutre. D'autre part, la deuxième phase consiste en un processus transactionnel au cours duquel les parties discutent et négocient en vue de conclure un règlement amiable. Voir M. De BOISSESSON, « Le mini-trial, un procès fictif » : *Petites aff.* 1987, n° 126, p. 134 et s. ; J.-C. NAJAR, « Le mini-trial, chimère ou panacée ? » : *D.P.C.I.* 1988, vol. 14, n° 3, p. 451 et s.

à elle encore peu connue⁵⁷¹. C'est notamment pour cette raison que, sans pour autant occulter les négociations directes entre les parties au litige qui visent une résolution de leur différend sans l'aide d'un tiers, les développements qui vont suivre vont principalement s'intéresser à la médiation et à la conciliation.

228. Il faut par ailleurs noter qu'en dépit du fait que l'article 148 de l'AUSC soit formulé sans précision particulière, il consacre à notre avis, le recours aux modalités conventionnelles des MARC ; c'est-à-dire celles qui se déroulent sur initiative exclusive des parties et en dehors du cadre des juridictions institutionnelles de l'Etat⁵⁷². Mieux encore, telle qu'elle est formulée, la disposition en cause semble traduire la volonté originelle du traité de l'Ohada de permettre aux justiciables de résoudre leurs litiges autrement que par le recours à la justice étatique. Une raison conceptuelle fonde davantage une telle conviction de notre part, celle selon laquelle, l'expression « *modes alternatifs* » exprime fondamentalement le souci de ses promoteurs de distinguer les méthodes qu'elle recouvre de tout recours aux juridictions étatiques. Cela justifie que les MARC soient de plus en plus définis comme un « *ensemble de techniques de règlement des litiges qui se situent en dehors des tribunaux et qui permettent aux parties de régler leurs litiges, tout en maintenant entre elles une communication ou un dialogue* »⁵⁷³.

229. Ces traits caractéristiques des MARC apparaissent notamment dans la définition de la médiation et de la conciliation conventionnelle⁵⁷⁴, qu'il ne nous paraît pas important de

⁵⁷¹ G. KENFACK DOUAJNI, « la conciliation et la médiation dans les pratiques contractuelles », in *Actes du colloque internationale de Libreville sur « Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux »*, Publication de l'ERSUMA, 2012, 1^{ère} éd., p. 259.

⁵⁷² Par exemple, la disposition de l'article 148 de l'AUSC ne semble pas faire référence à la modalité judiciaire de la conciliation ou de la médiation, auquel cas, le législateur aurait sans doute précisé que les autres modes alternatifs de règlement des litiges qu'il consacre doivent être mise en œuvre sur invitation de la juridiction étatique ou devant cette dernière. C'est par exemple le cas dans l'Acte uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement en droit Ohada. Voir l'article 12 de l'Acte uniforme portant organisation des Procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution qui dispose qu'en cas d'opposition à injonction de payer, « *La juridiction saisie sur opposition procède à une tentative de conciliation. Si celle-ci abouti, le président dresse un procès-verbal de conciliation signé par les parties dont une expédition est revêtue de la formule exécutoire* ».

⁵⁷³ D. MATRAY (dir.), *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, éd. CUP, 2002, cité par R. DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, op. cit., n° 293, p. 183.

⁵⁷⁴ Voir D. DRIDI, « La convention de médiation », in W. BEN HAMIDA et S. BOSTANJI (dir.), *La médiation dans tous ses états. Actes du colloque organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017*, éd. A. PEDONE, 2018, p. 29.

distinguer ici⁵⁷⁵ contrairement à une certaine tendance doctrinale⁵⁷⁶. En effet, « *la médiation, qui est une conciliation par un tiers, n'en est qu'un avatar* »⁵⁷⁷ ; l'une et l'autre consistant en un processus consensuel de gestion des conflits dans lequel le tiers impartial, indépendant et sans pouvoir décisionnel tente à travers l'organisation d'échanges entre les colitigants de les aider à régler un conflit⁵⁷⁸. Dès lors, la distinction qui serait fondée sur le rôle du médiateur, plus actif que le conciliateur⁵⁷⁹, n'enlève rien au pouvoir prépondérant des parties en conflit sur la substance purement conventionnelle de la solution envisagée dont la tendance est souvent d'écarter au besoin le droit positif en vue d'une solution consensuelle de rechange. Tout bien considéré, il apparaît que « *la distinction reste fragile et artificielle, car elle reste fondamentalement tributaire de la personnalité du conciliateur ou médiateur et fondamentalement dépendante de la bonne ou mauvaise volonté des parties concernées* »⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ En effet la doctrine la plus autorisée renonce à distinguer la médiation de la conciliation suggérant de voir dans la médiation une espèce de conciliation. Voir notamment Ph. FOUCHARD, « Arbitrage et modes alternatifs de règlements des litiges du commerce international », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn* – Université de Bourgogne – CNRS, Litec, 2000, Vol 20, p. 109.

Aussi, la jurisprudence juge-t-elle de l'inopportunité de cette différenciation. Dans un arrêt du 16 juin 1993 (Cour de cassation, 2ème chambre civile, Bruère c/Caisse régionale de Garantie, *JCP G* 1993, I, 3723, n° 3, observations de L. CADIET), la cour de cassation française a décidé que la médiation, dont l'objet est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur, est une modalité d'application de la conciliation.

⁵⁷⁶J.-L. VIVIER, « La réforme de la conciliation et l'introduction de la médiation » : *Petites aff.* 25 nov.1996, p.12. L'auteur écrit notamment que « *La différence entre la médiation et la conciliation est aisée à définir en théorie : le conciliateur élabore une décision et recueille l'assentiment des plaideurs ; le médiateur aide les parties à élaborer elles-mêmes un accord* ».

Voir aussi P. MEYER, *OHADA : Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Collection « Droit uniforme africain », 2002, p. 16, n° 26. Distinguant la médiation de la conciliation, l'auteur écrit que « *C'est précisément le rôle du tiers qui est utilisé comme facteur de distinction entre la conciliation et la médiation. Le médiateur est en quelques sorte, un conciliateur particulièrement actif, dynamique et directif* ». Il précise néanmoins que « *La distinction entre la conciliation et la médiation n'est pas unanimement acceptée* ».

Voir par ailleurs F. VERT, « La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement » : *Gaz. Pal.* 31 jan. 2015, p. 9 ; M. BOITELLE-COUSSAU, « Comment choisir entre la conciliation et la médiation ? » : *Gaz. Pal.* Edition professionnelle, 12 et 13 juin 2015, n° 163 à 164, p. 9 et s.

⁵⁷⁷ L. CADIET, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français » : *R.L.R.* 2011, n° 28, p. 150, n° 4. Voir aussi J.-C. GOLDSMITH, « Les modes de règlement amiable des différends (RAD) » : *RIDA* 1996, n° 2, p. 222, n°1 ; H. LECUYER, « A la recherche de la notion de médiation », in W. BEN HAMIDA et S. BOSTANJI (dir.), *La médiation dans tous ses états. Actes du colloque organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017*, éd. A. PEDONE, 2018, p. 17.

⁵⁷⁸ J. FAGET, *Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie*, éd. Eres 2010, p. 27.

⁵⁷⁹ Sur le débat sur la distinction ou non de la conciliation et de la médiation, voir T. S. TOIKADE « *La conciliation en droit judiciaire privé camerounais* », 2016, disponible en ligne sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01333621>, p. 22 et s. Voir aussi F. LECLERC, « L'avancée des MARC : ordre ou désordre ? Contribution à une théorie générale des MARC », in H. BENCHENITI et A. FALALI (dir.), *Les annales de l'Université d'Alger I*, Série spéciale - Colloques et Séminaires, n° 3/ 2014, p. 35, n° 47. Selon ce dernier auteur, « *contrairement à ce qui peut se passer en matière de médiation, le conciliateur se contente de faciliter, d'encadrer et de formaliser la discussion entre les parties, mais ne propose pas de solution* ».

⁵⁸⁰ M. A. MOURJI, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. “ Un procédé séduisant, mais d'une efficacité incertaine », in H. BENCHENITI et A. FALALI (dir.), *Les annales de l'Université d'Alger I*, Série spéciale - Colloques et Séminaires, n° 3/ 2014, p. 64.

Mieux, il a même été proposé « *de parler plutôt de médiation-conciliation pour souligner l'absence de différence entre ces deux modes de règlement des conflits* »⁵⁸¹.

230. Dans son acte uniforme récemment élaboré relativement à la médiation (AUM)⁵⁸², le législateur Ohada ne montre d'ailleurs aucune sensibilité aux arguments de la conception doctrinale favorable à une distinction stricte entre la médiation et la conciliation. Il a plutôt choisi d'appréhender sous le vocable unique de la « médiation », tous les modes de règlement alternatif des litiges, faisant intervenir un tiers en vue d'un règlement amiable. En conséquence, il se dégage de l'article premier de l'AUM, une définition « *extensive* »⁵⁸³ appréhendant la médiation comme « *tous processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre ou lié à un tel rapport...* ».

231. Au-delà des précisions qui précèdent et en dépit de la récente réglementation communautaire relative à la médiation, la réalité substantielle des « *autres modes alternatifs de règlement des différends* », auxquels l'AUSC fait référence, est qu'ils contribuent à puissent être abandonnés à la liberté des colitigants la déjudiciarisation des rapports sociaux, favorisent « *l'évitement du juge* »⁵⁸⁴ ainsi que l'effritement du droit à un juge⁵⁸⁵. Toute chose qui ne garantit pas forcément le respect dû à l'ordre public ou plus largement à la norme juridique. En effet, l'application de ces modes de règlement des litiges au droit des sociétés de l'Ohada suppose que les litiges sociétaires en droit Ohada, en vue de solutions pacifiques adaptées à leurs besoins communs, et qui ne résident pas nécessairement dans la norme juridique.

232. Toutefois, en décidant ainsi de proposer et de laisser la conduite de ces modes conventionnels de règlement des différends presque exclusivement à la discrétion des parties au

⁵⁸¹ G. KENFACK DOUAJNI, « la conciliation et la médiation dans les pratiques contractuelles », in *Actes du colloque internationale de Libreville sur « Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux »*, Publication de l'ERSUMA, 2012, 1^{ère} éd., p. 261. Dans le même sens, le professeur philippe DELEBECQUE écrit que « *les deux notions sont équivalentes* » : DELEBECQUE (Ph.), « L'état de la perception de la sécurité juridictionnelle dans l'espace OHADA : regard à partir des modes (alternatifs) non juridictionnels de règlement des conflits », in L. CADIET (coord.), *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA*, IRJS éd., 2013, p. 129.

⁵⁸² Adopté à l'occasion du conseil des ministres de l'Ohada des 23 et 24 novembre 2017, l'acte uniforme relatif à la médiation a été publié au journal officiel de l'Organisation le 15 décembre 2017 et est entrée en vigueur le 15 mars 2018.

⁵⁸³ A. D. FOULON et B. DEBOSQUE, « *La nouvelle médiation dans l'espace Ohada, pour un meilleur accès à la justice* », publié le 16 jan. 2018 sur <https://afrique.latribune.fr/think-tank/tribunes/2018-01-16/la-nouvelle-mediation-dans-l-espace-ohada-pour-un-meilleur-acces-a-la-justice-tribune-764746.html>

⁵⁸⁴ S. GUINCHARD, « L'évitement du juge civil », in G. MARTIN (dir.), *Les métamorphoses de la régulation juridique*, LGDJ, 1999, p. 221.

⁵⁸⁵ S. GUINCHARD, « Petit à petit, l'effectivité du droit au juge s'effrite », in *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques BORE*, Dalloz, 2007, p. 275.

litige, le législateur met les dispositions de l'AUSC et surtout celles d'ordre public à l'épreuve des solutions négociées. En fait, il semble offrir aux parties au litige, des moyens au service de la paix dans leurs relations d'affaires qui ne passent pas forcément par le respect des solutions légales portées par les règles de droit de la matière. En effet, dans la plupart des cas, les solutions amiables que consacrent les accords de médiation ou autres procès-verbaux de règlement amiable ne subiront aucun contrôle préalablement à leur exécution volontaire. Et même dans les cas où l'exécution forcée s'avèrerait nécessaire, le législateur Ohada ne semble pas garantir un contrôle systématique de conformité des accords de médiation à l'ordre public avant l'obtention de la copie exécutoire par les parties. Dans un tel contexte, c'est la juridicité de l'ensemble des règles applicables au droit des sociétés commerciales de l'Ohada, notamment, celles d'ordre public qui est en recul.

B- L'assouplissement de la portée de l'ordre public par la mise en œuvre des modalités de règlement amiable

233. A proprement parler, c'est l'application effective de toutes les dispositions légales relatives aux sociétés commerciales qui est en cause avec l'admission du règlement amiable des litiges sociétaires. Malgré que la médiation fasse depuis peu l'objet d'un acte uniforme en droit Ohada, bien d'autres mécanismes de règlement alternatif des litiges en droit des affaires restent caractérisés par un manque d'encadrement légal approprié dans l'espace Ohada⁵⁸⁶. Cette remarque s'impose en ce que les fondements culturels des MARC dans l'espace Ohada les rendent fortement propices au développement de modalités variées de règlement amiable⁵⁸⁷. En tant que tel, la possibilité de régler à l'amiable des litiges sociétaires offre suffisamment de moyens aux praticiens du droit des sociétés de privilégier la recherche de la paix par le biais de solutions convenues et cela, au détriment des solutions proposées par la loi. Ce qui conduit *in fine* à une atténuation considérable de la force obligatoire des dispositions de l'AUSC dans leur ensemble. Si cette atteinte à la juridicité de la norme ne semble pas, non plus, épargner les dispositions légales d'ordre public, les raisons qui justifient ces atteintes ainsi que leur manifestation se retrouvent généralement dans les objectifs même des MARC. Mais plus spécifiquement concernant la médiation telle qu'elle est organisée par l'AUM, il y a que les

⁵⁸⁶ Nous pensons notamment ici à tous les modes de règlement amiable qui ne sont pas susceptibles d'entrer dans le cadre de la définition de la médiation proposée par le législateur Ohada et plus précisément aux formes de négociations amiables directes qui ne nécessitent pas le recours à un tiers.

⁵⁸⁷ Selon la doctrine, « *les données économiques et sociologiques sont favorables à l'expansion du phénomène* » : DELEBECQUE (Ph.), « L'état de la perception de la sécurité juridictionnelle dans l'espace OHADA : regard à partir des modes (alternatifs) non juridictionnels de règlement des conflits », in L. CADIET (coord.), *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA*, IRJS éd., 2013, p. 131.

solutions conventionnelles auxquelles elle peut aboutir ne subissent pas forcément un contrôle de la juridiction étatique quant à leur conformité avec l'ordre public sociétaire avant leur exécution.

234. S'agissant de la finalité des modes alternatifs de règlement des litiges, la conciliation, la médiation ou toute autre modalité de règlement amiable visent « à prendre en compte le fait que l'intérêt des parties n'est pas nécessairement traduit au mieux par les termes juridiques »⁵⁸⁸. Dès lors, leur intérêt est de faire « appel plus à la tradition, à l'imagination des parties et à l'équité qu'aux règles de droit positif »⁵⁸⁹. En conséquence et contrairement à la procédure judiciaire, ces MARC sont des techniques de négociation⁵⁹⁰ qui « préparent une solution conventionnelle »⁵⁹¹ fondée sur des accords et concessions réciproques. La mise en œuvre des MARC ne s'attache donc pas une application rigoureuse du droit tel qu'élaboré par le législateur. Dans ces conditions, la règle de droit normalement applicable se trouve diminué de sa capacité à s'imposer puisque la volonté des parties au règlement amiable du litige peut en écarter l'application. Ainsi, de la même manière que la légitimité acquise par les MARC a été perçue en droit français « comme un affaiblissement de la "normativité" du droit »⁵⁹², leur avènement en droit Ohada pourrait faire croire « à l'hypothèse d'un déclin du droit objectif, à une dégradation de la norme »⁵⁹³ voire à un « effacement des consensus sociaux sur la portée de l'ordre public »⁵⁹⁴.

235. Aussi extrême que puisse paraître l'idée d'une marginalisation de la normativité de la règle de droit –d'ordre public– par la mise en œuvre des modes alternatifs de règlement des litiges, cette lecture de la situation créée par la promotion des MARC n'est pas qu'une hypothèse d'école⁵⁹⁵. Elle peut se vérifier dans le cadre spécifique de la médiation dont l'encadrement par le législateur Ohada ne garantit pas dans tous les cas et avec l'efficacité requise, la conformité des accords de médiation à l'ordre public. En effet, en ne soumettant

⁵⁸⁸ C. JARROSSON, « Présentation générale de la conciliation : définition, historique, objectif » : *Gaz. Pal.* 4-6 oct. 1998, p. 11.

⁵⁸⁹ M. SAMB, « A propos de la médiation comme mode alternatif de résolution des conflits en Afrique », in *De l'esprit du droit africain. Mélanges en l'honneur de Paul Gérard POUGOUE*, éd. CREDIJ, 2014, p. 650.

⁵⁹⁰ R. DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, l'Harmattan, 2012, p. 188, n° 297.

⁵⁹¹ L. CADIET, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges » : *Petites aff.* 2000, p. 30, n° 90.

⁵⁹² M.-C. RIVIER (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits : un objet nouveau dans le discours des juristes français ?*, [Rapport de recherche], Centre de Recherches Critiques sur le Droit, 2001, disponible sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01050858>, p. 69, n° 139.

⁵⁹³ M.-C. RIVIER (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits : un objet nouveau dans le discours des juristes français ?*, *idem*, p. 69, n° 138.

⁵⁹⁴ M.-C. RIVIER (dir.), *ibidem*, p. 60, n° 117.

⁵⁹⁵ Voir S. CLAVEL, « La reconnaissance et l'exécution des accords issus de la médiation », in W. BEN HAMIDA et S. BOSTANJI (dir.), *La médiation dans tous ses états. Actes du colloque organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017*, éd. A. PEDONE, 2018, p. 117

systématiquement les accords de médiation au contrôle d'une autorité judiciaire en vue de s'assurer de leur conformité avec l'ordre public –sociétaire pour ce qui nous concerne–, l'AUM entretient, malgré la bonne volonté de ses rédacteurs, la crainte de faire échapper le règlement des litiges à l'autorité du juge et de la règle de droit, soit-elle d'ordre public.

236. En réalité, même si le législateur Ohada semble tenir au respect de l'ordre public par les accords de médiation, la réglementation qu'il propose ne semble pas suffisamment efficace à cette fin. Pour en percevoir les limites, il convient de l'analyser selon que l'accord de médiation s'exécute volontairement ou nécessite une exécution forcée. Dans l'un ou l'autre de ces cas, il est possible que l'exécution se fasse sans aucun contrôle du juge étatique. D'une part, si les parties parviennent à un accord satisfaisant pour chacune d'elles, cet accord qui les lie peut être exécuté sans aucune homologation par le juge étatique et donc sans aucun contrôle de sa part⁵⁹⁶.

237. D'autre part, même dans le cas où une exécution forcée peut s'avérer nécessaire, les parties qui sont convaincues d'avoir abouti à une solution équitable et satisfaisante même contraire à l'ordre public sociétaire, pourront toujours, de commun accord, déposer l'accord de médiation au rang des minutes d'un notaire qui en délivre à la partie intéressée, une copie exécutoire⁵⁹⁷. Il faut noter que le notaire, n'ayant pas de compétence pour contrôler la conformité de la solution avec l'ordre public se contente simplement de la reconnaissance de signature et d'écriture par les parties pour délivrer la grosse nécessaire à l'exécution forcée⁵⁹⁸. C'est seulement dans le cas où les parties ou l'une d'entre elle fait le choix de s'adresser à la juridiction étatique pour solliciter l'homologation de l'accord de médiation ou son exequatur en vue d'une exécution forcée, que le juge peut contrôler le contenu de l'accord. Mais même dans ce cas, le législateur dispose que « *la juridiction compétente se borne à vérifier l'authenticité de l'accord de médiation et fait droit à la demande dans un délai maximum de quinze (15) jours ouvrables* »⁵⁹⁹. Si, à cette occasion, elle constate que l'accord de médiation est contraire à l'ordre public, la juridiction étatique n'a aucune obligation légale de refuser l'exequatur ou l'homologation. Au contraire, le législateur lui laisse même le choix de l'accorder. En disposant expressément que « *l'homologation ou l'exequatur peut être refusé si l'accord de médiation est contraire à l'ordre public* », le législateur autorise implicitement le

⁵⁹⁶ Voir article 16 al. AUM. Dans la presque totalité des cas, écrit-on en doctrine, les accords de médiation présentent la particularité d'être exécutés spontanément. Cf. I. VAUGON, « La médiation commerciale : une alternative au système judiciaire », in *JADA*, 2011-1, p. 8. L'auteur parle même d'un taux d' « exécution spontanée » de 100 %.

⁵⁹⁷ Cf. art. 16 al. 2 AUM

⁵⁹⁸ *Idem*.

⁵⁹⁹ Art. 16 al. 4 AUM.

juge à l'accorder en dépit de cette contrariété⁶⁰⁰. Dans ces conditions, on peut déplorer que le législateur ait disposé que « *la décision qui accorde l'homologation ou l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours* »⁶⁰¹ sauf dans les cas exceptionnels où l'accord de médiation a bénéficié « *automatiquement de l'homologation ou de l'exequatur* »⁶⁰². On voit bien les insuffisances que comporte le texte de la nouvelle réglementation Ohada sur les médiations relativement aux mesures pouvant assurer la conformité des accords de médiation à l'ordre public.

238. Peut-être que l'esprit du législateur Ohada est de rendre les MARC « *exclusives de tout pouvoir juridictionnel* »⁶⁰³ au motif qu'ils ont pour but ultime, le règlement amiable et rapide des litiges⁶⁰⁴. En cela, et compte tenu de la vocation des MARC à conduire à des ententes de nature contractuelle, la médiation peut être volontairement orientée par les parties vers des solutions extra-juridiques convenues et exécutées volontairement en dehors de tout contrôle judiciaire. C'est notamment la raison pour laquelle la doctrine nourrit, et cela à juste titre, « *la crainte du développement d'une justice alternative déviante* »⁶⁰⁵ qui aurait entre autres conséquences, de faciliter le contournement des solutions légales par les parties au litige. Ce qui est regrettable du point de vue de l'effectivité des dispositions impératives de la matière. En se référant à la manière dont le législateur Ohada a organisé « l'exécution issue de l'accord de médiation », on pourrait valablement conclure qu'il a manqué à une précaution à laquelle invitait le Professeur Frédéric LECLERC quand il affirmait que l'organisation par la loi du recours aux modes de règlement amiable doit composer avec des exigences propres à chaque

⁶⁰⁰ A moins que l'usage du verbe pouvoir dans cet alinéa de l'article 16 de l'AUM soit une erreur matérielle de la part du législateur, c'est bien sous la forme d'une simple faculté qu'apparaît, l'hypothèse du refus d'homologuer ou d'accorder l'exequatur à un accord de médiation contraire à l'ordre public.

⁶⁰¹ Voir article 16 al. 7 AUM.

⁶⁰² D'après les dispositions de l'article 16 al.6 de l'AUM, la seule hypothèse dans laquelle le législateur Ohada habilite les parties à saisir la CCJA est celle dans laquelle l'accord de médiation a bénéficié « *automatiquement* » de l'homologation ou de l'exequatur. En effet, s'il arrive que le juge saisi à l'effet de l'homologation ou de l'exequatur d'un accord de médiation n'ait pas rendu son ordonnance quinze (15) jours ouvrables après sa saisine, l'accord de médiation bénéficie automatiquement de la mesure requise et la partie la plus diligente peut y faire apposer la formule exécutoire. Selon le législateur, c'est seulement contre cet « *acte d'homologation ou d'exequatur automatique* » que, la partie à laquelle elle aura été notifiée, peut saisir la CCJA lorsqu'elle l'estime contraire à l'ordre public.

⁶⁰³ Cass., 2^{ème} civ., 16 juin 1993, *JCP G* 1993, I, 3723, n° 3, obs. L. CADIET.

⁶⁰⁴ A cet effet, le professeur DELEBECQUE a soutenu que « *l'on ne peut concevoir qu'un contrôle léger du juge étatique sur la décision de conciliation à exécuter* » : DELEBECQUE (Ph.), « L'état de la perception de la sécurité juridictionnelle dans l'espace OHADA : regard à partir des modes (alternatifs) non juridictionnels de règlement des conflits », in L. CADIET (coord.), *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA*, IRJS éd., 2013, p. 132.

⁶⁰⁵ C. POLI, « La médiation : une technique juridique au service de la paix en droit des affaires », in J. MESTRE (dir.), *La paix, un possible objectif pour les juristes de droit des affaires*, LGDJ, 2016, n° 305.

matière dont, notamment, la place qu'y occupe l'ordre public, le respect qu'il requiert ainsi que les restrictions qu'il impose à la liberté de transiger⁶⁰⁶.

239. La faiblesse de la démarche du législateur Ohada et ses conséquences relativement à la portée de l'ordre public sociétaire sont davantage perceptibles quand on compare le régime des modalités de règlement amiable du droit Ohada à celui du droit français. En effet, consécutivement à la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008⁶⁰⁷ qui imposait aux Etats membres de l'Union Européenne de développer des moyens permettant de résoudre les litiges à l'amiable en matières civile et commerciale, le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 a rendu obligatoire la tentative de règlement amiable avant toute saisine du juge⁶⁰⁸. Néanmoins, la réglementation française tient compte du respect dû aux dispositions d'ordre public. Notamment, les litiges en rapport avec les dispositions identifiées comme étant d'ordre public sont soustraits du domaine du décret français du 11 mars 2015⁶⁰⁹. Ce faisant, le législateur français tient visiblement à rappeler aux sujets de son droit, que les modalités de règlement amiable qui supposent un consensus basé sur la liberté des parties, ne sauraient trouver application dans les cas où le différend considéré concerne l'ordre public.

240. On perçoit bien, au regard des démonstrations ci-dessus, que l'ordre public du droit des sociétés de l'Ohada s'apparente à *“un géant aux pieds d'argile”* qui ne tiendrait que difficilement debout face à *“la montée des eaux contractuelles”* due à la contractualisation de la matière. Dès lors, les analyses qui vont suivre visent, dans la même démarche à mettre en lumière le recul significatif de l'ordre public sociétaire et à révéler les faveurs dont bénéficient les modalités d'expression de la liberté contractuelle dans l'environnement sociétaire des pays de l'Ohada de la part notamment du législateur.

⁶⁰⁶ F. LECLERC, « L'avancée des MARC : ordre ou désordre ? Contribution à une théorie générale des MARC », in H. BENCHENITI et A. FALALI (dir.), *Les annales de l'Université d'Alger I*, Série spéciale - Colloques et Séminaires, n° 3/ 2014, p. 41, n° 59.

⁶⁰⁷ Directive 2008/52/CE du parlement européen et du conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale publiée au Journal Officiel de l'Union le 24 mai 2008.

⁶⁰⁸ Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015, relatif à la « *simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends* », entré en application le 1^{er} avril 2015 ; *J.O.* 14 mar. 2015, p. 4851. L'article 18 du décret dispose que « *Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige ...* ». Aussi l'article 19 du même décret précise-t-il que « *Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige ...* ».

⁶⁰⁹ Voir les articles 18 et 19 du Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 sus cité.

Le développement des mécanismes d'expression de la liberté contractuelle

241. Les possibilités variées qu'offre la liberté contractuelle en droit des sociétés et l'attrait indéniable du recours aux « *vertus du monde merveilleux des contrats* »⁶¹⁰ sont devenus, depuis peu, une réalité dans l'organisation et le fonctionnement des sociétés commerciales dans l'espace Ohada. Ils se déduisent facilement de la richesse des aspects contractuels de l'AUSC réformé⁶¹¹. En effet, la réforme du droit des sociétés de l'Ohada a opéré « *une révolution sur le plan de la liberté accordée aux associés* »⁶¹² et a, dès lors, opté pour un traitement plus contractuel de la conduite des affaires de la société commerciale par ses acteurs. Ce faisant, « *le législateur africain fait davantage confiance aux acteurs dans la mesure où le principe selon lequel toutes les dispositions de l'acte sont d'ordre public a été revu* »⁶¹³.

242. Le recul de l'ordre public et la volonté manifeste du législateur Ohada de faire de la liberté contractuelle une des clefs de voûte de la réforme de l'AUSC de 2014⁶¹⁴ apparaissent, depuis l'entrée en vigueur de cette dernière comme des facteurs favorisant le développement du phénomène contractuel dans l'environnement sociétaire des Etats membres de l'Ohada. Dès lors, on établit en doctrine le constat de la propension de la réglementation désormais en vigueur à se vider des règles substantiellement impératives au profit des règles de négociation⁶¹⁵. On pourrait en déduire que le droit des sociétés commerciales de l'Ohada est devenu, à l'instar du

⁶¹⁰ F. PASQUALINI, « La validité des pactes d'actionnaires », in *Mélanges Philippe MALAURIE*, Defrénois, 2005, p. 353, n° 1. Parlant des intérêts pratiques qu'il y a à recourir au principe de la liberté contractuelle en tant que source des relations sociétaires, l'auteur soutient que, par l'usage des aménagements contractuels statutaires et autres conventions extrastatutaires, « *les associés redécouvrent les vertus du monde merveilleux des contrats* ».

⁶¹¹ D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 15 et s. Voir aussi L.-D. MUKA TSHIBENDE, « Mise en perspective de la réforme (du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'Ohada) » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 9. Pour cet auteur, tout « *observateur relèvera que les aspects contractuels de la réforme sont particulièrement riches d'enseignements* ».

⁶¹² P. S. BADJI, *Réforme du droit des sociétés commerciales de l'Ohada*, l'Harmattan, 2016, p. 31, n° 10.

⁶¹³ T. GRANIER, « Le renouvellement du droit des valeurs mobilières » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 38.

⁶¹⁴ P. S. BADJI, « Les orientations du législateur Ohada dans l'AUSC révisé » : *Rev. ERSUMA*, n° 6, nouvelle éd., Jan. 2016, p. 22, n° 38 : En effet, écrit l'auteur, « *l'évolution vers la contractualisation et vers la souplesse des règles s'impose d'autant plus qu'à une époque où se développe d'une façon accélérée la mondialisation des échanges et où le créateur d'entreprise dispose de la plus grande liberté pour choisir son lieu d'implantation* ».

⁶¹⁵ P. BIENSAN et H. MARTIN-SISTERON, « Ohada : vers une modernisation du droit des affaires », in *Magazine des affaires*, n° 89, mars 2014, p. 144 ; E. BORDET et M. GABIANO, « Amélioration et sécurisation du cadre juridique : une opportunité pour les investisseurs » : *Magazine Option Finance* 21-07-2014, p. 24.

A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'Ohada » : *Penant* 2015, n° 893, p. 437.

droit français, particulièrement favorable à un transfert dans la sphère contractuelle, de questions concrètes qui étaient, par le passé, réglées par la volonté du législateur⁶¹⁶.

243. C'est en effet dans une constante vision d'encourager l'entrepreneuriat et d'insuffler un nouvel élan au développement des investissements en Afrique⁶¹⁷ que le législateur Ohada a, à l'occasion de la réforme de 2014, entendu accorder un réel pouvoir aux acteurs économiques afin que ceux-ci, quels que soit leur activité, la dimension de leur entreprise, ou le nombre d'associés qui constituent leur société, puissent adapter son organisation juridique à leurs besoins. En conséquence et fort logiquement, « *l'approche institutionnelle de la société a dû s'effacer au profit d'une conception volontariste des rapports entre associés* »⁶¹⁸. Désormais, la tendance législative contractualiste de l'AUSC est caractérisée par la consécration d'instruments à forte dimension conventionnelle⁶¹⁹. A ce titre, certains ont même parlé d'un « *triomphe du contrat* »⁶²⁰ en considération des modalités à travers lesquelles la liberté contractuelle des associés est susceptible de s'épanouir, que ce soit dans le cadre statutaire ou dans l'espace extrastatutaire.

244. Pour autant, ce n'est pas seulement la consécration d'une variété de techniques de contractualisation du droit des sociétés qui justifie le développement du phénomène contractuel dans le droit Ohada. Désormais, les engagements qui naissent des « *conventions sociétaires* »⁶²¹ peuvent, qu'elles soient statutaires ou extrastatutaires, se retrouver à l'abri des risques d'inefficacité souvent dénoncés à leur égard.

⁶¹⁶ Voir pour le droit français : P. BISSARA, « De la société contractante à la contractualisation de la société », in SACHAGNARD-PINET et D. HIEZ, *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, p. 37 ; A. SUPPIOT, « La contractualisation de la société », in *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n° 43, mai 2001, p. 56.

⁶¹⁷ Cet objectif a déjà été noté avec l'AUSC de 1997 : Voir H. D. MODI KOKO BEBEY, « La réforme du droit des sociétés de l'Ohada » : *Rev. sociétés* 2002, p. 255.

⁶¹⁸ D. Y. WANE, « *La réforme du droit Ohada des sociétés commerciales : modernisation du droit applicable ou conformisme législatif?* », p. 12, disponible sur http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Dieyla_Yaya_Wane_modernisation_droit_des_societes_ohada.pdf, consulté le 05 mai 2018.

⁶¹⁹ A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'Ohada » : *Penant* 2015, n° 893, pp. 437-438.

⁶²⁰ L.-D. MUKA TSHIBENDE, « Mise en perspective de la réforme (du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'Ohada) » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 9 ; Voir également L. NDEKE, M. LEMA et M. MBONGO, « *Rapport synthèse de l'atelier de partage sur l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique révisé* », disponible sur <http://www.ohada.com/content/newsletters/2424/rapport-synthese-atelier-auscgie.pdf>, consulté le 16 février 2017. Ces derniers auteurs y ont clairement affirmé « *une plus grande liberté contractuelle* » dans la réforme de l'AUSC.

⁶²¹ Nous voulons entendre par l'expression « *conventions sociétaires* » toutes manifestations de la volonté qui, dans le cadre d'une société commerciale se traduit à travers des accords portant sur ses titres ou ses structures, qu'ils soient consignés dans les statuts ou dans un support extrastatutaire. Voir notamment P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2010, p. 6 et s., n° 9-13.

245. En effet, pour avoir souvent été définies comme des obstacles à l'efficacité des mécanismes contractuels en droit des sociétés, les modalités de sanction de l'inexécution des conventions sociétaires sont fréquemment interprétées comme un frein à l'enthousiasme des praticiens à recourir à ces conventions⁶²². Pour autant et bien que les difficultés d'exécution soient encore loin d'être radicalement surmontées⁶²³, la problématique de l'efficacité de ces conventions sociétaires, notamment quand elles sont extrastatutaires, évolue dans les législations étrangères vers davantage de sécurité juridique. Stimulée par une dynamique d'ensemble d'une certaine idée de concurrence entre les droits⁶²⁴, la législation Ohada fournit elle-aussi des raisons de croire en un renforcement de l'efficacité de l'exécution des conventions sociétaires. Toute chose qui est de nature à inciter la pratique à un usage accru des applications de la liberté contractuelle dans les sociétés commerciales de l'Ohada.

246. En conséquence, la justification du développement du recours aux techniques contractuelles en droit des sociétés de l'Ohada sera donnée à un double point de vue. Il s'agira d'une part de démontrer que, en raison de sa portée considérable, l'étendue du champ d'expression aménagé par la réforme de l'AUSC au profit de la liberté contractuelle des associés est de nature à faciliter le développement des conventions sociétaires (**Chapitre 1**). D'autre part, ces conventions devraient se trouver davantage utilisées en raison notamment des perspectives de renforcement de leur efficacité que la législation Ohada est en mesure d'offrir à la pratique (**Chapitre 2**).

⁶²² Voir F.-D. POITRINAL, « Les pactes d'actionnaires », in *Mélanges Pierre BEZARD*, Montchrestien, 2002, p. 130. L'auteur y écrit que « *La sanction de la violation d'un pacte d'actionnaires n'est souvent quant à elle que très relative et ne répond pas toujours aux attentes que les signataires placent dans cet accord* ». Selon M. JEANTIN, note sous Cass. Com., 7 mars 1989, *RD Bancaire et fin.* 1989, p. 175, l'inefficacité de la sanction de l'inexécution des conventions extrastatutaire constitue leur « *faiblesse congénitale* ».

⁶²³ D. MARTIN et G. BUGE, « Propos introductif », in F.-X. LUCAS et D. MARTIN (dir.), L'effectivité des pactes d'actionnaires, dossier, *BJS* 2011, p. 615, n° 3. Selon ces auteurs, malgré les arrêts en nombre, des écrits et débats approfondis durant une vingtaine d'années environ, la question reste un sujet riche d'enseignements et de renouveau puisque chaque contentieux qui touche à un accord extrastatutaire recèle, au moins en filigrane, une difficulté potentielle quant à son application. *Adde* G. KESSLER et M. TAZI, « Exécution forcée d'un pacte d'actionnaires : une nouvelle pierre à l'édifice ? » : *BJS* 2012, p. 553. D'après ces auteurs, la question de l'efficacité des conventions sociétaires extrastatutaires reste toujours posée tant leur inexécution est fréquente et la sanction de cette dernière considérée comme inadaptée.

⁶²⁴ Voir P. C. EWANE MOTTO, *La gouvernance des sociétés commerciales en droit OHADA*, thèse, Université Paris-Est, 2015, p. 297.

Un large périmètre d'expression de la liberté contractuelle

247. En référence à la portée du renouveau que connaît la liberté contractuelle dans l'AUSC, on peut raisonnablement transposer ici l'analyse du Professeur Jacques MESTRE et ainsi dire que désormais dans les pays de l'Ohada, « (...) *l'heure est bien à la créativité pour répondre à des besoins économiques nouveaux. Elle est bien à l'ingénierie sociétaire. [...]. Bref, l'heure est aux manipulations génétiques en droit des sociétés* »⁶²⁵. De fait, en droit Ohada comme c'est le cas en droit français depuis quelques décennies, « *peu de sociétés sont constituées sans que la forme sociale soit aménagée grâce à des conventions particulières* »⁶²⁶.

248. Un large périmètre d'expression est en effet aménagé à la liberté contractuelle des associés en vue de favoriser un fonctionnement souple des sociétés commerciales de droit Ohada. Ainsi, les statuts sociaux en droit Ohada deviennent de moins en moins ce document dont le contenu est quasi-intégralement déterminé par la loi, le législateur faisant désormais du contrat de société un véritable espace d'expression de la liberté des associés⁶²⁷. Mieux, il a consacré la possibilité de « *conclure des conventions extrastatutaires* », suivant les modalités librement arrêtées par les associés⁶²⁸.

249. L'objectif visé par cette approche favorable à la libéralisation du droit des sociétés de l'Ohada est, selon le Professeur Philippe MERLE, « *d'améliorer les techniques d'ingénierie juridique et d'ouvrir un espace de liberté permettant de structurer des instruments "sur mesure" répondant aux besoins des entreprises et des investisseurs* »⁶²⁹. Pour ce faire, l'organisation et le fonctionnement des sociétés commerciales nécessitent une certaine flexibilité. C'est donc en vue d'une nécessaire promotion des volontés individuelles face à l'autorité de la loi, que les associés ont recouvré une liberté contractuelle capable de s'exprimer tant dans les statuts que dans le périmètre extrastatutaire. Si, dans cette dernière hypothèse, l'AUSC a procédé à une consécration expresse du recours aux conventions extrastatutaires (**Section 2**), l'aménagement conventionnel du contenu des statuts est, en ce qui le concerne,

⁶²⁵ J. MESTRE, « Vingt cinq ans de droit des sociétés », in *Eléments d'ingénierie sociétaire. Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence*, PUAM, 1994, p. 10 et s.

⁶²⁶ S. SCHILLER, « Pactes, statuts et règlement intérieur : quelle hiérarchie ? » : *Rev. sociétés* 2011, p. 331, n°1.

⁶²⁷ L.-D. MUKA TSHIBENDE, « Mise en perspective de la réforme (du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'Ohada) » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 9.

⁶²⁸ Art. 2-1 de l'AUSC.

⁶²⁹ P. MERLE, « Le nouveau droit des sociétés de l'Ohada », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LGDJ-Lextenso Editions, 2015, p. 569.

une possibilité qui, sans être clairement affirmée dans l'AUSC n'en est pas moins avérée en droit Ohada (**Section 1**).

Section 1 : Une possibilité avérée des aménagements conventionnels statutaires

250. L'une des raisons pour lesquelles la réforme de l'AUSC a été saluée dans la pratique des affaires dans l'espace Ohada est, selon la plupart des auteurs, la flexibilité statutaire que le législateur a introduite en faveur des associés⁶³⁰. Et même dans le rang des auteurs qui continuent de lire dans la disposition de l'article 2 de l'AUSC un maintien du principe du caractère impératif de l'ensemble de l'Acte uniforme et d'en déduire la prohibition de toute dérogation ou complément statutaire convenu entre associés, on admet néanmoins que le choix visiblement opéré par le législateur en faveur de la contractualisation autorise, et ceci dans une large mesure, des aménagements conventionnels statutaires.

Ainsi, après avoir affirmé que « *l'article 2 prohibe toujours les dérogations ou compléments statutaires aux dispositions de l'Acte uniforme* », Didier PORACCHIA et Bastien BRIGNON relativisent leur point de vue en écrivant notamment que : « *Pour autant, si cette interdiction perdure, la flexibilité offerte par le nouvel Acte uniforme de 2014 permet de pallier la plupart des inconvénients liés au maintien de ce principe général (...), la disposition de l'article 2 pourrait être interprétée comme ne prohibant que les clauses complétant les statuts dont l'esprit, sinon la lettre, pourrait ne pas être conforme aux dispositions de l'Acte uniforme* »⁶³¹. Ces auteurs affirment par ailleurs que⁶³², le fait de ne plus préciser expressément le caractère d'ordre public des dispositions de l'Acte uniforme, a une explication contractualiste. Selon eux, il faut en effet y voir, une autorisation implicite de compléter les dispositions légales par des clauses statutaires ne dénaturant pas l'esprit de la loi⁶³².

251. En tout état de cause, l'émergence de la liberté contractuelle dans le bloc statutaire en droit Ohada est une possibilité qui se révèle avec pertinence non seulement à travers certaines dispositions de l'AUSC mais aussi au regard de l'analyse de la doctrine. Elle peut s'apprécier à deux points de vue. En effet, si la consécration par le législateur Ohada de la société par

⁶³⁰ Voir notamment B. DERIEUX, D. SWINBURNE, et alii, « *La réforme du droit des sociétés de l'Ohada : une évolution majeure du régime du droit des sociétés en Afrique subsaharienne* », Linklaters, fév. 2014, p.1, disponible sur <http://www.ohada.com/content/newsletters/2110/Linklaters-La-reforme-du-droit-des-societes-OHADA.pdf>, consulté le 27 avril 2017.

⁶³¹ D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 16.

⁶³² D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 16.

actions simplifiée (SAS) est particulièrement révélatrice de cette tendance favorable à la reconquête de l'espace statutaire par la volonté des associés en droit Ohada (§2), la possibilité avérée de recourir aux techniques contractuelles dans les statuts des formes classiques de sociétés commerciales du droit Ohada s'est également renforcée (§1).

§1- L'accroissement de la dimension contractuelle des statuts dans les sociétés commerciales classiques

252. Dans l'étude qu'il a faite de l'AUSC de 1997 et plus précisément du régime juridique des sociétés commerciales au Niger, M. Alhousseini MOULOUL regrettait que la règle qui voudrait que les statuts soient fondés sur l'autonomie de la volonté afin de permettre en conséquence une liberté d'organisation des associés ne soit pas érigée en principe absolu dans les pays de l'Ohada⁶³³. En effet, bien que la définition de la société donnée par l'AUSC de 1997 soit en phase avec la théorie générale de l'autonomie de la volonté⁶³⁴, le constat était évident que le législateur avait pris sur lui d'organiser minutieusement et au détail près, la constitution et le fonctionnement des sociétés commerciales en s'impliquant dans la détermination du contenu du contrat de société et en fixant le caractère d'ordre public de l'Acte uniforme⁶³⁵. En raison de cet évident « *sentiment de défiance vis-à-vis de la liberté contractuelle* »⁶³⁶, le contrat de société sous l'égide de l'AUSC de 1997 était en substance identifiable à un accord dont les clauses présentent la particularité d'être imposée à toutes les parties par le législateur. En conséquence, la crainte de voir les clauses statutaires être censurées pour contrariété à la volonté du législateur amenait les rédacteurs à préférer l'élaboration des statuts dans des « *formules brèves* » ou simplifiées⁶³⁷ ne contenant pour l'essentiel que les mentions obligatoires⁶³⁸ et renvoyant pour le surplus, aux dispositions légales déclarées impératives dans leur ensemble.

⁶³³ A. MOULOUL, *Le régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA : l'exemple du Niger*, LGDJ, 2005, p. 61.

⁶³⁴ F. ANOUKAHA, A. Cisse, N. DIOUF et alii, *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, éd. Bruylant, 2002, p. 48, n° 67.

⁶³⁵ Rappelons que l'AUSC de 1997 était essentiellement fondé sur la conception dirigiste de la loi française du 24 juillet 1966. Voir P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales de l'Ohada », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, p. 182, n° 1.

⁶³⁶ D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 15.

⁶³⁷ Sur la notion de formules brèves ou simplifiées des statuts, voir J. MESTRE, A.-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCIO, *Le Lamy-Sociétés commerciales*, éd. 2016, n° 400, p. 182.

⁶³⁸ Voir P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2014, p. 77, n° 101. Selon l'auteur, « *Les professionnels limitent parfois les statuts à un contenu assez minimaliste* » afin qu'il remplisse son « *premier rôle* » qui est de permettre la constitution de la société. Pour ce faire, les rédacteurs en droit français se contentent de respecter les dispositions de l'article 1835 du code civil qui énonce que les statuts « *déterminent, outre les apports*

253. Un tel contexte juridique ne permettait pas l'adaptation de la vie des sociétés à l'environnement économique de plus en plus concurrentiel qui était le leur. En effet, de par la place qui était la sienne et son large spectre dans l'AUSC de 1997, l'ordre public limitait la liberté contractuelle des associés lors de l'élaboration des statuts. Certes, on se contentait de voir « *une certaine liberté contractuelle* » dans le libre choix des coassociés, dans la libre détermination de l'objet ou de la forme sociale ou encore dans certaines modalités de l'organisation de la vie juridique des sociétés à caractère personnel prononcé⁶³⁹. Toutefois, on n'a pas cessé d'appeler le juge à faire une lecture positive de l'article 2 de l'AUSC de 1997 afin de permettre la création de nouveaux espaces de liberté sécurisés à l'intention des associés⁶⁴⁰. Mais c'est du législateur lui-même que viendront les réponses attendues par les praticiens. Ainsi que l'avait très tôt affirmé le Professeur Abdoulaye SAKHO, « *l'espoir est permis avec le projet d'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui, non seulement reconnaît la validité des pactes statutaires (...) entre actionnaires, mais attache des conséquences certaines, en vue de leur effectivité* »⁶⁴¹. La concrétisation de cet espoir à travers l'adoption de la réforme de l'AUSC et a été notée par certains auteurs. On a par exemple écrit à ce titre qu'en « *remodelant la lettre et l'esprit de*

de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement ».

⁶³⁹ Sur cette question, voir les développements de P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales de l'Ohada », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, p. 193, n° 16 et s.

Voir aussi P. S. BADJI, *Réforme du droit des sociétés commerciales de l'Ohada*, l'Harmattan, 2016, p. 43, n° 26. L'auteur écrit que « *La notion de liberté en droit des sociétés (Ohada) n'a pas débuté avec l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés révisé ; elle s'est seulement renforcée ou a été mieux vulgarisée* ». Dans le même sens, voir aussi P. S. BADJI, « Les orientations du législateur Ohada dans l'AUSCGIE révisé » : *Rev. ERSUMA*, n° 6, nouvelle éd., Jan. 2016, p. 22, n° 38 : « *La liberté en droit des sociétés a existé traditionnellement dans les sociétés en nom collectif, en commandite simple et le GIE. Dans les SNC, les associés sont libres de prévoir, pour contourner l'unanimité requise en matière de cession des parts sociales, une procédure de rachat. En outre, dans les SCS, la liberté des associés est certes limitée quant à la mise en place des formules de cession, mais pas concernant le choix* ».

En droit français, la même réflexion a été faite par le Professeur Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1999, p. 26, n° 10. L'auteur y écrit qu'« *on oublie trop souvent l'existence de certaines libertés qui, pour être évidentes et indiscutées, n'en sont pas moins fondamentales : la liberté de constitution (...) et la liberté de dissolution* ».

⁶⁴⁰ O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2014, p. 239, n° 295 et s. Selon l'auteur, la volonté des associés est mise à mal dans le contrat de société. En effet, les modalités d'expression de la volonté des associés n'ont pas paru suffisantes pour conférer la flexibilité qu'exigeait déjà l'objectif de performance économique des sociétés commerciales.

⁶⁴¹ A. SAKHO, « *L'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférence dans les cessions d'action* », Série de documents de recherche du CRES, 2014/59, p. 23, disponible sur http://www.cres-sn.org/sites/default/files/execution_forcee_pacte_de_preferance.pdf, consulté le 26 avril 2017.

l'article 2 de l'Acte uniforme, le législateur sublime les statuts en tant qu'espace d'expression de la liberté des associés et donc de la dimension contractuelle en droit uniforme»⁶⁴².

254. Mais, dans quelle mesure le contrat de société est-il devenu une terre d'élection de la liberté des associés en droit Ohada ? Avant de répondre à cette question (**B**), il nous semble opportun d'exposer la réalité que recouvre la notion de statuts de société dans le droit des sociétés de l'OHADA et surtout celle sous laquelle nous l'appréhendons en tant que support des conventions statutaires (**A**).

A- La notion de statuts de société en droit Ohada

255. Bien que la notion de statuts de société soit classique, familière et profondément ancrée dans la culture juridique civiliste, elle demeure généralement mal connue⁶⁴³. C'est sans doute la raison pour laquelle le Professeur Michel JEANTIN⁶⁴⁴ affirmait que « *la formule mérite quelques éclaircissements* » puisque, justifie-t-il, « *il est clair qu'aujourd'hui, le contrat de société ne se réduit pas aux seuls statuts...* ».

256. En droit Ohada, on n'est pas plus sûr que la notion soit mieux connue qu'en droit français. Généralement en effet, « *la création et le fonctionnement de la société commerciale se concrétise par de nombreux actes juridiques de portée diverse* »⁶⁴⁵ au sein desquels les statuts « *jouent le rôle de noyau, autour duquel il est possible de situer les autres* »⁶⁴⁶. On retrouve donc assez souvent dans l'environnement statutaire, des actes qui peuvent être plus ou moins proches du contrat de société, voire interprétés comme faisant partie intégrantes de ce dernier. La question est ici de savoir si ces actes annexes aux statuts, que sont notamment le préambule et le règlement intérieur⁶⁴⁷, sont envisageables en droit Ohada et, le cas échéant, s'ils y sont conçus comme faisant partie de l'ensemble normatif recouvert par la notion de statuts.

⁶⁴² L.-D. MUKA TSHIBENDE, « Mise en perspective de la réforme (du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'Ohada) » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 9.

⁶⁴³ F. DEBOISSY, « Le contrat de société, Rapport français » in *Travaux de l'association Henri CAPITANT*, Journées Brésiliennes 2005, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 119, n° 1.

⁶⁴⁴ M. JEANTIN, « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Dalloz, 1996, p. 159.

⁶⁴⁵ P. LE CANNU, « Le règlement intérieur des sociétés » : *BJS* 1986, p. 723 et s., n° 2.

Aussi, a-t-il été écrit que les associés peuvent exprimer les modalités de création et de fonctionnement de leur société dans « *les statuts, principale convention entre actionnaires, le préambule, le règlement intérieur ou les pactes adjoints* » ; cf M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 13, n° 20.

⁶⁴⁶ P. LE CANNU, « Le règlement intérieur des sociétés » : *BJS* 1986, p. 723 et s., n° 2.

⁶⁴⁷ Ce sont en effet ces deux supports qui sont le plus rencontrés en pratique et dont il convient de fixer la valeur normative par rapport aux statuts afin de savoir lequel d'entre eux rentre dans le champ des statuts et, peut en conséquence contenir des aménagements conventionnels statutaires.

257. L'intérêt de la question n'est pas que théorique. En effet, la doctrine est majoritairement d'accord pour reconnaître que la nature statutaire des aménagements conventionnels est une garantie de leur efficacité⁶⁴⁸. En outre, malgré la confidentialité qu'offre la localisation extrastatutaire des aménagements conventionnels, la validité de certains d'entre eux, est subordonnée à leur consignation dans les statuts ou les actes ayant valeur statutaire⁶⁴⁹. En conséquence, le contexte de notre étude recommande particulièrement qu'on puisse identifier les actes susceptibles de contenir les manifestations des volontés individuelles des associés au titre des aménagements conventionnels statutaires en droit Ohada.

258. Dans l'AUSC, ce sont les articles 10 à 13 qui traitent des statuts de la société et posent de ce fait, les règles générales y relatives pour toutes les formes de sociétés commerciales. Ils prévoient d'une part, la forme en laquelle ils doivent être établis⁶⁵⁰ et fixent en outre, les mentions obligatoires qui doivent y figurer⁶⁵¹. En ce qui le concerne, l'article 12 de l'AUSC dispose précisément que « *les statuts constituent soit le contrat de société en cas de pluralité d'associés, soit l'acte de volonté d'une seule personne, en cas d'associé unique* ». Il reste néanmoins silencieux sur la possibilité d'introduire un préambule dans les statuts ou de préciser certaines modalités du fonctionnement interne des sociétés dans un règlement intérieur.

259. Il va donc de soi, que le législateur ne précise pas la valeur normative de l'un ou l'autre de ces actes par rapport aux statuts. En tout état de cause, le silence du législateur quant à l'établissement d'un préambule ou d'un règlement intérieur, comme acte régissant la société, ne saurait être interprété comme une prohibition. Ces actes, qui relèvent de la pratique courante du droit des sociétés commerciales, sont connus depuis très longtemps dans les milieux d'affaires⁶⁵² et sont particulièrement remis au goût du jour à la faveur du mouvement de

En droit français justement, c'est beaucoup plus à propos du préambule et du règlement intérieur que la doctrine et la jurisprudence ont dû se prononcer relativement aux statuts. Voir par exemple P. LE CANNU, « Le règlement intérieur des sociétés » : *BJS* 1986, p. 723 et s. ; S. SCHILLER, « Pactes, statuts et règlement intérieur : quelle hiérarchie ? » : *Rev. sociétés* 2011, p. 331 et s., A. VIANDIER, « Le règlement intérieur du conseil d'administration », in *RJDA*, 2003, p. 1003 et s.,

⁶⁴⁸ A ce titre, certains ont proposé « *la statutarisation de certaines clauses (communément) contenues dans les pactes d'associés* » au prix même, s'il le faut, de la confidentialité qu'offrent ces derniers. Cf. G. RICHARD et B. BRILLON, « Comment renforcer la force obligatoire des pactes d'associés ? », in *Actes prat. ing. Sociétaire - Revue bimestrielle*, LexisNexis-Jurisclasser, Mars-Avril 2014, p. 31. Dans le même sens, voir aussi D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 17.

⁶⁴⁹ M. GERMAIN, « Pactes, statuts et ordre public », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, 2013, p. 307, n° 5.

⁶⁵⁰ Voir art. 10 et 11 de l'AUSC.

⁶⁵¹ Art. 13 de l'AUSC.

⁶⁵² P. LE CANNU, « Le règlement intérieur des sociétés » : *BJS* 1986, p. 723 et s., n° 2.

contractualisation auquel le législateur Ohada a souscrit⁶⁵³. A ce propos, un auteur rappelle justement que « *les aménagements contractuels du droit des sociétés augmentent non seulement en volume, mais également en types de support. A côté de la summa divisio traditionnelle entre clauses statutaires et pactes extra-statutaires, se sont multipliées récemment de nouvelles formes de conventions. Ainsi, les règlements intérieurs deviennent plus courants. Par ailleurs, les préambules figurent de plus en plus souvent dans les règlements intérieurs ainsi que dans les statuts pour exposer les intentions des signataires et aider à régler d'éventuels conflits futurs* »⁶⁵⁴.

260. Si on peut ainsi défendre la possibilité de prévoir un règlement intérieur de société ou un préambule aux statuts de la société, la question de la valeur normative de ces actes reste posée en droit Ohada. La doctrine des Etats membres de l'Ohada ne semble pas s'y être intéressée et le juge communautaire de l'Ohada ne paraît pas avoir eu l'occasion de se prononcer à cet égard, là où, en droit français il s'agit d'une préoccupation régulièrement traitée par la jurisprudence et souvent analysée par les auteurs⁶⁵⁵. De fait, les réflexions qui vont suivre présentent la particularité d'être inspirées par les substantiels développements de la question en droit français qui, nous apparaissent parfaitement transposables en droit Ohada.

261. Précédant la suite d'articles qui définissent la société et règlent son fonctionnement⁶⁵⁶, le préambule est, la plupart du temps, prévu pour établir les bases du contrat de société, c'est-à-dire pour poser des « *principes généraux définissant les fondements mêmes du pacte social* »⁶⁵⁷. Il s'agit en effet, d'orientations fondamentales, qui traduisent les concessions réciproques arrêtées lors des négociations ayant précédé l'élaboration du contrat de société et qui s'avèrent nécessaires à une meilleure compréhension et à la mise en œuvre efficace des clauses de ce dernier. En conséquence, les associés fondateurs décident de les rappeler au début

⁶⁵³Concernant de manière générale le rapport entre la contractualisation et le recours croissant à certains actes juridiques en plus des statuts, voir M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 17 et s.

⁶⁵⁴ S. SCHILLER, « Pactes, statuts et règlement intérieur : quelle hiérarchie ? » : *Rev. sociétés* 2011, p. 331, n° 2.

⁶⁵⁵ Voir S. PRAT, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert des valeurs mobilières*, Litec, 1992, p. 142, n° 246.

⁶⁵⁶ Le préambule n'est en principe pas détachable des clauses statutaires et serait de nul effet s'il n'en était pas suivi. A ce titre, on considère que « *validité et complémentarité vont ici nécessairement de pair* », notamment dans les pays de tradition juridique romano-germanique. Voir L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés. Etude de droit comparé. Angleterre-Espagne-France*, LGDJ, 2003, p. 492, n° 458.

⁶⁵⁷ Trib. Com. Nanterre, 1^{ère} Ch., 26 février 1993 : D. 1993, p. 337, note A. COURET et F. PELTIER.

de l'acte constitutif de la société « en les intégrant dans un document qui accentuera leur contenu »⁶⁵⁸ dans le but de les présenter comme « une notice explicative des statuts »⁶⁵⁹.

262. En tant que tel, il peut y être indiqué les raisons pour lesquels les fondateurs créent la société ainsi que la justification de son objet social. A ce même titre, le préambule sert de guide d'interprétation des statuts, à telle enseigne que certaines clauses statutaires ne peuvent être clairement comprises sans recourir à ce guide⁶⁶⁰. Par ailleurs, il ressort du jugement nanterrois précité que les associés fondateurs peuvent valablement décider d'inscrire dans le préambule, des principes d'organisation et de fonctionnement de leur société. Dans de telles conditions, « il semble difficile d'attribuer une nature juridique au préambule différente de celle des statuts »⁶⁶¹, notamment parce qu'au double plan formel et organique, le préambule est élaboré suivant le même processus que les statuts ; il figure dans le même document et est publié au même titre que les dispositions statutaires.

263. Par contre, l'analyse de la doctrine française dans sa majorité, révèle que contrairement au préambule, le règlement intérieur de la société est un document infra-statutaire⁶⁶² en raison de sa vocation à régler des détails du fonctionnement de la société, dont les bases sont arrêtées dans les statuts⁶⁶³. De fait, « il est subordonné aux statuts et sa validité doit être appréciée par rapport à ces derniers »⁶⁶⁴. Cette valeur normative infra-statutaire du règlement intérieur a souvent été affirmée par la jurisprudence française. Notamment, dans une décision rendue le 2 juin 1987, la Cour de cassation française a décidé qu'une cour d'appel⁶⁶⁵ a régulièrement justifié sa décision dès lors « qu'en répondant aux conclusions invoquées, [elle] a retenu que les

⁶⁵⁸ P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2010, p. 69, n° 98. Voir aussi Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, Droit commercial général et sociétés, Economica, 12^e édition, 2003, p. 152, n° 153.

⁶⁵⁹ L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés. Etude de droit comparé. Angleterre-Espagne-France*, LGDJ, 2003, p. 491, n° 458.

⁶⁶⁰ Voir Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^{ème} édition, 2002, p. 34, n° 13.

⁶⁶¹ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 22, n° 40. Spécialement au n° 42, l'auteur écrit que « le lien intellectuel les unissant étant si fort, il ne sera pas possible de scinder l'ensemble du document intitulé "statuts" en deux documents de valeur distincte ».

Voir aussi M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, *op. cit.*, p. 101, n° 186 : « Le préambule est au contrat ce que l'exposé des motifs est à la loi. Les associés y déposent leurs instructions, leurs espoirs, leurs convictions et aussi certaines lignes de conduite qu'ils s'engagent à respecter. Il n'a pas seulement valeur ornementale [...]. S'il est placé en tête des statuts, il a la même force obligatoire que ceux-ci ». Adde Th. BONNEAU, « Le règlement intérieur de la société » : *Dr. sociétés* 1994, p. 1, n° 2.

⁶⁶² Voir à ce propos P. LE CANNU, « Le règlement intérieur des sociétés » : *BJS* 1986, p. 723 et s. ; M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 37, n° 77 et s. ; P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2010, p. 71, n° 100.

⁶⁶³ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 34, n° 73.

⁶⁶⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, *op. cit.*, p. 101, n° 186.

⁶⁶⁵ Il s'agit de la cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch., Section A, 9 oct. 1985, Société de Bois DIETERLE et associés Paris c/ J. DE BOIS, *BJS* 1986, p. 761.

stipulations d'un "règlement intérieur" contraires aux statuts constituent simplement en elles-mêmes une violation de ces statuts et que leur nullité peut être soulevée par tout intéressé sans entraîner pour autant la nullité de la société elle-même»⁶⁶⁶.

264. Bien que le recours au règlement intérieur de société soit jugé inopportun par un auteur⁶⁶⁷, il correspond à une pratique assez répandue en droit Ohada⁶⁶⁸, même si le régime juridique de cet acte ne fait pas l'objet de dispositions légales⁶⁶⁹. Il est constant que sa fonction dans les sociétés de droit Ohada est, comme en droit français, de compléter les statuts relativement aux règles de fonctionnement interne de la société en en précisant les modalités d'application⁶⁷⁰. En ce sens, il peut avoir un caractère contractuel ou non. Dans le premier cas, ce caractère lui sera reconnu parce que la loi prévoit son établissement suivant les modalités d'élaboration d'un accord de volonté. C'est justement le cas du règlement intérieur dans les sociétés coopératives que les coopérateurs établissent soit par acte sous seing privé ou par acte notarié⁶⁷¹. Mais, dans la plupart des cas, ce document est un acte à caractère social et non contractuel puisque élaboré par un organe de la société⁶⁷². Dans l'une ou l'autre des hypothèses, le règlement intérieur de société en droit Ohada reste constamment subordonné aux statuts.

265. En conséquence, on en déduit que les aménagements conventionnels du droit des sociétés susceptibles d'être portés par les statuts peuvent aussi valablement figurer et de manière autonome dans le préambule de ces derniers mais, pas dans le règlement intérieur. La

⁶⁶⁶ Cass.com., 2 juin 1987, *Bulletin Joly*, 1987, note P. LE CANNU, p. 501 et s.

⁶⁶⁷ Y. GUYON, *Droit des Affaires, Tome 1, Droit commercial général et sociétés*, Economica, 12^e éd., 2003, n° 142.

⁶⁶⁸ D. POHE TOKPA, « Personnalité morale des sociétés », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1354, n° 30.

⁶⁶⁹ Il faut néanmoins noter le cas exceptionnel de la société coopérative lors la constitution de laquelle l'établissement d'un règlement intérieur est une exigence au même titre que les statuts de la société. La première partie de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Coopératives consacrée aux dispositions générales de cette forme sociale, comporte un chapitre intitulé « *Statuts et règlement intérieur* ». Les articles 67 et 68 dudit Acte Uniforme organisent la forme et fixe un contenu légal au règlement intérieur.

Pour une comparaison avec le droit français, on peut noter dans la doctrine française qu'à l'identique du droit Ohada, la loi française n'ignore pas totalement le règlement intérieur mais qu'en dépit de ce que ce dernier connaisse une consécration légale depuis plus de dix ans maintenant, la loi ne précise pas son régime juridique. Cf. S. SCHILLER, « Pactes, statuts et règlement intérieur : quelle hiérarchie ? » : *Rev. sociétés* 2011, p. 331 et s., n° 8 et 9.

⁶⁷⁰ Autant qu'il a été écrit en droit français (M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 34, n° 73), il est également vrai en droit Ohada que « *le règlement intérieur est aux statuts, ce que les décrets d'application sont aux lois* ». Selon la doctrine Ohada, « *Le règlement intérieur est un acte de la personne morale qui précise et régit les modalités d'application des statuts* » : cf. D. POHE TOKPA, « Personnalité morale des sociétés », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1354, n° 30.

⁶⁷¹ A noter que l'une et l'autre de ces modalités d'établissement du règlement intérieur dans les sociétés coopératives de l'Ohada suppose un accord de volonté sur les termes dudit règlement et caractérise ainsi sa nature contractuelle.

⁶⁷² En ce sens, voir S. SCHILLER et D. MARTIN, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés*, LexisNexis, 2018, p. 20, n° 36.

position de ce dernier acte dans la hiérarchie des normes sociétaires empêche qu'il puisse servir de support aux aménagements conventionnels statutaires en droit des sociétés. En résumé, les aménagements conventionnels statutaires tels que nous l'entendrons dans la présente étude ne peuvent figurer que dans les statuts et ou leur préambule. En tant que tel, « *le complexe statutaire* »⁶⁷³ que constituent les statuts et leur préambule est le seul acte susceptible de recevoir l'accord de volontés des associés et de traduire conséquemment la restauration de la dimension conventionnelle des statuts en droit Ohada.

B- Le rétablissement de la dimension conventionnelle des statuts en droit Ohada

266. Bien que le législateur Ohada ait toujours défini la société commerciale comme étant créée par un contrat dont les clauses, librement convenues entre deux ou plusieurs personnes, sont censées en organiser le fonctionnement, la présence pesante du spectre de la conception institutionnelle de la société⁶⁷⁴ dans l'AUSC de 1997 était la raison habituellement avancée pour justifier la réglementation légale et au détail près du contrat de société. L'ordre public sociétaire de l'Ohada interdisait généralement aux statuts de déroger aux dispositions de l'AUSC affectant ainsi la liberté du choix des termes du pacte social par les fondateurs de la société. Le contrat de société en droit Ohada pouvait alors s'assimiler à ce qu'un auteur⁶⁷⁵ a qualifié de « *contrat légal* » puisque traduisant un dirigisme contractuel qui tranche avec le principe de l'autonomie de la volonté. L'auteur dénonçait ainsi, déjà, le fait que « *par un paradoxe singulier, le contrat devient de moins en moins contractuel* »⁶⁷⁶. Dans le même sens, le Professeur Paul DIDIER décrivait le pacte social, tel que réglementé par la loi de juillet 1966, comme un acte juridique « *si étroitement programmé par le législateur qu'une machine à traitement de texte suffit, ou presque, à l'établissement des statuts sociaux* »⁶⁷⁷. Des analyses identiques à celles-ci ont aussi été faites par beaucoup d'auteurs à propos de l'AUSC de 1997. Notant que ce dernier prévoyait un encadrement strict des statuts qui « *apparaissent alors*

⁶⁷³ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 17, n° 24.

⁶⁷⁴ L'institution étant définie comme un « *composé de règles de droit qui embrasse une série de relations sociales tendant aux mêmes fins* », un lien étroit est constamment établi entre une institution et le caractère impératif des règles qui en organisent le fonctionnement : J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3^e éd., 1999, n° 169.

⁶⁷⁵ L. JOSSERAND, « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal » : D. 1940, n°2, chron., p. 5.

⁶⁷⁶ *Idem*.

⁶⁷⁷ P. DIDIER, « La publicisation du droit des sociétés », in *Le droit des affaires, demain* ; Actes du colloque du 5 juin 1985, p. 38, disponible sur <http://www.creda.ccip.fr/colloques/pdf/1985-droit-affaires/droit-affaires-demain-actes.pdf>, consulté le 26 avril 2017.

comme des modèles fixés impérativement par la loi »⁶⁷⁸, la plupart des auteurs se demandaient alors « si le contrat de société existait encore »⁶⁷⁹.

267. Depuis la réforme de l'AUSC de 2014, le législateur OHADA a marqué un regain d'intérêts pour « la libéralisation du droit des sociétés »⁶⁸⁰ dont la conception contemporaine permet « à l'élément contractuel d'infiltrer indistinctement toutes les formes de sociétés »⁶⁸¹. De fait, « le recul de l'ordre public est assez perceptible dans plusieurs dispositions de l'AUSC révisé [et] témoigne de l'émergence de la liberté contractuelle, à travers la prolifération de techniques contractuelles instituées pour permettre aux associés de réguler leurs rapports entre eux [...]. Les volontés privées, à travers ces techniques contractuelles, sont en train de prendre les commandes. Elles légifèrent davantage... »⁶⁸². Dans ce nouveau contexte, l'environnement statutaire des sociétés commerciales en droit Ohada est de plus en plus favorable à la manifestation de la volonté des associés fondateurs⁶⁸³. Désormais, et ainsi que l'ont souhaité certains auteurs, les statuts de sociétés en droit Ohada sont « de plus en plus ouverts à l'autonomie de la volonté »⁶⁸⁴. Replacée au centre du processus d'élaboration du contrat de société, la volonté individuelle rétablit la dimension conventionnelle des dispositions statutaires. Dans la plupart des cas, le législateur autorise des aménagements conventionnels de

⁶⁷⁸ P.-G. POUGOUE, F. ANOUKAHA et J. NGUEBOU TOUKAM, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, PUA, 1998, p. 94, n° 155.

⁶⁷⁹ P.-G. POUGOUE, F. ANOUKAHA et J. NGUEBOU TOUKAM, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, PUA, 1998, p. 43, n° 58. Rappelant l'article du Professeur Claude CHAMPAUD (« Le contrat de société existe-t-il encore ? », in *Le droit contemporain des contrats*. Travaux de la Faculté de sciences juridiques de Rennes, Economica, 1987, p. 125 et s.), ces auteurs africains posent ainsi la question de la nature juridique réelle de l'acte constitutif de la société commerciales. Plus précisément à la page 16 et au n° 36, les auteurs écrivent que l'acte de société qui constitue les statuts doit « avoir un contenu déterminé » par la loi.

⁶⁸⁰ A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'Ohada » : *Penant* 2015, n° 893 p. 458. Cette libéralisation du droit des sociétés est qualifiée par l'auteur comme la réalité de la tendance du droit moderne.

⁶⁸¹ C. LAPEYRE, « La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques » : *BJS* 2004, n° 1, p. 21.

⁶⁸² A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'Ohada » : *Penant* 2015, n° 893, pp. 459-463.

⁶⁸³ En effet, toutes les formes sociales s'ouvrent davantage à la simplification statutaire de leur régime juridique. Ce phénomène se consolide dans les sociétés à caractère personnel prononcé (SNC, SCS, Société en participation) qui ont, selon le Professeur Yves GUYON, « des structures légales légères, qui en font des îlots de liberté relatives dans un océan de réglementation » : Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1999, n° 156. Aussi, l'hostilité traditionnelle vis-à-vis de la manifestation de la volonté des associés fondateurs dans les sociétés à caractère institutionnel avéré telles que la SA ou la SARL se trouve-t-elle largement relativisée depuis la réforme de l'AUSC.

Sur la distinction entre les « sociétés à caractère institutionnel avéré » et les « sociétés à caractère personnel prononcé », voir : P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales de l'Ohada », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, p. 188 et s., p. 184, n° 10 à 19.

⁶⁸⁴ Voir notamment J. PAILLUSSEAU, « L'Acte uniforme sur le droit des sociétés » : *Petites aff.* 2004, n° 205, p. 21 ; P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales de l'Ohada », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, p. 212, n° 44.

la règle légale et permet de compléter le régime légal des statuts par des clauses statutaires librement convenues entre les fondateurs. De ce fait, la nature contractuelle des statuts se confirme dans les sociétés de personnes et se trouve restaurée dans les sociétés de capitaux en droit Ohada⁶⁸⁵.

268. En réalité, cette reconquête de l'espace statutaire par la liberté contractuelle en droit Ohada n'est que l'affirmation d'une conception moderne du droit des sociétés⁶⁸⁶ qui, sous la pression des praticiens, transcende les divers courants doctrinaux classiques et les opinions successives ayant nourri le débat sur la nature de la société commerciale. Dorénavant, on en vient à conclure que « *la société est indissociable d'un certain libéralisme [et que] l'analyse des caractéristiques ainsi découvertes par la doctrine paraît rompre définitivement avec toute idée d'institution au sens juridique* »⁶⁸⁷.

269. De plus en plus, la conception institutionnelle de la société commerciale s'effrite. En premier lieu, l'analyse contemporaine soutient que, même s'il n'y a pas de doute que des dispositions d'ordre public subsistent avec pour vocation d'encadrer les clauses du contrat de société, il est moins vrai que l'encadrement des termes d'un accord de volonté par l'ordre public remet systématiquement en cause sa nature contractuelle. Madame Florence DEBOISSY apporte à cet effet un éclairage édifiant quand elle écrit que : « *Si l'analyse contractuelle de la société relève de la technique juridique, la liberté contractuelle est pour sa part un moyen au service d'une fin, à savoir le libéralisme économique, tous éléments ressortissant au domaine de la politique juridique. Ces deux aspects, technique juridique et politique juridique, relevant de domaines différents, il s'ensuit que remettre en cause le second – la liberté contractuelle – n'impliquait pas nécessairement de reconsidérer le premier – la nature contractuelle de la société –. [...]. Loin de s'opposer, contrat et ordre public peuvent bien évidemment coexister.*

⁶⁸⁵ En droit français, la jurisprudence opère timidement et de plus en plus une prise de position favorable à une qualification contractuelle de la société après avoir longtemps montré une certaine réserve, voire une neutralité sur la question. Voir par exemple Cass. civ., 1^{ère} Ch., 15 juillet 1999, *BJS* 1999, n° 11, p. 1115, § 261, note A. COURET. Voir aussi CJCE, 10 mars 1992, Powell Duffryn, Aff. C-214/89 : *BJS*, n° 7-8, p. 767, § 247, note J.-B. BLAISE; *JCP*, éd. E, 1994, I, n° 369, spéc. n° 11, obs. Y. REYNARD.

⁶⁸⁶ Voir A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'Ohada » : *Penant* 2015, n° 893, p. 458 ; P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales de l'Ohada », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, p. 184, n° 5.

⁶⁸⁷ C. LAPEYRE, « La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques », in *BJS*, 2004, n° 1, p. 22.

Le jeu de l'ordre public ayant été depuis longtemps systématisé dans la théorie générale du contrat »⁶⁸⁸.

270. En second lieu, il est constant que l'existence de la société en tant que tel n'est liée qu'au contrat de société sans qu'aucune référence à une autre notion ou à un autre élément ne soit nécessaire. Seul le contrat permet à la société d'exister. Son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) qui lui confère la personnalité morale n'est qu'une formalité dont la fonction est d'assurer son rayonnement extérieur ainsi que son opposabilité aux tiers par voie de publicité⁶⁸⁹. C'est d'ailleurs pour cette raison que le défaut d'immatriculation n'emporte de conséquences ni sur la validité du contrat de société ni sur l'existence de la société.

271. Enfin, les autres arguments souvent avancés au soutien de la nature institutionnelle de la société ne soulignent que les spécificités du contrat de société⁶⁹⁰ qui est, pour ainsi dire, « *le seul contrat qui ne constitue pas une fin en soi, mais qui donne naissance à un être distinct des contractant* »⁶⁹¹. Par conséquent, lesdits arguments ne suffisent « *pas à extraire radicalement cette dernière du domaine conventionnel* »⁶⁹². Selon Thierry FAVARIO⁶⁹³, la société est non seulement un contrat, mais surtout « *un contrat particulier* » dont l'élaboration appelle l'application des principes contractuels tels que le principe du consensualisme et celui de la liberté contractuelle sous réserve de la licéité et de la moralité de l'objet ainsi que de la cause de l'acte constitutif⁶⁹⁴. Etant donné par ailleurs que la liberté contractuelle implique notamment la possibilité pour les parties de déterminer librement le contenu du contrat, cette analyse contractuelle permet d'envisager, de nombreux aménagements statutaires imaginables dans la pratique commerciale. Toutefois, il sera toujours nécessaire de ne pas s'écarter de la finalité du contrat de société qui est d'assurer la pérennité de l'entreprise commune par l'organisation d'une coopération efficace.

⁶⁸⁸ F. DEBOISSY, « Le contrat de société, Rapport français » in *Travaux de l'association Henri CAPITANT*, Journées Brésiliennes 2005, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 121, n° 4.

⁶⁸⁹ Il faut noter que la loi régit bien d'autres contrats soumis par ailleurs à des modalités d'enregistrement ou de publicité sans que leur essence contractuelle et même le rôle de la liberté contractuelle lors de leur élaboration n'aient jamais été remis en cause.

⁶⁹⁰ Il en est ainsi de la règle de la majorité ou de celles organisant le pouvoir des dirigeants.

⁶⁹¹ F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF et alii, *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, éd. Bruylant, 2002, p. 121.

⁶⁹² C. LAPEYRE, « La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques », in *BJS*, 2004, n° 1, p. 21 et s.

⁶⁹³ T. FAVARIO, « Regards civilistes sur le contrat de société » : *Rev. sociétés* jan-mar 2008/1, p. 53 et s., notamment les n°s 8, 16, 17 et 18.

⁶⁹⁴ A noter que cette exigence trouve ses origines dans le droit commun des contrats : Cf. F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, et alii, *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, éd. Bruylant, 2002, n° 149 à 152.

272. Dans leurs commentaires de l'AUSC de 2014, certains auteurs ont à juste titre mis en exergue cette liberté statutaire d'organiser une entreprise. Ainsi, Didier PORACCHIA et Bastien BRIGNON⁶⁹⁵, tirant argument du choix du législateur Ohada de ne plus consacrer expressément le caractère d'ordre public de l'ensemble des dispositions de l'AUSC, justifient la place de choix qu'occupe désormais la volonté individuelle des associés dans l'élaboration des statuts. Ils font ainsi remarquer que l'article 2 de l'AUSC pourrait être interprété comme ne prohibant que les clauses statutaires dont l'esprit ou la lettre serait en contradiction avec l'esprit de l'Acte uniforme. Selon eux donc, l'acte uniforme de 2014 devrait être interprété en ce sens et permettre aux parties d'aménager leurs statuts par des clauses librement convenues, sous la seule réserve du respect de l'esprit des textes.

C'est cette même idée que défend un autre auteur qui, convaincu de l'influence grandissante de la liberté contractuelle dans la réglementation des sociétés commerciales en droit Ohada, soutient que ce qui caractérise tout contrat et donc le contrat de société « *est la liberté dont disposent les parties contractantes dans la définition de l'objet de leur accord, dans l'organisation et le fonctionnement de l'institution* »⁶⁹⁶. Dans le même sens, un autre auteur⁶⁹⁷ affirme que l'Acte uniforme réformé comporte de très nombreuses innovations qui incitent à l'ingénierie juridique. Selon lui, la réforme de l'AUSC confirme la volonté du législateur « *de valider ou de consacrer des adaptations juridiques et financières imaginées et mises en œuvre par des professionnels (...). En arrière-plan de ces validations, le nouvel Acte uniforme semble offrir plus de plage de liberté aux praticiens pour d'autres innovations sociétaires, au gré des stratégies juridiques dictées par des impératifs – voire contingences – économiques* »⁶⁹⁸.

273. Il est à noter que la détermination du législateur à permettre aux associés de librement aménager le contenu statutaire de leur société commerciale en droit Ohada ne s'est pas limitée aux seules formes sociales qui préexistaient à la réforme de l'AUSC. Selon la doctrine, la révolution contractuelle en droit des sociétés de l'Ohada est aussi « *perceptible dans une forme sociale nouvelle à savoir la SAS* »⁶⁹⁹. Pour Dieyla Yaya WANE, « *c'est à travers la création de la société par actions simplifiée que la liberté contractuelle fit son irruption en droit Ohada*

⁶⁹⁵ D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 16.

⁶⁹⁶ A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'Ohada » : *Penant* 2015, n° 893, p. 444

⁶⁹⁷ G.-A. LIKILLIMBA, « Innovation en matière d'ingénierie sociétaire : variabilité du capital social ou consécration de la société à capital variable ? » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 29.

⁶⁹⁸ *Idem*.

⁶⁹⁹ P. S. BADJI, *Réforme du droit des sociétés commerciales de l'Ohada*, l'Harmattan, 2016, p. 45, n° 27.

des sociétés commerciales de l'Ohada »⁷⁰⁰. En effet, cette forme sociale communément perçue comme traduisant « le retour à la liberté contractuelle et partant, à la société-contrat »⁷⁰¹ est la « première ‘nouvelle’ société par actions créée depuis l'entrée en vigueur de l'AUDSC le 17 avril 1997 »⁷⁰².

§2- La célébration de la liberté contractuelle statutaire par l'instauration de la SAS

274. La doctrine est unanime pour reconnaître que la consécration de la SAS par le législateur Ohada manifeste la reconnaissance par lui, d'une place plus importante à la liberté contractuelle des associés⁷⁰³. Selon Alain FENEON, « c'est surtout la nouveauté de ce concept, lequel donne une grande liberté aux créateurs de ce type de société, qui fait de la SAS, un événement pour le droit africain des affaires »⁷⁰⁴.

275. Structure sociale inspiré de la législation française⁷⁰⁵, la SAS y a été créée par la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 en réaction contre la teneur de la loi française de 1966 suivant laquelle la société était « régie par un droit d'ordre public d'une grande rigidité qui définit jusqu'au détail, la nature, la composition, les pouvoirs des organes de direction, le statut de leur membre, qui prévoyait des procédures de convocation des actionnaires, de tenue des assemblées d'actionnaires, leur compétence, leur mode de délibération »⁷⁰⁶. En se fondant sur

⁷⁰⁰ D. Y. WANE, « La réforme du droit Ohada des sociétés commerciales : modernisation du droit applicable ou conformisme législatif? », p. 12, disponible sur http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Dieyla_Yaya_Wane_modernisation_droit_des_societes_ohada.pdf, consulté le 05 mai 2018.

⁷⁰¹ L. TOMASINI, « La société par action simplifiée : une structure pour tous ? », p. 1, n° 1, disponible sur http://www.creg.ac-versailles.fr/IMG/pdf/La_Societe_par_actions_simplifiee.pdf, consulté le 28 avril 2018.

⁷⁰² A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, LGDJ, 2015, p. 717, n° 1845.

⁷⁰³ Voir notamment A. FENEON, « La société par actions simplifiée : un bouleversement du droit Ohada des sociétés commerciales » : *Penant* 2014, n° 887, p. 256 et s. Voir aussi P. S. BADJI, *Réforme du droit des sociétés commerciales de l'Ohada*, l'Harmattan, 2016, p. 47 et s. ou encore V. GONCALVES, « Présentation de la SAS au regard des nouvelles règles envisagées par le projet Ohada relatif au droit des sociétés ; aspects de droit comparé », Colloque AEDJ des 30 et 31 janvier 2013, Douala, p. 2 ; cité par J. MONSENEPWO MWAKWAYE, J. BANZA KASEYA et alii, *L'impact de l'Ohada sur le droit des sociétés commerciales en république démocratique du Congo*, l'Harmattan, 2015, p. 150.

Pour une analyse identique en droit français relativement à la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 ayant consacré la SAS en droit français, voir par exemple L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés. Etude de droit comparé. Angleterre-Espagne-France*, LGDJ, 2003, p. 392, n° 358. L'auteur écrit notamment qu'« en instituant une nouvelle forme sociale, la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 relative à la société par actions simplifiée (SAS) a offert une nouvelle option aux fondateurs. Il ne s'agit cependant pas d'un simple accroissement des facultés de choix mais bien d'un changement profond au sein de la législation française sur la société. La réglementation de cette structure laisse en effet une grande place à la volonté des parties dans un domaine où l'impératif supplante généralement le supplétif ». Voir aussi A.S. ALGADI, « La société par actions simplifiée dans la loi de modernisation de l'économie : vers un dirigisme contractuel », *Deffrénois*, 15 avril 2009, n° 7, p. 721.

⁷⁰⁴ A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, LGDJ, 2015, p. 717, n° 1845.

⁷⁰⁵ Voir L.-D. MUKA TSHIBENDE et T. GRANIER, « L'exportation du modèle français : la SAS consacrée en droit Ohada » : *Journal des sociétés*, 2015, n° 126, p. 46 et s.

⁷⁰⁶ Y. REINHARD, « La société par actions simplifiée » : *RTD com.* 1994, p. 300.

les objectifs de sa conception et la nature de son régime juridique, beaucoup d'auteurs français y ont vu le retour du droit des sociétés aux origines du droit contractuel⁷⁰⁷. Ainsi, pendant que certains notent à son propos « *une intrusion du droit anglo-saxon, du business-law* »⁷⁰⁸ dans l'univers juridique français, d'autres y ont vu une manifestation directe du consensualisme marchand⁷⁰⁹. L'institution en droit français de cette forme sociale était porteuse d'une vision simplificatrice du droit des sociétés commerciales⁷¹⁰ qui s'est consolidée quelques années plus tard avec l'extension du domaine de la SAS par la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999⁷¹¹. Le Professeur Jean STOUFFLET écrivait à cet effet que les différentes lois sur la SAS « *marquent l'entrée en force de l'autonomie de la volonté et du contrat dans le droit français des sociétés par actions qui, depuis les années 1940, ne leur concédait qu'une place restreinte* »⁷¹². Aujourd'hui, plus de deux décennies après sa création, la SAS demeure encore, selon Pierre-Louis PERRIN⁷¹³, une « *belle création française* » qui connaît un « *succès international* ».

276. « *Nouveau lieu de savoir-faire contractuel* »⁷¹⁴, c'est sans doute l'intérêt que la SAS a toujours suscité dans les milieux d'affaires français, qui a motivé sa réception en droit Ohada. C'est du moins ce que suggère le Professeur Philippe MERLE en écrivant que « *le succès rencontré en France par la nouvelle entité a convaincu le Secrétariat permanent de l'Ohada de proposer son introduction dans l'Acte révisé* »⁷¹⁵. Objet d'une réglementation « *fortement contractualisée à l'instar de la SAS française* »⁷¹⁶, la SAS du droit Ohada est aussi une

⁷⁰⁷ Voir J. HONORAT, « La société par actions simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés » : *Petites aff.* 16 août 1996, n° 99, p. 4 ; A. LE FEVRE, « Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspectives d'une société par actions simplifiée », in *RJ Com.* 1992, p. 89 ; Y. GUYON, « Présentation générale de la société par actions simplifiée » : *Rev. sociétés* 1994, p. 207, n° 7.

⁷⁰⁸ C. CHAMPAUD et D. DANET, « Actualité législative du droit des sociétés. Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 » : *RTD com.* 1994/II, p. 276.

⁷⁰⁹ C. CHAMPAUD, *Le droit des affaires*, PUF, Collection « Que sais-je ? », 1994, p. 57.

⁷¹⁰ Voir à ce propos, H. REINHARD, « La holding familiale », in *Rép. Déf.*, 2001, art. 37313. On y note avec l'auteur que « *La SAS est placée sous le double sceau de la simplification et de la contractualisation* ».

⁷¹¹ Loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche, disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

⁷¹² J. STOUFFLET, « Aménagements statutaires et actionnariat de la société par actions simplifiée » : *Rev. sociétés* 2000, p. 241, n° 1. Dans le même sens, le professeur François-Xavier LUCAS a écrit qu'« *il est banal de signaler que la société par actions simplifiées est une forme sociale placée sous le signe de la liberté contractuelle* » (F.-X. LUCAS, « Les libertés d'organisation et de transmission. La liberté des associés », in *Entreprise et liberté. Journées nationales-Association Henri CAPITANT*, Tome X, Dalloz, 2008, p. 77.

⁷¹³ P.-L. PERRIN « Les mystères de la SAS ou vingt ans après », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, op.cit., pp. 669-670.

⁷¹⁴ P. LE CANNU, « Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par action simplifiée » in *Défrénois*, 1994, n° 21, p. 1345.

⁷¹⁵ P. MERLE, « Une grande nouveauté : l'introduction de la SAS dans l'espace Ohada » : *Rev. Dr. et Patr.*, n° 281, mars 2011, p. 55.

⁷¹⁶ B. FRANÇOIS, « Droit Ohada. Révision de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE » : *Rev. sociétés* 2014/3, p. 142.

« institution de basse intensité législative [...] complétée par l'ingénierie contractuelle dont notre époque a vu l'essor »⁷¹⁷.

277. En tant que telle, c'est dans les statuts de la SAS que se matérialise sa forte dimension contractuelle (A). Offrant ainsi une souplesse statutaire considérable, cette forme sociale présente un grand intérêt pratique en ce qu'elle apparaît non seulement comme un réel moyen d'appréhension de l'économie informelle par le droit Ohada mais participe plus généralement à l'atteinte de l'objectif de développement économique des Etats-membres de l'organisation (B).

A- La forte dimension contractuelle des statuts de la SAS Ohada

278. Dans un article consacré à la SAS, le Professeur Michel GERMAIN illustre la portée contractuelle des statuts de cette forme sociale en écrivant qu'avec elle, « *les statuts de la société redeviendront la véritable charte des actionnaires et mériteront à nouveau l'appellation traditionnelle, aujourd'hui détournée, de pacte social* »⁷¹⁸. Des opinions semblables ont témoigné de l'importance de la liberté dans la formation de l'acte constitutif de la SAS en droit Ohada. Ainsi que l'a écrit M. Adamou RABANI : « *la nouvelle société instituée reflète à tout point de vue, le véritable contrat de société notamment par les marges laissées à la liberté statutaire* »⁷¹⁹. Par conséquent, les associés disposent selon l'auteur, « *d'une pleine liberté de prévoir tous les mécanismes relatifs à la création, au fonctionnement et aux décisions collectives dans la société* »⁷²⁰. D'autres encore⁷²¹ expriment la même idée quand ils écrivent que la SAS permet aux associés « *d'établir des "statuts sur mesure" en fonction de (...) l'organisation souhaitée et des règles particulières de fonctionnement envisagées* ».

279. En effet, l'article 853-1 de l'AUSC définit la SAS comme une forme sociale « *dont les statuts prévoient librement l'organisation et le fonctionnement de la société...* ». On voit bien que c'est déjà dans la définition légale de la SAS qu'apparaît la forte tendance contractualiste, caractéristique de la souplesse du régime juridique de la SAS en droit Ohada. De fait, même si la loi dispose que la liberté ainsi accordée aux associés ne l'est que « *...sous réserve des règles*

⁷¹⁷ P.-L. PERRIN, « Les mystères de la SAS ou vingt ans après », *op. cit.*, p. 669.

⁷¹⁸ M. GERMAIN, « La société par actions simplifiée » : *Rev. sociétés* 1994, p. 207.

⁷¹⁹ A. RABANI, « La nouvelle société par actions simplifiée de l'Ohada », in *BDE*, 2014/2, p. 40, disponible sur http://www.droit-economique.org/wp-content/uploads/2015/01/4-Adamou_Rabani.pdf

⁷²⁰ *Idem*, p. 39.

⁷²¹ J. MONSENEPWO MWAKWAYE, J. BANZA KASEYA et alii, *L'impact de l'Ohada sur le droit des sociétés commerciales en république démocratique du Congo*, l'Harmattan, 2015, p. 149, n° 234. Voir aussi Philippe DUPICHOT qui écrit que la jeune SAS de la zone Ohada est une société « *ivre de liberté* » qui sera peut-être à l'origine d'un SOS pour la SARL et la SA : Ph. DUPICHOT, « SAS en zone Ohada », in *BJS*, n°11, 2014, p. 421.

impératives » du livre de l'AUSC consacré à cette forme sociale, ceci n'enlève rien à la caractéristique fondamentale du régime juridique de cette forme sociale qui recommande, selon le Professeur Yves GUYON, que « *l'essentiel repose sur la volonté des parties, de telle sorte que la liberté contractuelle se combine avec l'efficacité de la personnalité morale* »⁷²². En effet, en dehors de quelques cas de limitation absolue à l'expression de la volonté en raison de l'intérêt général qui pourrait être en jeu, la liberté des associés peut se déployer dans une large mesure aussi bien lors de la constitution de la SAS qu'à l'occasion de son fonctionnement⁷²³. Le recours aux prescriptions légales ne s'opère qu'à titre supplétif⁷²⁴.

280. C'est d'ailleurs l'idée que semble exprimer M. Alain FENEON quand il écrit que « *si la SAS nouvelle du droit OHADA est soumise à certains principes du droit des sociétés : la réalité de la personne morale, l'intérêt social (...), l'innovation réside dans le fait d'avoir libéré la SAS de certaines règles impératives* »⁷²⁵ faisant ainsi d'elle, « *une forme libéralisée de personne morale qui ajoute à la souplesse des sociétés par actions, une grande autonomie d'organisation et de fonctionnement* »⁷²⁶. Allant plus loin, un autre auteur constate quant à lui, que « *le législateur Ohada a quasiment renoncé à édicter des règles impératives pour régler la vie de la société ou pour protéger les actionnaires minoritaires, ainsi que pour garantir le bon fonctionnement de ladite SAS par un contrôle des pouvoirs publics* »⁷²⁷. En conséquence, les modalités statutaires d'organisation et de fonctionnement de la SAS sont

⁷²² Y. GUYON, « Présentation générale de la société par actions simplifiée » : *Rev. sociétés* 1994, p. 207, n° 7. L'auteur rapporte même qu'à l'origine de cette forme sociale en France, on s'est même demandé quand il s'est agi de la nommer « *s'il ne serait pas préférable de parler de société contractualisée ou de société personnalisée* » ; ces adjectifs présentant « *l'avantage de mieux révéler les objectifs poursuivis* » ; Voir particulièrement n° 3.

⁷²³ A l'analyse, il ressort que les hypothèses dans lesquelles la loi encadre de manière absolue l'expression autonome de la volonté des associés de la SAS sont au nombre de trois. D'une part, l'interdiction absolue de faire appel public à l'épargne (art. 853-4 de l'AUSC). De deuxième part, l'obligation de prévoir impérativement comme représentant légal de la SAS, un Président qui devra être investi de pouvoirs suffisamment étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société (art. 853-8 de l'AUSC). De troisième part, l'obligation légale d'une décision collective des associés pour certains actes importants de gestion de la vie de la SAS tels que les augmentations, amortissements ou réduction du capital ou encore sa fusion, sa scission ou sa transformation en une société d'une autre forme (art. 853-11 de l'AUSC).

Cette réduction au minimum strict des règles d'ordre public dans les SAS et qui ne visent désormais que les trois aspects ci-dessus cités a été notée aussi en droit français. Voir à cet effet C. DUCOULOUX-FAVARD, « Propos autour de la société anonyme simplifiée et de l'autonomie statutaire » : *Petites aff.* n°17, 24 jan. 2001, p. 3 et s.

⁷²⁴ P. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 17^e éd., p. 759, n° 680.

⁷²⁵ A. FENEON, « La société par actions simplifiée : un bouleversement du droit Ohada des sociétés commerciales » : *Penant* 2014, n° 887, p. 273, n° 57.

⁷²⁶ *Idem*, p. 257, n° 2.

⁷²⁷ A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'Ohada » : *Penant* 2015, n° 893, p. 455. Dans le même sens, voir J. HONORAT, « La société par actions simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés », préc., p. 4. D'après ce dernier, le contrôle de la protection des intérêts des associés, notamment minoritaires, comme ceux des tiers est réduits à leur plus simple expression.

librement fixées par les associés⁷²⁸. En tant que tel, le complexe statutaire de la SAS de droit Ohada a vocation à constituer de réels accords de volontés librement consignés dans les clauses statutaires et ou dans le préambule⁷²⁹.

Ainsi, la plupart des contraintes légales imposées dans d'autres formes sociales, notamment dans la société anonyme relativement, par exemple, à la fixation du capital social ou encore à la valeur nominale des titres sociaux⁷³⁰ ne sont pas envisagées par les textes sur la SAS. Par contre, la possibilité pour les associés de prévoir dans les statuts de la SAS « *l'inaliénabilité des actions ou des valeurs mobilières donnant accès au capital* »⁷³¹, celle d'y prévoir la soumission de « *toutes cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital à l'agrément préalable de la société ou à un droit de préemption* »⁷³² ou encore celle de prévoir statutairement les conditions dans lesquelles « *un associé peut être tenu de céder ces actions* »⁷³³ sont autant de modalités de la libre expression de la volonté des associés. L'objectif étant de permettre aux associés de la SAS d'assurer par eux même et sur la base de techniques contractuelles librement convenues, la police de l'actionnariat par une maîtrise de sa stabilité ou de son extension.

281. En outre, le législateur concède aux associés, la faculté d'organiser le fonctionnement de la SAS en assouplissant les règles organisant la gestion du pouvoir en son sein. C'est en effet, la seule forme sociale dans laquelle les associés se voient attribuer la possibilité d'organiser librement le fonctionnement interne de la personne morale en se fondant sur le rôle important que le législateur leur concède à cet effet⁷³⁴. Outre la nécessité de prévoir un poste de président investi des plus larges pouvoirs pour agir comme organe unique de représentation de la SAS, les statuts fixent librement des domaines de compétences de principe dans lesquelles les associés doivent délibérer par décisions collectives. Tel que le dispose l'article 853-11 de l'AUSC, « *Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les*

⁷²⁸J. MONSENEPWO MWAKWAYE, J. BANZA KASEYA et alii, *L'impact de l'Ohada sur le droit des sociétés commerciales en république démocratique du Congo*, l'Harmattan, 2015, p. 152, n° 251.

⁷²⁹ Voir A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, LGDJ, 2015, pp. 719-720, n°1851 à 1853. L'auteur affirme que le choix de la SAS consiste prioritairement à donner la faculté d'inscrire dans les statuts, les conventions conclues entre associés. Par ailleurs, l'auteur affirme que la SAS se caractérise par « *des statuts comparables à un pacte d'actionnaires* ».

⁷³⁰ Art. 853-5 AUSC.

⁷³¹ Art. 853-17 AUSC.

⁷³² Art. 853-18 AUSC.

⁷³³ Art. 853-19 AUSC.

⁷³⁴ Le professeur François-Xavier LUCAS écrit à cet effet que « *la liberté la plus large a été reconnue aux associés pour organiser tant la direction de la société que les modalités d'adoption des décisions collectives* » : F.-X. LUCAS, « Les libertés d'organisation et de transmission. La liberté des associés », in *Entreprise et liberté. Journées nationales-Association Henri CAPITANT*, Tome X, Dalloz, 2008, p. 77.

associés dans les formes et conditions qu'ils stipulent ». L'objectif d'une telle flexibilité est, selon M. Alain FENEON, « *non seulement de protéger le domaine réservé de compétence des associés agissant collectivement à l'égard du président et des autres organes de la SAS* »⁷³⁵. Néanmoins, certaines décisions sont exceptionnellement réservées par la loi comme relevant de la compétence exclusive de la collectivité des associés. C'est ce que prévoit l'alinéa 2 de l'article 853-11 de l'AUSCGIE qui dispose que : « *Toutefois, les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes, en matière d'augmentation, d'amortissement ou de réduction de capital, de fusion, de scission, d'apport partiel d'actif, de dissolution, de transformation en une société d'une autre forme, de nomination des commissaires aux comptes, de comptes annuels et de bénéfices, sont dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés. Les décisions prises en violation des dispositions du présent alinéa sont nulles. Elles sont également nulles lorsqu'elles sont prises de manière collective mais en violation des conditions stipulées aux statuts.* »

282. La flexibilité du fonctionnement de la SAS peut par ailleurs se traduire par la possibilité qu'ont les fondateurs de la société de prévoir que tel dirigeant sera désigné par tel associé ou par telle catégorie d'associés. Dans des cas de plus en plus courants, explique M. Alain FENEON, les associés peuvent opter pour une gestion collégiale⁷³⁶ et les statuts peuvent alors fixer librement :

- « - le nombre de dirigeants,*
- la dénomination de l'organe de direction (...),*
- la structure de fonctionnement de cet organe et les pouvoirs attribués à chacun de ces membres,*
- la répartition des postes de direction entre les différents groupes d'associés,*
- la répartition des tâches entre les différents dirigeants, leur contrôle,*

⁷³⁵ A. FENEON, « La société par actions simplifiée : un bouleversement du droit Ohada des sociétés commerciales » : *Penant* 2014, n° 887, p. 271, n° 48.

⁷³⁶ Cette possibilité de gestion collégiale de la SAS de droit Ohada est consacrée à l'article 853-8 de l'AUSC dont l'alinéa 2 dispose que « *les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles, une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général adjoint peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article* ».

- la création de comités ad hoc ou de comités spécialisées et les modalités de prise de décision. »⁷³⁷.

283. Ces quelques illustrations montrent suffisamment la dimension contractuelle des statuts de la SAS de droit Ohada dont le contenu, essentiellement constitué d'accords de volontés, s'impose aux associés à l'image des conventions légalement formées. D'après M. Adamou RABANI⁷³⁸, cette « *liberté contractuelle symbolisée dans la société par actions simplifiée a été voulue par le législateur Ohada* » pour caractériser « *l'amenuisement des règles impératives par les prescriptions statutaires* ». Ce qui contribue à créer la confiance entre les acteurs du monde des affaires et une réglementation moins contraignante du droit des sociétés. Dès lors, à condition d'une vulgarisation et d'une application effectives des textes relatifs à la SAS, le climat de confiance que crée la consécration de cette forme sociale en raison de la place centrale qui y est reconnue à la volonté des associés, devrait avoir un impact positif considérable sur l'économie des pays de l'Ohada.

B- L'impact de la souplesse statutaire de la SAS sur l'économie de la zone Ohada

283. Sans vouloir procéder à une complète étude d'impact des aspects contractuels de la SAS sur l'économie des Etats-membres de l'Ohada⁷³⁹, il s'agit ici de montrer l'importante mesure dans laquelle la souplesse statutaire qu'offre la SAS, pourrait servir certains objectifs fondamentaux de l'Ohada. A titre d'exemple, la consécration de la SAS en droit Ohada répond au besoin récurrent d'un cadre juridique adéquat pour faciliter la coopération entre entreprises⁷⁴⁰. Aussi constitue-t-elle un moyen d'inciter les porteurs de projet à recourir à la création de petites et moyennes entreprises.

⁷³⁷ A. FENEON, « La société par actions simplifiée : un bouleversement du droit Ohada des sociétés commerciales » : *Penant* 2014, n° 887, p. 261, n° 15. Voir aussi A. RABANI, « La nouvelle société par actions simplifiée de l'Ohada », A. RABANI, « La nouvelle société par actions simplifiée de l'Ohada », in *BDE*, 2014/2, p. 42, disponible sur http://www.droit-economique.org/wp-content/uploads/2015/01/4-Adamou_Rabani.pdf. Selon ce dernier auteur, « *cette marge de liberté laisse la possibilité d'envisager le recours des associés au conseil d'administration, le directoire ou conseil de surveillance comme dans la SA, même si son choix n'est pas forcément obligatoire. Le seul organe de direction rendu obligatoire, donc impératif, est le président qui peut être une personne physique ou morale* ».

⁷³⁸ A. RABANI, « La nouvelle société par actions simplifiée de l'Ohada », *idem*, p. 44-45.

Voir aussi A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, LGDJ, 2015, p. 719, n° 1850. L'auteur écrit expressément que « *La liberté contractuelle est placée par le législateur Ohada au centre du nouveau système juridique de la SAS. Cette liberté contractuelle a pour corollaire le recul de des dispositions d'ordre public* ».

⁷³⁹ Sur l'économie comme enjeu central de l'institution de l'Ohada, voir K. MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'Ohada » : *Petites aff.* n° 205, 13 oct. 2004, p. 4 et s.

⁷⁴⁰ D. GATCHOUP TCHINDA, « L'émergence de la société par action simplifiée en droit Ohada » : *RASJ* 2016, n° 2, p. 102.

284. D'après le Professeur Philippe MERLE, la SAS « *donne aux entrepreneurs une très grande liberté dans l'organisation de la société, (...).Grâce à elle, les petites et moyennes entreprises pourront se doter d'un statut juridique peu contraignant* »⁷⁴¹. En droit Ohada où « *la nécessité d'encourager la création d'entreprises, qui évoluent dans un cadre juridique sécurisé, est essentielle* »⁷⁴², la consécration de la SAS propose une combinaison de flexibilité et de sécurité juridique dans l'organisation des activités économiques. En tant que tel, la simplification des formalités de sa constitution et le formalisme minimal qu'elle requiert, exerceront sans doute un attrait sur les créateurs de jeunes entreprises innovants, encore sous représentées. Cela est d'autant plus vrai que le régime de la SAS offre sa très grande liberté contractuelle et sa souplesse juridique aussi bien aux promoteurs individuels qui peuvent créer une SAS unipersonnelle⁷⁴³ qu'aux personnes morales qui voudraient en profiter. De ce point de vue, la SAS apparaît comme étant une « *société pour tous* »⁷⁴⁴. On s'aperçoit ainsi que, dans le contexte africain, la consécration de la SAS pourrait servir, en autres objectifs, celui d'offrir un cadre juridique formel et incitatif. Il serait alors utile pour l'ensemble du système juridique de l'Ohada que les sujets du droit Ohada soient mis au fait de ce que la SAS est cette « *forme libéralisée de personne morale qui ajoute à la souplesse des sociétés par actions, une grande autonomie d'organisation et de fonctionnement* »⁷⁴⁵ et qui tranche avec toute idée d'une réglementation légale stricte. En considération de la plupart de ces raisons, Alain FENEON affirmait que « *La SAS deviendra sans nul doute dans l'espace OHADA une société de droit commun* »⁷⁴⁶.

285. Par ailleurs, la souplesse qu'offre cette forme sociale est de nature à avoir aussi un impact sur les rapprochements entre entreprises dans la zone Ohada. En tant que telle, la SAS

⁷⁴¹ *Idem.*

⁷⁴² F. E. NDIJOLLO VODOM, « Réflexions sur la SAS de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », in *RJTUM*, n° 50-1, 2016, p. 76.

⁷⁴³ L'art. 853-1 de l'AUSC dispose à cet effet que « *La société par actions simplifiée est une société instituée par un ou plusieurs associés...* ».

⁷⁴⁴ S. CASTAGNE, « La société par actions simplifiée : enfin une société pour tous ! », in *La semaine juridique notariale et immobilière*, n° 26, 17 mai 2000, p. 1084.

⁷⁴⁵ A. FENEON, « La société par actions simplifiée : un bouleversement du droit Ohada des sociétés commerciales », *Penant* 2014, n° 887, p. 257, n° 2.

⁷⁴⁶ A. FENEON, « La société par actions simplifiée : un bouleversement du droit Ohada des sociétés commerciales », p. 257, n° 3. A ce propos, le professeur Philippe DUPICHOT propose quant à lui une analyse empreinte de réserve : « *L'avenir dira si la jeune SAS, ivre de liberté, sera à l'origine d'un SOS en zone OHADA pour la SARL et la SA* ». Selon le professeur François-Xavier LUCAS, « *Cette liberté contractuelle qui la caractérise semble faire de la société par actions simplifiée une forme sociale très séduisante, surtout si on la compare à cette cousine éloignée qu'est la société anonyme* » : F.-X. LUCAS, « Les libertés d'organisation et de transmission. La liberté des associés », in *Entreprise et liberté. Journées nationales-Association Henri CAPITANT*, Tome X, Dalloz, 2008, p. 77.

est une institution qui favorise la coopération et le partenariat entre sociétés⁷⁴⁷. Elle apparaît en effet comme une forme de société présentant des perspectives prometteuses dans les stratégies de groupes de sociétés⁷⁴⁸. En ce qu'il permet d'élaborer des montages complexes en toute légalité⁷⁴⁹, le régime juridique de la SAS se prête à de nombreux projets : société interne à un groupe, holding de contrôle, ou encore société de projet mais aussi société d'exploitation⁷⁵⁰. « Dans cet ordre d'idées, il n'apparaît pas utopique de penser que la constitution de sociétés d'économie mixtes, sous la forme de SAS, représenterait un instrument juridique de plus pour la conception d'une industrie locale »⁷⁵¹. Tout ceci est particulièrement intéressant pour les pays de l'Ohada dans lesquels, la plupart des projets de développement nécessitent de plus en plus, des coopérations entre les entreprises locales ou entre ces dernières et des sociétés étrangères ou encore des partenariats public-privé⁷⁵². Ainsi, les sociétés qui cherchent à organiser leur coopération sans engager leur responsabilité indéfiniment et solidairement disposent d'une structure beaucoup plus intéressante que la société en nom collectif ou le groupement d'intérêt économique. Dans le même sens, les groupes de sociétés peuvent, quant à eux, se développer avec une souplesse que ne leur offre pas la société anonyme⁷⁵³.

286. Si, ainsi qu'il est démontré, il est vrai que les aménagements contractuels statutaires sont désormais notables en droit Ohada, il est tout aussi vrai que le périmètre d'expression de la liberté contractuelle dans l'environnement juridique des sociétés commerciales en zone Ohada

⁷⁴⁷ Voir par exemple S. FAYE, « Des accords de coopération à la société par actions simplifiée », in *Eléments d'ingénierie sociétaire. Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence*, PUAM, 1994, p. 57 et s.

⁷⁴⁸ A. GOULANDRIS, *Les perspectives d'utilisation de la SAS dans les stratégies de groupes de sociétés*, Mémoire de DEA, Droit des Affaires, Université Robert SCHUMAN-STRASBOURG III, 2000 ; A. CHARVERIAT, « Naissance de la SAS, instrument attendu pour les rapprochements d'entreprises », in *Mag. Opt. Fin.* 17-1-1994, p. 23 ; D. BORDE et A. PONCELET, « Coopération inter-entreprises: La société par actions simplifiée (SAS) » : *RDAI*, avr. 1994 p. 221-228, n° 2 ; R. CANNARD, « Comment et sous quelque forme constituer un holding? » : *Rev. Dr. et Patr.* nov. 1993, p. 24.

⁷⁴⁹ J. STOUFFLET, « Aménagements statutaires et actionariat dans la société par action simplifiée » : *Rev. sociétés* 2000, p. 241.

⁷⁵⁰ A. FENEON, « La société par actions simplifiée : un bouleversement du droit Ohada des sociétés commerciales » : *Penant* 2014, n° 887, p. 257, n° 3.

⁷⁵¹ F. E. NDJOLO VODOM, « Réflexions sur la SAS de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », in *RJTUM*, n° 50-1, 2016, p. 77.

⁷⁵² Ces diverses applications de la SAS connaîtront sans doute un réel succès dans la zone Ohada où les récentes lois nationales sur les partenariats public-privé encouragent de telles coopérations inter-entreprises. Voir par exemple Loi n°2016-24 du 11 octobre 2016 portant cadre juridique du partenariat public-privé en République du Bénin ; Loi n° 2016-061 du 30 décembre 2016 relative aux partenariats public-privé au Mali ; Loi n° 2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat (PPP) au Sénégal, modifiée par la loi n° 2015-03 du 12 février 2015 ; Loi n° 020-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina-faso. Adde F. MARTY, A. VOISIN, « Les partenariats public-privé dans les pays en voie de développement : les enjeux contractuels », séminaire CNRS -GREDEG (Idefi) Université de Nice Sophia-Antipolis, 2005, France. 2005 ; D. KOLONGELE EBERANDE, *Le pouvoir dans les sociétés à capital mixte : Aspects de droit français, OHADA et congolais*, thèse de doctorat, Paris 1, 2011.

⁷⁵³ Sur ces différentes applications possibles de la SAS en droit Ohada, voir O. DOUVRELEUR, « Enquête sur les utilisations de la SAS » : *Petites aff.* 9 avr. 1997, n° 47, p. 7.

s'étend désormais bien au cadre statutaire. Le législateur a consacré une autre modalité d'assouplissement des règles de fonctionnement des sociétés qui permet aux associés de laisser s'exprimer leur volonté en dehors du cadre formel des statuts et ceci, indépendamment de la forme sociale considérée. Ceci est dorénavant possible à travers la consécration de la liberté de recourir aux conventions extrastatutaires en droit Ohada.

Section 2 : Une liberté consacrée de recourir aux conventions extrastatutaires

287. Devenues incontournables dans le monde contemporain des affaires, les conventions extrastatutaires s'imposent de plus en plus comme des instruments juridiques qui facilitent un aménagement discret et efficace de différents aspects de la vie des sociétés commerciales⁷⁵⁴. Elles sont en effet à la mode depuis quelques décennies et il n'est plus possible de prétendre désormais que les statuts sont l'unique source d'organisation des relations sociétaires⁷⁵⁵. Il n'est guère contestable que les conventions extrastatutaires « *occupent une place importante dans la vie des sociétés, qui pourraient difficilement se passer de ces instruments de contractualisation de leur fonctionnement* »⁷⁵⁶.

288. Elles permettent en effet aux associés de bénéficier en toute discrétion de la liberté contractuelle ainsi que de ses innombrables déclinaisons dans le but d'adapter les règles légales ou statutaires qui, ne sont souvent pas appropriées à l'organisation du réseau de relations humaines et économiques au sein desquelles naissent et vivent les sociétés commerciales⁷⁵⁷. Par ailleurs, les conventions extrastatutaires sont « *un outil incontournable de gouvernance d'entreprise et essentiel au développement d'opérations de "capital-investissement" en forte croissance dans l'espace Ohada* »⁷⁵⁸. Véritables moyens de la contractualisation du droit des sociétés, les conventions extrastatutaires, constituent en pratique un cadre privilégié pour les accords de volontés des associés qui consentent librement de s'affranchir des règles contraignantes et impératives du droit des sociétés⁷⁵⁹.

⁷⁵⁴ E. BROCHIER, « L'exécution en nature des pactes entre actionnaires : observations d'un praticien », in *RDC*, fév. 2005, p. 125.

⁷⁵⁵ F. PASQUALINI, « La validité des pactes d'actionnaires », in *Mélanges Philippe MALAURIE*, Defrénois, 2005, p. 353, n° 1.

⁷⁵⁶ F.-X. LUCAS, « L'exécution forcée des conventions de vote », in F.-X. LUCAS et D. MARTIN (dir.), *L'effectivité des pactes d'actionnaires*, dossier, *BJS*, juil.-août 2011, p. 625.

⁷⁵⁷ Elles constituent de ce fait, un « *remarquable phénomène de renouveau de la liberté contractuelle* » : cf. F.-X. LUCAS, « Les libertés d'organisation et de transmission. La liberté des associés », in *Entreprise et liberté. Journées nationales-Association Henri CAPITANT*, Tome X, Dalloz, 2008, p. 77.

⁷⁵⁸ F. NOUVION et J. BERNARDINI, « *Les pactes d'actionnaires dans l'espace Ohada : enjeux et perspectives* », disponible sur <http://www.magazine-decideurs.com/news/les-pactes-d-actionnaires-dans-l-espace-ohada-enjeux-et-perspectives>, consulté le 18 mars 2018.

⁷⁵⁹ D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, Dalloz, 23^e éd., 2016, p. 212, n° 425.

289. En zone Ohada, elles ont vu leur importance croître avec la récente reconnaissance de leur validité par le législateur communautaire⁷⁶⁰. En effet, même si ces pactes étaient plus ou moins connus dans les pays de l'Ohada⁷⁶¹, leur pratique ne jouissait jusqu'alors que d'« *une prétendue validité* »⁷⁶², de sorte que leur consécration légale met fin au doute légitime généré et entretenu depuis longtemps par le silence de l'AUSC à leur propos. Ce faisant, le législateur Ohada propose aux acteurs du droit des sociétés de l'Ohada, ceci dans un but d'adaptabilité et d'efficacité de leurs entreprises, un instrument idéal de souplesse contractuelle. Désormais donc en droit Ohada, à l'instar du droit français, les associés « *utilisent à plein la liberté contractuelle pour compléter, et souvent assouplir (...) le jeu des règles légales ou des clauses statutaires avec des objectifs variés* »⁷⁶³.

290. En tant que telle, la référence dominante des règles de fonctionnement des sociétés commerciales devient de plus en plus la volonté des associés⁷⁶⁴. Ceci est vrai pour toutes les formes sociales et, c'est sans doute la raison pour laquelle l'Acte uniforme ne privilégie ni la dénomination de « pacte d'actionnaires » qui semble faire formellement référence à la société anonyme, ni l'appellation de « pacte d'associés » dont l'allusion apparente aux sociétés de personnes pourrait susciter une croyance erronée dans l'esprit des opérateurs économiques selon laquelle les conventions dont il s'agit ne sont envisageables que dans ces formes de société. Le choix du législateur en faveur de l'expression « *conventions extrastatutaires* » est « *juridiquement plus précis* »⁷⁶⁵. Il présente l'intérêt de prévenir les interprétations restrictives que pourraient suggérer les notions de pacte d'associés ou de pacte d'actionnaires. Ainsi, le mot « *associés* »⁷⁶⁶ auquel l'article 2-1 de l'AUSC fait référence doit alors être pris dans son sens

⁷⁶⁰ B. FAYE et J. NYEMB, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, sept., p. 68.

⁷⁶¹ Voir par exemple B. MEUKE, « De la validité en OHADA d'un pacte d'actionnaires précédant les statuts et la constitution de la société », *Ohadata* D-11-99 ; J. C. HOUNKPE, « Les pactes d'actionnaires et la prévention des conflits dans la société anonyme de l'espace OHADA », *Ohadata* D-11-100, disponibles sur www.ohada.com, consultés le 24 mars 2017.

⁷⁶² L.-D. MUKA TSHIBENDE, « Mise en perspective de la réforme (du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'Ohada) » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 9. L'auteur justifie cette qualification de prétendue validité des conventions extrastatutaires par le paradoxe qu'il y a dans le fait que, dans un espace où le droit des sociétés commerciales est uniformisé, cette validité ne soit fondée que sur des dispositions de la législation civile propre à chaque Etat membre.

⁷⁶³ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, 2014, 6^e éd., p. 27, n° 46 et 47.

⁷⁶⁴ G. HORSMANS, « Les nouveaux rivages de la liberté sociétaire », in *Mélanges en l'honneur de Daniel TRICOT*, Dalloz, 2011, p. 671.

⁷⁶⁵ Voir A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, LGDJ, 2015, p. 652, n° 1678. Notons toutefois que certaines législations ont préféré l'appellation de pacte d'actionnaires qu'elles emploient comme synonyme de convention extrastatutaire d'associés et indistinctement avec la notion de pacte d'associés. C'est notamment le cas en droit tunisien avec la loi n° 2009-16 du 16 mars 2009 portant réforme du droit des sociétés commerciales dans ce pays.

⁷⁶⁶ Cette disposition légale dispose en terme général que « *les associés peuvent conclure des conventions extrastatutaires* ».

générique où il s'entend de « *tout membre d'une société, qui a effectué des apports et a vocation à participer au fonctionnement du groupement, à partager les bénéfices ou les pertes* »⁷⁶⁷.

291. En résumé, en tant que modalité d'expression de la liberté contractuelle en droit des sociétés commerciales, la faculté de recourir aux conventions extrastatutaires n'admet pas de restriction fondée sur la forme sociale adoptée. Mais au-delà de cette considération, c'est beaucoup plus du point de vue de leur validité en droit Ohada, que se révèle l'importante mesure dans laquelle les conventions extrastatutaires traduisent l'épanouissement de la liberté contractuelle dans l'environnement extrastatutaire. On peut appréhender cette liberté tant au regard de l'étendue du domaine de validité des conventions extrastatutaires (§1) qu'à travers la souplesse des conditions de leur formation (§2).

§1- Une approche large du domaine de validité des conventions extrastatutaires

292. Le législateur Ohada n'enferme pas la faculté des associés de recourir aux conventions extrastatutaires dans les limites absolues, ni d'une forme sociale, ni d'une opération sociétaire particulière. C'est ce qui ressort clairement des dispositions de l'AUSC dont l'article 2-1 consacre la liberté de conclure des conventions extrastatutaires portant sur tous les aspects de la vie des sociétés commerciales. Il dispose en effet que, « *les associés peuvent conclure des conventions extrastatutaires en vue notamment d'organiser, selon les modalités qu'ils ont librement arrêtées :*

- *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 ».*

293. De fait, il est évident que le législateur n'entend exclure du domaine de validité des conventions extrastatutaires en droit Ohada aucun pan de l'organisation et du fonctionnement des sociétés commerciales. En introduisant l'énumération des questions susceptibles de faire l'objet de conventions extrastatutaires par l'adverbe « *notamment* », il suggère implicitement aux praticiens que d'autres aspects du droit des sociétés, non expressément énumérés, peuvent faire l'objet des conventions extrastatutaires. L'AUSC a alors établi une liste non exhaustive qu'il serait réducteur de considérer comme limitative⁷⁶⁸, ce qui traduit ainsi une approche

⁷⁶⁷ S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridique*, 2014, 21^e éd., p. 84.

⁷⁶⁸ B. MERCADAL (dir.), *Code Pratique OHADA. Traité, Actes uniformes et Règlements annotés*, éd. Francis LEFEBVRE, 2014, p.899, comm. de l'art. 2-1. Voir aussi P. S. BADJI, *Réforme du droit des sociétés commerciales*

libérale du domaine des conventions extrastatutaires. Cette liberté ouverte de manière générale aussi bien sur la conduite des affaires de la société que sur la condition des associés est un indicateur pertinent de l'essor de la liberté contractuelle extrastatutaire dans la réforme du droit des sociétés Ohada⁷⁶⁹.

294. Cet essor particulièrement consolidé par l'imagination créatrice des associés se traduit par la profonde variété des techniques contractuelles générées en pratique⁷⁷⁰. En effet, dans la détermination des termes de leurs conventions extrastatutaires, les associés s'accordent librement sur le contenu des clauses et créent des accords d'une diversité extrême⁷⁷¹. On a écrit à ce sujet, qu'« avec ce nouvel article 2-1, de nombreux aménagements contractuels sont désormais expressément confortés et, (...) il est impossible d'en dresser une liste exhaustive »⁷⁷². Dans le même sens, M. Alain FENEON affirme qu'« un grand nombre de clauses diverses est donc envisageable dans les pactes d'actionnaires sous le droit Ohada »⁷⁷³. Du fait de cette diversité, il n'est pas possible d'appréhender l'ensemble des clauses envisageables. Mais pour révéler la richesse des conventions extrastatutaires, nous proposerons ici une classification fondée sur le critère de l'objet du pacte. Dans cette approche, il sera distingué les conventions relatives au capital social (A) de celles en rapport avec l'organisation du pouvoir (B).

A- Les conventions relatives au capital social

295. Ayant généralement pour objectif d'établir et de maintenir, sur la base d'accords librement conclus, les équilibres voulus par les associés, les conventions dont il s'agit ici se rapportent dans les termes de l'article 2-1 de l'AUSC aux « relations entre associés », à

de l'Ohada, l'Harmattan, 2016, p. 33-34, n° 12. L'auteur parle d'une « attitude indicative du législateur Ohada » et précise que « Le domaine cité par le législateur Ohada est loin d'être exhaustif ».

Toutefois d'autres auteurs estiment que « l'énumération des cas de convention extrastatutaire est sans doute limitative » : P.-G. POGOUE, F. ANOUKAHA, E. BOKALLI et alii, *Ohada. Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016, Commentaires de l'AUSC du 30 janvier 2014, spéc. art. 2-1, p. 382.

Pour autant il demeure que les objets possibles des conventions extrastatutaires prévus par le législateur sont annoncés dans la loi dans des termes assez généraux dont l'interprétation en étend le domaine à presque tous les aspects du droit des sociétés.

⁷⁶⁹ A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'Ohada » : *Penant* 2015, n° 893, p. 466.

⁷⁷⁰ Pour une typologie assez complète des types de clauses que l'on retrouve régulièrement dans les pactes d'actionnaires voir Y. LOKOTILOVA, « L'efficacité des pactes d'actionnaires », in *La Lettre des Réseaux*, 1er décembre 2008, disponible sur <http://www.lettredesreseaux.com/P-1089-485-A1-l-efficacite-des-pactes-d-actionnaires.html>, consulté le 08 aout 2018.

⁷⁷¹ Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^e éd., 2002, n° 198.

⁷⁷² B. FAYE et J. NYEMB, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 69.

⁷⁷³ A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, LGDJ, 2015, p. 652, n° 1676.

« l'accès au capital social » ou à la « transmission des titres sociaux ». En relativisant la portée de certains principes classiques tels que la libre négociabilité des actions, le droit de rester associé ou l'interdiction des clauses léonines, les associés peuvent passer des accords en vue d'un certain contrôle du capital social qui répond à des besoins spécifiques identifiés par les signataires et cela dans leur propre intérêt.

296. En tant que telles, ces conventions participent à organiser un suivi de la détention et de la circulation des valeurs mobilières. Le but peut être de n'autoriser l'accès des tiers au capital social qu'à condition d'un accord des signataires de la convention extrastatutaire. Aussi, une partie à une convention peut-elle promettre à son cocontractant qu'il n'aliénera pas ses valeurs mobilières pendant un temps librement convenu. Il peut également être accordé à un cocontractant un droit de préférence dans l'hypothèse où une partie au pacte déciderait de vendre ses actions ou parts sociales. Concrètement, les montages juridiques envisageables en vue du contrôle de la géométrie de l'actionnariat sont variés, mais avec souvent pour unique but de discipliner les mouvements des parts sociales ou des actions. Ils sont particulièrement fréquents dans les sociétés familiales⁷⁷⁴. Leur finalité fondamentale est le plus souvent le contrôle du pouvoir ou encore le renforcement de l'*intuitu personae* tout en veillant à l'équilibre voulu dans la répartition du capital social dans la société.

297. Suivant cet objectif d'organisation conventionnelle des modalités de détention du capital, de cristallisation de l'actionnariat entre les mains de certains associés ou de l'orientation de son évolution, les accords qui existent dans la pratique du droit des sociétés sont variés. Certains sont devenus très courants avec le temps, telles que la clause d'inaliénabilité, la clause d'agrément, la convention de plafonnement de participation, le pacte de préférence ou de préemption...

298. A noter que d'autres conventions relatives à l'actionnariat ont une visée beaucoup plus financière. Elles peuvent avoir par exemple pour but de garantir un dividende aux minoritaires lors de la répartition des bénéfices ou encore de prévoir pour ces derniers, dans l'hypothèse d'une augmentation de capital, le droit de souscrire prioritairement jusqu'à un certain niveau⁷⁷⁵. Si, à l'analyse, les conventions extrastatutaires relatives au capital social sont diverses et

⁷⁷⁴ Voir notamment B. DELABRE, « Regard d'un praticien sur les clauses extrastatutaires dans l'organisation patrimoniale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean PRIEUR*, LexisNexis, 2014, pp. 202-204 : l'auteur explique d'un point de vue pratique, comment le pacte d'actionnaires peut être au service de la gestion du patrimoine.

⁷⁷⁵ A noter que le régime de ces accords sera étudié en détail dans la deuxième partie de la présente étude.

insusceptibles d'une énumération exhaustive, celles qui sont en rapport avec l'organisation du pouvoir, le sont encore plus.

B- Les conventions relatives à l'organisation du pouvoir

299. Le contrat est devenu l'instrument naturel de la prise de pouvoir au sein de la société⁷⁷⁶ et les conventions extrastatutaires se sont, pour ce qui les concerne, illustrées comme l'un des moyens privilégiés à cette fin. Cette place de choix qu'occupe la liberté contractuelle dans la détention et la gestion du pouvoir dans les droits étrangers lui est reconnue depuis peu par le législateur Ohada. Ce dernier prévoit à l'article 2 de l'AUSC que « *la composition des organes sociaux* » et « *la conduite des affaires de la société* » peuvent être organisées selon des modalités librement arrêtées par les associés. Ces expressions employées dans l'Acte uniforme font penser aux modalités d'acquisition, d'organisation et de gestion du pouvoir dans la société ou plus généralement à la gouvernance de la société⁷⁷⁷. Au-delà donc de la répartition des titres sociaux ou de la maîtrise de l'actionnariat, les conventions extrastatutaires peuvent aussi viser l'acquisition et l'exercice du pouvoir au sein de la société⁷⁷⁸.

300. Quand elles sont relatives à la gestion de la société, les conventions extrastatutaires aménagent notamment, les droits politiques des associés, que sont notamment le droit à l'information et le droit de vote au sein des assemblées générales⁷⁷⁹. Mais à l'instar des conventions extrastatutaires relatives à l'actionnariat, les techniques contractuelles élaborées par la pratique relativement à l'organisation du pouvoir sont aussi d'une grande diversité. Les plus usuelles semblent être les conventions de votes dont l'objet est particulièrement variable. Elles peuvent par exemple réaliser la cession du droit de vote au profit d'un bénéficiaire, organiser simplement l'orientation des suffrages ou encore prévoir que l'un des signataires

⁷⁷⁶ F.-X. LUCAS, « L'acquisition du pouvoir dans les sociétés en France », in *Le pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Journées Chiliennes 2012, Bruylant, 2014, p. 139.

⁷⁷⁷ B. MATOR et J. FASSI FEHRI, « Panorama de la réforme du droit des sociétés de l'Ohada », in *La Semaine Juridique-Entreprise et Affaires*, n° 9-10, 27 fév. 2014, 1099, n° 3 ; F. BELOT, *Pactes d'actionnaires et mécanismes de renforcement du contrôle*, thèse de doctorat, Université Paris-Dauphine, 2010.

⁷⁷⁸ S. ROUSSEAU, « L'acquisition du pouvoir dans les sociétés : rapport général », in *Le pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Journées Chiliennes 2012, Bruylant, 2014, p. 44 ; B. FAYE et J. NYEMB, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 68 et s. ; S. SCHILLER, « Pactes, statuts et règlement intérieur : quelle hiérarchie ? », op.cit., n°14. Cette dernière évoque les mêmes possibilités d'aménagement du fonctionnement des sociétés commerciales par les applications de la liberté contractuelle quand elle écrit « *Les conditions de fonctionnement des organes sociaux peuvent faire l'objet de nombreux aménagements, que ce soient sous forme d'aménagements du droit de vote aux assemblées générales, de clauses relatives à la nomination des organes de direction, de uses relatives aux pouvoirs des organes de direction etc.* »

⁷⁷⁹ C. LEROY, *Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire*, Thèse de doctorat, Université Paris-Val de Marne, 2010, n° 164.

s'engage envers l'autre à n'orienter son vote dans un sens ou l'autre, qu'après l'en avoir avisé, voire après avoir obtenu son accord⁷⁸⁰. C'est ainsi que dans la pratique contemporaine du droit des sociétés, « *la conclusion des pactes d'actionnaires comportant notamment des conventions de vote constitue un moyen privilégié d'acquiescer le pouvoir au sein d'une société* »⁷⁸¹. Sont aussi courantes en pratique, les conventions extrastatutaires qui visent une organisation du pouvoir par des aménagements portant sur le droit à l'information. C'est ainsi qu'un actionnaire, surtout s'il est minoritaire peut vouloir disposer d'un complément d'information qui, au regard de sa situation ne lui serait normalement pas fourni⁷⁸². Un actionnaire majoritaire peut alors se « porter-fort » de ce que la société fournira au minoritaire, des informations régulières en plus de celles dont il bénéficie légalement. Par ailleurs, les conventions extrastatutaires qui visent l'organisation du pouvoir peuvent tendre à aménager la composition interne des organes de la société⁷⁸³ ou encore la dévolution ou l'exercice des pouvoirs légaux de chacun d'eux⁷⁸⁴, ceci dans le but de fixer des modalités particulières d'exercice du pouvoir, sur la base d'accords conventionnels.

301. Etant par ailleurs entendu que les modalités contractuelles qui visent une organisation négociée du pouvoir relèvent dans une certaine mesure de « *la promotion d'une meilleure gouvernance des sociétés commerciales* »⁷⁸⁵, on s'aperçoit de la volonté du législateur Ohada de mettre le droit uniforme en phase avec les standards internationaux de la gouvernance d'entreprise⁷⁸⁶. Cette dernière pouvant se définir comme l'ensemble « *des mécanismes organisationnels qui ont pour effet de délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants* »⁷⁸⁷ avec comme fonction essentielle de « *permettre un rééquilibrage des pouvoirs au sein de la société entre les organes dirigeants et les actionnaires* »⁷⁸⁸. On voit alors toute l'importance de la place qu'occupe le pouvoir dans la société ainsi que la portée du rôle que

⁷⁸⁰ Voir A. VIANDIER, « Observations sur les conventions de vote » : *JCP G* juil. 1986, n° 28, doct. 3253.

⁷⁸¹ F.-X. LUCAS « L'acquisition du pouvoir dans les sociétés en France », préc., p. 139.

⁷⁸² F.-D. POITRINAL, *La révolution contractuelle du droit des sociétés. Dynamique et Paradoxes*, Revue Banque éd., 2003, p. 132.

⁷⁸³ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 73 et s. Voir aussi G. ROULIN et J. LABEDAN, « Le pacte d'actionnaires dans la SAS : une utilité toujours d'actualité ? » : *Mag. Opt. Fin.*, 22 oct. 2012, p. 29.

⁷⁸⁴ D. VELARDOCCHIO-FLORES, *Les accords extra-statutaires entre associés*, PUAM, 1993, p. 67 et s.

⁷⁸⁵ A. TRAORE, « La promotion d'une meilleure gouvernance des sociétés commerciales » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 73 et s.

⁷⁸⁶ Voir L.-D. MUKA TSHIBENDE, « Mise en perspective de la réforme (du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'Ohada) » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 10.

⁷⁸⁷ G. CHARREAUX, « Introduction générale », in Gérard CHARREAUX (Dir.), *Le gouvernement des entreprises*, Economica, 1997, p. 1.

⁷⁸⁸ M.-H. MONSERIE-BON « La rénovation des structures sociétaires », in G. JAZOTTES (dir.), *La modernisation du droit des affaires*, Litec, 2007, p.18.

peuvent jouer les conventions extrastatutaires dans l'exercice et le contrôle de ce pouvoir en vue d'une bonne gouvernance des sociétés⁷⁸⁹.

302. Ce grand apport de souplesse dans le fonctionnement des sociétés commerciales de la zone Ohada, dû à la possibilité offerte par le législateur d'en aménager contractuellement le régime juridique, est sans doute un argument favorable au développement des conventions extrastatutaires en Afrique. Mais le développement des techniques contractuelles favorables à l'essor économique et à la compétitivité des entreprises des pays concernés se trouve par ailleurs facilité par la souplesse des conditions de formation de ces accords extrastatutaires.

§2- Des conditions de validité souples

303. Autant il est vrai que l'ensemble des auteurs du droit Ohada est unanime pour constater la consécration par le législateur Ohada de la validité des conventions extrastatutaires, autant ils sont d'accord sur le fait que l'AUSC n'organise pas le régime juridique de ces dernières. Les auteurs relèvent en effet, le « *caractère lacunaire du nouveau régime des pactes d'actionnaires* »⁷⁹⁰ dans l'AUSC. Dans un tel contexte, la formation de ces conventions se fonde sur des conditions relevant, pour l'essentiel, de la théorie générale des contrats dont la souplesse, est de nature à favoriser le recours des praticiens aux pactes d'actionnaires.

304. En réalité le législateur Ohada n'a posé que le principe de la reconnaissance légale d'une catégorie d'accords qualifiés par lui-même d' « *extrastatutaires* » et susceptibles d'être conclus en vue de régir une variété de situations en rapports avec la condition des associés et le fonctionnement de la société. Autrement dit, l'article 2-1 donne une simple permission légale aux associés de conclure des espèces d'accords de volonté que le législateur qualifie de « *conventions extrastatutaires* ». Selon la doctrine, « *si l'AUSCGIE consacre le principe de validité des pactes d'actionnaires, il ne régit ni les conditions de formation ni les règles relatives à l'exécution de ces contrats* »⁷⁹¹. Pour cette raison, les divers accords extrastatutaires dont l'AUSC consacre la validité se forment, à l'instar des contrats innommés⁷⁹², sur la base

⁷⁸⁹ Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE. Rapport de l'OCDE aux ministres des Finances et aux gouverneurs des banques centrales du G20 ; Sept. 2015, disponible sur <https://www.middlenext.com/IMG/pdf/Corporate-Governance-Principles-FRA.pdf>, consulté le 20 avril 2017.

⁷⁹⁰ A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, LGDJ, 2015, p. 652, n° 1677.

⁷⁹¹ B. FAYE et J. NYEMB, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 69.

⁷⁹² Sur le caractère innommé des pactes d'actionnaires, voir M. GALAL SAYED, *Le pacte d'actionnaire en droit égyptien sous le prisme du droit français*, thèse de doctorat, Université Lumière Lyon 2, 2016, p. 16, n° 21.

des règles classiques de formation de tout contrat⁷⁹³. Ces conditions communes et minimales de validité du contrat, sont exclusivement fondées sur le principe de l'autonomie de la volonté et traduisent une souplesse certaine, favorable à l'usage des conventions extrastatutaires dans la pratique (A).

305. Ces conventions extrastatutaires sont conclues « *societatis causa* »⁷⁹⁴ et, en conséquence, elles ne sont en réalité pas de simples contrats. L'environnement dans lequel elles ont vocation à déployer leurs effets est un trait de leur spécificité qui n'est pas sans conséquence sur leur cadre juridique. De fait, au-delà des conditions de formation de tout contrat, le législateur impose le respect d'une condition relevant du droit des sociétés. Il établit en effet une hiérarchie des normes sociétaires qui impose aux conventions extrastatutaires, une subordination de leurs clauses aux statuts ainsi qu'aux dispositions de l'Acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé. Si une telle exigence pourrait *a priori* faire douter de la souplesse des conditions de validité des conventions extrastatutaires, une analyse précise de sa teneur ne révèle pourtant pas d'obstacles à leur recours (B).

A- La simplicité des conditions relevant du droit des contrats

306. Prioritairement, il faut que les accords extrastatutaires respectent les conditions de validité de tout contrat⁷⁹⁵ parce qu'en raison de leur nature juridique, ils « *sont pleinement soumis au droit des obligations* »⁷⁹⁶. Cette opinion commune dans la doctrine française est tout autant défendue en droit Ohada. En effet, compte tenu de la diversité des conventions extrastatutaires envisageables en pratique, le législateur Ohada ne pouvait pas préciser au cas par cas et à l'avance, des conditions de constitution et des modalités d'exécution propres tel qu'il le ferait pour des contrats spéciaux. C'est ce pourquoi on admet communément que les conventions extrastatutaires sont *a priori* valables, dès l'instant où elles satisfont les conditions essentielles du droit des contrats⁷⁹⁷.

⁷⁹³ D'après le lexique des termes juridiques, un contrat innommé est un contrat dont le régime juridique relève exclusivement du droit commun des obligations. Cf. S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 19^e éd., p. 232.

Sur la qualification des conventions extrastatutaires de contrats innommés, voir D. VELARDOCCHIO-FLORES, *Les accords extra-statutaires entre associés*, PUAM, 1993, p. 248, n° 301.

⁷⁹⁴ J.-J. DAIGRE et M. SENTILLES-DUPONT, *Les pactes d'actionnaires*, GLN Joly, Coll. Pratique des Affaires, 1995, n° 34.

⁷⁹⁵ J. MESTRE, D. VALLARDOCCHIO, C. BLANCHARD-SEBASTIEN, *Sociétés commerciales*, éd. Lamy, 2002, p. 1374, n° 3165.

⁷⁹⁶ S. SCHILLER, « Pactes, statuts et règlement intérieur : quelle hiérarchie ? » : *Rev. sociétés* 2011, p. 331 et s., n° 11.

⁷⁹⁷ F. PASQUALINI, « La validité des pactes d'actionnaires », in *Mélanges Philippe MALAURIE*, Defrénois, 2005, p. 354, n° 2.

307. Mais une particularité de la zone Ohada est qu'il y a à ce jour, autant de législations sur le droit des contrats que d'Etats membres à l'Organisation. En réalité, bien qu'il fasse partie des disciplines retenues pour être harmonisées, le droit des contrats n'a pas encore fait l'objet d'un Acte uniforme. Depuis son lancement en 2002, le chantier de son élaboration peine à aboutir⁷⁹⁸. En conséquence, on pourrait, ainsi que l'a précédemment fait le Professeur Jacques MESTRE, dire que de prime abord, le regard porté sur le contrat dans le droit de l'espace Ohada n'est pas très enrichissant⁷⁹⁹. En réalité, chaque Etat conserve encore sa propre législation en matière de droit des obligations. Ce qui justifie que la convention extrastatutaire soit « *régie comme telle en droit Ohada par les dispositions nationales relatives au contrat et au régime général des obligations* »⁸⁰⁰.

308. Cela étant, la recherche des conditions essentielles du droit des contrats que doivent respecter les conventions extrastatutaires pour être valables en zone Ohada paraît malaisée en ce qu'elle renvoie à une étude au cas par cas du droit national de chaque Etat-partie. Mais de l'avis de la doctrine⁸⁰¹, les Etats membres de l'Ohada sont en réalité « *homogènes dans la tradition juridique dont ils s'inspirent* » et « *partagent un même tronc législatif, celui légué par la France, ou en tout cas appartiennent à la famille civiliste du droit* ». A quelques exceptions près, chaque Etat de la zone Ohada a conservé le droit des contrats tel qu'hérité de la puissance coloniale au moment des indépendances⁸⁰². En conséquence, même à défaut d'un Acte

⁷⁹⁸ Une telle situation est à juste titre jugée regrettable en doctrine. Le droit des contrats étant reconnu comme la charnière juridique des activités économiques son harmonisation fortement attendue est unanimement perçue comme un gage certain de sécurité et d'efficacité des transactions commerciales. Voir J. J. MILINGO ELLONG, *Le civisme contractuel en droit Ohada et en droit européen*, L'Harmattan, 2016, p. 28, n° 14 ; K. C. DOGUE, *Jalons pour un cadre de référence Ohada en Droit Ohada des contrats*, thèse, Université de Montréal, 2013.

A la suite de l'échec qu'a connu un premier avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats, une autre initiative prise en 2012 a abouti à l'élaboration d'un nouvel avant-projet en 2015. Mais encore une fois, il n'y pas une ferme certitude sur l'issue que connaîtra ce dernier texte. Il y a, selon le secrétaire permanent de l'Ohada, une réelle « *difficulté attachée à l'harmonisation d'une matière aux ramifications aussi profondes* » que le droit des contrats notamment dans le contexte de l'Ohada ; cf. D. SOSSA, « Pour une harmonisation du droit des contrats dans les pays membres de l'OHADA », in *La Semaine Juridique-Edition Générale*, n° 4, 25 jan. 2016, p.101.

⁷⁹⁹ J. MESTRE, « Regards contractuels sur le droit Ohada », in *Rev. Lamy Droit civil*, 2010, n° 6 ; disponible aussi sur www.ohada.com, réf. Ohadata D-10-14.

⁸⁰⁰ B. MEUKE, « *De la validité en Ohada d'un pacte d'actionnaires précédant les statuts et la constitution de la société* », disponible sur <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-11-99.html>, consulté le 18 mars 2018.

⁸⁰¹ I. KERE, « L'Ohada et l'harmonisation du droit des contrats : propos et questions préliminaires » : *Rev. dr. unif.* 2008, n° 1-2, p. 198.

⁸⁰² M. FONTAINE, « Note explicative à l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats » : *Rev. dr. unif.* 2008, n° 1-2, p. 561 et s., spéc. n° 10. Il s'agit dans la plupart de ces pays, du code civil français de 1804 tel qu'il a été rendu applicable dans les anciennes colonies françaises. Seuls le Sénégal (*Loi 62-63 du 10 juillet 1963 relative à la partie générale du Code des Obligations civiles et commerciales*), la Guinée Conakry (*Loi 004/APN/83 du 16 février 1983 portant adoption du code civil*) et le Mali (*Loi 87-31/AN-RM du 29 août 1987 fixant le régime général des obligations*) ont, après leur indépendance, adopté une législation nationale sur le droit des contrats.

uniforme relatif au droit des contrats, l'OHADA se caractérise en fait par une identité de fond relativement aux législations nationales en la matière⁸⁰³. Pour ces raisons, il ne nous paraît pas restrictif de révéler la souplesse des conditions de formation du contrat dans la zone Ohada en nous fondant sur le code civil français tel qu'hérité de la période coloniale, tout en précisant en cas de nécessité les spécificités propres à certaines législations nationales⁸⁰⁴.

309. Dans ces conditions, les conditions exigibles pour la validité des conventions extrastatutaires dans les pays de l'Ohada se rapportent à la capacité et au consentement des signataires ainsi qu'à la licéité de l'objet et de la cause du contrat⁸⁰⁵. Le constat qui s'impose à la lecture de l'article 1108 du code civil français applicable dans les Etats de l'Ohada est qu'aucune des exigences qu'il impose aux contractants n'est relative à la forme du contrat en raison notamment du principe du consensualisme. De fait, la disposition susvisée ne pose que des conditions de fond se rapportant d'une part, aux signataires et d'autre part, au fond du contrat lui-même.

310. La capacité et le consentement se rapportent à la personne du signataire. Pour ce qui est de la capacité à être partie à une convention extrastatutaire, il convient de noter *a priori*, que sera réputée capable, toute personne physique ou morale ayant la qualité d'associé d'une société commerciale. C'est en effet ce qui ressort des dispositions de l'Acte uniforme selon lesquelles « ... *les associés peuvent conclure des conventions extrastatutaires* ... ». A première vue, cette disposition semble interdire la conclusion de conventions extrastatutaires entre un associé et un tiers à la société. Mais une telle interprétation ne traduit pas, à notre avis, l'esprit de l'article 2-1 de l'AUSCG, qui autorise pourtant la conclusion de conventions extrastatutaires en vue d'organiser notamment « *l'accès au capital* » ou encore « *la transmission des titres sociaux* ». En effet, de telles conventions supposent pour la plupart du temps, des engagements impliquant des tiers. Ce qui, selon nous, rend parfaitement plausible des conventions extrastatutaires entre un associé et un tiers à la société. De plus, il est courant de voir en pratique que la société elle-

⁸⁰³ Même les pays de la zone Ohada qui ne sont pas de tradition coloniale française s'en rapproche par leur appartenance à la tradition romano-germanique et civiliste du droit. Il en est ainsi de la tradition juridique espagnole en Guinée équatoriale, de la tradition portugaise en Guinée Bissau et de la tradition juridique belge en République Démocratique du Congo. Le seul cas typique est celui du Cameroun qui présente la particularité de relever partiellement du droit anglo-saxon.

⁸⁰⁴ Voir H.-J. TAGUM FOMBENO, *Négocier et rédiger ses contrats au mieux dans l'espace Ohada*, L'Harmattan, 2010, p. 15. Après avoir démontré l'appartenance de l'ensemble des pays de l'Ohada à un même grand système de droit romano-germanique, l'auteur conclut qu' « *il résulte de ce qui précède que la conception du contrat dans les pays membres de l'Ohada est, de manière générale, la même que celle du droit français dominée par le principe de la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté des parties* ».

⁸⁰⁵ Art. 1108 C. civ. français de 1804.

même, sans être associée au sens de l'article 2-1 de l'AUSC peut, être partie à une convention extrastatutaire qui porte sur les titres qu'elle a émis ou encore sur son propre fonctionnement.

311. La deuxième condition de fond qui s'applique au signataire est relative au consentement de chacune des parties à la convention extrastatutaire. Que le signataire soit un associé ou un tiers à la société, personne physique ou morale, il doit en effet librement consentir à s'engager dans les liens de la convention extrastatutaire avec des cocontractants de son choix et « *selon les modalités qu'ils ont librement arrêtées* »⁸⁰⁶. L'intégrité de son consentement suppose qu'il ne fasse l'objet d'aucun vice à savoir l'erreur, le dol ou la violence.

312. Outre ces deux premières conditions, il y a celles qui se rapportent substantiellement au contrat lui-même. Ainsi, la validité des conventions extrastatutaires est subordonnée comme tout contrat à l'existence et à la possibilité tant matérielle que légale d'en réaliser l'objet formant la matière de l'engagement et ceci dans un but licite. En tant que tel, l'objet de la convention et la cause doivent être conformes à l'ordre public contractuel et aux bonnes mœurs comme le commande l'article 6 du code civil. A noter que l'ordre public contractuel recommande notamment d'« *exercer la liberté contractuelle de manière responsable dans le respect de la sécurité, de l'utilité publique et sociale en valorisant la bonne foi et le respect de la morale des affaires, notamment en instrumentalisant le concept de cause dans le contrat pour assurer le respect de l'économie générale du contrat, éviter l'iniquité, et sanctionner les abus les plus manifestes* »⁸⁰⁷.

313. De ce qui précède, on constate aisément que, du point de vue de la théorie générale des contrats, la validité des conventions extrastatutaires ne nécessite aucune autre condition de fond particulière en dehors de celles classiques de formation de toutes conventions. Ceci révèle l'approche libérale qui gouverne leur constitution et qui se précise avec l'absence d'exigence légale de condition de forme. Les conventions extrastatutaires n'ont pas à être des actes authentiques pour exister puisqu'aucun écrit ou formalisme particulier ne conditionne leur validité. Néanmoins, les parties peuvent choisir de consigner leur accord dans un document écrit à l'effet d'en faciliter la preuve le cas échéant.

314. Si, du point de vue des règles du droit des obligations, la facilité à constituer les conventions extrastatutaires est évidente, cette liberté apparaît à première vue moins évidente

⁸⁰⁶ Art. 2-1 AUSC.

⁸⁰⁷ A. Le POMMELEC, « La signification de l'ordre public en droit des obligations », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public. Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011*, Ed. CUJAS, 2013, p. 75.

quand on considère leur cadre juridique du point de vue du droit des sociétés. Et pourtant, la condition de validité prévue par l'AUSC ne constitue pas en réalité un empêchement dirimant à leur recours.

B- La souplesse des conditions de validité relevant du droit des sociétés

315. Sans être des contrats spéciaux, les conventions extrastatutaires présentent une spécificité : celle de l'environnement dans lequel elles sont conclues et où elles ont vocation à produire leurs effets. En tant que telles, elles « *subissent l'influence de l'existence de la société, puisque leur raison d'être est d'organiser ou d'aménager les relations sociétaires et ne peuvent bien sûr ignorer les statuts, qui demeurent la charte fondamentale de la société* »⁸⁰⁸.

316. C'est ainsi qu'en droit Ohada, la validité des conventions extrastatutaires est simultanément soumise au respect des dispositions de l'Acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé ainsi qu'à celui des dispositions statutaires. En disposant que, « *sous réserve des dispositions du présent acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé et des clauses statutaires, les associés peuvent conclure des conventions extrastatutaires...* » ; le législateur a entendu poser une hiérarchie entre les différentes normes sociétaires⁸⁰⁹ et régler ainsi une question qu'en pratique les utilisateurs ne se posent presque jamais⁸¹⁰. Cette hiérarchie des normes sociétaires a un double objectif. Il s'agit d'une part d'assurer le respect des dispositions de l'AUSC tant par le contrat de société que par toutes autres conventions extrastatutaires ayant vocation à déployer des effets dans l'environnement sociétaire. Il s'agit d'autre part de maintenir les statuts à la place centrale qui est la leur dans la société commerciale où ils font office de loi pour l'ensemble des associés en vue de les voir s'imposer en conséquence à tout acte extrastatutaire qui ne lie très souvent que certains d'entre eux⁸¹¹. Dans cette hiérarchie où

⁸⁰⁸ F. PASQUALINI, « La validité des pactes d'actionnaires », in *Mélanges Philippe MALAURIE*, Defrénois, 2005, p. 354, n° 2.

⁸⁰⁹ Selon la doctrine, « *l'apport de l'Acte révisé est de grande importance puisqu'il établit une hiérarchie claire entre les dispositions de l'Acte révisé, celle des statuts, et celles comprises dans les pactes* » : cf. D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 15.

⁸¹⁰ S. SCHILLER, « Pactes, statuts et règlement intérieur : quelle hiérarchie ? » : *Rev. sociétés* 2011, p. 331 et s., n°13.

⁸¹¹ Sur ce second objectif, il faut noter qu'en droit français, le principe de la supériorité des statuts sur les contrats conclus entre associés a été relativisé dans une décision de la Cour de cassation française du 12 mai 2015 rendue à propos d'une SARL dans laquelle les associés ont par contrat et unanimement dérogé à une clause statutaire. La haute juridiction avait en effet décidé que la Cour d'appel a violé les dispositions des articles 1134 du code civil et L. 235-1 du code de commerce pour n'avoir pas jugé que « *les associés d'une société à responsabilité limitée peuvent déroger à une clause des statuts et s'en affranchir par l'établissement d'actes postérieurs valables, dès lors que tous les associés y consentent* ». Il s'agit selon M. Frédéric DANOS, d'un arrêt qui « *contribue à rapprocher pacte statutaire et conventions extrastatutaires* » ; cf. F. DANOS, « Clauses statutaires et dérogation conventionnelle », in *BJS*, Sept. 2015, p. 445.

le contrat de société apparaît comme la charte fondamentale de la société commerciale et s'inspire de ce fait des valeurs qu'exprime l'AUSC dans l'intérêt commun des associés, il s'impose à tous éventuels accords de volontés extrastatutaires surtout si ces derniers ne servent que les intérêts propres de certains associés⁸¹².

317. En définitive, il faut retenir que les moyens légaux de cette double subordination des statuts aux dispositions de l'Acte uniforme d'une part et des conventions extrastatutaires aux statuts d'autre part sont les dispositions de l'AUSC auxquelles, d'après le législateur, il ne peut être dérogé. Certains soutiennent que, de cette façon, le législateur entretient implicitement le spectre de l'ordre public sociétaire dans le débat sur la validité desdites conventions⁸¹³. Mais tel qu'il a été démontré plus haut, cette notion étant pratiquement indéfinissable par le législateur, est demeurée insaisissable dans la jurisprudence du droit Ohada et se révèle par conséquent comme ne pouvant pas limiter efficacement la liberté des associés. En ce sens, l'ordre public sociétaire ne risque de contrarier les rédacteurs des conventions extrastatutaires que dans la mesure où il serait possible de le définir⁸¹⁴. Et même dans ce cas, l'ordre public sociétaire n'a qu'« *une moindre prise* » sur les pactes d'actionnaires⁸¹⁵.

318. En conséquence, pour s'assurer de la subordination des conventions extrastatutaires vis-à-vis des statuts et de la loi, la jurisprudence préfère le plus souvent les soumettre à un contrôle de finalité et ainsi vérifier leur conformité à l'intérêt social⁸¹⁶, lequel est désormais défini en doctrine comme étant un reflet de l'éthique libérale qui s'est emparée des sociétés commerciales et que « *les associés se sont réappropriés (l'intérêt social) en étant libres d'en définir tant le*

⁸¹² Voir F.-D. POITRINAL, *La révolution contractuelle du droit des sociétés. Dynamique et Paradoxes*, Revue Banque éd., 2003, p. 24, n° 7. Evoquant les dispositions statutaires comme limites à la validité des pactes d'actionnaires, l'auteur affirme que les statuts constituant l'accord suprême entre les associés, tout accord particulier entre tout ou partie d'entre eux et qui se trouverait en contradiction avec les statuts serait en conséquence inapplicable. Voir aussi Cass. Com. 15 février 1994, n° 92-12. 991, *BJS*, 1994, p. 508, note D. VELARDOCCHIO.

⁸¹³ Il faut noter ici que la doctrine actuelle considère de plus en plus que la violation de dispositions contractuelles telles que les clauses statutaires constitue la violation de règles impératives au nom du caractère impératif de l'article 1134 qui donne sa force obligatoire aux contrats notamment au contrat de société auquel tous les associés ont souscrit et dont ils doivent respecter les prescriptions auxquelles ils ont librement consenties ou adhérees. Voir dans la doctrine française Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5e éd., 2002, p. 163, n° 88 ; J. MESTRE et D. VELARDOCCHIO, *Lamy Sociétés commerciales*, 2011, éd. Lamy, n° 2698 ; J.-P. VALUET et A. LIENHARD, *Code des sociétés et des marchés financiers*, Dalloz, 2009, p. 978.

En droit Ohada, même si on pourrait croire à la lecture des articles 243 et 244 de l'AUSC, que, seules les clauses statutaires jugées essentielles par la juridiction compétente ont le caractère d'ordre public, il n'en demeure pas moins que sous l'autorité du juge, n'importe quelle disposition statutaire peut être sanctionnée du même régime des nullités applicable à la violation des règles impératives.

⁸¹⁴ F. PASQUALINI, « La validité des pactes d'actionnaires », in *Mélanges Philippe MALAURIE*, Defrénois, 2005, p. 355, n° 5.

⁸¹⁵ B. DONDERO, « Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations », in *BJS*, 2008/3, p. 245, n° 2.

⁸¹⁶ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6e éd., 2015, p. 214, n° 333.

réceptacle que les contours »⁸¹⁷. De fait, les conventions extrastatutaires ne seraient invalides que dans les hypothèses où leur logique contractuelle axée le plus souvent sur la recherche et la satisfaction d'intérêts particuliers ne serait pas conforme à la poursuite de l'intérêt social⁸¹⁸. C'est ainsi que Mme Marie-Christine MONSALLIER définissait le respect de l'intérêt social comme nécessaire à la validité des aménagements contractuels du fonctionnement de la société⁸¹⁹. En raison de la facilité qu'il y a à l'appliquer aux cas pratiques mais surtout de sa relative souplesse, comparativement à l'ordre public sociétaire, la jurisprudence recourt plus fréquemment, selon l'auteur, à la notion d'intérêt social pour apprécier la validité des conventions extrastatutaires. Même si elle se distingue de l'ordre public, la notion d'intérêt social vise aussi à protéger la société commerciale dans ses rapports avec l'extérieur ainsi que son organisation interne. Son importance grandissante semble justifier en droit français, la réforme de l'article 1833 du code civil consacrée par la loi pacte adoptée le 11 Avril 2019⁸²⁰.

319. Il est dès lors sans doute plus judicieux de juger la validité des conventions extrastatutaires à l'aune de la notion d'intérêt social au lieu de celle de l'ordre public⁸²¹. Une telle politique jurisprudentielle paraît plus adaptée dans un droit Ohada confronté d'une part à

⁸¹⁷ Voir T. FAVARIO, « L'intérêt social, reflet d'une éthique libérale », in *Cahier de droit de l'entreprise*, n° 2, mars-avril 2013, p. 48 et s. *Adde* D. PORACCHIA, « Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée » : *Rev. sociétés* 2000, p. 223.

⁸¹⁸ C. LEROY, Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire, *op. cit.*, n° 37, p. 27. En effet, explique l'auteur, « *le recours aux pactes d'actionnaires se justifie par la présence au sein d'une même société, d'actionnaires diversifiés, dont les mobiles personnels diffèrent* ».

⁸¹⁹ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 338, n° 813 et s.

⁸²⁰ En droit français en effet, une réforme de l'article 1833 du code civil portée par le projet de loi PACTE (Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises), adoptée par le parlement français le 11 Avril 2019, propose une consécration de la notion jurisprudentielle d'intérêt social en vue d'affirmer la nécessité pour les sociétés de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux inhérents à leurs activités. Certains proposaient même d'ajouter un second alinéa à l'article 1833 du code civil : « *La société doit être gérée dans son intérêt propre, en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». Plançant ainsi la Responsabilité Sociale de l'Entreprise au cœur du droit des sociétés, chaque société devrait désormais prendre en compte les impacts sociétaux de son fonctionnement. Voir D. SCHMIDT, « La loi pacte et l'intérêt social » : *D.* 2019, p. 633. « *Il s'agit principalement de consacrer la jurisprudence sur l'intérêt social et subsidiairement de resumer sous forme de principe des exigences déjà formulées par de nombreux textes sur la responsabilité sociale et environnementale* » : J.-J. DAIGRE, « Loi PACTE : ni excès d'honneur, ni excès d'indignité » : *BJS* 2018, p. 541. *Adde* F.-G. TREBULLE, « Les valeurs : La RSE et l'éthique », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 289. Pour une critique de ladite réforme, voir F.-X. LUCAS, « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE » : *BJS* 2018, n° 9, p. 477.

⁸²¹ C'est du moins ce que semble indiquer certains auteurs. Voir notamment B. DELABRE, « Regard d'un praticien sur les clauses extrastatutaires dans l'organisation patrimoniale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean PRIEUR*, LexisNexis, 2014, pp. 204-205. L'auteur fait noter que « *la référence à l'ordre public face aux pactes extrastatutaires s'est avéré délicate. Certains (...) ont pu douter de la pertinence même de la notion* ». Il semble conseiller l'option pour une notion plus « *spécifique au droit des sociétés, l'intérêt social* » pour apprécier la validité des accords extrastatutaires. Voir aussi T. FAVARIO, « L'intérêt social, reflet d'une éthique libérale », in *CDE*, mars 2013, n°2, doss. 11. Ce dernier voit dans la notion d'intérêt social, un aspect politique et lui reconnaît les propriétés d'un « *standard technique quand il s'agit (...) de valider un pacte d'actionnaires* ».

la difficulté d'appréhender l'ordre public sociétaire et soumis d'autre part à la concurrence des droits étrangers. Ces derniers admettant non seulement que la liberté contractuelle puisse s'exprimer mais aussi, que ses moyens d'expression puissent aménager certains droits et principes longtemps qualifiés d'ordre public, à condition que l'intérêt social est protégé⁸²². Ainsi, le juge saisi quant à la validité ou non d'une convention extrastatutaire devra vérifier la conformité de ses dispositions à l'intérêt social qui apparaît en définitive comme le trait d'union entre la loi et le contrat de société.

320. En résumé, il nous semble juste d'affirmer que, du point de vue du droit des sociétés, les conventions extrastatutaires devraient être déclarées valables à une triple condition : elles ne doivent d'une part, pas comporter des clauses que la loi réserve exclusivement aux seuls statuts. D'autre part, les engagements qu'elles consacrent ne doivent pas contrarier l'intérêt social. Par ailleurs, elles ne doivent pas bouleverser l'économie même du contrat de société.

⁸²² Cf. M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, pp. 378-379, n° 946 et 947.

321. Si la dynamique contractuelle ayant révolutionné la nouvelle réglementation de l'AUSC se traduit prioritairement par la faveur du législateur pour la validité des aménagements contractuels des règles d'organisation et de fonctionnement des sociétés commerciales, elle pose néanmoins au droit Ohada, l'éternelle question de l'efficacité des conventions sociétaires. En droit français, l'actualité et l'intérêt de cette problématique de l'efficacité des moyens de la contractualisation du droit des sociétés conservent une étonnante vigueur en dépit des nombreuses réflexions y sont continuellement consacrées⁸²³. Selon la doctrine, les débats relatifs aux moyens de la contractualisation se sont progressivement déplacés du terrain de l'appréciation de leur licéité pour davantage s'intensifier sur celui de l'évaluation de leur efficacité. Lesdits débats qui sont en effet incessamment ravivés présentent un réel intérêt pour la pratique ainsi que le démontre une interrogation évocatrice d'un auteur sur le sujet : « *à quoi bon négocier, rédiger de telles clauses s'il est possible de ne pas les exécuter, de violer les accords pris ?* »⁸²⁴.

322. Il est en effet toujours dans l'intérêt de chaque partie de savoir que les engagements contractuels valablement souscrits dans le cadre des conventions sociétaires vont être respectés par toutes les parties prenantes. Autrement dit, chacune des parties à une convention sociétaire est toujours préoccupée de savoir si les engagements dont elle est devenue créancière vont être exécutés tels qu'ils ont été souscrits par les signataires débiteurs. C'est cette « *aptitude de l'acte à réaliser l'effet attendu* »⁸²⁵ ou plus précisément, cette « *certitude a priori* » du créancier de l'obligation contractuelle d'atteindre le but prédéterminé ou, de faire produire aux techniques contractuelles élaborées leurs effets originaux escomptés, qui préjuge de l'efficacité du contrat en général et plus particulièrement celle des conventions sociétaires. Ainsi, selon la doctrine,

⁸²³ Tel que l'a fait observer à juste titre un auteur français en parlant des conventions extrastatutaires, la question de leur efficacité reste un sujet riche d'enseignements et de renouveau « *malgré les arrêts en nombre, les écrits érudits et les débats approfondis, notamment depuis une vingtaine d'années* » : D. MARTIN et G. BUGE, « L'effectivité des clauses relatives au transfert des titres », in F.-X. LUCAS et D. MARTIN (dir.), L'effectivité des pactes d'actionnaires, dossier, *BJS*, juil.-août 2011, p. 623, n° 18. p. 624, n° 19.

⁸²⁴ B. DELABRE, « Regard d'un praticien sur les clauses extrastatutaires dans l'organisation patrimoniale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean PRIEUR*, LexisNexis, 2014, p. 206. Aussi, le professeur Jacques MESTRE a pu formuler le même questionnement dans les termes suivants : « *où est l'efficacité dans un contrat que l'on conclut pour qu'il ne soit pas exécuté ?* » : cf. J. MESTRE, « *Rapport de synthèse* », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 91.

⁸²⁵ P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2014, p. 52, n° 68.

Voir aussi E. MACKAAY, « L'efficacité du contrat-une perspective d'analyse économique du droit », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 31. Cet auteur définit l'efficacité comme « *la qualité de ce qui produit l'effet qu'on en attend* ».

« un contrat efficace ne serait rien d'autre qu'un contrat exécuté, exécuté "en nature" faut-il préciser »⁸²⁶.

323. On s'aperçoit alors aisément de l'importance de l'enjeu que constitue l'efficacité des aménagements contractuels pour leur propre développement dans la pratique du droit des sociétés de l'Ohada et cela, quelle que soit leur localisation statutaire ou non. Mieux, l'importance que pourrait revêtir l'efficacité des modalités pratiques de la contractualisation du droit des sociétés pour l'effectivité même du droit Ohada n'est pas négligeable⁸²⁷. En effet, l'efficacité des figures juridiques envisageables dans le cadre de la contractualisation du droit des sociétés participe, dans une certaine mesure, à l'idéal de sécurité juridique défini au préambule du traité de l'Ohada comme l'un des objectifs fondamentaux de l'Organisation et dont l'atteinte contribue à l'effectivité du droit Ohada.

324. Partant dès lors du postulat que l'efficacité d'une stipulation contractuelle suppose à la fois que les parties, contraintes au besoin par le juge, en respectent scrupuleusement les termes et que les tiers n'en perturbent pas l'exécution⁸²⁸, il convient de se poser la question de savoir dans quelle mesure les aménagements contractuels sociétaires sont efficaces dans la zone Ohada. Autrement dit, est-ce que les règles légales ayant vocation à organiser leur exécution satisfont suffisamment la pratique au point d'entretenir l'engouement que suscite leur validité ?

325. A en croire certains, les dispositions de l'AUSC de 2014 manifestent la volonté du législateur « d'assurer une grande efficacité aux clauses statutaires et extrastatutaires les plus importantes »⁸²⁹. Cette opinion n'est pourtant que partiellement justifiable. Il nous paraît plus juste de dire que l'AUSC assure une efficacité des clauses d'aménagement statutaire et de relever par ailleurs qu'en ce qui concerne les conventions extrastatutaires, il n'organise ni les modalités de leur exécution, ni la sanction de leur inexécution. Contrairement aux

⁸²⁶ G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, *Idem*, p. 2.

⁸²⁷ Ainsi que l'a écrit le Professeur Abdoulaye SAKHO, « En ces périodes de libéralisation et de financiarisation de l'économie, la problématique prend une importance insoupçonnée, du fait des luttes de pouvoir au sein des sociétés commerciales » : cf. A. SAKHO, « L'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférence dans les cessions d'action »-Série de documents de recherche du CRES, 2014/59, p. 3, disponible sur http://www.cres-sn.org/sites/default/files/execution_forcee_pacte_de_preferance.pdf, consulté le 26 avril 2017.

⁸²⁸ En effet, le lien entre la qualité du régime de l'exécution des conventions sociétaires et leur efficacité est perpétuellement établi en doctrine et aussi par les praticiens.

Voir par exemple : E. BROCHIER, « L'exécution en nature des pactes entre actionnaires : Observations d'un praticien », in *RDC*, 2005/1, p. 125 ; E. LAMAZEROLLES, « L'efficacité des stipulations, le régime de l'exécution », in J. RAYNARD (dir.), *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ? Actes du colloque national DJCE, 8 et 9 février 2013 à la faculté de Droit de Bordeaux*, LexisNexis, 2013, p. 25.

⁸²⁹ D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 15.

aménagements contractuels statutaires, l'AUSC s'est en effet contenté d'une simple reconnaissance de la validité des conventions extrastatutaires. C'est là, l'une des lacunes du régime des conventions sociétaires dénoncées par M. Alain FENEON⁸³⁰. Selon l'auteur, si le législateur manifeste sa volonté de renforcer la sécurité juridique des conventions extrastatutaires à travers l'article 2-1 de l'AUSC, il a néanmoins manqué l'occasion de détailler le régime juridique des clauses qu'elles peuvent contenir notamment en ce qui concerne leur sanction. En conséquence, continue l'auteur, « *il appartiendra donc à la jurisprudence d'apporter les réponses aux interrogations que pourrait soulever ce texte* »⁸³¹.

326. En effet, pour n'avoir encadré ni leur exécution volontaire ni la sanction applicable à leur inexécution, le législateur Ohada semble avoir abandonné la question de l'efficacité des conventions extrastatutaires à la seule bonne foi des contractants. Cette idée se consolide quand on s'aperçoit par ailleurs que les remèdes classiques que propose le droit commun des contrats pour combler les lacunes du droit des sociétés sur la question, sont fréquemment analysés en doctrine comme la faiblesse congénitale des conventions extrastatutaires⁸³². En outre, on se rend assez rapidement compte de l'illusion qu'il y a à se fier à la bonne foi du débiteur pour l'exécution d'une obligation contractuelle quand on pense notamment à la propension trop naturelle de certains à échapper aux engagements auxquels ils ont librement souscrit. En raison donc de ces quelques éléments d'analyse, on peut imaginer à quel point l'efficacité des conventions extrastatutaires, se trouve compromise dans le contexte du droit des affaires de l'Ohada.

327. Pour autant, il n'y a pas de raison de désespérer puisqu'en attendant que le projet d'élaboration d'un droit des contrats commun aux pays de l'Ohada n'aboutisse à un Acte uniforme qui règle ces questions de manière satisfaisante, les rédacteurs des conventions extrastatutaires, la doctrine et les juges s'emploient à renforcer l'efficacité des techniques contractuelles extrastatutaires. C'est avant tout un défi qui se rattache au caractère novateur de

⁸³⁰ A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, LGDJ, 2015, p. 652, n° 1677. Voir aussi E. LAMAZEROLLES, « L'efficacité des stipulations, le régime de l'exécution », in J. RAYNARD (dir.), *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ? Actes du colloque national DJCE, 8 et 9 février 2013 à la faculté de Droit de Bordeaux*, LexisNexis, 2013, p. 26. Evoquant les lacunes du droit des sociétés, l'auteur exprime l'idée selon laquelle, le droit des sociétés n'offre guère de fondements à une exécution forcée des stipulations contractuelles qui en droit des sociétés aménagent les règles de transfert des parts sociales ou des actions.

⁸³¹ A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, LGDJ, 2015, n° 1677.

⁸³² M. JEANTIN, note sous Cass. Com., 7 mars 1989, *RD bancaire et fin.* 1989, p. 175. Voir aussi S. SCHMIDT, « *Réflexion autour de l'efficacité du pacte d'actionnaires : la société doit-elle être signataire du pacte d'actionnaire la concernant ?* », disponible sur <http://www.juritravail.com/Actualite/pactes-associes/Id/11001> : « *ce document souvent âprement négocié, souffre d'un défaut presque congénital s'agissant de l'efficacité des sanctions consécutives à son non respect* ».

la réception des conventions extrastatutaires en droit Ohada. Mais c'est surtout un défi permanent en raison du renouvellement incessant dont la question de l'efficacité des pactes d'actionnaires fait l'objet quand on se réfère à la pratique du droit français.

328. Sur la question, les praticiens de la zone Ohada s'inspirent déjà des solutions particulièrement intéressantes proposées au fil du temps en droit français. A ce propos, un auteur affirme que la légitimité des acteurs du droit Ohada à se référer à l'expérience du droit français sur la question ne doit pas être vue comme une hérésie⁸³³. Pour preuve, il faut, selon l'auteur, prendre en compte le fait que la contractualisation du droit des sociétés de l'Ohada et plus précisément les moyens de sa mise en œuvre, ont été consacrés par référence aux dernières évolutions du droit français⁸³⁴. Le législateur Ohada ayant voulu, en toute connaissance de cause, élaborer son droit uniforme sur le modèle européen – français plus précisément –, il est logique que les juristes de l'espace Ohada s'inspirent des solutions données en Europe pour que la modélisation soit complète⁸³⁵. Ceci étant, il convient de s'entendre sur l'existence de possibilités pratiques, d'orientations jurisprudentielles et de propositions doctrinales susceptibles de rendre plus efficaces les conventions extrastatutaires.

329. De ce qui précède, une réalité s'impose donc ; celle qu'en dépit des lacunes que peut contenir l'AUSC quant à l'exécution des aménagements conventionnels du droit des sociétés et des réserves qu'on peut émettre à propos des sanctions relevant du droit commun des contrats, les techniques contractuelles dont nous traitons semblent avoir irrémédiablement vocation à se développer. La première raison est que leur localisation dans les statuts leur assure une sécurité juridique et constitue pour les conventions statutaires, le gage d'une efficacité certaine (**Section 1**). La seconde justification procède non seulement de l'actualité juridique du droit de l'exécution des obligations contractuelles mais aussi, de l'actualité propre à la pratique des pactes d'actionnaires, qui témoignent l'une et l'autre d'une évolution dans le sens du renforcement de l'efficacité des aménagements sociétaires extrastatutaires quelle que soit la nature des obligations qu'elles peuvent contenir (**Section 2**).

⁸³³ P. S. BADJI, *Réforme du droit des sociétés commerciales de l'Ohada*, l'Harmattan, 2016, p.19, n° 1.

⁸³⁴ *Idem*.

⁸³⁵ S. SERE, D. KABRE, *Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route*, Editions Outils du Management, France, 2005, p. 31.

Section 1 : Une sécurité juridique acquise pour les conventions statutaires

330. L'expérience du droit français enseigne qu'avec l'apparition du mouvement de la contractualisation, « *la pratique en est arrivée à confondre peu à peu les clauses des statuts et celles des pactes extra-statutaires* »⁸³⁶, à s'interroger « *depuis un certain temps sur ce qui continuerait de les distinguer* »⁸³⁷ ou encore à « *se demander quelle localisation est la plus opportune* »⁸³⁸ pour abriter telle ou telle autre clause. Beaucoup d'auteurs français se sont penchés sur la question que chacun d'eux a reformulée à sa manière. Pour l'un, elle est de savoir « *si les statuts sont de plus en plus conçus comme un contrat, comment les différencier des pactes ?* »⁸³⁹. Pour un autre, c'est une question qui « *se pose à tout juriste appelé à travailler sur la rédaction des clauses organisant les rapports entre les actionnaires d'une société : telle stipulation doit-elle être insérée dans les statuts, ou serait-il préférable qu'elle soit placée hors des statuts, c'est-à-dire dans ce qu'il est usuel d'appeler un pacte d'actionnaires ?* »⁸⁴⁰.

331. En réponse à cette question qui n'est désormais pas étrangère au droit Ohada en raison de son lien intrinsèque avec la contractualisation de son droit des sociétés, plusieurs raisons peuvent être identifiées comme entrant en ligne de compte dans l'orientation du choix entre conventions extrastatutaires et aménagements conventionnels statutaires. Mais il est majoritairement admis que « *c'est bien sur le terrain de l'efficacité que l'on peut faire apparaître la mesure des enjeux du choix* »⁸⁴¹. En effet, il apparaît à l'analyse, que les stipulations statutaires ont dans une large mesure et contrairement aux aménagements extrastatutaires, une vigueur particulière qui renforce leur efficacité. Ceci est dû, non seulement aux caractéristiques propres des statuts qui les abritent (§1), mais aussi à la sanction de leur violation (§2).

⁸³⁶ M. GERMAIN, « Pactes, statuts et ordre public », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, 2013, p. 305, n°1. Selon l'auteur, la pratique a tendance à gommer les différences, plaçant selon l'inspiration du moment la clause dans les statuts ou dans les pactes. Voir aussi M. GERMAIN, « *Propos conclusifs* », in J. RAYNARD (dir.), *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ? Actes du colloque national DJCE, 8 et 9 février 2013 à la faculté de Droit de Bordeaux*, LexisNexis, 2013, p. 118.

⁸³⁷ M. GERMAIN, « Pactes, statuts et ordre public », *idem*.

⁸³⁸ B. SAINTOURENS, « *Propos introductifs* », in J. RAYNARD (dir.), *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ? Actes du colloque national DJCE, 8 et 9 février 2013 à la faculté de Droit de Bordeaux*, LexisNexis, 2013, p.1.

⁸³⁹ M. GERMAIN, « *Propos conclusifs* », in J. RAYNARD (dir.), *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ? Actes du colloque national DJCE, 8 et 9 février 2013 à la faculté de Droit de Bordeaux*, LexisNexis, 2013, p. 117.

⁸⁴⁰ B. DONDERO, « Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations », in *BJS*, 2008/3, p. 245, n° 1.

⁸⁴¹ B. SAINTOURENS, « *Propos introductifs* », in J. RAYNARD (dir.), *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ?*, in *Actes du colloque national DJCE, 8 et 9 février 2013 à la faculté de Droit de Bordeaux*, LexisNexis, 2013, p. 2.

§1- Les caractéristiques du contrat de société : gage de la sécurité des clauses statutaires

332. Un certain nombre de traits caractéristiques font des statuts, un contrat singulier. En tant que tel, le contrat de société se distingue des conventions extrastatutaires sur certains aspects avec des conséquences non négligeables sur le contenu de l'un et l'autre de ces actes. On considère notamment que la localisation des stipulations conventionnelles d'aménagement du droit des sociétés dans les statuts leur assure une certaine sécurité juridique et accroît la certitude de leurs signataires de les voir s'exécuter conformément aux engagements pris. En réalité, « *la présence dans les statuts est souvent un facteur de sécurisation de la clause* »⁸⁴². C'est d'ailleurs le constat que faisait déjà le Professeur Yves GUYON dans la conclusion de son ouvrage consacré aux aménagements statutaires et conventions entre associés quand il écrivait qu'« *il faut préférer les aménagements statutaires aux accords extrastatutaires, car les statuts obligent tous les associés et sont opposables au tiers. Au contraire, les conventions extra-statutaires n'ont que l'effet relatif des contrats. Rien ne garantit qu'elles seront respectées par les acquéreurs de droit sociaux et leur inexécution risque de n'être sanctionnée que par une condamnation à des dommages et intérêts* »⁸⁴³. Sous le bénéfice de cette observation, il y a lieu d'identifier quelles sont ces particularités des statuts qui garantissent l'efficacité de leur contenu.

333. Dans une étude comparative qu'elle a faite des actes juridiques susceptibles d'entrer en concurrence dans la réglementation des sociétés commerciales, Mme Sophie SCHILLER indique à juste titre que « *les clauses statutaires présentent deux caractéristiques principales* »⁸⁴⁴. Le fait, d'une part, que leur élaboration soit soumise à un régime légal qui veut notamment que les associés fondateurs s'accordent à l'unanimité sur leur contenu est un élément de leur singularité. Mais la caractéristique essentielle des statuts est, selon la doctrine, l'exigence de leur publicité⁸⁴⁵. Ces caractéristiques propres au support statutaire constituent des éléments importants pour justifier de l'opportunité de la préférence des aménagements statutaires aux conventions extrastatutaires. En effet, elles confèrent aux clauses statutaires deux avantages qui concourent à leur sécurité juridique ainsi qu'à leur efficacité. A ce titre, le

⁸⁴² B. DONDERO, « Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations », in *BJS*, 2008/3, p. 246, n° 8.

⁸⁴³ Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1999, p. 446, n° 309.

⁸⁴⁴ S. SCHILLER, « Pactes, statuts et règlement intérieur : quelle hiérarchie ? » : *Rev. sociétés* 2011, p. 331 et s., n° 5.

⁸⁴⁵ Sur les caractéristiques des statuts de société, voir aussi B. DELABRE, « Regard d'un praticien sur les clauses extrastatutaires dans l'organisation patrimoniale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean PRIEUR*, LexisNexis, 2014, p. 204.

contrat de société jouit non seulement d'une opposabilité renforcée (A) mais aussi d'une forte pérennité (B).

A- L'opposabilité des clauses d'aménagement statutaire

334. Au delà du fait de lier l'ensemble des associés, le contrat de société déploie une force particulière à l'endroit des tiers en raison notamment de sa publicité. En droit Ohada comme en droit français, la publicité des statuts de la société est en effet consacrée comme une formalité à accomplir auprès du greffe et par le biais d'une publication. En fait, à l'occasion de l'immatriculation de la société commerciale au RCCM, il doit être annexé à la demande introduite à cet effet, une copie certifiée conforme des statuts de la société⁸⁴⁶ en vue de les rendre accessibles à toute personne qui exprimera le besoin d'en prendre connaissance. Mieux, les représentants de la société ont l'obligation, après l'immatriculation de la société ou la modification de ses statuts, d'insérer dans un journal habilité à recevoir des annonces légales un avis contenant entre autres mentions, les références de l'immatriculation au RCCM.

335. L'objectif de ces formalités légales est d'informer les tiers de l'existence de la société et de leur faciliter la connaissance de ses statuts. En conséquence, la sécurité juridique qui caractérise les clauses du contrat de société et la garantie de leur efficacité résident non seulement dans la force obligatoire qu'elles déploient entre les associés mais aussi et surtout dans leur aptitude à être opposables aux tiers. C'est cette combinaison entre l'opposabilité du contrat aux tiers et sa force obligatoire à l'égard de ses signataires qui permet d'« *assurer l'efficacité du contrat* »⁸⁴⁷. Définie comme l'« *aptitude d'un droit ou d'un acte, d'une situation de droit ou de fait, à faire sentir ses effets à l'égard des tiers (...) non en soumettant ces tiers aux obligations directement nées de ces éléments (...), mais en les forçant à reconnaître l'existence des faits, droit et actes dits opposables, à les respecter comme des éléments de l'ordre juridique et à en subir les effets* »⁸⁴⁸, l'opposabilité apparaît comme un « *complément*

⁸⁴⁶ Voir art. 46 AUDCG.

⁸⁴⁷ J. GHESTIN, « Introduction (Rapport français) », in M. FONTAINE et J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1992, n°9. Selon l'auteur, « *l'opposabilité n'est pas une simple application de la force obligatoire, car ces deux principes sont en fait sur le même plan au regard du droit objectif : il s'agit de deux mécanismes complémentaires visant à assurer l'efficacité du contrat, le premier, la force obligatoire et le second, l'opposabilité, à l'égard des tiers* ».

⁸⁴⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, p. 711.

nécessaire de la force obligatoire du contrat »⁸⁴⁹ dont dépend largement l'efficacité de ce dernier dans la plupart des cas⁸⁵⁰.

336. Le rapport de l'opposabilité des clauses d'aménagement conventionnel en droit des sociétés à leur localisation statutaire est affirmé par beaucoup d'auteurs. Selon le Professeur Antoine GAUDEMET, le moyen traditionnel pour assurer l'opposabilité de la clause contractuelle du droit des sociétés « *consiste à stipuler la clause dans les statuts de la société* »⁸⁵¹. En raison de son insertion dans les statuts, la clause conventionnelle obligera l'ensemble des associés et sera opposable aussi bien à la société qu'aux tiers⁸⁵². C'est ainsi que l'accès du public aux statuts de la société rend la clause d'aménagement statutaire, qui est déjà obligatoire à tous les associés, opposable à la société elle-même mais surtout aux tiers sur lesquels pèse désormais la présomption d'en connaître l'existence. C'est sans doute la raison pour laquelle un auteur écrivait qu'en raison de la publicité légale dont les statuts font l'objet et de l'opposabilité qui s'en déduit, les stipulations insérées dans les statuts constituent la forme la plus accomplie des conventions sociétaires⁸⁵³. En réalité, « *la connaissance de la situation contractuelle par les tiers consacre son opposabilité à leur égard (...) les oblige classiquement, à respecter la situation contractuelle créée* »⁸⁵⁴. On en déduit alors que l'implication première de cette opposabilité de la clause statutaire est l'inopposabilité tant à la société, qu'à ses organes de même qu'aux autres associés de tout acte qui aura été accompli au mépris de ce que stipule le contrat de société.

⁸⁴⁹ R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004, n° 159, p. 144.

⁸⁵⁰ R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, *op. cit.* L'auteur écrit au paragraphe n°86 à la page 80 ce qui suit : « *Les effets du contrat ne se limitent cependant pas aux effets obligatoires. Le contrat peut produire d'autres effets tant entre les parties qu'à l'égard des tiers (...). Il s'agit d'effets légaux du contrat distinct du contrat distinct, de sa force obligatoire (...) qui permettent au contrat d'atteindre une plus grande efficacité (...) notamment lorsqu'ils s'imposent aux tiers. La doctrine française s'est efforcée d'expliquer ces effets non obligatoires du contrat à l'égard des tiers par la notion d'opposabilité du contrat à l'égard des tiers* ». Il rappelle par ailleurs le même rapport entre la force obligatoire du contrat, son opposabilité et son efficacité ; cf. p. 147, n° 162.

⁸⁵¹ A. GAUDEMET, « L'opposabilité et la transmission des obligations », in J. RAYNARD (dir.), *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ? Actes du colloque national DJCE, 8 et 9 février 2013 à la faculté de Droit de Bordeaux*, LexisNexis, 2013, p. 17.

⁸⁵² « *La clause statutaire serait finalement opposable même à ceux qui ne l'ont pas signée, c'est-à-dire même aux tiers e bonne foi, non informés de la clause. La clause statutaire recevrait la force obligatoire en toutes hypothèses (...). Ce qui indéniablement est source de sécurité juridique pour les parties au contrat* » : cf. G. RICHARD et B. BRILLON, « Comment renforcer la force obligatoire des pactes d'associés ? », in *Actes pratiques & Ingénierie sociétaires-Revue bimestrielle*, LexisNexis-Jurisclasseur, Mars-Avril 2014, p. 32.

⁸⁵³ J.-M. NELISSEN GRADE, « Les aménagements statutaires et contractuels », in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*. Séminaire organisé à Liège le 11 mars 2004 en Hommage à Madame BENOIT-MOURIT, Broché, 2004, p. 251, n° 4.

⁸⁵⁴ D. PORACCHIA, H. LECUYER et A. REYNOUARD, « Relativité et opposabilité des pactes extrastatutaires » : *Rev. Dr. et Patr.* 2009, n° 186, p. 64.

337. Cela est particulièrement vrai pour les aménagements statutaires en rapport avec le capital social et plus généralement pour ceux relatifs aux droits attachés à la qualité d'associé. En dehors des clauses statutaires pour lesquelles le législateur a mis en place un régime de nullité, l'inopposabilité apparaît généralement comme la sanction naturelle de la violation des stipulations statutaires. Ainsi, une cession d'actions consentie à un tiers à la société en violation d'une clause d'inaliénabilité contenue dans les statuts, ne produira aucun effet opposable à la société ou même aux autres associés. En effet s'il est une évidence que l'associé défaillant savait qu'il violait une disposition statutaire, le tiers acquéreur est quant à lui réputé avoir connaissance de l'existence de cette clause à l'exécution de laquelle il ne doit pas constituer un obstacle. De fait, l'acte juridique qui serait intervenu entre l'associé défaillant et le tiers n'aura aucun effet et pourrait même être considéré comme inexistant aux yeux de la société qui ne la prend normalement pas en compte.

338. Cette sanction de l'inopposabilité a notamment « *pour conséquence de paralyser les effets de la cession en empêchant le tiers acquéreur de se prévaloir de la qualité d'associé et d'exercer ainsi ses droits politiques et pécuniaires* »⁸⁵⁵. En fait, l'idée qui la sous-tend est, d'une part, que le tiers qui aura participé à la violation des statuts régulièrement publiés, sera *ipso facto* réputé être de mauvaise foi en raison de l'« *obligation générale de ne pas nuire à autrui* »⁸⁵⁶, qui lui interdit notamment de participer à la violation d'un lien contractuel dont il a connaissance. En tant que telle, l'opposabilité a même été définie comme le fondement de la responsabilité du tiers avec la participation duquel un contractant indélicat viole ses engagements contractuels⁸⁵⁷. D'autre part, l'associé lié par la force obligatoire des statuts devient *de facto* défaillant du fait de la violation de son obligation contractuelle. Ces deux manquements impliquant en conséquence le caractère frauduleux de l'opération intervenue.

339. A ce titre, l'inopposabilité se présente comme une mesure commune sanctionnant la violation des stipulations statutaires. Son efficacité découle du fait que le domaine de l'opposabilité du contrat de société est nettement plus étendu que celui de conventions extrastatutaires⁸⁵⁸. Une réflexion du Professeur Antoine GAUDEMET à ce propos justifie bien cette opinion. Dans une analyse relative à la pertinence des choix, l'auteur écrit que « *le choix de stipuler une clause dans les statuts ou dans un pacte extrastatutaire est en revanche*

⁸⁵⁵ T. FAVARIO, « La Clause statutaire d'inaliénabilité » : *BJS* 2010/1, p. 100 et s., n° 21.

⁸⁵⁶ Sur cette notion, Cass. com., 8 octobre 2002, n° 98-22.858 ; *JCP*, 2003, I, p. 152, obs. G. VINEY.

⁸⁵⁷ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 2001, n° 730 ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1995, n° 202.

⁸⁵⁸ S. SCHILLER, « Pactes, statuts et règlement intérieur : quelle hiérarchie ? » : *Rev. sociétés* 2011, p. 331 et s., n° 7.

irrémediable en ce qui concerne son opposabilité : l'opposabilité aux tiers de la clause convenue ne peut être assurée que lorsque celle-ci est stipulée dans les statuts de la société ; ce qui constitue une faiblesse irréductible des pactes extrastatutaires, pour autant que les parties souhaitent les conserver confidentiels »⁸⁵⁹.

340. Ce n'est pourtant pas seulement par leur rayonnement extérieur dû à leur publicité et l'opposabilité qu'elles impliquent que les clauses statutaires se distinguent des conventions extrastatutaires du point de vue de l'efficacité. La vocation caractéristique des statuts à une certaine pérennité n'est pas moins avantageuse pour la sécurité et la garantie de l'efficacité des aménagements conventionnels qu'ils contiennent.

B- La pérennité des clauses d'aménagement statutaire

341. Si la plupart des contrats usuels du monde des affaires ont vocation à inscrire une opération juridique dans la durée et à lui conférer une certaine stabilité dans le temps⁸⁶⁰, il y a lieu de noter qu'en ce qui le concerne, le degré de longévité du contrat de société est particulièrement renforcé par le législateur. L'un des effets de cette absence de précarité des mécanismes contractuels sanctuarisés dans les statuts est de garantir pour un temps relativement long une exécution fidèle des obligations dont ils sont porteurs. En effet, la notion de pérennité contractuelle présente, au-delà de la durée de vie de l'accord de volonté, une dimension qualitative qui intègre l'efficacité durable de la clause contractuelle dans l'intérêt de ses signataires⁸⁶¹. En témoigne l'opinion d'un auteur selon lequel, la pérennité du contrat suppose qu'il produise durablement ses effets juridiques tels qu'ils résultent de l'accord des parties et

⁸⁵⁹ A. GAUDEMET, « L'opposabilité et la transmission des obligations », in J. RAYNARD (dir.), *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ? Actes du colloque national DJCE, 8 et 9 février 2013 à la faculté de Droit de Bordeaux*, LexisNexis, 2013, p. 24.

⁸⁶⁰ Voir B. RECEVEUR, *La force obligatoire du contrat de société : contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés*, Thèse, Université Cergy Pontoise, 2013, p. 417, n° 465, disponible sur <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00949391/document>. L'auteur écrit que « Bien souvent, l'échange des consentements crée un véritable lien social qui appelle une certaine permanence ».

Il ne faut toutefois pas confondre la pérennité du contrat avec la perpétuité du contrat qui suppose que des engagements soient pris à perpétuité. Contrairement à la pérennité contractuelle dont l'existence a été démontrée, (A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005, p. 23 et s.) ; la question de savoir s'il ne fallait pas admettre la prohibition de tout contrat perpétuel comme un principe virtuel du droit civil a été posée en doctrine (cf. J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, PUF, 22^e éd., 2000, n° 141, p. 275). En réponse à cette interrogation, beaucoup d'auteurs se sont montrés favorables à l'admission d'un tel principe général au nom notamment, de la protection de la liberté contractuelle (A ce sujet, voir notamment M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Thémis, PUF, 2004, n° 172, p. 520 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 3^e éd., 2004, p. 430, n° 884 ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 8^e éd., Dalloz, 2002, n° 300, p. 302).

⁸⁶¹ Voir A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005, p. 163, n° 272. L'auteur fait une distinction entre la dimension quantitative de la pérennité qui correspond au maintien durable de la convention et la pérennité contractuelle qualitative qui outre le maintien durable, l'efficacité du contrat dans le temps.

dans le respect du but poursuivi par le créancier et connu du débiteur, même si ce but n'est pas expressément traduit dans l'accord contractuel⁸⁶².

342. Ainsi, la force obligatoire que le contrat de société acquiert dès sa publication au RCCM se déploie avec la même intensité et les mêmes effets dans le temps, tant qu'il continue de régir la société en l'état. Dans ces conditions, la clause d'aménagement statutaire a, dès la constitution de la société, le mérite de lier non seulement l'ensemble des associés-fondateurs mais aussi tout nouvel acquéreur de titres sociaux sans qu'on ait besoin de s'assurer de l'adhésion de ce dernier à ladite clause. Il faut ainsi noter cette force obligatoire exceptionnelle des statuts qui permet à ses clauses d'être, d'une part, opposables aux tiers dans les termes démontrés ci-dessus. D'autre part, la force obligatoire du contrat de société lui permet d'appréhender automatiquement le tiers et de s'appliquer à lui, à compter du moment où il décide d'acquérir des titres de la société. Ainsi se révèle la pérennité de l'accord de volonté dans le temps de même que son efficacité dans la durée en tant qu'éléments caractéristiques de la clause statutaire et qui la distinguent de la stipulation extrastatutaire.

343. Contrairement aux clauses statutaires, même dans le cas où les stipulations conventionnelles imaginées lors de la constitution de la société et acceptées de tous les associés fondateurs seraient néanmoins localisées en dehors des statuts, elles demeureront en permanence exposées à une existence précaire et seront surtout dépourvues de toute aptitude de principe à lier les associés futurs. On peut donc retenir qu'à moins d'être extrastatutaire, une clause d'aménagement contractuel du droit des sociétés non expressément assortie d'une durée conventionnelle ou légale⁸⁶³, liera systématiquement tout associé d'une société sans égard au moment où il en devient membre et cela, tant que les statuts ne sont pas modifiés. Les droits et les obligations consacrés par les statuts se transmettront alors *propter rem* à tout acquéreur des titres de la société quel que soit le mode d'acquisition.

344. Toutefois, il est vrai que les associés signataires d'une convention extrastatutaire peuvent aussi décider d'inscrire leurs opérations juridiques dans un temps plus ou moins long.

⁸⁶² B. RECEVEUR, *La Force obligatoire du contrat de société : contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés*, Thèse, Université Cergy Pontoise, 2013, p. 417, n° 465. L'auteur s'est en effet inspiré de la définition de l'efficacité du contrat proposée par G. CHANTEPIE, « L'efficacité attendue du contrat », in *RDC*, 2010 /1, p. 347 et s.

⁸⁶³ En fait, les parties ou la loi peuvent encadrer la vocation des stipulations contractuelles à la pérennité en les assortissant d'une durée. Le législateur a ainsi imposé une durée au-delà de laquelle une clause statutaire d'inaliénabilité ne saurait être valable dans les sociétés anonymes. L'article 765-1 de l'AUSC dispose en effet que « les clauses d'inaliénabilité affectant des actions ne sont valables que si elles prévoient une interdiction d'une durée inférieure ou égale à dix (10) ans... ».

Pour ce faire, ils n'auront qu'à opter pour une convention extrastatutaire à durée indéterminée⁸⁶⁴ si aucun empêchement légal dirimant n'y fait obstacle en raison de l'objet de l'accord à intervenir entre eux⁸⁶⁵. Néanmoins, l'efficacité de cette option n'égale pas celle de la pérennité des clauses statutaires. Sa faiblesse procède de l'exposition de la convention extrastatutaire à durée indéterminée au risque de la résiliation unilatérale par n'importe lequel de ses signataires⁸⁶⁶. Etant dans une perspective de la recherche de l'efficacité de la stipulation, il apparaît ainsi un autre argument favorable à la préférence de la clause statutaire dont la modification est également encadrée par la loi.

345. En effet, même si la pérennité des statuts n'induit pas l'immutabilité des clauses du contrat de société⁸⁶⁷, le législateur s'est particulièrement préoccupé de la procédure à suivre en cas de leur modification ou de leur suppression. Les stipulations qui y sont logées empruntent, pour leur modification ou leur suppression, les voies légalement définies pour la modification des statuts. De ce fait, à défaut d'être immuables, les clauses statutaires d'aménagement ne pourront être valablement modifiées que suivant le régime de la modification des statuts prévu par le législateur pour chaque forme de société⁸⁶⁸. Le législateur n'envisage en effet une telle modification que sur décision unanime des associés ou d'une majorité renforcée de ces derniers selon le cas. Dans ces conditions, il est évident que tout associé qui se serait lié par une clause d'aménagement statutaire, ne pourra se délier de son engagement qu'à l'issue d'une procédure de modification statutaire légalement encadrée ou, le cas échéant, en perdant sa qualité d'associé.

346. On comprend dès lors que, comme la forte opposabilité dont jouissent les statuts à l'égard des associés, de la société elle-même ainsi qu'à l'égard des tiers, la vocation du contrat de société à la pérennité constitue une autre caractéristique qui contribue à la sécurité juridique et à l'efficacité de ses clauses. Pour autant, il est vrai que les caractéristiques du contrat de

⁸⁶⁴ A propos de la durée des conventions extrastatutaires, il ressort de la jurisprudence française que le pacte d'actionnaires est réputé conclu pour une durée indéterminée chaque fois qu'il n'est pas assorti d'aucun terme (même pas incertain) par les signataires : Voir Cass. Com., 6 nov. 2007, n° 07-10.620, *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2008, p. 23 ; H. DUBOUT, « Les clauses de durée dans les pactes extrastatutaires entre actionnaires », in BJS, 1997/1, p. 5 ; B. MERCADAL et P. JANIN, *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales*, 1996, n° 2757 ; J. MESTRE, D. VELARDOCCIO et alii, *Lamy Sociétés Commerciales*, 2016, n° 3061.

⁸⁶⁵ En raison du principe de la liberté contractuelle, la clause d'inaliénabilité ne saurait en aucun cas être conclue pour une durée indéterminée. Voir J. MESTRE, « Les clauses d'avenir », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 170.

⁸⁶⁶ De par leur nature, les contrats à durée indéterminée sont susceptibles de résiliation unilatérale par l'un des signataires sous réserve d'un temps de préavis raisonnable.

⁸⁶⁷ B. DELABRE, « Regard d'un praticien sur les clauses extrastatutaires dans l'organisation patrimoniale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean PRIEUR*, LexisNexis, 2014, p. 204

⁸⁶⁸ Voir article 72 de l'AUSC qui dispose à cet effet que « les statuts peuvent être modifiés, dans les conditions prévues par le présent acte uniforme, pour chaque forme de société ».

société ci-dessus évoquées ne font pas systématiquement obstacle à toutes tentatives de violation des engagements contractuels. Pour autant, la crainte que peut susciter la persistante possibilité du non-respect des aménagements statutaires et le doute quant à leur efficacité ne doivent pas être longtemps entretenus. En effet, la détermination du législateur à assurer l'efficacité des clauses statutaires l'a conduit à ériger la nullité comme la sanction de la violation des dispositions statutaires. En tant que tel, l'intérêt qu'il y a à insérer les conventions sociétaires dans le contrat de société s'apprécie aussi du point de vue de la sanction légale qu'appelle leur violation.

§2- La sanction de la violation des statuts : gage de l'efficacité des clauses statutaires

347. S'il est devenu banal de lire que l'efficacité des conventions sociétaires dépend de la sanction attachée à leur violation, il est également courant de voir des auteurs admettre que, du point de vue de la sanction, les clauses statutaires ont vocation à une plus grande efficacité comparativement aux clauses extrastatutaires. Alors que la violation de ces dernières appelle par principe une simple réparation par équivalent, le non-respect des stipulations inscrites dans les statuts conduit normalement à la nullité de l'acte intervenu en fraude à l'accord statutaire ; ce qui ramène toutes les parties concernées à leur *statu quo ante*⁸⁶⁹. En référence donc à la sanction encourue, il a été écrit que le législateur Ohada « assure, pour les clauses statutaires tout au moins, l'efficacité à travers les textes généraux relatifs aux nullités »⁸⁷⁰. En effet, cette dernière sanction apparaît dans le contexte des clauses d'aménagement conventionnel du droit des sociétés, comme une sanction appropriée⁸⁷¹ et est présentée en termes d'opportunité, comme une mesure très efficace contre la violation des stipulations statutaires⁸⁷². Toutefois, les dispositions de l'AUSC qui érigent la nullité comme sanction de la violation des clauses statutaires n'apparaissent pas, au premier regard, comme pouvant s'appliquer systématiquement à tous les aménagements conventionnels figurant dans les statuts. La démarche du législateur ayant été de n'assortir que les aménagements statutaires qu'il autorise expressément de la nullité comme sanction de leur violation. Ainsi, qu'il s'agisse des clauses statutaires relatives à l'accès ou à la protection du capital social ou de celles relatives au

⁸⁶⁹ Voir H.-J. TAGUM FOMBENO, *Négocier et rédiger ses contrats au mieux dans l'espace Ohada*, L'Harmattan, 2010, p. 16. Pour cet auteur, « La nullité anéantit rétroactivement le contrat ; celui-ci est considéré comme n'ayant jamais existé. Les parties doivent donc remettre les choses en l'état précédant le contrat ».

⁸⁷⁰ D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 17.

⁸⁷¹ Selon J. J. MILINGO ELLONG, *Le civisme contractuel en droit Ohada et en droit européen*, L'Harmattan, 2016, p. 400, n° 456, « La nullité demeure une sanction nécessaire ».

⁸⁷² T. FAVARIO, « La clause statutaire d'inaliénabilité » : *BJS* 2010/1, p. 100 et s., n° 21.

fonctionnement des organes de la société, leur violation est sanctionnée par la nullité à chaque fois que leur insertion dans les statuts est fondée sur une faculté expressément ouverte par le législateur.

348. Etant donné que, dans un contexte de contractualisation du droit des sociétés, toutes les clauses susceptibles d'être insérées par la pratique dans les statuts n'ont pas forcément été envisagées par le législateur, il se pose dès lors une question majeure du sort des aménagements conventionnels statutaires imaginés par les associés eux-mêmes. Le principal constat qui s'impose à la suite de ce questionnement est que, même si toutes les clauses statutaires ont un régime commun d'opposabilité, la nullité n'est sans doute pas légalement définie comme une sanction systématiquement applicable à l'occasion de la violation de n'importe laquelle d'entre elles⁸⁷³. Dans ces conditions, à quel régime de sanction seraient alors soumises les clauses statutaires nées de l'imagination créatrice des associés et dont la violation n'est en conséquence pas expressément sanctionnée par une disposition de l'AUSC ? Seraient-elles impunément sujettes à la violation ?

349. Ces différentes interrogations ne manquent pas d'intérêt. Est en cause l'idée même de contractualisation, qui postule une adaptation du contenu du contrat de société aux besoins propres identifiés par les associés eux-mêmes et auxquels, des clauses statutaires imaginées par eux apportent des solutions que la loi n'a pas pu prévoir. A l'analyse, il ne nous semble pas exclu que la nullité puisse s'appliquer même aux clauses statutaires non expressément sanctionnées comme telles dans la loi. Le législateur semble laisser au juge la possibilité d'opter ou non pour la nullité des actes contraires aux clauses statutaires que les textes ne punissent pas expressément. Ainsi, ressort-il des dispositions des articles 243 et 244 de l'AUSC que chaque fois que la juridiction compétente juge qu'une clause statutaire est « *essentielle* », sa violation par un acte modifiant ou non les statuts, doit être sanctionnée par la nullité.

350. En tant que telle, il convient de s'accorder en définitive sur le fait que la violation de toutes les clauses insérées dans les statuts d'une société commerciale de droit Ohada peut être sanctionnée par la nullité. Le prononcé de cette sanction, qui renforce l'efficacité des clauses statutaires, s'impose au juge dans tous les cas où le législateur l'a expressément prévu (A). Par ailleurs, l'analyse des termes des articles 243 et 244 de l'AUSC nous incite à affirmer que dans

⁸⁷³ Il convient de rappeler que la dynamique même de contractualisation qui postule une adaptation du contrat de société à certains besoins propres identifiés par les associés eux-mêmes en leur sein justifie que le législateur ne puisse pas prévoir toutes les clauses susceptibles de répondre aux attentes de chaque société.

la plupart des autres cas, le juge pourra prononcer la nullité s'il ressort de son appréciation que la disposition statutaire méconnue à un caractère essentiel (B).

A- La nullité, sanction légale des aménagements statutaires envisagés par l'AUSC

351. Qu'elles organisent un aménagement conventionnel des droits des associés ou des règles de fonctionnement de la société, la violation de certaines clauses statutaires est expressément prévue dans l'AUSC pour être sanctionnée par la nullité. En conséquence, indépendamment de leur objet, le législateur Ohada a « *souhaité donner une force supérieure aux pactes d'actionnaires [statutaires] contenant certaines clauses spécifiques* »⁸⁷⁴, faisant le choix d'« *assurer une grande efficacité aux clauses statutaires (...) les plus importantes* »⁸⁷⁵.

352. C'est ainsi que l'article 765-2 de l'AUSC prévoit dans le cadre d'une société anonyme que « *dans le cas où une clause d'inaliénabilité est stipulée dans les statuts, toute cession d'actions réalisée en violation de cette clause est nulle* ». Quant à l'article 771-1-1, il dispose que « *toute cession d'actions réalisée en violation d'une clause d'agrément est nulle* ». La même sanction est prévue à l'article 771-3 de l'AUSC contre la violation d'une clause de préemption statutaire dans une SA. Cet article prévoit expressément que « *dans le cas où la clause de préemption est stipulée dans les statuts, toute cession d'actions réalisée en violation du droit de préemption est nulle* ».

353. Les dispositions relatives à la SAS ne sont pas en reste dans la recherche d'efficacité des clauses statutaires. C'est ainsi que l'article 853-19-1 dispose que « *toute cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital effectuée en violation d'une clause statutaire introduite en application des articles 853-17, 853-18 et 853-20 ci-dessus est nulle* »⁸⁷⁶. En ce qui concerne les règles légales applicables à la SARL, qui laissent la liberté aux associés d'organiser dans les statuts, les modalités de transmission des parts sociales entre associés ou à un tiers, le législateur Ohada prévoit la nullité comme la sanction de leur violation⁸⁷⁷. Le choix du législateur pour cette sanction dans la loi a d'ailleurs été noté par les commentateurs de la réforme de 2014, qui affirment que « *le nouvel acte uniforme clarifie fort utilement le régime*

⁸⁷⁴ A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, LGDJ, 2015, p. 665, n° 1703.

⁸⁷⁵ D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 15.

⁸⁷⁶ A noter que les articles 853-17, 853-18 et 853-20 de l'AUSC consacrent respectivement la validité des clauses d'inaliénabilité, de préemption, d'agrément et d'exclusion dans la SAS.

⁸⁷⁷ Voir les articles 318 *in fine* et 319 *in fine* de l'AUSC.

d'opposabilité de ces clauses : tout transfert fait en violation de ses dispositions sera annulé si la stipulation concernée figure dans les statuts »⁸⁷⁸.

354. Au-delà des modalités conventionnelles statutaires d'encadrement du transfert des titres sociaux, la nullité apparaît aussi dans l'AUSC comme la sanction légale applicable dans la plupart des cas où un mécanisme conventionnel est autorisé par la loi pour aménager les règles de fonctionnement des sociétés. Par exemple, dans la SAS où le législateur autorise les associés à aménager la plupart des règles de fonctionnement, la nullité est posée à l'article 853-11, comme la sanction de la violation des règles de fonctionnement librement déterminées par les statuts. Il en est de même dans la société anonyme où l'article 424 de l'AUSC dispose notamment que « *les modalités de nomination des administrateurs sont librement fixées par les statuts ...* » avant de rappeler *in fine* que « *toute nomination intervenue en violation des dispositions du présent article est nulle* ». En ce qui concerne la société en nom collectif, c'est l'article 285 qui sanctionne par la nullité la violation d'une clause d'aménagement statutaire. Il y est en effet prévu que les associés définissent librement dans les statuts les règles relatives aux modalités de consultation, aux quorums et aux majorités, mais surtout que « *les délibérations prises en violation de ces règles sont nulles* ».

355. Ceci étant, il est intéressant de s'interroger sur la nature de ces nullités susceptibles d'être identifiées çà et là dans l'AUSC. Il s'agit de déterminer leur régime juridique en décidant s'il y a lieu de les faire relever du régime général de la nullité des actes, décisions ou délibération des sociétés ou non.

356. A notre avis, la réponse à cette question doit être nuancée. Il faut distinguer d'une part, les violations des clauses d'aménagement statutaires qui procèdent d'une décision, d'un acte ou d'une délibération de la société. Dans ces hypothèses où les mécanismes d'aménagements statutaires concernés sont, pour l'essentiel, relatifs aux règles de fonctionnement de la société, la nullité sera encourue conformément au régime de la nullité des actes sociaux prévu aux articles 242 et suivants de l'AUSC. Ainsi, le délai de prescription de l'action en nullité sera de trois ans et la cause de la nullité pourra être régularisée.

357. D'autre part, seront envisagées les violations de clauses d'aménagement statutaire qui ne procèdent pas d'une irrégularité d'un acte de la société. Sont ici en cause, les clauses organisant l'actionnariat à savoir les clauses d'inaliénabilité, d'agrément et de préemption dont

⁸⁷⁸ P.-G. POGOUE, F. ANOUKAHA, E. BOKALLI et alii, *Ohada. Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016, Commentaires de l'AUSC du 30 janvier 2014, p. 370.

le législateur consacre la validité dans les statuts et dont il sanctionne la méconnaissance par la nullité. Le plus souvent, la violation de ces clauses statutaires procède du mépris par un associé de la règle d'interdiction ou des modalités d'encadrement de la transmission des titres convenues dans les statuts. Conséquemment, la clause statutaire sera violée, non pas par un acte de la société ou d'un de ses organes, mais par le fait exclusif d'un associé. Dans ce contexte, il ne nous semble pas justifié que soit appliqué le régime de la nullité des actes sociaux. Au contraire, le régime de la nullité de droit commun devrait trouver application en ce que la nullité poursuivie n'est pas celle d'un acte ou d'une délibération de la société⁸⁷⁹. De toute évidence, l'objectif du législateur est ici d'annuler tout acte de cession d'action ou de part sociale qui aura été consenti en violation des clauses statutaires d'inaliénabilité, de préemption ou d'agrément.

358. A ce titre, « *la nullité est ici de droit et s'impose au juge qui serait saisi* »⁸⁸⁰ et la sanction est encourue sur le seul fondement de la violation des statuts, même si l'acquéreur prétend ne pas avoir eu connaissance de la clause statutaire. En effet, celle-ci figurant dans les statuts par nature accessibles à tout intéressé en raison de la publicité, « *nul ne saurait prétendre l'ignorer* »⁸⁸¹. C'est dire que la preuve de la mauvaise foi du tiers acquéreur des titres sociaux n'a pas à être fournie pour que la cession faite en violation d'une clause statutaire d'agrément, d'inaliénabilité ou de préemption soit anéantie.

359. Néanmoins, il n'est pas exclu que, dans certains cas, la nullité d'une cession d'actions, consentie en violation d'un aménagement statutaire de la libre transmission des actions, puisse procéder de l'irrégularité d'un acte ou d'une délibération d'un organe de la société⁸⁸². Il en est ainsi par exemple de la nullité de la délibération prise en violation de l'article 766 de l'AUSC qui organise la procédure de mise en œuvre d'une clause d'agrément statutaire⁸⁸³. Dans cette

⁸⁷⁹ Il s'agira alors de la prescription quinquennale de l'article 16 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général de l'Ohada. L'intérêt de cette distinction serait d'appliquer une prescription plus longue aux cas dans lesquelles l'intention frauduleuse commune au cédant et au cessionnaire serait de ne même pas considérer l'existence de la clause statutaire. La prescription abrégée qui s'applique dans l'hypothèse où l'action en nullité est fondée sur une irrégularité dans la mise en œuvre de la clause (par exemple une irrégularité affectant la décision sociale ayant accordé au cessionnaire l'agrément exigé) se justifie par le fait que la volonté du cédant et du cessionnaire de se soumettre à la clause statutaire ne fait pas défaut ; ce n'est que sa mise en œuvre qui est irrégulière.

⁸⁸⁰ J. MESTRE, A.-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCHIO-FLORES (dir.), *Le Lamy Sociétés commerciales*, Wolters Kluwer, 2016, p. 2263, n° 4882.

⁸⁸¹ A. CHARVERIAT, « Cession de parts et actions », in *Mémento Expert*, Edition Lefebvre, 2015-2016, p. 402, n° 32450.

⁸⁸² Ceci s'observe notamment dans les cas une procédure légale ou statutaire est prévue pour mettre en œuvre la clause d'organisation d'aménagement visée.

⁸⁸³ L'article 760 de l'AUSC dispose que « *si l'agrément est conféré à l'assemblée, le cédant ne prend pas part au vote et ses actions sont déduites pour le calcul du quorum et de la majorité. Il en est de même si le cédant est administrateur lorsque l'agrément est donné par le conseil d'administration. Toute délibération prise en violation du présent article est nulle* ».

hypothèse, la nullité de la cession trouve sa source dans la nullité d'un acte de la société ou de l'un de ses organes. Ceci est aussi vrai en droit français où « *le non-respect de la procédure d'agrément, qu'elle soit d'origine légale ou statutaire, entraîne la nullité de la cession* »⁸⁸⁴. Toutefois, si dans un tel cas l'acte de société en cause est régularisable, la nullité de la cession pourra être évitée. La raison en est que la cession de titres est seulement viciée dans la procédure de mise en œuvre de la clause statutaire sans être principalement atteinte par un mépris fondamental de l'objet même de ce qui est stipulé.

360. En résumé, il convient de noter que la nullité est la sanction de droit des stipulations conventionnelles statutaires pour autant que leur insertion dans le contrat de société ait été rendue possible par le législateur. Néanmoins, le régime de cette nullité étant binaire, la sanction épousera le régime de la nullité des actes sociaux si la violation de la clause statutaire procède d'une délibération ou d'une décision de la société. A l'inverse, si la nullité est encourue non pas en raison d'un vice dans la mise en œuvre de la clause statutaire par un organe social, mais si elle se fonde plutôt sur une ignorance catégorique ou une fraude à l'existence même de la clause par un de ses signataires ou par un tiers, le régime de la nullité applicable devrait être celui du droit commun de la nullité des actes de commerce. L'intérêt de cette distinction s'apprécie notamment du point de vue du délai de la prescription de l'action en nullité⁸⁸⁵ et de la possibilité de régularisation de la cause de nullité.

361. Si, de cette façon, l'efficacité des clauses d'aménagement statutaire expressément autorisées par le législateur lui-même est assurée par la nullité des actes qui les violent, comment doit-on interpréter le silence de la loi quant aux stipulations non expressément envisagées par le législateur, mais imaginées et valablement insérées dans les statuts par les associés ? De notre analyse, il est apparu qu'en dépit du silence de la loi quant à la sanction de leur violation, ces clauses statutaires ne doivent pas être systématiquement considérées comme étant d'une efficacité incertaine. Notamment, il ressort de la loi que si la juridiction compétente les juge essentielles, elle peut sanctionner leur violation par la nullité.

⁸⁸⁴ A. CHARVERIAT, « Cession de parts et actions », in *Mémento Expert*, Edition Lefebvre, 2015-2016, p. 402, n° 32450.

⁸⁸⁵ L'intérêt de cette distinction serait d'appliquer une prescription plus longue aux cas dans lesquelles l'intention frauduleuse du cédant et du cessionnaire serait de ne même pas considérer l'existence de la clause statutaire. La prescription abrégée qui s'applique dans l'hypothèse où l'action en nullité est fondée sur une irrégularité dans la mise en œuvre de la clause (par exemple une irrégularité affectant la décision sociale ayant accordé au cessionnaire l'agrément exigé) se justifie en ce que la volonté du cédant et du cessionnaire de se soumettre à la clause statutaire ne fait pas défaut.

B- La nullité, sanction jurisprudentielle des aménagements statutaires imaginés par la pratique

362. Le regain d'intérêt du droit des sociétés de l'Ohada pour la libéralisation de la réglementation a renforcé la possibilité pour les associés d'insérer dans les statuts, des aménagements contractuels non expressément prévus par le législateur. Et, contrairement à ce qui transparaît à première vue de la lecture de l'AUSC, la violation des clauses statutaires non expressément envisagées par le législateur est, autant que celle des aménagements autorisés par ce dernier, susceptible d'être sanctionnée par la nullité. A cet effet, le législateur investi le juge du pouvoir d'apprécier l'opportunité de prononcer cette sanction. Deux conditions sont à ce titre posées par les articles 243 et 244 de l'AUSC⁸⁸⁶. *Primo*, il faut, selon ces dispositions, que la violation de la clause statutaire soit le fait de la société ou de l'un de ses organes et ceci à travers un acte, une décision ou une délibération sociale qui en modifie ou non les statuts. *Secundo*, la nullité ne sera prononcée que si la juridiction compétente juge que la clause statutaire violée est « *essentielle* ». S'il est évident que ces dispositions permettent de prononcer l'annulation des actes sociaux violant certaines clauses statutaires imaginées par les associés, il est à notre sens, fort probable sinon recommandable que la jurisprudence étende cette sanction à la violation de ces types de clauses par les associés pris individuellement ou même par les tiers. Pour autant, cette possibilité d'extension dépendra de l'interprétation que les juridictions feront des conditions posées par la loi.

363. D'abord, il convient de s'accorder sur ce que peuvent signifier les notions d'« *actes, décisions ou délibérations* » de la société. Selon la doctrine, « *par acte ou délibération, il faut comprendre les décisions prises par les organes de la société et qui concernent son fonctionnement interne* »⁸⁸⁷. Il s'agit de « *tous les actes des organes sociaux, de direction ou de contrôle, délibératifs ou non* »⁸⁸⁸ posés dans le cadre de la mise en œuvre des stipulations statutaires organisant le fonctionnement interne de la société. Néanmoins, il n'est pas exclu que des actes sociaux soient posés ou que des délibérations sociales soient prises dans la mise en œuvre de clauses imaginées et insérées dans les statuts par les associés pour organiser leurs

⁸⁸⁶ Ces deux dispositions qui n'existaient pas dans l'AUSC avant sa réforme prévoient respectivement ce qui suit : Pour l'article 243, « *la nullité de tous actes, décisions ou délibérations modifiant les statuts ne peut résulter que (...) de la violation d'une clause des statuts jugée essentielle par la juridiction compétente* ».

Pour l'article 244, « *la nullité de tous actes, décisions ou délibérations ne modifiant pas les statuts ne peut résulter que (...) de la violation d'une clause des statuts jugée essentielle par la juridiction compétente* ».

⁸⁸⁷ R. TEYSSOT, « L'efficacité des clauses statutaires dans les actions simplifiées », in *Mag. Opt. Fin.* 28 fév. 2011, p. 28.

⁸⁸⁸ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e édition, 2015, p. 299, n° 462.

relations entre eux. C'est ainsi que dans le cas par exemple d'une clause statutaire de préemption ou de non-agression, dont la mise en œuvre nécessite le plus souvent un acte ou une décision d'un organe de la société, toute violation des termes statutaires par cet acte ou cette délibération sociale serait susceptible de nullité.

364. En définitive, il convient de retenir deux choses. La première est qu'il est vrai que les « *actes, décisions ou délibérations* » se rattachent principalement aux dispositions statutaires, conventionnelles ou non, qui organisent le fonctionnement de la société. En deuxième lieu, qu'il est aussi courant que des clauses statutaires d'origine conventionnelle dont l'objet n'est pas d'organiser le fonctionnement de la société, puissent, à l'occasion de leur mise en œuvre, conduire à des actes ou délibération de la société. De ces deux constats, il y a lieu de retenir que la violation de la plupart des clauses statutaires imaginées par les associés peut bien être sanctionnée par la nullité. Il suffit que leur mise en œuvre ait nécessité un acte, une décision ou une délibération de la société non conforme aux prévisions du contrat de société.

365. D'autre part, les conditions prévues par l'AUSC étant cumulatives, la sanction ne sera réellement prononcée que si la juridiction compétente apprécie la clause statutaire violée comme étant une clause « essentielle » des statuts. L'introduction par le législateur de la notion de « *clause des statuts jugée essentielle par la juridiction compétente* » accroît sans aucun doute le pouvoir d'interprétation des clauses statutaires par le juge. A s'en tenir aux termes employés par le législateur, c'est d'un réel pouvoir discrétionnaire que le juge se trouve doté et dans l'exercice duquel il devrait tenir compte de l'esprit même de la contractualisation du droit des sociétés. A ce titre, chaque fois que le juge devra évaluer le caractère essentiel ou non d'une clause conventionnelle statutaire, il doit objectivement tenir compte de l'importance de ladite clause dans « *la volonté commune présumée des associés* »⁸⁸⁹. C'est du moins ce que proposent certains auteurs⁸⁹⁰, qui suggèrent que le juge « *puisse être lié par les associés ou actionnaires sur le caractère essentiel de la clause statutaire dont ils souhaitent voir la violation sanctionnée par la nullité de la décision sociale* ». On voit mal, argumentent-ils par ailleurs, « *pourquoi le juge pourrait substituer son analyse à celle des actionnaires pour qualifier une clause que ceux-ci ne jugent pas essentielle ou inversement* »⁸⁹¹.

⁸⁸⁹ K. FADIKA, « La clarification du régime des nullités » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p.93.

⁸⁹⁰ D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires », préc. , p. 17.

⁸⁹¹ *Idem.*

366. Cette analyse nous paraît totalement justifiée, et il nous semble même que le juge devrait à chaque fois présumer que toute clause statutaire est essentielle et ainsi appliquer la nullité toutes les fois qu'un acte ou une délibération de la société la viole. En effet, la principale raison pour laquelle les associés décident d'insérer une clause dans les statuts au lieu d'une convention extrastatutaire n'est-elle pas d'en renforcer l'efficacité à travers la rigueur de la sanction qu'appelle son inexécution ? C'est cet avantage de sécurité et d'efficacité que les associés visent principalement dans les statuts en renonçant à la confidentialité des accords extrastatutaires. En conséquence, une clause statutaire ne devrait être considérée comme marginale ou sans grande importance que si des raisons suffisamment fortes et objectives motivent le juge à la considérer comme telle et donc à ne pas appliquer la nullité à sa violation.

367. Telle que présentée dans la l'AUSC, cette grande marge d'appréciation laissée au juge comporte un danger tant que la CCJA n'aura pas éclairé les acteurs du droit Ohada sur le sens et les modalités de l'appréciation judiciaire du caractère essentiel d'une clause statutaire⁸⁹². Faute d'éclairages de la part de la haute juridiction, la doctrine attire l'attention sur « *les disparités jurisprudentielles qui risquent de se créer* »⁸⁹³.

En droit français, où la violation des statuts ne figure pas au rang des causes de nullité des actes sociaux⁸⁹⁴, c'est à la jurisprudence qu'il est revenu de fixer le critère suivant lequel une clause statutaire pourrait être sanctionnée de la nullité. Il a été décidé que la nullité des actes sociaux n'est encourue que si la clause statutaire violée est l'expression de la faculté ouverte par une disposition impérative d'aménager conventionnellement la règle posée par cette dernière⁸⁹⁵. Ce faisant, les juges français réaffirment l'idée selon laquelle toute nullité devra dans leur droit, être une sanction rattachée soit directement ou indirectement à une règle impérative. Ce qui ne semble pas être le cas du législateur Ohada qui permet à la juridiction compétente d'annuler tout acte contraire à un aménagement conventionnel statutaire en fonction notamment de l'importance qu'elle accorde à la clause statutaire à l'issue de l'appréciation qu'elle en fait.

⁸⁹² La doctrine ne semble pas elle-même en mesure d'apporter de réponse satisfaisante à la question de savoir ce qu'il faut « entendre par "clause des statuts essentielle" ». Voir P. S. BADJI, *Réforme du droit des sociétés commerciales de l'Ohada, l'Harmattan*, 2016, p. 161, n° 160.

⁸⁹³ *Idem*.

⁸⁹⁴ B. FAGES, « Sanction du non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou le règlement intérieur d'une société » : *RTD civ.* 2010, p. 553, note sous Cass. Com., 18 mai 2010, n° 09-14.855.

⁸⁹⁵ Voir Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, *D.* 2010. 1345, obs. A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2010, p. 374, note P. LE CANNU, *BJS*, 2010, p. 651, note H. Le NABASQUE.

368. En tant que telle, la démarche du législateur Ohada permet de voir la nullité comme une sanction jurisprudentielle probable des clauses statutaires non expressément assortie de cette sanction. Ainsi, en qualité de sanction de la violation de la plupart des clauses statutaires, la nullité garantit une bonne exécution de ces dernières et accroît leur efficacité. Ce qui, en l'état actuel du droit des sociétés de l'Ohada et du droit des contrats de la plupart des Etats-membres de l'Organisation, n'est pas le cas des accords conventionnels extrastatutaires même s'il y a de plus en plus de raisons de croire en un renforcement de leur efficacité dans la zone Ohada.

Section 2 : Vers le renforcement de l'efficacité des conventions extrastatutaires

369. Contrairement aux stipulations insérées dans les statuts de la société, les accords extrastatutaires présentent, en ce qui les concerne, des caractéristiques qui affaiblissent considérablement leur efficacité. En réalité, les conventions extrastatutaires sont de simples contrats dont la validité ne nécessite aucune exigence de forme. En principe confidentielles, elles ne sont en conséquence connues que des associés qui en sont signataires et n'ont, par ailleurs, vocation à produire leurs effets de droit qu'à l'égard de ces derniers. A ce titre, la force obligatoire qu'ils peuvent déployer en tant que convention, a un domaine limité à leurs seuls signataires. C'est notamment pour ces raisons que les accords extrastatutaires n'ont que « l'efficacité d'un contrat quelconque »⁸⁹⁶ et que « le principe de l'effet relatif des conventions conduit à considérer que ces accords sont le plus souvent inopposables aux tiers y compris à la société elle-même contrairement à la plupart des clauses statutaires »⁸⁹⁷. Dans ces conditions, la nullité n'apparaît pas comme une conséquence directe de leur violation et leur exécution forcée n'est que rarement concevable. Dans la plupart des cas, l'inexécution de ses engagements par l'une des parties à une convention extrastatutaire, se solde par sa condamnation à payer, à la victime de l'inexécution, des dommages et intérêts en guise de réparation des préjudices subis. L'exécution forcée en nature est regardée comme étant *a priori* impossible en raison de la nature des obligations que contiennent ces conventions extrastatutaires.

370. Toutes ces limites dénoncées à propos de l'efficacité des pactes d'actionnaires en droit français se retrouvent dans le droit Ohada, avec la simple consécration de la reconnaissance des conventions extrastatutaires par l'article 2 de l'AUSC. Pour cause, le législateur Ohada n'a prévu aucune disposition légale relative au contentieux de l'inexécution des conventions

⁸⁹⁶ Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2002, p. 310, n° 201.

⁸⁹⁷ *Idem.*

extrastatutaires dont il consacre la validité, de sorte que, par son silence, il livre implicitement une part importante des critères d'efficacité des accords extrastatutaires au régime du droit commun de l'exécution des obligations contractuelles.

371. Ainsi, l'intérêt qu'il y a à réfléchir sur la question de l'efficacité des conventions extrastatutaires dans le contexte de l'Ohada se justifie à deux points de vue. D'une part en raison de l'inexistence dans l'arsenal juridique de l'Ohada d'un Acte uniforme relatif au droit des contrats qui, s'il avait été élaboré, proposerait sans doute des solutions innovantes et uniques à tous les pays de l'Ohada. La deuxième raison justificative de l'intérêt de la question découle par conséquent de la nature des solutions que propose le droit national des obligations dans chaque Etat membre de l'Ohada et dont la vétusté précédemment soulignée, contraste avec l'idée de modernité du droit des affaires de l'Ohada, qui se traduit avant tout dans la reconnaissance des conventions extrastatutaires par l'AUSC.

372. Au regard de ces considérations, qui semblent prédestiner les conventions extrastatutaires à une certaine inefficacité dans l'espace Ohada, on serait au prime abord porté à croire que la pratique des conventions extrastatutaires n'a pas de grande chances de se développer en droit Ohada. Pourtant, la réalité est autre. En effet, des moyens de plus en plus développés en pratique et une tendance irréversible de la jurisprudence des Etats membres à évoluer sur la question de l'exécution des obligations en attendant l'adoption d'un Acte uniforme de l'Ohada sur les contrats, permettent de renforcer l'efficacité des conventions extrastatutaires. A ce titre, nous traiterons des perspectives du renforcement de l'efficacité des conventions extrastatutaires (§2), après avoir présenté l'état des lieux des solutions classiques actuelles dont l'inefficacité est avérée (§1).

§1- Les obstacles à l'efficacité des conventions extrastatutaires dans les Etats membres de l'Ohada

373. A en croire une idée bien répandue en doctrine, les raisons profondes de l'inefficacité des conventions extrastatutaires se trouvent non seulement dans leur nature contractuelle mais découlent surtout de l'objet des obligations qu'elles engendrent et, par ailleurs, de leur confidentialité. A ce titre, les conventions extrastatutaires, même âprement négociées, souffrent d'un défaut congénital s'agissant de l'efficacité des sanctions consécutives à leur non-

respect⁸⁹⁸. En conséquence, une bonne partie de la littérature existante sur les pactes d'actionnaires souligne instamment « *que leur faiblesse congénitale réside dans la difficulté d'en assurer l'exécution forcée lorsque l'un des signataires, au mépris de la parole donnée, refuse de respecter les engagements souscrits* »⁸⁹⁹. En réalité, le recours à une convention extrastatutaire n'a, à proprement parler un intérêt que si, à défaut d'être exécutée volontairement, la victime de son inexécution peut obtenir en justice une sanction adéquate dont la plus satisfaisante reste l'exécution forcée de ce qui lui a été promis. De fait, la préoccupation principale de tout praticien va « *au-delà de la négociation des modalités du pacte, il s'agit de rechercher l'efficacité de la convention* »⁹⁰⁰. Cette efficacité, longtemps présentée comme incertaine et insuffisante en droit français, se révèle encore sous le même jour en droit Ohada des sociétés. Si l'incertitude relative à l'efficacité des conventions extrastatutaires trouve classiquement sa source dans l'objet des obligations qui y sont contenues (A), la réponse qu'apportent les textes applicables dans la plupart des pays de l'Ohada en cas d'inexécution de ces obligations limite davantage l'efficacité des conventions extrastatutaires (B).

A- L'objet des obligations de la convention extrastatutaire

374. Il est rare qu'une convention extrastatutaire rende l'un de ses signataires débiteur d'une obligation de donner, les conventions extrastatutaires s'analysant « *le plus souvent en une obligation de faire ou une obligation de ne pas faire ou en une conjonction des deux* »⁹⁰¹.

375. Il n'en a pas moins été proposé de distinguer « *les pactes emportant une obligation de donner, des pactes n'emportant qu'une obligation de faire ou de ne pas faire* », l'auteur⁹⁰² affirmant que, dans une certaine mesure, les conventions extrastatutaires « *comportant des promesses de vente ou d'achat ainsi que leur dérivés* » pourraient être considérées comme générant des obligations de donner en raison de leur caractéristique commune, qui est de tendre à préparer des cessions de titres. Pour autant, l'opinion selon laquelle la promesse de vente emporterait une obligation de donner a toujours été l'objet de discussions, voire de vives contestations en doctrine⁹⁰³. Elle se prête davantage à la contestation d'autant plus que la

⁸⁹⁸ S. SCHMIDT, « *Réflexion autour de l'efficacité du pacte d'actionnaires : la société doit-elle être signataire du pacte d'actionnaire la concernant ?* », disponible sur <http://www.juritravail.com/Actualite/pactes-associes/Id/11001>, consulté le 25 avril 2017.

⁸⁹⁹ F.-X. LUCAS, « L'exécution forcée d'un pacte d'actionnaires », in *RDC*, 2003, p. 165.

⁹⁰⁰ E. BROCHIER, « L'exécution en nature des pactes entre actionnaires : Observations d'un praticien », in *RDC*, 2005/1, p. 125.

⁹⁰¹ J.-J. DAIGRE et M. SENTILLES-DUPONT, *Pactes d'actionnaires*, Ed. GLN-Joly, 1995, p. 11, n° 19.

⁹⁰² S. PRAT, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert des valeurs mobilières*, Litec, 1992, p. 83, n° 138 et 139.

⁹⁰³ P. BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente » : *RTD civ.* 1988, p. 673.

conception même de l'obligation de donner, se trouve désormais « *réduite pratiquement à rien par l'admission du transfert automatique de la propriété par le seul accord des volontés* »⁹⁰⁴ et n'apparaît dès lors dans la réalité, que comme un mythe⁹⁰⁵.

376. Ceci étant, il convient de retenir qu'indépendamment du but dans lequel les associés y recourent, les accords extrastatutaires n'emportent, dans leur ensemble, que des obligations de faire ou de ne pas faire. Il est en effet facile de remarquer que les techniques contractuelles de base auxquelles font classiquement appel les accords extrastatutaires entre associés telles que les clauses de préférence ou de préemption, la clause d'inaliénabilité, celle de non-agression ou encore la convention de vote sont toutes génératrices d'obligations de faire ou de ne pas faire. En réalité, les obligations en tant que liens de droit sont sujettes à plusieurs classifications dans la doctrine. Mais l'une des principales classifications de source légale est celle qui distingue les obligations de faire et de ne pas faire des obligations de donner⁹⁰⁶. En considération de l'objet de la prestation à laquelle s'est obligé le débiteur, on dira que l'obligation de donner vise l'aliénation d'un droit de propriété. La prestation envisagée consiste à transférer un droit réel au profit du créancier, à effectuer à son profit une dation.

377. En ce qui la concerne, dans l'obligation de faire, la prestation promise consiste en un fait positif que le débiteur promet d'accomplir. Ainsi, même si au premier regard, on peut noter que les obligations de donner et de faire mettent à la charge du débiteur une action positive, il est constant que ces deux variantes d'obligations juridiques se distinguent l'une de l'autre. L'obligation de faire est en effet toute prestation positive autre qu'une dation. A ce titre, l'obligation de donner est considérée comme une modalité spécifique d'obligation de faire⁹⁰⁷ ; l'une et l'autre étant distinctement traitées par le code civil.

378. Pour ce qui est de l'obligation de ne pas faire, son objet est un devoir d'abstention à la charge du débiteur. Elle impose à son sujet une renonciation totale ou partielle à l'exercice d'un

⁹⁰⁴ G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Bruylant/LGDJ, 2001, p. 172, n° 5.

⁹⁰⁵ M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner » : *RTD civ.* 1996, p. 85.

⁹⁰⁶ Cette distinction est formulée et apparaît à articles 1101 et 1126 du code civil français dans sa version en vigueur dans la plupart des Etats de l'Ohada.

⁹⁰⁷ F. CHABAS, J. MAZEAUD et alii, *Leçons de droit civil*, Tome II, Vol. 1, *Obligations-Théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1998, p. 13, n° 20. En annonçant un perfectionnement de la distinction classique des obligations de donner, de faire et de ne pas faire, les auteurs affirment avoir « *remarqué que l'obligation de dare (de donner) constitue une obligation de faire particulière* ». En conséquence, continuent-ils, il est loisible de réunir « *en une seule catégorie, qu'on appelle obligations positives, les obligations de donner et de faire* » qu'on opposera aux obligations négatives. Voir aussi G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil-Les obligations*, 2^e éd., Tome I, *Les sources*, SIREY, 1988, p. 1, n° 2. Pour ces derniers, les obligations de donner et faire ont pour objet une prestation positive, l'obligation de ne pas faire a pour objet une abstention.

droit ou d'une liberté. Le débiteur dans ce cas est tenu de s'abstenir d'accomplir un acte matériel ou juridique donné. L'obligation de ne pas faire se distingue des obligations de faire et de donner en ce qu'elle contraint le débiteur à une passivité, à tenir un engagement négatif⁹⁰⁸. Il en est notamment ainsi de la clause d'inaliénabilité qui vise à interdire aux associés qui y souscrivent de céder tout ou partie de leurs titres.

379. Plus généralement, un auteur affirme que les parties à un pacte d'actionnaires dont l'objet est de limiter les mutations de droits sociaux contractent tous des obligations de ne pas faire⁹⁰⁹. C'en est ainsi des pactes valant promesses de contrat et particulièrement du pacte de préférence qui s'analyse en une obligation de ne pas faire en ce qu'il empêche le promettant d'accomplir des actes de nature à compromettre l'exercice ultérieur du droit de préférence par son bénéficiaire. La Cour de cassation française est même intervenue à ce propos pour réaffirmer sa position en décidant que « *l'article 1143 du code civil n'est pas applicable à la violation d'un pacte de préférence qui met une obligation de ne pas faire à la charge du débiteur* »⁹¹⁰. Aussi, les conventions de vote, qui sont des accords usuels pour organiser le pouvoir dans la société, génèrent, elles aussi, des obligations de ne pas faire ou de faire. A ce titre, elles sont définies comme « *des engagements pris individuellement par chaque partenaire, au moyen d'un accord verbal se traduisant par un simple parallélisme de comportement, ou dans une convention écrite emportant plus formellement des obligations de faire ou de ne pas faire pour chaque partenaire* »⁹¹¹.

380. On remarque en définitive que, de la même manière que leur nature contractuelle des conventions extrastatutaires fait l'unanimité, l'objet des obligations qu'elles génèrent n'est pas contesté en doctrine. Techniques de transposition des mécanismes contractuels en droit des sociétés, les pactes d'actionnaires ne créent presque toujours que des obligations de faire ou de ne pas faire. Si la plupart des auteurs français soutiennent que cela se justifie par le fait que les obligations de donner « *sont rares en droit civil français contemporain* »⁹¹², ce constat est aussi vrai dans le droit des obligations des Etats membres de l'Ohada en raison de la filiation de ceux-ci avec celui-là. Et, c'est justement la réponse qu'apporte le droit civil au non-respect des

⁹⁰⁸ J. MESTRE, D. VALLARDOCHIO, C. BLANCHARD-SEBASTIEN, *Sociétés commerciales*, éd. Lamy, 2002, p. 1371, n° 3152.

⁹⁰⁹ C. LEROY, *Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétair*e, Thèse de doctorat, Université Paris-Val de Marne, 2010, p. 96, n° 198.

⁹¹⁰ Cass. Civ., 3ème Ch. Du 10 juillet. 2002, n° 00-13669 : *Petites aff.* 1^{er} avr. 2003, n° 65, p. 10, note de S. BERNHEIM-DESVAUX ; *AJDI* 2003, p. 461, obs. F. COHET-CORDEY.

⁹¹¹ C. LEROY, *Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétair*e, Thèse de doctorat, Université Paris-Val de Marne, 2010, n° 176.

⁹¹² G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil-Les obligations*, 2^e éd., Tome I, *Les sources, op. cit.*, p. 1, n° 2.

obligations de faire et de ne pas faire, qui justifie l'inefficacité des conventions extrastatutaires de manière général et en droit Ohada tout particulièrement.

B- L'inefficacité de la sanction légale de l'inexécution des conventions extrastatutaires

381. Lorsque les stipulations conventionnelles sont extrastatutaires, les sanctions légales sont « *peu dissuasives car elles se résument, pour l'essentiel, à des dommages et intérêts accordés par le juge, à condition que la victime de la violation prenne l'initiative et supporte la charge d'une procédure, qu'elle ait la patience et la capacité de supporter la durée du procès et qu'elle ne se fasse pas trop d'illusion sur le montant des sommes qui lui seront accordées au bout de ce parcours* »⁹¹³.

382. En effet, conformément à la réglementation dans la plupart des pays de l'Ohada, la sanction du non-respect d'un contrat dépend de la nature de l'obligation contractuelle violée. Pour ce qui est des obligations de faire ou de ne pas faire, leur inexécution se résout en dommages et intérêts. L'article 1142 du code civil, en vigueur dans les pays de l'Ohada, n'envisage ni la nullité de l'acte passé en fraude à la convention, ni l'exécution forcée des engagements du débiteur, mais une réparation par équivalent, qui est désormais analysée comme étant trop réductrice. Pour la doctrine dans son ensemble, la règle posée par cet article consacre un principe hostile à une condamnation à exécuter en nature⁹¹⁴ puisque son « *application littérale condamne toute possibilité d'exécution forcée en nature* »⁹¹⁵. La raison principale avancée pour justifier un tel esprit de la disposition est le caractère personnel avéré de l'exécution des obligations de faire ou de ne pas faire⁹¹⁶. L'exécution des obligations de faire ou de ne pas faire suppose une implication personnelle du débiteur et nécessite un réel sentiment de liberté de sa part qui proscrit par conséquent toute contrainte⁹¹⁷. En tant que tel, l'objectif de l'article 1142 « *est d'interdire l'exercice de la violence sur la personne même du débiteur* »⁹¹⁸. Ainsi que l'affirme un auteur à ce propos, « *en matière d'obligations de faire ou de ne pas faire, le principe est donc, selon le code, non l'exécution forcée en nature, mais l'exécution forcée*

⁹¹³ J.-J. DAIGRE et M. SENTILLES-DUPONT, *Pactes d'actionnaires*, Ed. GLN-Joly, 1995, p. 10, n° 18.

⁹¹⁴ En ce sens, voir W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire » : *RTD civ.* 1976, p. 700 et s. ou encore G. CORNU, « *Regard sur le titre III du livre III du code civil* », Cours de DEA de droit privé, inédit, 1977, p. 68, n° 81 et s. En droit Ohada, voir BADJI (P. A.), « La mise en cohérence des règles relatives à la sanction de l'inexécution des obligations » : *RRJ* 2018-2, p. 819.

⁹¹⁵ F.-X. LUCAS, « L'exécution forcée des conventions de vote », in F.-X. LUCAS et D. MARTIN (dir.), *L'effectivité des pactes d'actionnaires*, dossier, *BJS*, juil.-août 2011, p. 628.

⁹¹⁶ A. MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, p. 129 et s.

⁹¹⁷ E. B. AYISSI-MANGA, « L'exécution forcée d'une obligation de faire » : *RJO* 1999/3, p. 331, n° 2.

⁹¹⁸ Ph. SIMLER, « Classification des obligations », in *J.-Cl. civil*, 1993, fasc. 10, art. 1136 à 1145, n° 81.

par équivalent, sous forme de dommages et intérêts »⁹¹⁹. Afin d'éviter les conséquences pratiques qui découlent d'une application stricte de ce principe, des auteurs ont proposé que les juges en fassent une lecture plus ouverte que recommanderait la nécessaire conciliation entre la lettre et l'esprit de la loi⁹²⁰.

383. En droit français, cet appel a été entendu au-delà même des juridictions. Les projets de réformes successifs du code civil français ont tous proposé que l'objet des obligations ne commande plus les règles de leur exécution forcée en nature ou non ; mais que soit plutôt reconnue au créancier la faculté de demander l'exécution forcée en nature chaque fois que cela est possible⁹²¹. Et même avant que n'aboutisse la réforme du droit français des contrats en février 2016, la jurisprudence française avait déjà admis plusieurs assouplissements de la portée de l'article 1142 du code civil en vue de permettre l'exécution forcée en nature des obligations de faire ou de ne pas faire. Pour autant, les applications modérées de la règle souvent proposées par les juges n'ont pas toujours convaincu la pratique à tel point qu'on a écrit que, « *même limité dans sa portée, l'article 1142 du Code civil peut empêcher l'exécution en nature d'un pacte* »⁹²².

384. A titre d'exemple, dans le droit français des obligations d'avant la réforme de 2016, bien que la jurisprudence acceptât de plus en plus d'annuler les cessions frauduleusement passées par le débiteur d'un pacte de préférence et même, de décider de la substitution du tiers acquéreur par le créancier en cas de collusion frauduleuse⁹²³, cette exécution forcée en nature de

⁹¹⁹ P. REMY-CORLAY, « L'exécution en nature », in F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, p. 263.

⁹²⁰ Voir notamment P. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du code civil*, Ed. Kluwer, 1993. Selon cet auteur, les rédacteurs du code civil de 1804 n'ont pas entendu assigner à la condamnation principale, en matière d'obligation de faire ou de ne pas faire, un objet qui consisterait systématiquement en des dommages et intérêts. Pour l'auteur, l'« *inexécution de la part du débiteur* », à laquelle se réfère l'article 1142 désigne la désobéissance du débiteur à l'ordre que le tribunal lui intime de s'exécuter *in specie*. Ainsi, l'article 1142 reconnaîtrait-il implicitement mais de manière certaine, au juge, un pouvoir d'injonction à l'exécution en nature de l'obligation en souffrance. Il faudra alors considérer selon l'auteur, que c'est seulement en cas de refus du débiteur de déférer à l'injonction judiciaire que l'alternative des dommages intérêt s'impose. L'impossibilité de recourir à la force publique dans ces cas en vue d'une exécution forcée par le débiteur se justifie donc par la sauvegarde des libertés individuelles de ce dernier.

⁹²¹ Voir art. 1152 al. 3, 1154 al. 1^{er}, 1154-1000 et 1155 al. 3 du projet CATALA et pour le projet TERRE, voir art. 105.

⁹²² E. BROCHIER, « L'exécution en nature des pactes entre actionnaires : Observations d'un praticien », in *RDC*, 2005/1, p. 125.

⁹²³ Cass., mixte, 26 mai 2006, pourvoi n° 03-19376 : D. 2006, p. 1861, note P.-Y. GAUTIER et D. MAINGUY ; JCP, éd. G, 2006, n° 36, II.10142, note L. LEVENEUR ; JCP N 2006, 1256, note B. THULLIER ; *Defrénois* 2006, p. 1206, obs. E. SAVAUX ; JCP E 2006, p. 2378, note Ph. DELEBECQUE ;

Petites aff. 11 janv. 2007, p. 13, note A. PAULIN ; *RDC* 2006, p. 1131, obs. F. COLLART-DUTILLEUL ; *RTD civ.* 2006, p. 550, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *BJS* 2006, p. 1072, note H. LE NABASQUE. Voir également, Cour d'appel de Paris 3^e ch. A 1er juillet 2008, *Rev. sociétés* 2008, p. 786, note D. PORACCHIA, infirmant Trib. com. Paris 25 juin 2007, *BJS*, 2007, p. 1203, note F.-X. LUCAS.

l'obligation de ne pas faire était plutôt rare en pratique⁹²⁴. En effet, pour obtenir cette sanction et voir l'obligation s'exécuter en nature en sa faveur, le bénéficiaire-demandeur devait apporter une double preuve. Celle, d'une part, de la connaissance de l'existence du pacte par le tiers complice. D'autre part, la preuve de la connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire du pacte de s'en prévaloir. Si cette double preuve n'était pas impossible à apporter, elle se révélait particulièrement complexe pour au moins deux raisons. D'abord, la vocation des accords extrastatutaires à la confidentialité qui rend par principe, la clause méconnaissable par les tiers. Ensuite, la connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir est *a priori* difficile à prouver. Dans ces conditions, on note facilement que la fraude supposée entre le promettant et le tiers-acquéreur leur profitait doublement⁹²⁵. Elle leur permettait non seulement de conclure le contrat déjà promis au bénéficiaire, mais renforçait aussi leur position par la preuve quasi impossible à fournir, sauf dans des hypothèses très particulières⁹²⁶. En conséquence, face à la difficulté de rapporter cette double preuve, on a dû « *admettre que cette issue reste encore trop rare et aléatoire. Ce qui constitue là aussi une limite traditionnelle, sans doute la plus péniblement ressentie par les praticiens à l'efficacité des pactes d'actionnaires* »⁹²⁷.

385. Le plus souvent, la difficulté à rapporter cette double preuve dite « *diabolique* »⁹²⁸ ne laisse pas autre choix au bénéficiaire que de réclamer des dommages et intérêts conformément à la lettre de l'article 1142 du code civil⁹²⁹. Mais, même dans cette hypothèse, la question de la preuve du préjudice subi ainsi que celle de son évaluation apparaissent délicates. Le dommage n'étant réparable que si la preuve du préjudice subi est apportée⁹³⁰, mais surtout, il ne sera adéquatement réparé par équivalent que si le préjudice est objectivement évaluable en argent. Dès lors, comment évaluer par exemple le dommage moral qu'aurait subi un demandeur du fait

⁹²⁴ En ce sens, voir D. MAINGUY, « Annulation et substitution, les deux mamelles de la préférence ? » : *D* 2006, p. 1861 et s ; A. SAKHO, « L'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférence dans les cessions d'action »-Série de documents de recherche du CRES, 2014/59, p. 28, disponible sur http://www.cres-sn.org/sites/default/files/execution_forcee_pacte_de_preferance.pdf, consulté le 26 avril 2017.

⁹²⁵ Cf. D. MAINGUY, « Annulation et substitution, les deux mamelles de la préférence ? », *idem*, n° 5.

⁹²⁶ Comme le cas dans lequel le bénéficiaire est un co-indivisaire du promettant.

⁹²⁷ A. GAUDEMET, « Efficacité des pactes d'actionnaires : retour aux principes » : *Rev. sociétés* 2011, p. 482 et s.

⁹²⁸ P.-Y. GAUTIER, « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica* » : *D*. 2006, p. 1861, n° 8 ; F. PONSONNET, obs. sous CA Lyon, 1^{ère} Ch. Civ., 30 nov. 2011, RG n°09/08204/Cass. com., 26 février 2013 : PJDA, n° 2, 2014, p. 3.

⁹²⁹ En ce sens, voir D. HURSTEL et A. PERON, « La Substitution d'acquéreur est-elle une sanction possible de la violation d'un pacte de préemption ? » : *Magazine Option Finance* 13 avril 1993, pp. 30 - 34.

⁹³⁰ Cass. 3^e civ., 3 déc. 2003, n° 02-18033 : *Bull. civ.* 2003, III, n° 221 ; *RDC* 2004/2, p. 280, note P. STOFFEL-NUNCK. Ce dernier affirme que « *des dommages et intérêts ne peuvent être alloués que si le juge, au moment où il statue, constate qu'il est résulté un préjudice de la faute contractuelle* ». Voir aussi, Cass. 3^e civ., 3 déc. 2003, n° 02-18033, *RTD civ.* 2004, p. 295, obs. P. JOURDAIN ; *JCP G* 2004, I, 163, n° 2, obs. G. VINEY.

de la violation par son cocontractant d'une convention de vote ? On comprend que très souvent, la preuve du préjudice subi sera délicate à rapporter et surtout que son évaluation pécuniaire risque de n'être que symbolique et sans commune mesure avec les engagements contractuels.

386. Ainsi, le régime de la sanction des obligations de faire et de ne pas faire, fondé sur l'article 1142 du code civil mine l'efficacité des pactes d'actionnaires. Conscient de cela, mais aussi sans doute convaincu par la doctrine selon laquelle « *l'exécution forcée, qui donne plein effet au principe de la force obligatoire du contrat* »⁹³¹, « *est la seule parfaite manifestation de la force obligatoire des conventions* »⁹³², le législateur français a, lors de la dernière réforme de son droit des contrats⁹³³, opéré « *un renversement pur et simple du principe énoncé par l'article 1142 du code civil* »⁹³⁴. Désormais, en droit français, l'article 1221 du code civil érige l'exécution forcée en nature en sanction de principe de toute obligation contractuelle, qui ne cède que devant l'impossibilité de l'exécution en nature ou face au coût manifestement déraisonnable de l'exécution forcée en nature envisagée⁹³⁵.

387. Contrairement au droit français, les pays membres de l'Ohada continuent d'appliquer la réglementation de la sanction de l'inexécution des obligations contractuelles instituée par l'article 1142 du code civil. Pourtant, « *l'obsolescence du titre III code civil de 1804 n'est plus à démontrer* »⁹³⁶. Ce constat est particulièrement vrai dans le contexte des Etats membres de l'Ohada où la jurisprudence n'est pas particulièrement audacieuse. On comprend dès lors, que l'achèvement de l'effort de contractualisation du droit des sociétés de l'Ohada nécessite impérativement une adaptation des règles de sanction des obligations contractuelles à l'exigence d'efficacité juridique. En attendant que de grandes avancées ne se fassent dans ce sens, quelques perspectives de renforcement de l'efficacité des conventions extrastatutaires existent en pratique.

⁹³¹ V. LONIS-APOKOURASTOS, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, PUAM, 2003, p. 41, n° 17.

⁹³² G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 2. Voir aussi G. MAIRE, *Volonté et exécution forcée de l'obligation*, LGDJ, 2018, p. 6, n° 3 et s.

⁹³³ Ladite réforme a fait l'objet de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁹³⁴ D. MARTIN et G. BUGE, « L'effectivité des clauses relatives au transfert des titres », in F.-X. LUCAS et D. MARTIN (dir.), *L'effectivité des pactes d'actionnaires*, dossier, *BJS*, juil.-août 2011, p. 623, n° 18.

⁹³⁵ En ce sens, voir C. GRIMALDI, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, p. 327, n°465 : *Parlant de l'exécution en nature, l'auteur écrit que « toute inexécution, sans condition de gravité, peut donner lieu à une telle mesure. Toutefois, l'exécution en nature doit être possible et proportionnée ».*

⁹³⁶ P. DUPICHOT, « Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats » : *Rev. Dr. et Patr.* 2015, n° 247, p. 32.

§2- Les perspectives du renforcement de l'efficacité des conventions extrastatutaires

388. En dépit du texte de l'article 1142 du code civil, dont l'application aux conventions extrastatutaires en limite l'efficacité, la pratique n'a toutefois pas renoncé à recourir à ces accords dans les pays de l'Ohada. En effet, en raison de leur nature contractuelle, il est conventionnellement possible pour les signataires des pactes d'actionnaires d'en améliorer par eux-mêmes, la force obligatoire et l'efficacité ou encore de prévenir la violation. En réalité, la pratique enseigne qu'en dépit de la vulnérabilité attachée à la nature extrastatutaire de la clause et à l'objet des obligations qu'elle comporte, son efficacité peut être largement tributaire de sa rédaction ou encore des autres clauses qui l'accompagnent. Autrement dit, les rédacteurs de conventions extrastatutaires peuvent, en raison du principe de la liberté contractuelle, y prévoir des clauses pouvant leur assurer une plus forte efficacité.

389. Mieux encore, il y a des raisons de croire que les juges nationaux de l'espace Ohada vont adopter une approche favorable à l'exécution forcée en nature des obligations de faire et de ne pas faire pour accompagner la consécration des accords extrastatutaires par le législateur communautaire. Une telle politique jurisprudentielle présenterait un grand intérêt pratique : celui de préparer les sujets du droit Ohada à la très prochaine harmonisation du droit commun des contrats dont l'une des orientations majeures est l'adoption d'un principe général de l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles. A ces différents titres, il y a lieu de croire en des possibilités d'accroître l'efficacité des conventions extrastatutaires dans la zone Ohada. Les premières procédant d'alternatives imaginées par les praticiens pour rendre plus efficaces les conventions extrastatutaires **(A)**. Les secondes quant à elles, relèvent du droit prospectif en ce qu'elles se fondent sur ce que consacrera le futur acte uniforme de l'Ohada portant droit général des obligations **(B)**.

A- Les alternatives développées par la pratique

390. Face aux limites de la loi et en réaction à l'hésitation jurisprudentielle⁹³⁷, la recherche de l'efficacité du contrat est devenue l'œuvre des parties elles-mêmes⁹³⁸. A ce titre, la rédaction des conventions extrastatutaires nécessite plus d'ingéniosité et davantage d'attention pour imaginer des palliatifs conventionnels dans le but de prévenir l'inexécution des accords ou d'en

⁹³⁷ « *Les hésitations de la jurisprudence (...) constituent en effet une limite à l'effectivité du droit* » : cf. : D. MARTIN et G. BUGÉ, « Propos introductif », in F.-X. LUCAS et D. MARTIN (dir.), *L'effectivité des pactes d'actionnaires*, dossier, *BJS*, juil.-août 2011, p. 615, n° 4.

⁹³⁸ E. MACKAAY, « L'efficacité du contrat-une perspective d'analyse économique du droit », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 32.

sanctionner efficacement la violation. Plusieurs moyens ont ainsi été développés dans la pratique des pactes d'actionnaires en droit français dans le but d'affranchir ces conventions de la tutelle de l'article 1142 du code civil. Certaines clauses ont ainsi été élaborées dans les pactes d'actionnaires en vue de dissuader le débiteur de toute violation de ses obligations⁹³⁹. D'autres encore l'ont été dans l'objectif d'éviter l'octroi d'une simple indemnisation en cas de violation du pacte, mais plutôt d'obtenir son exécution forcée en nature. Variées dans leurs buts et diverses suivant leurs modalités, nous n'évoquerons ici que les techniques qui nous semblent les plus pertinentes. Il s'agit notamment de celles qui permettent de concilier l'avantage de la confidentialité des conventions extrastatutaires avec le renforcement de leur efficacité et qui ne rencontrent par ailleurs, aucun obstacle à être employées dans les pays de l'Ohada.

391. Il est d'abord possible de stipuler *ab initio* l'exécution forcée en nature des obligations de faire et de ne pas faire. Pour ce faire, une clause d'exécution forcée devra être insérée dans la convention extrastatutaire afin d'écarter le jeu de l'article 1142 du code civil. Mesure couramment utilisée en pratique, l'usage de la clause d'exécution forcée a été reconnu valide par la Cour de cassation française dans un arrêt rendu le 27 mars 2008⁹⁴⁰. En l'espèce, à la suite d'un arrêt de la cour d'appel de Paris ayant, conformément à l'article 1142 du code civil, décidé que la violation d'une promesse de vente ne pouvait ouvrir droit qu'à des dommages et intérêts, le bénéficiaire de la promesse dont la prétention originale était d'en obtenir l'exécution forcée en nature s'est pourvu en cassation. Rejetant le recours, la troisième chambre civile de la Cour de cassation française a précisé que « *les parties à une promesse unilatérale de vente étaient libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente* ».

392. Ce fut une décision importante, d'abord en raison de la juridiction qui l'a rendue car la troisième chambre civile de la Cour de cassation française a souvent été désignée comme étant à l'origine d'une lecture jurisprudentielle stricte de l'article 1142⁹⁴¹. Son importance s'apprécie

⁹³⁹ L'idée ici est d'aménager une peine conventionnelle que subira la partie qui violera la convention, en prévoyant une sanction suffisamment impressionnante pour espérer décourager les signataires du non-respect du pacte. Voir O. De PRECIGOUT, « L'efficacité des pactes d'actionnaires », in *Mag. Op. Fin.* 10 avr. 2012, p. 29. Pour ce dernier, la figure la plus simple de telles clauses consiste à prévoir le montant des dommages et intérêts dont devra s'acquitter le signataire irrespectueux de ses engagements. Elle présente néanmoins la faiblesse de pouvoir être modérée par le juge s'il estime le montant excessif.

⁹⁴⁰ Cass. Civ., 3^e Ch., 27 mars 2008, n° 07-11.721.

⁹⁴¹ En témoignent ces quelques décisions rendues par elle et qui prônent l'impossibilité de l'exécution forcée en nature des obligations de faire et de ne pas faire. Initiée le 15 décembre 1993 (Cass. Civ., 3^e Ch., 15 déc. 1993, n° 91-10.199) et réaffirmée depuis lors (Cass. Civ. 3^e, 28 oct. 2003, n°02-14.459), la prévalence de l'exécution par équivalence prônée par la troisième chambre civile de la cour de cassation française ne s'est pas cantonnée aux promesses unilatérales de vente mais a irradié l'ensemble du droit de l'exécution, affectant continuellement l'efficacité d'autres engagements.

aussi en ce qu'elle admet désormais « *qu'une stipulation contractuelle puisse venir directement contrarier sa lecture pour le moins étroite de l'article 1142 du code civil* »⁹⁴². Ceci signifie notamment que cette dernière disposition légale « *n'est pas d'ordre public et peut donc être écartée par la volonté contractante* »⁹⁴³. Ainsi, l'efficacité de tous les pactes d'actionnaires contenant des clauses pouvant s'analyser en une promesse unilatérale de vente de titres sociaux dépend potentiellement des prévisions des parties.

393. Toutefois, il est possible d'étendre cette solution à tout type d'engagement contenu dans une convention extrastatutaire et dont la sanction de la violation répond au régime de l'article 1142 du code civil. A ce titre, Didier MARTIN et Guillaume BUGÉ écrivent que tous les « *engagements unilatéraux ou non* »⁹⁴⁴ énoncés dans une convention extrastatutaire pourraient être assortis d'une clause d'exécution forcée dont les effets seront notamment « *d'écarter le jeu de l'article 1142 du code civil au bénéfice duquel il est expressément renoncé, d'écarter tout argument tiré d'une violation de la liberté notamment de vote, reconnue à tout actionnaire [dans le cas par exemple d'une clause d'exécution forcée d'une convention de vote]...* »⁹⁴⁵. Mais, aussi séduisante que cette possibilité puisse paraître pour les signataires des pactes d'actionnaires, elle ne semble pas s'intéresser à la situation du tiers « acquéreur de bonne foi » impliqué dans la violation de certaines conventions extrastatutaires assorties d'une clause d'exécution forcée. Ce tiers ayant acquis des actions préalablement soumises à une clause extrastatutaire de préemption pourrait se retrouver évincé par une constatation judiciaire de la vente au profit du bénéficiaire⁹⁴⁶.

394. Un autre moyen pertinent d'assurer l'efficacité des conventions extrastatutaires consiste à impliquer la société dans le pacte en la faisant garante de sa bonne exécution. Technique

⁹⁴² B. FAGES, « Rétractation de la promesse pendant le délai d'option » : RTD civ. 2008, p. 475.

⁹⁴³ J.-M. MOULIN, « Sociétés anonymes-Pacte d'actionnaires », in *J.-Cl. commercial*, fasc. 1486, n° 89. Cela signifie qu'à défaut de volonté contraire exprimée, l'interprétation traditionnelle des dispositions de l'article 1142 du code civil qui conduit à réparer la violation de ces obligations par l'allocation de dommages et intérêts retrouve toute sa vigueur. Voir J.-F. LOUIT, et A. LACARELLE, « Remarques sur l'efficacité des pactes d'actionnaires » : RTDF 2008/2, n° 65.

⁹⁴⁴ D. MARTIN et G. BUGÉ, « L'effectivité des clauses relatives au transfert des titres », in F.-X. LUCAS et D. MARTIN (dir.), L'effectivité des pactes d'actionnaires, dossier, *BJS*, juil.-août 2011, p. 621, n° 12. Ce terme recouvre selon ces auteurs, notamment mais sans exhaustivité, les promesses de cession et/ou d'achat de titre et autres instruments financiers, les droits de préemption et de priorité, les conventions de votes, les engagements d'inaliénabilité...

⁹⁴⁵ D. MARTIN et G. BUGÉ, « L'effectivité des clauses relatives au transfert des titres », *Idem*.

⁹⁴⁶ Si cet arrêt est à sa manière rassurant en ce qu'il valide les clauses qui prévoient l'éviction de l'article 1142 il laisse toutefois intactes certaines interrogations : le juge peut-il constater judiciairement la vente alors même que le tiers bénéficiaire de la violation est de bonne foi ? Voir A. COURET, « La sécurité juridique des pactes et des signataires à l'épreuve des tendances contradictoires », in *Rev. Dr et Patr.* 2009, n° 186, p. 59.

parfois évoquée en doctrine⁹⁴⁷ et même consacrée par certaines législations⁹⁴⁸, elle est particulièrement courante en pratique dans la mesure où elle consolide l'opposabilité de la convention extrastatutaire à la société s'agissant notamment des accords ayant pour objet la cessibilité des titres de la société⁹⁴⁹. L'idée est en effet de rendre la société, qui n'est *a priori* pas partie au pacte, garante de sa bonne exécution. A ce titre, « *il n'y aurait plus de risque que des cessions soient faites en violation des stipulations du pacte, puisque la société, informée du pacte pour l'avoir signé, devrait refuser tout simplement la transcription des cessions dont on ne lui démontrerait pas qu'elles respectent le pacte. De même, les délibérations des assemblées et du conseil d'administration ne devraient normalement être prises qu'une fois que la société aura vérifié que les actionnaires ou administrateurs "pactés" n'ont pas violé une obligation née de leur accord* »⁹⁵⁰. Mieux, tel que le suggère le Professeur Alain VIANDIER, une décision sociale qui aura été prise par un organe de la société, alors instituée gardienne d'une convention extrastatutaire, pourra même être rapportée par cette dernière⁹⁵¹.

395. Ainsi, on peut noter que l'adhésion de la société au pacte est très proche de l'insertion du pacte dans les statuts sans pour autant en avoir la même portée. Elle permet aux associés de ne pas exposer leur accord à la même publicité que les statuts en même temps qu'elle leur garantit une reconnaissance certaine de ses dispositions par la société et ses organes. Par ailleurs, la pratique enseigne que la participation de la société au pacte peut se faire suivant plusieurs modalités. Une première consiste pour la société à être partie signataire au pacte avec comme engagement de veiller à sa bonne exécution. Mais selon la doctrine, cette première modalité comporte des risques pour la société, ses dirigeants et même pour les associés parties

⁹⁴⁷ Voir par exemple A. MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, n° 344 ; P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2010, p. 13, n° 20 : l'auteur relève que « *la pratique est courante dans la mesure où elle sécurise l'opposabilité de la convention à la société s'agissant notamment des restrictions à la cessibilité des titres* ».

⁹⁴⁸ Voir D. LAFORTUNE, « La convention d'actionnaires », in *Revue juridique Thémis*, n° 36, 2002, p. 197 et s, spéc. p. 206 : selon l'auteur, la législation canadienne distingue les « *conventions entre actionnaires* » des « *conventions unanimes entre actionnaires* ». Dans le cadre de ces dernières, « *la compagnie est liée même si elle n'y est pas partie. Cette règle, propre à la convention unanime, s'écarte des principes généraux du droit civil car la compagnie n'ayant pas conclu un contrat est néanmoins liée par celui-ci* ». L'objectif selon l'auteur est d'écarter la règle de l'effet relatif des contrats afin que la compagnie soit liée par diverses dispositions contractuelles.

⁹⁴⁹ Voir S. SCHMIDT, « *Réflexion autour de l'efficacité du pacte d'actionnaires : la société doit-elle être signataire du pacte d'actionnaire la concernant ?* », disponible sur <http://www.juritravail.com/Actualite/pactes-associes/Id/11001>, consulté le 25 avril 2018.

⁹⁵⁰ B. DONDERO, « Le pacte d'actionnaires signé par la société » : *Rev. sociétés* 2011, p. 535, n° 3.

⁹⁵¹ Voir A. VIANDIER, « Après l'article de Michel JEANTIN sur les conventions de vote », in *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 331 et s., n° 21. D'après l'auteur, « *Une solution plus efficace consisterait à faire de la société elle-même, la gardienne de l'effectivité des conventions de vote, tout vote exprimé en contrariété avec le dispositif de la convention ne pouvant être pris en compte et, s'il l'est, étant susceptible de rendre nulle la décision. Après tout si la convention est conforme à l'intérêt social, il est peut-être également conforme à l'intérêt social qu'elle soit respectée* ». Voir aussi A. MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, n° 270 et les références citées par l'auteur.

au pacte⁹⁵². En conséquence, pour limiter les inconvénients de cette mesure à l'égard notamment de la société et de ses dirigeants, on a suggéré qu'il serait plus intéressant de trouver le moyen d'impliquer la société sans pour autant qu'elle devienne débitrice des divers engagements pris par les associés dans le pacte. Pour ce faire, la société pourra, soit se contenter d'y intervenir sans y être partie, ou bien les signataires devront simplement lui assurer une communication formelle de tout ou partie du pacte. Mais la jurisprudence française n'a pas semblé approuver cette dernière modalité⁹⁵³.

396. Beaucoup d'autres remèdes ont par ailleurs été proposés en doctrine pour renforcer l'efficacité des conventions extrastatutaires sans que leur efficacité ne soit absolument certaine⁹⁵⁴. D'abord, chacun d'entre eux a ses faiblesses et l'efficacité qu'ils peuvent procurer varie d'un pacte à un autre et d'une société à une autre. Toutefois, en les comparant aux régimes des sanctions des obligations contractuelles applicables dans la plupart des pays de l'Ohada, on s'aperçoit facilement de l'intérêt qu'ils peuvent y présenter pour la sécurité juridique et le développement des accords extrastatutaires.

397. L'exécution en nature systématisée des obligations contractuelles demeure l'une des pistes les plus efficaces à explorer⁹⁵⁵. En tant que remède à la défaillance contractuelle, l'exécution forcée demeure « *la mesure indispensable pour une pleine efficacité du contrat* »⁹⁵⁶. A ce titre, « *on s'accordera aisément sur l'idée qu'une exécution forcée en nature est la meilleure des solutions pour surmonter l'opposition d'une partie à un pacte d'actionnaires* »⁹⁵⁷. Et c'est justement cette heureuse perspective qui se dégage du droit prospectif de l'Ohada.

⁹⁵² B. DONDERO, « Le pacte d'actionnaires signé par la société » : *Rev. sociétés* 2011, p. 535, n° 6 à 20.

⁹⁵³ La jurisprudence n'apparaît pas très rassurante de ce point de vue. A ce titre on peut se souvenir d'un arrêt de la Cour de cassation rendu le 26 avril 1994 (Com. 26 avr. 1994, n° 92-18.173, *Bull. civ.* IV, n° 157). Dans l'espèce en cause, un actionnaire avait soumis à l'agrément de la société un projet de cession qui contrevenait à un pacte de préférence qui avait été notifié à la société. La société n'ayant pas répondu à la demande d'agrément, celui-ci fut réputé acquis par les juges du fond. La société tentait d'obtenir la cassation, au motif que la cour d'appel n'aurait pu méconnaître que l'existence d'un pacte de préférence notifié à la société « *excluait la faculté pour celle-ci d'agréer une cession à une personne autre que le bénéficiaire du pacte de préférence* ». Le pourvoi de la société est cependant rejeté, la Cour de cassation jugeant que la cour d'appel avait pu retenir que l'actionnaire pouvait, en dépit de l'existence du pacte, présenter à l'agrément de la société une offre émanant d'un tiers, dès lors que les juges du fond avaient relevé que « *l'existence d'un pacte de préférence ne rendait pas incessibles les actions sur lesquelles il porte* ».

⁹⁵⁴ Cf. O. De PRECIGOUT, « L'efficacité des pactes d'actionnaires » : *Magazine Option Finance* 10 avril 2012, p. 28-29 ; S. SCHMIDT, « Réflexion autour de l'efficacité du pacte d'actionnaires », disponible sur <http://www.juritravail.com/Actualite/pactes-associes/Id/11001>, consulté le 17 juin 2017.

⁹⁵⁵ I. ARNAUD-GROSSI, « La paix peut-elle être l'objet d'ingénierie sociétaire ? », in J. MESTRE (dir.), *La paix, un possible objectif pour les juristes de droit des affaires*, LGDJ, 2016, p. 227.

⁹⁵⁶ B. FAGES et P. FLEURY (dir.), *Le Lamy Droit des contrats*, Wolters Kluwer, 2016, p. 1002, n°2111.

⁹⁵⁷ F.-X. LUCAS, « L'exécution forcée des conventions de vote », in F.-X. LUCAS et D. MARTIN (dir.), *L'effectivité des pactes d'actionnaires*, dossier, *BJS*, juil.-août 2011, p. 627.

B- Les perspectives portées par le droit prospectif de l'Ohada

398. Alors qu'il était devenu évident que le texte proposé par M. Marcel FONTAINE avait de moins en moins de chances d'aboutir⁹⁵⁸, une nouvelle réflexion a été lancée relativement à l'élaboration d'un Acte uniforme de l'Ohada sur le droit des contrats. Le 12 décembre 2007, lors de la session du Conseil des ministres de l'Ohada tenue à Niamey, le Secrétariat permanent de l'Ohada a pris une sérieuse option quant à l'harmonisation de la réglementation du droit des obligations dans l'espace Ohada. Avec son approbation, la Fondation pour le droit continental a chargé trois universitaires ressortissants de l'espace Ohada, de la mission de concevoir un avant-projet de texte en matière d'obligations, de preuve et de prescription. Guidés par l'objectif de « *moderniser la théorie des obligations, indispensable soubassement de toute la vie juridique et économique* »⁹⁵⁹, le texte proposé a été validé par le conseil scientifique de la Fondation en avril 2015 et transmis en décembre de la même année au Secrétaire permanent de l'Ohada.

399. Au nombre des orientations qui y sont proposées, figurent notamment la suppression formelle de l'article 1142 du code civil et son remplacement par la règle de l'exécution forcée⁹⁶⁰. Ainsi, sous le titre consacré à « *l'exécution de faire ou de ne pas faire* », les articles 188 et 189 de l'avant-projet, respectivement consacrés à l'obligation de faire et celle de ne pas faire, disposent successivement que :

Article 188 : « *L'obligation de faire s'exécute en nature si possible.*

Son exécution peut être ordonnée sous astreinte ou un autre moyen de contrainte, sauf si la prestation attendue a un caractère éminemment personnel.

En aucun cas, elle ne peut être obtenue par une coercition attentatoire à la liberté ou à la dignité du débiteur.

A défaut d'exécution en nature, l'obligation de faire se résout en dommages et intérêts ».

⁹⁵⁸ Selon le secrétaire permanent de l'OHADA, en dépit de ses qualités indéniables, l'avant-projet d'Acte uniforme, « *avait en effet suscité d'importantes réserves quant à l'abandon de la tradition juridique française, que la plupart des États membres de l'OHADA ont en commun* » : D. SOSSA, « Pour une harmonisation du droit des contrats dans les pays membres de l'OHADA » : *JCP G* 2016, n° 4, 25, p. 101. D'après Pierre MEYER, depuis 2005, le processus d'adoption n'a pas abouti et semble même bloquée : cf. P. MEYER, « L'avant-projet d'acte uniforme Ohada sur le droit des contrats : innovations et débats » : *RDAI*, 2008, n°3, p. 292.

⁹⁵⁹ J. ISSA-SAYEGH, P.-G. POUGOUE, M. SAWADAGO et alii, *Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace Ohada*, 15 avril 2015, p. 4, disponible sur <http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/07/Avant-projet-droit-des-obligations-OHADA-texte-final-150603.pdf>.

⁹⁶⁰ Pour une présentation complète dudit projet d'Acte Uniforme, voir C. GRIMALDI, « Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA » : *D.* 2016, p. 648.

Article 189 : « *L'inobservation d'une obligation de ne pas faire se résout de plein droit en dommages et intérêts du seul fait de la contravention, sauf le droit pour le créancier d'en exiger à l'avenir l'exécution en nature* ».

400. Un premier regard sur ces dispositions permet de noter qu'elles procèdent à un dédoublement du régime de l'exécution des obligations précédemment organisé par l'article 1142 du code civil. Ainsi, contrairement à la réforme de cette même disposition intervenue en droit français, qui a consacré, à l'article 1221, un principe général d'exécution forcée en nature en cas de violation de toute forme d'obligation contractuelle, l'avant-projet de l'Ohada envisage des modalités d'exécution forcées différentes selon que l'obligation à exécuter est une action positive ou une abstention. A ce titre, il ressort du texte transmis au Secrétariat permanent de l'Ohada que le principe de l'exécution forcée en nature n'est fondamentalement consacré que pour les obligations de faire. Pour celles de ne pas faire, il n'est proposé qu'un renversement supplétif de l'article 1142 nécessitant, qu'une volonté manifeste du créancier soit préalablement exprimée en faveur de l'exécution forcée en nature⁹⁶¹. En conséquence, la présente prospection de ce que réserve l'avenir du droit Ohada en matière de sanction des obligations contractuelles ne sera intéressante que si on procède à une analyse séparée des règles du projet sanctionnant d'une part les obligations de faire et d'autre part la violation des obligations de ne pas faire.

401. Pour les premières, chaque fois que leur exécution forcée sera « *possible* » et que sa mise en œuvre n'a pas un « *caractère éminemment personnel* », elle devrait être ordonnée par le juge. Ainsi, il faut d'une part que l'exécution forcée en nature soit possible matériellement mais aussi juridiquement. Toutefois, cette dernière modalité de la condition de possibilité peut être délicate à juger en pratique. En droit français par exemple, on a estimé que le promettant d'une promesse unilatérale de vente qui se rétracte avant la levée de l'option d'achat par le bénéficiaire ne devrait pas être condamné à une exécution forcée de sa promesse en raison d'une impossibilité juridique à désormais exécuter le contrat promis en nature. L'argument que la doctrine avance à cet effet est que le consentement du promettant aurait disparu avec sa rétractation, de sorte qu'une exécution forcée en nature reviendrait à admettre « *qu'un contrat puisse se former entre deux personnes dont l'une ne consent pas à l'acte* »⁹⁶².

⁹⁶¹ C'est un renversement supplétif en ce que l'exécution forcée en nature des obligations de ne pas faire n'intervient selon les termes de l'article 189 du projet que si le créancier prend la précaution de la prévoir dans le contrat. A défaut, l'exécution par équivalent demeure la règle.

⁹⁶² Voir F.-X. LUCAS, « Exécution forcée d'un pacte d'actionnaires », in *RDC*, 1^{er} déc. 2003, n°1, p. 165, comm. sous CA Paris, 21 déc. 2001, SA Banque de Vizille c/ Sté MGP Finance : « *Il est difficile de la suivre lorsqu'elle affirme qu'il n'existait " aucune impossibilité matérielle, juridique, ni morale " faisant obstacle à l'exécution forcée. N'existait-il pas, au contraire, une impossibilité absolue à ce que le contrat de vente puisse se former, une*

402. A notre avis, l'aspect fondamental de la possibilité de l'exécution forcée en nature est matériel. Il devrait primer sur l'aspect juridique notamment parce que c'est sur le fondement du premier « consentement ferme », exprimé par le débiteur, que l'exécution forcée est poursuivie, toute autre volonté postérieurement exprimée devant être considéré comme inefficace. En tout état de cause, il appartiendra au juges de l'espace Ohada de donner un contenu à la condition de possibilité de l'exécution forcée en nature. Mais il faut encore que la contrainte que permet la loi pour obtenir cette exécution soit exclusive de toute contrainte physique sur le débiteur et n'entrave pas la dignité de ce dernier.

403. Pour les obligations de ne pas faire, l'avant-projet maintient le principe de l'exécution forcée par équivalent tout en offrant la possibilité au créancier d'exiger préalablement à la violation de l'obligation, que l'exécution forcée en nature sera la sanction à appliquer. A ce titre, l'exécution forcée en nature des obligations de ne pas faire apparaît non pas comme la règle mais en tant qu'une simple faculté ouverte au créancier.

404. Au vu de ce qui précède, on peut légitimement croire que la tendance à la facilitation de la mise en œuvre des obligations contractuelles, clairement affichée dans l'avant-projet, ne sera pas démentie dans le texte définitif. En conséquence, il serait sans doute intéressant que dans l'ensemble des Etats membres de l'Ohada, la jurisprudence, jusque-là réticente, adapte sa lecture de l'article 1142 du code civil dans la perspective de la réforme à venir et particulièrement favorable à l'exécution forcée en nature des obligations de faire et de ne pas faire. C'est d'ailleurs l'espoir qu'a nourri et exprimé par le Professeur Abdoulaye SAKHO à la veille de la réforme de l'AUSC. Pour cet auteur, même si en cas de violation d'une convention extrastatutaire, l'exécution forcée en nature n'est pas encore expressément prévue en droit positif, « *les bases d'une telle solution sont certainement jetées et le juge saisi d'un éventuel contentieux à ce sujet possède, à coup sûr, tous les éléments pour compléter l'efficacité des pactes (...) par le biais de l'exécution forcée en nature qui ne devra plus être considérée comme une hérésie face au principe de la liberté contractuelle* »⁹⁶³. En réalité, il serait profitable à l'attractivité du droit Ohada et à la compétitivité des sociétés commerciales de la zone Ohada, que les juges nationaux n'attendent pas forcément l'élaboration d'un droit uniforme des contrats

impossibilité juridique tenant à ce que le consentement du vendeur avait disparu ? Il y avait bien là un obstacle dirimant car, pour contracter, il faut être deux à le vouloir. Ici, seul le bénéficiaire de la promesse le voulait encore. C'était insuffisant ».

⁹⁶³ A. SAKHO, « *L'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférence dans les cessions d'action* »-Série de documents de recherche du CRES, 2014/59, p. 26, disponible sur http://www.cres-sn.org/sites/default/files/execution_forcee_pacte_de_preference.pdf, consulté le 26 avril 2017.

avant de s'engager dans la véritable dynamique d' « *une conciliation entre liberté, sécurité et loyauté* » en matière contractuelle⁹⁶⁴.

⁹⁶⁴ En effet, la plupart des acteurs du droit Ohada sont d'accord sur la difficulté du processus qui aboutira à l'adoption de l'acte uniforme. Même le rapport de présentation de l'avant-projet fait noter que « *le projet débordant très largement le domaine strict du droit des affaires pour cerner la vie juridique quotidienne, il y aurait alors quasiment un abandon général de souveraineté législative et judiciaire sur tout le droit des obligations, de la preuve et de la prescription, difficilement acceptable par tous les Etats membres de l'OHADA* ». On y propose pour cela que le projet prenne « *la forme d'une loi-type à proposer aux Etats de l'OHADA ou aux organismes régionaux d'intégration économique comme l'UEMOA et la CEMAC qui pourraient, à leur convenance, s'en inspirer à des degrés divers pour moderniser leur législation interne ou pour élaborer des règlements régionaux* ».

L'assouplissement du régime juridique des sociétés à caractère institutionnel

405. En dehors de la volonté du législateur qui se traduit dans l'AUSC par les options expressément faites par lui, la conception du droit des sociétés commerciales de l'Ohada est désormais particulièrement favorable à la manifestation de la volonté des associés dans la cadre de l'organisation et du fonctionnement des formes sociales qu'il consacre. Les possibilités d'aménagement conventionnel du régime juridique des sociétés commerciales trouvent leurs fondements théoriques dans les développements qui précèdent et qui témoignent de l'essor et de l'effectivité de la promotion de la liberté contractuelle dans le droit Ohada. La place prépondérante qu'occupe désormais la volonté individuelle dans l'ensemble de l'AUSC ne fait plus aucun doute. Mais au-delà de la théorie, il convient d'évaluer l'intensité réelle de la contractualisation. Il est en effet nécessaire de descendre dans la pratique du droit des sociétés pour apprécier à quel point la tendance à privilégier la flexibilité et à favoriser la liberté des parties est concrètement réalisable en droit Ohada et cela, en se basant sur les montages contractuels tangibles et autres possibilités juridiques envisageables d'aménagement du droit des sociétés.

406. Pour ce faire, il nous semble digne d'intérêt de faire cette appréciation de la pratique de la contractualisation en évoquant le droit spécial des sociétés commerciales, notamment celui des sociétés de capitaux du droit Ohada. Si cette dernière sous-catégorie des sociétés commerciales comprend désormais en droit Ohada la SAS, elle n'a été exclusivement constituée pendant longtemps que de la société anonyme⁹⁶⁵. La SAS Ohada étant principalement conçue comme une société dont les « *statuts prévoient librement l'organisation et le fonctionnement* »⁹⁶⁶, elle ne pose pas particulièrement la question de la contractualisation dont elle est déjà l'expression. De fait, la forme sociale qui nous semble le plus se prêter à cet exercice est la société anonyme. En effet, dans l'histoire de son évolution, cette dernière a généralement été caractérisée par une forte institutionnalisation de son régime juridique⁹⁶⁷.

⁹⁶⁵ En effet, en 1997, « *avec la suppression de la société en commandite par actions, la société anonyme est devenue l'unique société de capitaux qui puisse être constituée dans les Etats membres de l'Ohada* » : in F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF et alii, *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, éd. Bruylant, 2002, p. 404, n° 857.

⁹⁶⁶ Voir art. 853-1 AUSC.

⁹⁶⁷ Rappelons que dans sa conception originelle, la société anonyme a été conçue comme le type de société dans lequel le contrat initial est presque entièrement absorbé par l'institution que les contractants ont mise en place. Ainsi, dans le souci d'instaurer un ordre juridique corporatif, la théorie institutionnelle de la société commerciale – particulièrement de la société anonyme – dégage par analogie avec le droit public, à côté des dispositions d'ordre public, des principes fondamentaux impératifs non expressément consacrés dans la loi. Cette théorie qui ne semble pleinement adaptée qu'aux grandes sociétés cotées en bourse, pousse à l'extrême les conséquences de la

Ainsi, « pour la majorité des auteurs, la société anonyme, lieu géométrique des courants les plus forts qui ont traversé notre droit au cours de la deuxième moitié de ce XX^e siècle, révèle au grand jour son caractère institutionnel »⁹⁶⁸. Cette nature institutionnelle unanimement reconnue à la société anonyme est « révélatrice des limites de l'aménagement contractuel »⁹⁶⁹ de son organisation et de son fonctionnement et justifie sa soumission à un corps de règles impératives. Dans les pays de l'Ohada tout particulièrement, la rigidité du régime juridique des sociétés anonymes a été dénoncée jusqu'à la veille de la réforme de l'AUSC⁹⁷⁰.

407. Depuis qu'il est unanimement établi au regard des innovations qu'elle porte, que la réforme de l'AUSC vise à répondre aux besoins des sociétés et de leurs actionnaires, en leur offrant un cadre réglementaire personnalisable pour un exercice efficace de l'activité commerciale et ainsi favoriser l'efficacité et la compétitivité des entreprises ; la société anonyme de droit Ohada semble être devenue favorable à une variété d'aménagements conventionnels. En réalité, la contractualisation s'intensifie et ses applications atteignent même les critères ou traits fondamentaux qui distinguent la société anonyme des autres formes sociales⁹⁷¹.

408. En effet, la propension des mécanismes d'aménagements contractuels à se développer dans le contrat de société ou encore dans l'environnement extrastatutaire, telle que démontrée précédemment, n'épargne aucune forme sociale. Même dans les sociétés anonymes souvent vues comme le prototype de la société-institution et donc comme la terre d'élection de l'ordre public sociétaire, l'importance et la portée des dispositions impératives ne doivent plus être exagérées. Si, selon la doctrine, la société anonyme de droit français est devenue contractuelle

personnalité morale de la société commerciale, fait passer au second plan les droits des actionnaires et néglige la réminiscence contractuelle observable dans la plupart des sociétés, qu'elles soient de personnes ou de capitaux. Voir Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruylant, 2004, p. 216.

⁹⁶⁸ A. COURET, « Les apports de la théorie microéconomique moderne à l'analyse du droit des sociétés » : *Rev. sociétés* 1984, p. 243, n°5.

⁹⁶⁹ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 275 et s.

⁹⁷⁰ Ladite institutionnalisation des sociétés anonymes était assurée par le caractère d'ordre public de règles constitutives de leur régime juridique. Ce régime juridique qui dans l'AUSC de 1997 traduisait un fort interventionnisme du législateur s'était mis en œuvre au moyen de l'ordre public sociétaire en tant que limitation de la liberté contractuelle des associés. La doctrine définissait donc la SA de l'Ohada comme une forme sociale à caractère institutionnelle avérée. Voir P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales de l'Ohada », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, p. 188, n° 11 et s.

⁹⁷¹ Voir F. NDJAMONO ONGUILA, « Les critères fondamentaux de la société anonyme en droit Ohada », in *Les cahiers de droit*, mars 2012, vol. 53, n° 1, p. 49 : « La société anonyme du droit de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) peut-elle encore être identifiée par ses critères fondamentaux ? La question mérite d'être posée dès lors que la société anonyme, ou société par actions s'est approprié la limitation de la mobilité des actionnaires et le risque illimité et que la validité des stipulations contractuelles y est admise »

et que sa contractualisation provoque des changements qui touchent ses fondements et sa finalité⁹⁷², celle du droit Ohada est depuis la réforme de l'AUSC, officiellement disposée à subir des transformations contractuelles. Dans ces conditions, l'ordre public ne prévaut dans le fonctionnement des sociétés anonymes de ce système juridique que par défaut. C'est l'idée qu'un auteur exprime quand il écrit que « *les contraintes imposées par les dispositions relatives aux aspects fondamentaux des structures sociétaires et de leurs activités demeurent généralement en vigueur car le souhait des parties de les éluder n'est de toute façon pas très vif* »⁹⁷³.

409. Dès lors, la volonté des actionnaires retrouve désormais un rôle central dans la fixation de la réglementation des sociétés anonymes et il est de plus en plus admis, que l'organisation et le fonctionnement de ces dernières ne tournent plus exclusivement autour de la volonté générale de la loi. De l'avis de beaucoup d'auteurs, la société anonyme est devenue le « *théâtre de la contractualisation* »⁹⁷⁴ et son régime juridique prend de plus en plus en compte, et ceci dans la plus large mesure possible, la volonté de ses membres. De fait, on note en pratique, un effritement des critères propres qui fondent la nature institutionnelle de la société anonyme et justifient la prépondérance de dispositions d'ordre public sociétaire dans son régime. Cela se traduit, entre autres manifestations, par une appropriation par la société anonyme, de certains traits caractéristiques des sociétés de personnes dont le caractère contractuel prononcé est reconnu.

410. Ainsi, « *au moment où la tendance, en droit des SA non cotées, est "au presque tout contractuel"* »⁹⁷⁵ et que la société anonyme est en conséquence perçue par certains comme étant « *victime d'un détournement de forme sociale* »⁹⁷⁶, on ne pouvait plus être surpris que la société anonyme de droit Ohada se rende perméable à la flexibilité contractuelle et soit de ce fait, de moins en moins susceptible d'une identification fondée sur les critères traditionnels justificatifs de la rigidité de sa réglementation. Sous l'emprise des mécanismes contractuels,

⁹⁷² En ce sens, voir N. ABDELMOUMEN, *Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 594, n° 1229 ; A. MARTIN-SERF, « L'instrumentalisation du droit des sociétés », *RJCom*, mars 2002, p. 108.

⁹⁷³ Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruylant, 2004, p. 311, n° 220. L'auteur ajoute notamment que « *de manière générale, le nombre de dispositions impératives ainsi que leur champs d'application et leur portée se réduisent* ».

⁹⁷⁴ A. TRAORE, *Les incidences de la diversification des valeurs mobilières sur le droit de vote dans les sociétés par actions*, Thèse, Université CLERMONT I-Université d'Auvergne, 2009, p. 71, n° 46 ; J. PAILLUSSEAU, « La contractualisation de la société anonyme fermée » : *Gaz. Pal.* 1998, doct. p. 1257 ; M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998.

⁹⁷⁵ C. MALECKI, « Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 », in *Le droit des sociétés pour 2005*, Dalloz, p. 296, n° 20.

⁹⁷⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2010, 23^{ème} éd., p. 268, n° 485.

plusieurs particularités originelles de la société anonyme qui se manifestent par l'existence de règles de droit ou de principes juridiques d'une certaine force contraignante, se relativisent. Ainsi, la libre transmissibilité des actions⁹⁷⁷, la limitation des risques des actionnaires à leurs apports, la hiérarchisation des organes sociaux ou encore la règle de la séparation de leurs pouvoirs propres ne sont plus des traits absolument caractéristiques d'une société anonyme non cotée.

411. Il s'agit là, d'un constat commun à la plupart des grands systèmes juridiques contemporains. L'hybridation des formes sociales due à l'infiltration de l'élément contractuel dans la réglementation de celles, qui lui sont presque toujours restées réfractaires, n'est pas propre au droit Ohada. Elle est une implication logique du phénomène de la contractualisation du droit des sociétés commerciales commun aux droits d'origine anglo-saxonne et qui s'exporte facilement dans les autres systèmes juridiques⁹⁷⁸. Son influence, particulièrement marquée en droit français, est continuellement notée par tous ses acteurs. C'est ainsi qu'on a noté chez le législateur français, une volonté d'offrir aux entreprises les meilleures armes pour affronter les défis économiques contemporains⁹⁷⁹. De fait, l'engouement des praticiens à profiter habilement du moindre espace de liberté concédé par la loi conduit à une atténuation de la typicité des modèles sociétaires légaux. Toute chose qui conduit selon la doctrine, à une « *altération des types sociétaires* »⁹⁸⁰, voire à un « *éclatement des formes sociales* »⁹⁸¹.

412. Dans un tel contexte, il ressort de la pratique que l'analyse institutionnelle de la société anonyme se relativise et il naît un doute légitime quant au rôle d'étouffement du contrat par l'institution que l'ordre public sociétaire est censée jouer. C'est ce que pense le Professeur Alain VIANDIER⁹⁸² puisqu'à l'issue d'une évaluation qu'il a faite de la portée des conceptions

⁹⁷⁷ Tel que l'ont écrit Paul LE CANNU et Bruno DONDERO en parlant des caractéristiques distinctives originelles de la société anonyme, « *C'est parce que les actions (nom donnée dans cette structure aux parts d'associés) sont en principe librement négociables que la société anonyme est ainsi dénommée* ». Ces actions, écrivent les auteurs, sont configurées pour circuler librement : P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrestien, Lextenso, 3^e éd., 2009, p. 417, n° 625.

⁹⁷⁸ Selon la doctrine, « *Ce retour du contrat marque l'influence du droit économique (...), la renaissance de la nature contractuelle de la société, en France, s'inspire directement des travaux élaborés sur le continent nord-américain* » : cf. N. ABDELMOUMEN, *Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 594, n° 1230.

⁹⁷⁹ V. MAGNIER, « Réception du droit américain dans l'organisation interne des sociétés commerciales », in F. TERRE (dir.) *L'américanisation du droit*, Dalloz, 2001, p. 213-225.

⁹⁸⁰ D. BUREAU, « L'altération des types sociétaires », in *Etudes de droit privé : Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 57 et s.

⁹⁸¹ L. GODON, « L'éclatement des formes sociales », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 41-60.

⁹⁸² A. VIANDIER, « Préface », in M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. V, n° 1.

classiques de la nature de la société anonyme, l'auteur soutient que le caractère institutionnel de la société anonyme a perdu de sa portée et n'aurait désormais de réalité que virtuelle. Ainsi, s'interroge-t-il : « *au-delà des habitudes de la pensée, pour ne pas dire des préjugés, sur ce) que vaut cette affirmation de la prévalence du caractère institutionnel de la société anonyme* »⁹⁸³.

413. La réalité est qu'en raison de l'utilisation de mécanismes contractuels similaires dans l'organisation et le fonctionnement de la plupart des sociétés commerciales, des formes sociales distinctes se rapprochent⁹⁸⁴. Et c'est par l'effet de ce rapprochement qui affecte particulièrement les sociétés anonymes confrontées à une résurgence de l'élément contractuel, que ces dernières subissent une mutation de leurs critères d'identification. Leur nature institutionnelle révélatrice des limites de l'aménagement contractuel de leur fonctionnement de même que l'impérativité caractéristique de leur régime juridique faiblissent devant la diversité des techniques contractuelles qu'implique désormais l'exigence d'une « *flexibilité du droit des sociétés* »⁹⁸⁵.

414. Concrètement, la plupart des principes fondamentaux ou d'ordre public qui, dans la loi française de 1966 relative aux sociétés commerciales et incidemment dans l'AUSC de 1997, constituaient les piliers de la nature institutionnelle et du caractère d'ordre public du régime de la société anonyme, perdent de leur portée et deviennent de moins en moins absolus. Le développement constant des aménagements contractuels du fonctionnement de la société anonyme érode les critères fondamentaux distinctifs de ce type de société et le rapproche des formes sociales à « *caractère personnel ou contractuel prononcé* »⁹⁸⁶. Sa nature anonyme est en proie à une atténuation due à l'introduction dans son régime juridique, d'une grande part d'*intuitu personae* mettant en avant la personne des actionnaires ainsi que leur liberté individuelle censées s'effacer derrière leurs actions⁹⁸⁷. Aussi, le caractère librement cessible des actions émises par elle, peut-elle être contractuellement aménagée. Par ailleurs, sous

⁹⁸³ A. VIANDIER, « Préface », in M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, op. cit., p. V.

⁹⁸⁴ M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, LDGJ, 21^e éd., 2014, n° 1688.

⁹⁸⁵ B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés » : *RTD com.* 1987, p. 457 et s.

⁹⁸⁶ P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales de l'Ohada », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, p. 188, n° 10.

⁹⁸⁷ Par principe, la société anonyme est « *censée être dépourvue de tout caractère d' "intuitu personae"...* » : Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruylant, 2004, p. 223, n° 169. On a ainsi dit des actionnaires, qu'ils « *se cachent derrière des sacs d'écus* » pour signifier que l'on ne considère que les biens ou l'argent qu'ils ont apporté ; BOUCART, *De l'organisation des pouvoirs des assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés par actions*, Paris, 1905, n° 35.

l'influence croissante de la volonté des actionnaires, on relativise de plus en plus le principe de la hiérarchie et la séparation des pouvoirs entre les organes de la société anonyme.

415. En résumé, même si la société anonyme continue de se caractériser par une recherche incessante d'équilibre entre divers intérêts, elle traverse néanmoins des « *vicissitudes qui affectent ses éléments* »⁹⁸⁸. Mais comment et à quel point la contractualisation, en tant que l'un de ces bouleversements du droit des sociétés anonymes, assouplit-elle le régime des sociétés anonymes de droit Ohada ? Pour répondre à cette question, il convient de se référer à la pratique de l'ingénierie sociétaire et de noter que, aussi bien les règles d'organisation de la société anonyme relatives à son actionnariat (**Titre 1**) que celles fixant les modalités de son fonctionnement (**Titre 2**), se prêtent, chaque jour un peu plus, à des aménagements conventionnels valides figurant dans le contrat de société ou dans des conventions extrastatutaires.

⁹⁸⁸ Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruylant, 2004, p. 279, n° 202.

416. Au-delà de l'intérêt qu'il pourrait y avoir à davantage débattre de la nature de la société, toutes les conceptions en présence s'entendent pour dire que la société naît d'un contrat et qu'en tant que telle, elle partage les mêmes caractères avec beaucoup d'autres contrats. Mais il est par ailleurs tout aussi vrai, que le contrat de société se distingue de la plupart des autres contrats en ce qu'il est conclu dans l'intérêt commun des associés, qui, sur un fondement égalitaire, collaborent en vue de partager les bénéfices.

417. Ainsi, de la définition même de la notion de société, découlent un certain nombre de principes fondamentaux organisant aussi bien le fonctionnement de la société que son actionnariat. Cette dernière notion qui est en rapport avec la détention d'une part du capital social ou plus généralement avec le fait d'être actionnaire de la société, s'articule autour d'une certaine idée de justice dans la formation et dans l'exécution du contrat de société, laquelle se fonde sur des principes non écrits et les dispositions du droit des sociétés commerciales. Ainsi, souvent théorisées en doctrine, les modalités de répartition du capital d'une société de même que les prérogatives des titulaires des titres sociaux, sont fréquemment consacrées dans la loi ou souvent rappelées par la jurisprudence comme étant des fondamentaux du droit des sociétés ou des critères de l'identité propre de certaines formes sociales. A titre d'illustration, le principe d'égalité entre actionnaires, celui de la participation aux résultats, la règle de l'interdiction des clauses léonines ou plus généralement le principe du respect des droits individuels des associés dégagés en doctrine, ont généré des droits subjectifs caractérisant l'actionnariat. Ces règles et autres principes ayant pendant longtemps, eu pour vocation de servir la rigidité réglementaire voulue par le législateur, les praticiens ne pouvaient pas aisément les aménager conventionnellement en vue de les adapter à leurs besoins.

418. Si certains principes fondamentaux rigides sont communs à toutes les formes de sociétés, la réglementation des sociétés anonymes a particulièrement connu le développement d'une variété de dispositions impératives, écrites ou non, visant selon le législateur à protéger l'actionnariat et, par ricochet, toute l'économie. Le moyen employé à cette fin par le législateur a été d'imposer, sous le couvert de la volonté générale dont il est le garant, les règles organisant l'actionnariat, qu'elles soient relatives aux valeurs mobilières ou aux droits propres des actionnaires. Certes, en comparaison à la loi française de 1966 dont il s'est inspiré, l'AUSC de 1997 avait déjà, plus ou moins assoupli le régime de l'actionnariat dans les sociétés anonymes

de droit Ohada. Dans sa dynamique d'ouverture du droit des sociétés de l'Ohada à la volonté des associés, la dernière réforme de l'AUSC a été au-delà en procédant à une forte libéralisation des dispositions en la matière.

Ainsi, que ces dernières soient relatives aux valeurs mobilières (**Chapitre 1**) ou au droit des actionnaires (**Chapitre 2**), elles sont désormais aménageables par la volonté des actionnaires dans le but d'une adaptation aux besoins de l'entreprise ou aux intérêts personnels de certains d'entre eux.

419. Selon les dispositions de l'AUSC, les valeurs mobilières sont des titres qui donnent accès directement ou indirectement à une quotité du capital de la société émettrice et confèrent des droits à leurs détenteurs. Meubles corporels par détermination de la loi⁹⁸⁹, les valeurs mobilières sont en principes des biens fongibles⁹⁹⁰, indivisibles et librement négociables⁹⁹¹. Catégorie particulière de titre financier au sens de l'article 744 de l'AUSC, les valeurs mobilières sont devenues une notion propre au droit des sociétés⁹⁹². N'existant originellement dans les pays de l'Ohada que sous la forme d'actions ou d'obligations⁹⁹³, certains auteurs avaient dès lors affirmé qu'« une conception a priori restrictive des valeurs mobilières était ainsi retenue »⁹⁹⁴. Si « avant la réforme, l'AUSCGIE ne faisait expressément référence, en matière de valeurs mobilières, qu'aux actions et obligations et se contentait de faire une référence imprécise à "d'autres valeurs mobilières" »⁹⁹⁵, désormais, la diversification des valeurs mobilières représente une des évolutions caractéristique du nouvel AUSC. S'inspirant de l'exemple français dont le droit commun des valeurs mobilières reste très libéral⁹⁹⁶, le législateur Ohada a, non seulement, renforcé le principe de la liberté d'émission des valeurs mobilières⁹⁹⁷ mais aussi libéralisé les règles de transmission de ces dernières. Faisant « ainsi

⁹⁸⁹ F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, et alii, *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, éd. Bruylant, 2002, p. 457, n° 982.

⁹⁹⁰ F.-X. LUCAS, « Retour sur la notion des valeurs mobilières », in *BJS*, n° 8-9, 2000, p. 765.

⁹⁹¹ F.-X. LUCAS, « L'acquisition du pouvoir dans les sociétés en France », in *Le pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Journées Chiliennes 2012, Bruylant, 2014, p. 144. Bien évidemment, la question de la nature juridique des valeurs mobilières reste encore débattue en doctrine en raison de leur diversification et de leur dématérialisation. Elles sont différemment perçues par plusieurs tendances doctrinales. Pendant que certains voient les valeurs mobilières comme des créances, d'autres y voient des contrats négociables. Alors que certains les définissent comme des biens corporels, d'autres insistent pour les définir comme des biens incorporels. Cf. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e édition, 2015, p. 731 et s. Pour une réflexion relative aux caractéristiques des valeurs mobilières, voir aussi F.-X. LUCAS, « Retour sur la notion des valeurs mobilières », in *BJS*, n° 8-9, 2000, p. 765 et s.

⁹⁹² A. TRAORE, *Les incidences de la diversification des valeurs mobilières sur le droit de vote dans les sociétés par actions*, Thèse, Université CLERMONT I-Université d'Auvergne, 2009, p. 16, n° 9.

⁹⁹³ P.-G. POUGOUE, F. ANOUKAHA et J. NGUEBOU TOUKAM, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, PUA, 1998, p. 239, n° 551. Les auteurs affirment que le législateur Ohada n'a minutieusement réglementé que les actions et les obligations.

⁹⁹⁴ F. NOUVION, « Révision du droit des sociétés Ohada : les valeurs mobilières composées et les valeurs mobilières subordonnées » : *Penant* 2014, n°887, p. 221 et s.

⁹⁹⁵ L. YONDO BLACK et T. A. TRAORE, « Les enjeux de la réforme : une volonté de favoriser la création d'entreprises, les échanges commerciaux et la confiance dans la zone OHADA » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 53.

⁹⁹⁶ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^e éd., 2009, p. 723, n° 1093.

⁹⁹⁷ Le principe ancien selon lequel les sociétés commerciales ne pouvaient émettre des valeurs mobilières que dans le cadre des autorisations légales est en effet totalement disparu du droit des sociétés de l'Ohada. Voir à propos du renversement de ce principe en droit français, F. DRUMMOND, « Un nouveau principe : la liberté d'émettre "toutes valeurs mobilières" », in *RD bancaire et fin.* n° 5, sept.-oct. 2004, p. 361. l'auteur observe cette

pénétrer, par le biais du régime des valeurs mobilières, la contractualisation du droit des sociétés au cœur même de la société anonyme, là où on n'imaginait pas qu'elle puisse prospérer »⁹⁹⁸.

420. En effet, l'intrusion de la liberté contractuelle dans les modalités de détermination du régime juridique des titres émis par les sociétés anonymes se justifie notamment par le pragmatisme et la nécessité pour le législateur de répondre aux besoins de financement des sociétés anonymes, dont la finalité est de réunir des financements très importants en mettant en circulation des valeurs mobilières. Face à une réglementation des sociétés anonymes rigide et exclusivement commandée par la volonté générale de la loi, la réticence des actionnaires limite la consistance de leurs investissements dans la société. Dans un tel contexte, l'investisseur ou le potentiel actionnaire « voit sa liberté contractuelle limitée par des principes tels que l'égalité entre actionnaires, la libre cessibilité des titres, la proportionnalité des droits de votes, la fixité du capital social, la révocation ad nutum des dirigeants ou encore la répartition institutionnelle des pouvoirs entre les organes sociaux des sociétés anonymes »⁹⁹⁹. Ceci était particulièrement vrai dans les pays de l'Ohada dans lesquels les entreprises doivent faire face à une contraction des offres de financement traditionnel et se soumettre en même temps à une réglementation contraignante.

421. Pour alors accompagner au mieux les évolutions des modes d'investissement et les stratégies financières des acteurs économiques, favoriser l'apport de fonds propres par des investisseurs spécialisés à des sociétés non cotées et encourager les opérations de capital-investissement, il fallait offrir à la société anonyme une certaine flexibilité relativement à la situation de ses apporteurs et au régime des valeurs mobilières qu'elle émet¹⁰⁰⁰. C'est fort de cet objectif de renouvellement du droit des valeurs mobilières de l'Ohada « en vue notamment d'inciter à investir, de développer la culture actionnariale et de mobiliser l'épargne »¹⁰⁰¹, que

contractualisation « qui pénètre au cœur même de la société anonyme, en droit des valeurs mobilières, aidé en cela par le droit financier ».

⁹⁹⁸ L. GODON, « L'éclatement des formes sociales », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 50, n° 9.

⁹⁹⁹ M. HENRY et G. BOUILLET-CORDONNIER, *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, EFE éd., 2003, n° 5.

¹⁰⁰⁰ Le droit des valeurs mobilières a été « renouvelé en vue notamment d'inciter à investir, de développer la culture actionnariale et de mobiliser l'épargne ». Cet impératif est désormais commun à tous les systèmes juridiques confrontés à une concurrence constante due à la mondialisation. Voir à cet effet A. PIETRANCOSTA, *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*, thèse, Paris 1, 1999. Voir aussi J. SMALLHOOVER et C. CANO, « Capital-risque : quels sont les outils dont dispose un investisseur pour entrer dans votre capital ? » : *Magazine Option finance* 1999, n° 562, p. 35.

¹⁰⁰¹ L.-D. MUKA TSHIBENDE, « Mise en perspective de la réforme (du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'Ohada) » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 9.

le nouvel AUSC a apporté des perspectives de souplesse et de modulation des valeurs mobilières. De fait, plusieurs aspirations qui, selon la doctrine se retrouvent souvent à des degrés divers dans la plupart des sociétés en quête de financement, semblent de toute évidence avoir inspiré le législateur Ohada. Désormais donc, les contours du droit des valeurs mobilières en droit Ohada sont, non seulement clairement délimités mais la révision de la matière « *s'est accompagnée d'une flexibilité nouvelle* »¹⁰⁰² permettant notamment une personnalisation conventionnelle de la situation des actionnaires et une diversification des titres émis par les sociétés anonymes.

422. Ainsi, des considérations générales de la liberté contractuelle en passant plus particulièrement par la remise en cause de l'égalité entre actionnaires jusqu'à une prise en compte accrue de l'*intuitu personae* de certains apporteurs, de persistantes raisons de financement des sociétés anonymes justifient, selon certains auteurs, le fait que plusieurs principes du droit actuel des sociétés ne sont plus impératifs¹⁰⁰³. Cette réalité n'étant plus étrangère au droit Ohada, nous la feront apparaître en ce qui concerne le droit des valeurs mobilières, dans un premier temps par une évaluation des possibilités légales et pratiques de libéralisation de l'émission des valeurs mobilières (**Section 1**) avant d'exposer les modalités de contractualisation de leur transmission (**Section 2**)

Section 1 : La libéralisation des modalités d'émission des valeurs mobilières

423. Compte tenu de l'émergence de nouvelles méthodes de financement des sociétés par actions, un important mouvement de libéralisation des règles d'émission des valeurs mobilières s'est emparé de la plupart des législations contemporaines. En conséquence, en vue d'assurer un dynamisme au financement des sociétés anonymes, le législateur Ohada a décidé de se mettre au pas de la libéralisation du droit des valeurs mobilières en permettant aux actionnaires de procéder par eux-mêmes et en fonction des besoins de leurs activités, à l'émission de diverses catégories d'actions ou d'obligations. Tout ceci dans un processus désormais assoupli dont les enjeux sont d'abord économiques avant d'être juridiques.

424. Ainsi pour coller aux besoins économiques de leurs entreprises, les actionnaires des sociétés anonymes en droit Ohada se sont vus octroyer un espace de liberté relativement à l'émission des valeurs mobilières. Si la plus évidente de ces libertés est probablement la

¹⁰⁰² F. NOUVION, « Révision du droit des sociétés Ohada : les valeurs mobilières composées et les valeurs mobilières subordonnées » : *Penant* 2014, n° 887, p. 221 et s.

¹⁰⁰³ M. HENRY et G. BOUILLET-CORDONNIER, *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, EFE éd., 2003, n° 6.

possibilité désormais accordée aux actionnaires de librement fixer le montant nominal des actions à émettre par leur société¹⁰⁰⁴, il peut en outre être créé par ces derniers et sur des bases conventionnelles, des actions ou des obligations emportant des droits et des obligations qui les distinguent des actions ordinaires. A cet effet, il n'est pas douteux que les émetteurs ont aujourd'hui, la possibilité d'émettre toutes valeurs mobilières, quelle qu'elles soient, même celles qui ne feraient l'objet d'aucune disposition particulière autorisant leur émission. Ainsi en est-il de la possibilité d'aménager au profit de certaines personnes, actionnaires ou non, des avantages particuliers. Aussi, les statuts peuvent abriter des actions de préférence dont les caractéristiques sont assez librement définies par un aménagement conventionnel des droits normalement attachés aux actions. Par ailleurs, la réforme consacre la faculté d'émettre des valeurs mobilières composées ou subordonnées.

425. Toutes ces possibilités conventionnelles, qui contribuent à la contractualisation du droit des valeurs mobilières en droit Ohada, ne sont pas sans atteindre certains principes fondamentaux propres aux sociétés anonymes, en tête desquels se trouve le principe d'égalité entre actionnaires. Cette égalité au respect de laquelle est censé veiller le commissaire aux comptes dans la plupart des cas¹⁰⁰⁵ s'exerce normalement dans la proportionnalité par rapport à la part du capital détenue par chaque actionnaire. En réalité, les droits sociaux de l'actionnaire sont présumés se rattacher aux actions et non directement au propriétaire des titres. Mais sur le terrain de la pratique, la réalité semble se muer totalement. Il y a un phénomène majeur qui y prend une particulière acuité compte tenu du développement de nouvelles méthodes de financement des sociétés.

426. En effet, il y a un éclatement interne de la notion d'actionnaire, mais plus encore, une porosité profonde entre les notions d'actionnaire et d'investisseur. De fait, en raison des intérêts divergents de chacun de ces acteurs dans la société anonyme, une personnalisation de leur situation lors de l'émission des valeurs mobilières est souvent aménagée par l'assemblée des actionnaires avec des incidences sur leurs droits et ou devoirs dans la société. En conséquence, l'égalité réputé régir les rapports entre les associés et vis-à-vis de la société est volontairement remise en cause par les actionnaires eux-mêmes.

427. Il semble en définitive que le droit Ohada ait opté pour la même philosophie favorable aux valeurs mobilières que celle qui prévaut en France. Ce texte dont les auteurs consacrent une

¹⁰⁰⁴ Voir art. 387 AUSC.

¹⁰⁰⁵ Art 714 AUSC.

part importante à la modernisation du régime des valeurs mobilières avait opéré une réforme ambitieuse dont l'axe majeur a été défini comme une libéralisation de l'émission des valeurs mobilières¹⁰⁰⁶. Ceci répondait selon la doctrine, dans un souci d'unification, à une pratique internationale particulièrement reconnue aux USA. La démarche était « *assez remarquable en cela que l'ordonnance portant réforme des valeurs mobilières a exactement inversée la méthode dont s'inspirait jusqu'à présent la loi française. Lasse d'autoriser ponctuellement, elle a délaissé ce champ de bataille perdue d'avance, pour poser désormais une règle, celle de la liberté* »¹⁰⁰⁷.

428. Mais en ce qui le concerne, dans quelle proportion le droit Ohada conçoit-il la libéralisation de l'émission des valeurs mobilières au sein de ses Etats-membres ? Quelles applications concrètes les actionnaires peuvent-ils faire de cette liberté dans les sociétés anonymes de droit Ohada ? Avant de répondre à cette dernière question (§ 2), nous exposerons dans un premier temps, l'idée de la liberté d'émission des valeurs mobilières ainsi que ses conséquences éventuelles (§ 1).

§1- La liberté d'émission des valeurs mobilières

429. La vitalité de la société anonyme est attestée à travers l'émission de titres négociables appelés valeurs mobilières. Historiquement, les valeurs mobilières ont, en tant que telles, connu une émergence difficile en raison du primat des sociétés de personnes qui, paraissaient à l'époque mieux adaptées au commerce. Mais en raison de l'intérêt que les milieux d'affaires ont manifesté à l'égard des sociétés de capitaux à partir du XVII^e siècle, les titres dans les sociétés anonymes ont corrélativement connu un développement. Ce dynamisme a continué avec le code de commerce français de 1807, qui a consacré leur existence légale. Ce texte était néanmoins assorti d'une certaine méfiance du législateur, qui se manifestait par l'autorisation gouvernementale requise pour la création de la société anonyme. Dans ce contexte, le droit des valeurs mobilières était, comme l'ensemble du droit des sociétés anonymes, sous l'emprise de la volonté générale de la loi puisque les sociétés anonymes ne pouvaient émettre des valeurs mobilières que dans le cadre des autorisations légales¹⁰⁰⁸. Certes, le droit des sociétés anonymes a évolué et l'autorisation gouvernementale n'est plus une condition nécessaire à la création de

¹⁰⁰⁶ F. DRUMMOND, « Un nouveau principe : la liberté d'émettre "toutes valeurs mobilières" » : *RD bancaire et fin.*, n° 5, sept.-oct. 2004, p. 361.

¹⁰⁰⁷ H. LE NABASQUE, « La liberté d'émettre des valeurs mobilières », in *Mélanges Paul LE CANNU : Le droit des affaires à la confluence de la théorie de la pratique*, Dalloz, 2014, p. 333.

¹⁰⁰⁸ L. GODON, « L'éclatement des formes sociales », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 49, n° 9 et s.

la société anonyme. Pour autant, l'enfermement du domaine de la réglementation des valeurs mobilières à la volonté des actionnaires a longtemps prévalu et a été transposé dans la législation des Etats francophones d'Afriques. Mieux, le législateur Ohada a, lors de l'élaboration de l'AUSC de 1997, trop peu innové sur la question. C'est ce qui explique selon la doctrine¹⁰⁰⁹ qu'il « ait réglementé minutieusement » et exclusivement « les actions et les obligations ».

430. Même si l'article 822 de l'AUSC de 1997 évoquait la possibilité pour les sociétés anonymes d'émettre d'autres valeurs mobilières représentant des titres de créance sur la société émettrice ou donnant droit de souscrire ou d'acquérir une valeur mobilière représentative de créance, le constat à la veille de la réforme de 2014 était clair : « les praticiens du droit des sociétés de l'Ohada étaient assez réservés sur la faculté des sociétés anonymes à émettre (par exemple) des valeurs mobilières composées »¹⁰¹⁰. En effet, alors que la disposition de l'article 822 de l'AUSC de 1997 a pu être interprétée, par certains auteurs, de manière extensive ou permissive comme consacrant une liberté d'émission des valeurs mobilières composées, d'autres en ont constamment fait une lecture restrictive. C'est ainsi qu'en se fondant sur la conception extensive qu'il avait de l'ancien article 822 de l'AUSC, le Professeur POUGOUE écrivait ensemble avec d'autres auteurs, qu'il fallait « s'attendre dans les années qui viennent à une diversification des valeurs mobilières »¹⁰¹¹. C'est dans ce même sens qu'avait opiné le Professeur ISSA-SAYEGH¹⁰¹². Partant d'un constat de carence dans l'ancien Acte OHADA, ce dernier s'est appuyé sur le décret 53-811 du 25 février 1953 organisant l'émission d'obligations convertibles et sur la liberté contractuelle prévalant dans le régime des obligations, pour conclure par exemple à la possibilité de mettre en place des obligations convertibles en actions¹⁰¹³. Mais d'autres auteurs plus attachés à une lecture restrictive de la loi,

¹⁰⁰⁹ P.-G. POUGOUE, F. ANOUKAHA et J. NGUEBOU TOUKAM, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, PUA, 1998, p. 239, n° 551.

¹⁰¹⁰ L. YONDO BLACK et T. A. TRAORE, « Les enjeux de la réforme : une volonté de favoriser la création d'entreprises, les échanges commerciaux et la confiance dans la zone OHADA » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 54.

¹⁰¹¹ P.-G. POUGOUE, F. ANOUKAHA et J. NGUEBOU TOUKAM, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, PUA, 1998, p. 239, n° 551.

¹⁰¹² J. ISSA-SAYEGH, « Réflexions sur l'émission d'obligations convertibles en actions dans le droit OHADA », disponible sur www.ohada.com, Réf. Ohadata D-03-08. Nous pensons, écrit l'auteur, « que l'émission d'obligations est une opération contractuelle susceptible de tous aménagements convenus entre les parties (...). Pour toutes ces raisons, nous pensons donc que l'émission d'obligations convertibles en actions est possible ».

¹⁰¹³ J. ISSA-SAYEGH, « Réflexions sur l'émission d'obligations convertibles en actions dans le droit OHADA », *idem*. Ainsi que le rapporte François NOUVION, « Monsieur le Professeur Issa-Sayegh, dans le silence de l'ancien Acte OHADA, s'appuyait sur le décret 53-811 du 25 février 1953 organisant l'émission d'obligations convertibles (ayant survécu à l'entrée en vigueur de l'ancien Acte OHADA sur les sociétés commerciales) et sur la liberté contractuelle prévalant dans le régime des obligations, pour conclure à la possibilité de mettre en place des

déniaient aux praticiens le droit de prendre l'initiative d'une diversification des valeurs mobilières. Ils sont plus réticents à reconnaître la validité de tels instruments juridiques non expressément définis et organisés par l'Acte OHADA sur les sociétés commerciales¹⁰¹⁴. Dans un tel contexte où la jurisprudence n'avait jamais eu à se prononcer sur cette question, les praticiens appelaient de leurs vœux une réforme.

431. C'est justement ce qu'a fait l'AUSC de 2014. En permettant la création d'instruments qui n'étaient pas disponibles auparavant pour l'investisseur et plus généralement pour les actionnaires, la nouvelle législation consacre un principe de libre création des valeurs mobilières en droit Ohada et ouvre ainsi de nouvelles opportunités pour différentes catégories d'investisseurs. Après avoir justifié l'existence du principe de la liberté d'émission des valeurs mobilières en droit Ohada et révélé son sens ainsi que sa portée **(A)**, nous analyserons l'incidence de cette liberté sur certains aspects fondamentaux de la société anonyme **(B)**.

A- Le principe de liberté d'émission des valeurs mobilières en droit Ohada

432. Dans la réforme de l'AUSC, les règles organisant l'émission des valeurs mobilières ont été largement assouplies et rendues susceptibles d'adaptation par les actionnaires. L'objectif visé par la réforme intervenue à cet effet « *est d'ouvrir un espace de liberté permettant de structurer des instruments " sur mesure " répondant aux besoins des entreprises* »¹⁰¹⁵. Si l'AUSC de 1997 était resté muet sur la possibilité concrète pour les actionnaires des sociétés anonymes d'émettre autres valeurs mobilières que les actions et obligations classiques, celui de 2014 pose clairement le principe de la liberté de leur émission¹⁰¹⁶.

433. Au titre de la réforme du droit des valeurs mobilières, il consacre des outils juridiques permettant une créativité renforcée et une plus grande flexibilité et se met ainsi au diapason pour accompagner les besoins en investissement dont a besoin aujourd'hui le continent africain pour son développement¹⁰¹⁷. Désormais donc, à l'exception des actions, qui sont à proprement

obligations convertibles en actions » : cf. F. NOUVION, « Révision du droit des sociétés Ohada : les valeurs mobilières composées et les valeurs mobilières subordonnées » : *Penant* 2014, n° 887, p. 221 et s.

¹⁰¹⁴ Cf. D. LOUKAKOU, « L'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales : aspects de droit des marchés financiers », disponible sur http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/10-L_acte_uniforme_OHADA_relatif_au_droit_des_societes_commerciales_aspects_de_droit_des_marches_finan_ciers.pdf.

¹⁰¹⁵ Voir « Projet de réforme de l'Acte Uniforme OHADA relatif aux sociétés commerciales ». Projet et tableau de bord en date du 07 sept. 2011 remis au Secrétaire Particulier de l'OHADA en vue du séminaire d'imprégnation des 5-6-7 octobre 2011, inédit, p. 401.

¹⁰¹⁶ Voir art. 822 AUSC.

¹⁰¹⁷ C. ECK, « Les nouveaux types d'actions et de valeurs mobilières », in *Bulletin gide*, 14 mai 2004, disponible sur https://www.gide.com/sites/default/files/gide_afrique_alerteclient_reformehada_fr_14mai2014.pdf, p. 4.

parler les seuls titres de capital nécessaires à l'existence d'une société anonyme, plusieurs types de valeurs mobilières régies pour l'essentiel par des accords conclus dans un contrat d'émission sont susceptibles d'être émis en droit Ohada.

434. Si l'AUSC ne pose pas expressément un principe de liberté d'émission des valeurs mobilières, il se déduit aisément, d'une part, de la diversité des valeurs mobilières dont l'émission est consacrée par la réforme, et d'autre part de liberté de modulation conventionnelle de ces titres dans le contrat d'émission. En fait, s'inspirant du droit français, la réforme du droit Ohada des valeurs mobilières a, comme ce fut le cas en France il y a quelques années, mis « *beaucoup plus l'accent sur la création d'instruments destinés à faciliter des montages imaginés par les opérateurs pour mettre en place de nouveaux produits financiers* »¹⁰¹⁸. Elle offre ainsi une liberté de choix mais aussi une liberté d'aménagement du régime des titres émis par la société consacrant ainsi une libéralisation significative en la matière. Outre les actions ordinaires, les actionnaires ont la liberté d'émettre d'autres titres de capital avec la possibilité de créer des actions de préférence ou même d'émettre des valeurs mobilières composées ou hybrides donnant accès au capital à terme ou donnant droit à l'attribution de titres de créance. Plusieurs aspects du droit des sociétés de l'Ohada illustrent ainsi la liberté désormais aménagée au profit de la société anonyme.

435. Tout d'abord, à côté des traditionnelles actions et obligations déjà bien connues en droit Ohada, les sociétés anonymes de droit Ohada peuvent à présent émettre d'autres valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance. C'est du moins ce qui ressort du texte de l'article 822 du nouvel AUSC. Ce faisant, la réforme met un terme à l'incertitude générée et entretenue par le droit antérieur sur la question. Elle consacre la possibilité, pour toutes les sociétés par actions, d'émettre des valeurs mobilières composées, en posant un principe de libre création de ces dernières. Les « *autres valeurs mobilières* », dont l'émission était prévue à l'ancien article 822 de l'AUSC, ont été précisées et dotées d'un régime légal uniforme au caractère très largement supplétif, le contrat d'émission permettant de déroger à de nombreuses règles légales.

436. La dénomination « *valeurs mobilières composées* », désormais consacrée par le nouvel article 822 de l'AUSC en remplacement des « *autres valeurs mobilières* » offre une liberté dont la portée est particulièrement consistante. Les valeurs mobilières composées étant des titres

¹⁰¹⁸ B. GRELON, « Le nouveau droit des valeurs mobilières donnant accès au capital » : *Rev. sociétés* 2004, p. 579, n° 6.

hybrides, à mi-chemin entre les actions et les obligations, une large variété de combinaisons est ainsi rendue possible par la loi relativement à leur constitution, la seule limite affirmée par l'AUSC¹⁰¹⁹ étant l'interdiction des valeurs mobilières composées qui contreviennent à la règle de non convertibilité du capital social¹⁰²⁰. En outre et au-delà de la liberté d'y recourir, le régime même des valeurs mobilières composées est marqué par une très grande liberté contractuelle car laissé à la libre appréciation des actionnaires qui en fixent les termes dans le contrat d'émission lors d'une assemblée générale extraordinaire réunie à cet effet¹⁰²¹.

437. Comme en droit français, « *les règles légales de protection des porteurs sont souvent supplétives du contrat d'émission, laissant ainsi une place importante à la contractualisation qui permet une meilleure ouverture sur la vie internationale* »¹⁰²². Il nous semble par ailleurs que, du point de vue formel, la liberté de création d'autres valeurs mobilières semble plus étendue en droit Ohada qu'en droit français. Dans cette dernière législation, le libéralisme ainsi octroyé par la réforme de 2004 comporte une limite qui tient à la nature du texte dans lequel elle s'inscrit. L'ordonnance se présentant implicitement comme un texte d'exception, tout ce qui n'est pas rendu possible par elle étant réputé interdit¹⁰²³.

438. Ensuite, la diversification des titres de capital par la consécration des actions de préférence apparaît comme une autre illustration du principe de liberté d'émission des valeurs mobilières en droit Ohada. En effet, dans sa version antérieure, l'AUSC n'avait pas pleinement exploité toutes les potentialités offertes par les actions de préférence. Or, il est évident que la pratique internationale voit dans ce concept, dont les caractéristiques sont largement laissées à la liberté de l'émetteur, des actions pouvant donner ou restreindre l'accès à un large éventail de droits. Leur introduction en droit OHADA permet d'élargir l'offre d'instruments de financement et permet aux entreprises de disposer d'outils innovants pour gérer et optimiser la gestion de leurs fonds propres et aussi attirer des investisseurs obéissant à des règles d'investissement particulières.

¹⁰¹⁹ Cf. art. 822-3 AUSC.

¹⁰²⁰ B. FAYE et J. NYEMB, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 72.

¹⁰²¹ F. NOUVION, « Révision du droit des sociétés Ohada : les valeurs mobilières composées et les valeurs mobilières subordonnées » : *Penant* 2014, n° 887, juin, p. 221 et s.

¹⁰²² M. BOIZARD, « Vers la simplification, l'unification et la libéralisation du régime des valeurs mobilières par l'ordonnance du 24 juin 2004 », in P. BISSARA, A. COURET, P. LE CANNU et *alli*, *Le droit des sociétés pour 2005*, Dalloz, 2005, p. 95.

¹⁰²³ B. GRELON, « Le nouveau droit des valeurs mobilières donnant accès au capital » : *Rev. sociétés* 2004, p. 579 et s., n° 7.

439. En définitive il ressort des développements qui précèdent que le législateur Ohada entend répondre à l'attente croissante des investisseurs en élargissant l'espace laissé à la création des valeurs mobilières adaptées à la demande. La vocation première de ces titres étant d'offrir un régime suffisamment libéral pour permettre aux praticiens l'audace de vaincre leur timidité et la possibilité de pourvoir au financement de leurs entreprises. Mais cette liberté en matière de conception des titres sociaux assigne aux stipulations contractuelles contenues dans les contrats d'émission, le rôle déterminant de définir les caractéristiques des titres émis et de fixer le régime de protection revendiqué par les souscripteurs.

440. Et c'est sur ce point essentiel que la liberté sus décrite est susceptible d'éroder certains critères fondamentaux de la société anonyme. Ainsi, si réforme après réforme, le droit des sociétés se transforme sans que l'on prenne toujours conscience de la portée de ses transformations¹⁰²⁴, le nouvel AUSC, qui crée de nouvelles passerelles entre la liberté contractuelle et le régime des valeurs mobilières, incite à réfléchir sur les incidences du libéralisme sur certains mythes fondateurs de la société anonyme.

B- Les incidences de la diversité des valeurs mobilières

441. Si le principe de la liberté d'émission des valeurs mobilières insuffle un progrès important au modèle d'investissement des entreprises africaines, il ne manque pas d'atteindre la société anonyme dans son identité profonde. En même temps qu'elle justifie l'introduction de *l'intuitu personae* dans cette société de capitaux, la possibilité de recourir à des catégories d'actions crée, malgré tout, une certaine inégalité entre les actionnaires¹⁰²⁵. Cette dynamique qui vise principalement le financement des entreprises semble en effet, faire « *primer la nécessité pour les sociétés de renforcer leurs fonds propres sur cette exigence d'égalité des actionnaires dont les contours et la profondeur demeurent par ailleurs incertains* »¹⁰²⁶. C'est sans doute ce que pensait aussi un autre auteur en écrivant que « *l'égalité des actionnaires n'est plus ce qu'elle était (...), elle apparaît presque vide de sens avec la réforme des valeurs*

¹⁰²⁴ B. GRELON, « Le nouveau droit des valeurs mobilières donnant accès au capital » : *Rev. sociétés* 2004, p. 579, n° 86.

¹⁰²⁵ En ce sens, voir M. NDIAYE, *L'inégalité entre associés en droit des sociétés*, Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2017, p. 20, n° 30. L'auteur écrit en effet que : « *malgré l'invocation incessante d'un principe d'égalité entre associés, la liberté contractuelle permet largement à la société, personne morale, d'avantager ou de désavantager certains associés par rapport aux autres* ».

¹⁰²⁶ P. LEDOUX, « La nature de la préférence », in *BJS*, 11/2006, p. 1219, n° 1.

mobilières (...). Il faut bien reconnaître que cette égalité n'a pas été inscrite dans le marbre du droit des sociétés »¹⁰²⁷.

442. Plus encore, la possibilité de catégoriser les actions conduit à relativiser substantiellement la notion d'actionnaire. C'est une notion dont la définition devient de plus en plus incertaine en ce que l'actionnaire est progressivement dépouillé des attributs et autres prérogatives qu'on lui croyait essentiels¹⁰²⁸. Devenue particulièrement perméable, la notion d'actionnaire s'ouvre à des réalités nouvelles et le statut de l'actionariat qui semble extensible, paraît s'ouvrir à d'autres acteurs de l'environnement de la société. Selon la doctrine, « *une conception évolutive de la notion (...) d'actionnaire apparaît plus en phase avec l'économie de ce début de XXIe siècle* »¹⁰²⁹. Il s'agit de celle qui s'étend bien au-delà des apporteurs traditionnels de la société anonyme pour recouvrir de simples investisseurs en quête de placements rentables et, qui bénéficient souvent d'importantes prérogatives de la part de la société en contrepartie du financement qu'ils lui apportent. Dans ce même sens, la distinction entre actionnaires de la société et les créanciers de cette dernière est de moins en moins marquée en raison du développement contemporain de mécanismes contractuels qui, par aménagement du droit des valeurs mobilières, favorisent l'effacement des frontières entre le statut de créancier et celui d'actionnaire¹⁰³⁰. Ainsi que le résume si bien le Professeur Alain VIANDIER, le phénomène contemporain de la diversification des valeurs mobilières provoque une dérive du créancier vers l'associé et inversement¹⁰³¹.

443. On le voit bien, la contractualisation du droit des valeurs mobilières et la libéralisation des règles gouvernant leur émission, en ce qu'elles sont le plus souvent fondées sur une personnalisation de la situation des actionnaires, rapprochent la société anonyme des sociétés

¹⁰²⁷ C. MALECKI, « Attribution des actions de préférence aux dirigeants », 11/2006, p. 1275. Selon l'auteur, l'égalité entre actionnaires avait déjà perdu une grande partie de ce qu'elle était avec la création des actions à dividende prioritaire sans droit de vote.

¹⁰²⁸ F. MASSON, « Les métamorphoses de l'associé » : *Rev. sociétés* 2016, p. 84 et s, n° 1.

¹⁰²⁹ C. MALECKI, « Attribution des actions de préférence aux dirigeants », in *BJS*, 2006, n° 11, p. 1275, n° 1.

¹⁰³⁰ Voir F. MASSON, « Les métamorphoses de l'associé » : *Rev. sociétés* 2016, p. 84 et s, n° 2 et 3. L'auteur écrit que de manière classique, le droit français (de tradition civiliste) et la *common law* distinguent l'associé du créancier de la société. Selon lui, cette « *distinction a une force intuitive indéniable : l'associé a un droit dans la société, alors que le créancier a un droit contre la société* ». Toutefois, rajoute-t-il, « *Cette summa divisio est cependant confrontée à des situations qui la rendent difficile d'application. Certaines ambiguïtés sont anciennes, comme celle des actionnaires et obligataires dans les grandes sociétés (...). La libéralisation du droit des valeurs mobilières a radicalisé le phénomène en augmentant les incertitudes juridiques. Entre l'actionnaire de « dépréférence » sans droits politiques et le titulaire d'un titre de créance ayant un droit d'intervention dans la gestion de la société, la frontière s'efface, voire s'inverse. Qui est créancier, qui est associé ?* ».

¹⁰³¹ A. VIANDIER, « La loi 82-915 du 28 octobre 1982 et le droit des sociétés », in *JCP*, 1983, I, 3116, n° 13, cité par Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruylant, 2004, p. 335, n° 233. Adde A. REYGROBELLET, « Les titres – la diversification des valeurs mobilières », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 231.

de personnes relativement au critère de la prise en compte des qualités intrinsèques de la personne de l'associé. Cette personnalisation renforce l'imprécision de la notion d'actionnaire, qui se manifeste par son extension et sa métamorphose avec l'émergence des catégories d'actionnaires dont « *le paradoxe (est) de rompre le principe d'égalité entre actionnaires* »¹⁰³².

444. ainsi que l'affirme la doctrine, la multiplicité des valeurs mobilières diversifie le statut des apporteurs de la société anonyme en même temps qu'elle induit une dissemblance en leur sein¹⁰³³. L'actionnaire, tel que classiquement connu n'est plus le seul apporteur de fonds à l'entreprise. En effet, pour les besoins de son financement, la société anonyme peut aménager un régime de protection spécifique à certains de ses apporteurs. Ainsi, la notion d'actionnaire déjà en crise se métamorphose davantage par la libéralisation du droit des valeurs mobilières¹⁰³⁴. L'actionnariat de la société anonyme n'a plus aucune unité¹⁰³⁵ et le statut de l'actionnaire oscille entre l'associé au sens classique, meneur de l'activité sociale, et l'investisseur, plus ou moins impliqué et qui n'est exclusivement intéressé la plupart du temps que par le retour sur son investissement¹⁰³⁶. La société anonyme libéralisée se conçoit dès lors comme un mode d'organisation d'une pluralité d'investisseurs¹⁰³⁷. Il y a désormais en droit des sociétés, une construction doctrinale « *qui propose de voir dans certains actionnaires non pas d'authentiques associés mais de purs investisseurs relevant d'une autre logique que celle du droit des sociétés* »¹⁰³⁸. Contrairement aux actionnaires qui ont un droit dans la société et qui visent avant tout un intérêt commun à eux, les investisseurs sont souvent considérés comme

¹⁰³² M. NGOM, « Société anonyme faisant appel public à l'épargne », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1901, n° 122.

¹⁰³³ Selon R. NJEUFACK TEMGWA, « Les titres sociaux assortis de droits particuliers en droit Ohada », in *Juridis Périodique*, n° 77, jan.-fév.-mars 2009, p. 83 et s.

¹⁰³⁴ F. MASSON, « Les métamorphoses de l'associé » : *Rev. sociétés* 2016, p. 84 et s.

¹⁰³⁵ Voir notamment les écrits du Professeur Dominique SHMIDT, qui, s'inspirant des réflexions du professeur Claude CHAMPAUD, évoquait déjà, dès la fin des années 1960, le « *dédoublément de la condition des actionnaires (...) Les uns, en petit nombre, sont vivement intéressés à la marche des sociétés, et la contrôlent pleinement ; les autres, épargnants ou spéculateurs, en très grand nombre, se considèrent comme de simples créanciers de la société, ne sont que des passants* ». Pour l'un et l'autre de ces auteurs, ces derniers sont de simples bailleurs de fonds. C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962, n° 26 et D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey, 1970, n° 12.

¹⁰³⁶ En ce sens, voir B. DONDERO, « L'actionnariat orienté, ou la prise en compte des mobiles de l'actionnaire », in E. LE DOLLEY (dir.), *Concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010, p. 263 et s.

¹⁰³⁷ C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962.

¹⁰³⁸ CA Paris, Ch. 6, 7 février 2013, n° 11/05229, *BJS*, n° 6, 2013, p. 394, note F.-X. LUCAS. Selon l'auteur, la Cour admet au travers de sa décision admet « *qu'un actionnaire qui ne fait que passer dans la société, au sens où dès l'instant où il souscrit ou acquiert des actions, il se préoccupe de se les faire racheter en exigeant d'une contrepartie qu'elle prenne un tel engagement, n'est pas une véritable partie au contrat de société mais un simple "bailleur de fonds", un "partenaire financier", un "investisseur financier", autant d'expressions employées pour exprimer la singularité de la situation de celui qui, pour détenir des actions, ne s'en trouve pas moins dans une position originale, à mi-chemin entre le prêteur et l'associé, qui doit être considérée, sans pour cela faire table rase de l'ensemble du droit des sociétés* ».

dépourvus de l'*affectio societatis* et uniquement intéressés par leurs propres intérêts dans la société¹⁰³⁹. Et justement, c'est le plus souvent, à la négociation des modalités de protection de ces intérêts personnels avec la société, que participe notamment l'émission d'un grand nombre d'actions de préférence et autres valeurs mobilières composées¹⁰⁴⁰. Alors que certaines valeurs mobilières confèrent la qualité d'actionnaire avec ses attributs et ses contraintes ordinairement connus, d'autres consacrent un statut souvent aménagé pouvant concéder à leurs titulaires des avantages particuliers. Cette catégorie d'actionnaires que la doctrine qualifie d'investisseurs¹⁰⁴¹ bénéficie le plus souvent d'un aménagement personnalisé des droits et des devoirs attachés aux titres de capitaux qu'elle détient ; ce qui les distingue des actionnaires détenant des actions ordinaires. En effet, il faut répondre par des aménagements conventionnels suffisamment négociés aux risques qu'acceptent de prendre certains actionnaires qui, agissant comme de véritables bailleurs de fonds, investissent dans une société dont ils ne sont intéressés que par le résultat et non pas par le contrôle ou le pouvoir. De fait, il naît une différenciation au sein des acteurs de la société anonyme ou plus précisément une inégalité entre actionnaires engendrée par la diversité des valeurs mobilières¹⁰⁴². Elle se manifeste par une rupture de cette idée de la justice qui postule l'octroi aux associés de droits proportionnels à leurs apports dans les sociétés commerciales¹⁰⁴³.

¹⁰³⁹ En ce sens, voir F.-X. LUCAS, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur », in *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 4, Juillet 2002, étude 100035.

¹⁰⁴⁰ En pratique, il est possible que « *les statuts de la société aménagent les modes distincts de répartition des bénéficiaires et d'expression des droits politiques (...)* Il ressort qu'à côté des actions ordinaires, apparaissent des actions et catégories d'actions ou d'actionnaires disposant de droits particuliers (...) L'institution de ces droits particuliers n'est pas innocente. Il s'agit de répondre à de besoins bien déterminés : attirer de nouveaux investisseurs, appel de fond pour lancer une affaire. ». Cf. R. NJEUFACK TEMGWA, « Les titres sociaux assortis de droits particuliers en droit Ohada », in *Juridis Périodique*, n° 77, jan.-fév.-mars 2009, p. 83.

Pour Jean-Marc MOULIN, les outils juridiques à la base des relations entre la société et les investisseurs « *doivent être les plus souples possibles pour offrir le plus large éventail de possibilités afin de satisfaire des intérêts contradictoires* ». Cf. J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence » : *Petites aff.* n° 189, 22/09/2005, p. 24 et s.

¹⁰⁴¹ Voir D. GUTMANN, « L'associé, investisseur ou entrepreneur ? Réflexion fiscales sur le statut de l'associé de société », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul LE CANNU*, LGDJ, 2014, p. 315 et s. Sur la question, le Professeur François-Xavier LUCAS affirme que « *L'évolution des modes de financement des sociétés par actions a contribué à bouleverser les catégories* ». Aussi, ajoute-t-il que les analyses classiques sur les critères d'identification de l'actionnaire « *sont périmées* » et qu'« *elles doivent être renouvelées* ». Pour lui, « *L'actionnaire devient de plus en plus difficile à cerner depuis que l'on voit apparaître des actionnaires à éclipses, qui n'entrent dans la société que pour en sortir, ou encore qu'apparaissent de nouveaux titres de financement qui rendent bien tenue la distinction entre les actions et les obligations* » : cf. F.-X. LUCAS, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur », in *RD bancaire et fin.* Juillet 2002, n° 4, étude 100035.

¹⁰⁴² Voir R. NJEUFACK TEMGWA, « Les titres sociaux assortis de droits particuliers en droit Ohada », in *Juridis Périodique*, n° 77, jan.-fév.-mars 2009, p. 85.

¹⁰⁴³ Selon la doctrine, cette idée de justice qui régit en principe « *l'égalité en droit des sociétés renvoie à la justice distributive* » : Cf. M. NDIAYE, *L'inégalité entre associés en droit des sociétés*, Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2017, p. 38, n° 60. L'auteur explique que la société étant créée dans l'intérêt commun des associés, elle se fonde sur un contrat de partage de droits, d'obligations dont la distribution s'effectue de

445. Certes, beaucoup d'auteurs contemporains considèrent que le principe d'égalité entre actionnaires n'est pas affecté du seul fait qu'il existe des catégories d'actions¹⁰⁴⁴, le législateur ayant consacré une égalité catégorielle assurant un même traitement à tous les actionnaires détenant des actions appartenant à une même catégorie. Pour eux¹⁰⁴⁵, l'égalité entre associés « signifie tout simplement qu'il doit exister en principe une égalité du régime des parts ou actions »¹⁰⁴⁶ mais signifie surtout que les inégalités entre actionnaires ne sont sanctionnées que « si elles ne prennent pas directement leur source dans l'intérêt commun ou dans l'usage légitime du pouvoir résultant des parts détenues »¹⁰⁴⁷. Pour autant, la problématique de l'égalité des actionnaires face aux catégories d'actions et à la diversité des statuts de l'actionnaire semble encore, à bien des égards, polémique. Pour cause, certains auteurs, qui ne veulent pas admettre que le principe d'égalité en droit des sociétés est plus un mythe qu'une réalité, avancent des opinions trop souvent teintées d'incertitudes quand elles ne contiennent pas des contradictions. En conséquence, plusieurs critiques sont adressées contre les arguments avancés pour soutenir que le phénomène de la diversité des valeurs mobilières n'affecte pas à proprement parler le principe de l'égalité entre actionnaires. Il faut, selon les auteurs critiques, se rendre à l'évidence que « l'égalité n'est pas l'âme du contrat de société »¹⁰⁴⁸.

446. Pour le Professeur Alain COURET, s'il faut admettre que l'égalité ne doit s'apprécier qu'entre les catégories d'actionnaires, on doit se demander ce qui reste finalement de cette idée d'égalité quand on sait que dans bien des cas, la catégorie n'accueille qu'un actionnaire unique¹⁰⁴⁹. Mieux, le Professeur Claude CHAMPAUD affirme que, si désormais « l'action est duale par nature, (c'est) parce que l'actionariat l'est par essence, profondément et irrémédiablement »¹⁰⁵⁰. Pour lui, il faut en effet critiquer l'opinion qui voudrait qu'on admette

manière proportionnelle. Il rajoute qu'étant « Fondée sur l'idée qu'un contrat n'est pas juste si chacune des parties ne reçoit pas l'équivalent de ce qu'elle donne, l'égalité proportionnelle demeure le principal mode de répartition des droits et des obligations entre les associés ». Sur le sens de la justice distributive en droit des sociétés, voir Y. GUYON, « Le principe de proportionnalité en droit commercial », in Mélanges en l'honneur de M. VASSEUR, Banque éditeur, 2000, p. 75 et s., spéc. p. 76, n° 3 ; J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme*, thèse de doctorat, Université d'Aix-Marseille, 1999, p. 12, n° 12.

¹⁰⁴⁴ J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence » : *Petites aff.* n° 189, 22/09/2005, p. 24 et s.

¹⁰⁴⁵ Voir E. M. KAMTA FENDOP, « Associés », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 368, n° 49.

¹⁰⁴⁶ E. M. KAMTA FENDOP, « Associés », *idem*.

¹⁰⁴⁷ E. M. KAMTA FENDOP, « Associés », *ibidem*.

¹⁰⁴⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 25^e éd., 2012, n° 135.

¹⁰⁴⁹ A. COURET, « L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 » : *BJS* 2016, p. 433 et s., spéc. n°18. L'auteur écrit expressément ce qui suit : « Certes, l'égalité a toujours été conçue comme une égalité au sein de catégories ; reste que dans bien des cas la catégorie n'accueille qu'un actionnaire unique. Au final, que reste-t-il de cette idée d'égalité ? ». Pour l'auteur, ce principe est un mythe juridique très ancien que l'évolution récente du droit des sociétés a contribué à remettre en cause.

¹⁰⁵⁰ C. CHAMPAUD « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires », in *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 182.

l'existence de catégories d'actions tout en réfutant toute inégalité entre actionnaires. Dans le même, sens le Professeur Michel JEANTIN¹⁰⁵¹ a soutenu la « *quasi insignifiance* » d'une conception de la notion de catégorie d'actions dans laquelle l'origine de la notion ne se trouverait pas dans l'existence de « catégories d'actionnaires » qui, supposent quant à elles, une diversité de traitements et donc une inégalité entre actionnaires. Pour cause, écrit Claude CHAMPAUD, ce n'est « *pas l'action qui fait l'actionnaire catégoriel mais le type d'actionnaires qui fait la catégorie d'action* »¹⁰⁵². En quelque sorte, « *le régime juridique d'une action déterminée, les droits et les obligations qui s'y rattachent et les prérogatives que confère sa propriété ne varient pas à raison de la forme du titre lui-même mais en fonction des qualités de son titulaires* »¹⁰⁵³. Pour toutes ses raisons, il semble convenable d'admettre que le principe d'égalité entre actionnaires doit être manié avec précaution puisqu'il tolère des entorses qui font douter de sa réalité et pousse plutôt à le concevoir comme un mythe¹⁰⁵⁴. Et « *parmi ces entorses, figurent en bonne place les titres sociaux assortis de droits particuliers* »¹⁰⁵⁵. Aussi, le principe d'égalité entre actionnaire se trouve-t-il ébranlé par la construction de la SAS et par l'intervention des actions de préférences¹⁰⁵⁶.

447. En réalité, même si l'égalité entre actionnaires, principe traditionnel du droit des sociétés, reste selon certains « *un des rares éléments caractéristiques de la société* »¹⁰⁵⁷, le Professeur Michel GERMAIN fait noter que le « *temps n'est pas favorable à l'existence de principes traditionnels en général, il n'est pas non plus favorable à l'existence de ce principe en particulier* »¹⁰⁵⁸. Il faudra donc, à l'avenir, cesser « *de percevoir la société par actions comme une démocratie économique fondée sur l'égalité entre actionnaires* »¹⁰⁵⁹, qui est un principe jugé artificiel par le doyen Georges RIPERT¹⁰⁶⁰. Pour cet auteur, l'idée de démocratie qui vient au secours du capitalisme par le biais de la société anonyme « *entretient chez les*

¹⁰⁵¹ M. JEANTIN, « Catégories d'actions » : *D. - Sirey*, 1995, 12^e cahier, p. 88.

¹⁰⁵² C. CHAMPAUD « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires », in *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p.161

¹⁰⁵³ M. JEANTIN, « Catégories d'actions » : *D. - Sirey*, 1995, 12^e cahier, p. 88.

¹⁰⁵⁴ P. DIDIER et Ph. MISSEREY, « L'égalité entre actionnaires : mythe ou réalité », *JCP E*, 1994, *Cahier de droit des entreprises*, p. 18.

¹⁰⁵⁵ R. NJEUFACK TEMGWA, « Les titres sociaux assortis de droits particuliers en droit Ohada », in *Juridis Périodique*, n° 77, jan.-fév.-mars 2009, p. 83.

¹⁰⁵⁶ Voir M. GERMAIN, « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », in *Etudes de droit privé : Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 189, n° 1.

¹⁰⁵⁷ « *Si le principe d'égalité n'est pas étranger aux autres formes juridiques que peut revêtir une entreprise commue, il n'a jamais été autant convoqué, voire sacralisé qu'au sein de la société anonyme...* » : cf. Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruylant, 2004, p. 4, n° 4.

¹⁰⁵⁸ M. GERMAIN, « Questions nouvelles et anciennes sur l'égalité entre actionnaires », p. 197, n° 1.

¹⁰⁵⁹ C. CHAMPAUD « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires », in *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 162.

¹⁰⁶⁰ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1952, p. 92 et s.

actionnaires la grande illusion. Elle flatte l'esprit d'égalité (...). Ainsi se dissipe l'illusion soigneusement entretenue pour masquer le caractère de la société anonyme. Cette institution capitaliste ne saurait être démocratique. Il faut avoir le courage de le dire, dut-on la compromettre auprès du pouvoir politique (...). L'obsession du législateur est de préserver l'égalité des actionnaires mais les actionnaires ont, eux, d'autres obsessions et ne tiennent pas plus que cela à l'exercice de leur souveraineté »¹⁰⁶¹. Dans le même sens, Yves GUYON écrivait que « vouloir introduire les principes de la démocratie politique dans les sociétés anonymes relèverait d'un confusionnisme aussi pernicieux que déceptif que de chercher à faire de l'Etat une entreprise commerciale »¹⁰⁶². Plus encore, Claude CHAMPAUD pense même qu'on s'obstine à voir l'égalité comme une valeur fondamentale et réelle de l'organisation interne de la société anonyme sans doute parce que : « le livre clé de Ripert, les aspects juridiques du capitalisme moderne, n'est plus guère lu et encore moins médité, semble-t-il par les générations actuelles »¹⁰⁶³.

448. Dès lors, se demande-t-on, si « l'efficacité économique n'impose (...) pas de se fier davantage aux vertus de la liberté contractuelle pour régir les relations entre actionnaires et en déterminer les droits et les obligations »¹⁰⁶⁴. Ce qui reviendrait finalement à admettre que le principe d'égalité entre actionnaires peut être vu comme une règle supplétive dont l'aménagement conventionnel est tout à fait envisageable. En tant que telle, l'époque contemporaine, qui est celle de la contractualisation du droit des sociétés, offre des raisons de relativiser, voire de redéfinir, la règle de l'égalité entre actionnaires pour tenir compte des nécessités actuelles de la vie économique, qui justifient des traitements inégalitaires librement convenus entre actionnaires. La diversification des valeurs mobilières conduit à une diversité des profils d'actionnaires et donc à une multiplication de leurs statuts dans une même société. Par ailleurs, la théorie de la *corporate governance* dont l'émergence actuelle dans l'espace

¹⁰⁶¹ *Idem.*

¹⁰⁶² Y. GUYON, « La société anonyme, une démocratie parfaite ? », in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian GAVALDA*, Dalloz, 2001, p. 134, n° 2. Malgré que l'auteur essaye de démontrer dans son analyse que « les sociétés anonymes sont des démocraties sinon parfaites au moins pas plus imparfaites que beaucoup de régimes politiques pourtant cités comme des modèles par les héritiers de Tocqueville », il admet qu'« il y a plus que des nuances, rendant la transposition hasardeuses et approximative » : cf. spéc. p. 136, n°4.

¹⁰⁶³ C. CHAMPAUD « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires », in *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 162.

¹⁰⁶⁴ Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruylant, 2004, pp. 5 et s., n° 4 et s. L'auteur répond que les ambitions d'efficacité économique et concurrentielle de la société anonyme ne sauraient être une réalité « si la structure interne de la société anonyme ne peut à cause de l'effet sclérosant d'une valeur d'égalité trop dogmatique, être adaptée rationnellement et rapidement à ses besoins organisationnels propres ».

Ohada peut être vue comme le développement d'une éthique entrepreneuriale ferait, elle aussi, fi du postulat d'égalité pour « *prendre acte de l'inégalité structurelle des associés* »¹⁰⁶⁵.

449. Désormais donc, la combinaison entre l'indispensable liberté contractuelle et la nécessaire diversification des valeurs mobilières participe à la simplification et à la libéralisation du droit des sociétés anonymes de l'Ohada. Elle rend possible des aménagements statutaires qui font accéder l'*intuitu personae* au cœur de cette forme sociale. De cette personnification grandissante de la société anonyme découlent des effets concrets bien connus en pratique mais qu'une partie de la doctrine admet difficilement craignant, semble-t-il, l'évidence de la profonde altération de la société anonyme. La nécessité d'adapter la réglementation de cette forme sociale aux besoins des actionnaires conduit à rétrocéder à ces derniers une part importante de la liberté dont la jouissance leur a pendant longtemps été interdite en raison de la forte impérativité des règles en la matière. Même les statuts des sociétés anonymes accueillent des aménagements conventionnels de toutes sortes concernant presque tous les domaines d'organisation de ces sociétés de capitaux. Certains actionnaires renoncent à l'égalité en acceptant que soient concédés à d'autres des avantages particuliers ou des prérogatives exceptionnelles justifiant leur traitement différencié. L'idée étant de protéger certains actionnaires, dont la participation au financement de société s'avère capitale à un moment donné. L'égalité, censée gouverner les rapports entre actionnaires, peut être alors rompue par l'envie, voire le besoin de pourvoir à la protection des intérêts de certains actionnaires. A cet effet, la liberté d'aménager le régime des valeurs mobilières sert alors de tremplin à un ensemble de mécanismes. Comment ceci se manifeste-t-il en droit Ohada ? Quelles sont les possibilités qu'offre le texte de l'AUSC ou quelles sont les pratiques conventionnelles qu'inspire l'esprit du texte lors de l'émission des valeurs mobilières ?

§2- Les manifestations de la libéralisation des valeurs mobilières

450. Incontestablement, la libéralisation du droit des valeurs mobilières en droit Ohada se traduit par une large ouverture des possibilités d'émission des titres dans la société anonyme. Ainsi, qu'il s'agisse de titres de créance ou de titres de capital, les statuts de société anonyme peuvent en organiser conventionnellement le régime lors de leur émission. En raison de cette souplesse, désormais acquise, et en fonction des objectifs de la société, la liberté contractuelle joue un rôle de premier choix dans la détermination des droits et devoirs attachés à un certain

¹⁰⁶⁵ C. CHAMPAUD « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires », in *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 163.

nombre de valeurs mobilières. A ce propos, on a écrit que, dans l'objectif d'adapter le droit africain aux standards internationaux, le législateur Ohada a tenté d'améliorer les modalités de financement des sociétés par actions en autorisant les aménagements concernant le droit des valeurs mobilières¹⁰⁶⁶. En tant que telle, l'instauration des actions de préférence à côté des actions ordinaires ou encore la possibilité d'émettre des valeurs mobilières composées, illustre suffisamment la simplification et la libéralisation de la matière en droit Ohada. Les diverses applications ainsi que les résultats que peuvent produire le recours à la liberté contractuelle lors de l'émission des valeurs dans les sociétés anonymes de l'Ohada nous permettront de percevoir ici l'étendue de la variété des titres imaginables par les émetteurs. On peut appréhender cette diversification des valeurs mobilières en étudiant d'une part les possibilités d'émission d'actions assorties de droits particuliers (A) et d'autre part la faculté pour les sociétés anonymes d'émettre des valeurs mobilières composées (B).

A- L'émission d'actions assorties de droits particuliers

451. Nous envisageons notamment ici, les titres de capital auxquels sont rattachées pour le compte de leurs titulaires des prérogatives que n'accordent pas les actions ordinaires. A côté de la possibilité déjà connue avec l'AUSC de 1997 de stipuler des avantages particuliers au profit de certains actionnaires ou même des tiers à la société¹⁰⁶⁷, la réforme de l'AUSC consacre désormais le mécanisme des actions de préférence pouvant être assorties de droits particuliers de toute nature à titre temporaire ou permanent. Si l'un et l'autre de ces mécanismes offre une liberté accrue à la société anonyme en matière de levée de capitaux, ils insèrent aussi une asymétrie dans la situation des actionnaires.

452. Avant tout, il convient de noter, relativement aux actions de préférences, que, dans sa version antérieure, l'AUSC ne permettait pas d'exploiter pleinement toutes les potentialités qu'elles pouvaient offrir. Il « *n'était en effet prévu que la possibilité, strictement encadrée, d'émettre des actions à dividende précipitaire et des actions de priorité* »¹⁰⁶⁸, la possibilité d'attribuer à une catégorie d'actions conférant certains avantages non pécuniaires n'étant pas clairement organisée par les dispositions de l'ancien AUSC. La création d'actions de priorité

¹⁰⁶⁶ T. GRANIER, « Le renouvellement du droit des valeurs mobilières » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 38.

¹⁰⁶⁷ Voir art 399 et s. Sur la définition et le mécanisme des avantages particuliers en droit Ohada, cf. : R. NJEUFACK TEMGWA, « Les titres sociaux assortis de droits particuliers en droit Ohada », in *Juridis Périodique*, n° 77/2009, p. 83 et s. Adde T. GRANIER, « Définition des avantages particuliers » : *Dr. sociétés* 2003, n° 12, p. 3.

¹⁰⁶⁸ B. FAYE et J. NYEMB, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 71.

étant permise par exception aux dispositions de l'article 754 qui pose une règle de proportionnalité entre le droit au dividende et la participation au capital, une interprétation restrictive conduisait à limiter les avantages attachés aux actions de priorité à des aménagements du droit aux dividendes. Et même si une vision plus libérale pouvait s'appuyer sur l'énumération non limitative des avantages pécuniaires cités par l'article 755 de l'ancien AUSC¹⁰⁶⁹ pour soutenir la possibilité de prévoir l'octroi de droits non financiers aux actions de priorité, cette éventualité sans fondement clair, ne permettait pas de s'assurer l'ensemble des utilités pratiques des actions de préférence.

453. Pour ce faire, le droit réformé des valeurs mobilières de l'Ohada, fondamentalement inspirée du droit français¹⁰⁷⁰, substitue désormais les actions de préférence aux actions de priorité. Reprenant le principe de ces dernières qui consiste à donner à leurs titulaires des droits que n'accordaient pas les autres actions, les actions de préférence en élargissent le domaine. Elles constituent ainsi « *une atteinte directe au principe d'égalité, principe cardinal, mais non écrit du droit des sociétés* »¹⁰⁷¹ qui, est de ce fait, « *relayé au rang de règle supplétive* »¹⁰⁷² en raison de l'octroi conventionnel de droits particuliers de toute nature qu'elles consacrent au profit de certains actionnaires. Ainsi, que ce soit à l'occasion 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 que définissent les actionnaires dans les statuts¹⁰⁷³. Ce faisant, « *la réforme de l'AUSCGIE introduit une souplesse inédite* »¹⁰⁷⁴ et matérialise une concrétisation institutionnelle d'instruments développés pour l'essentiel par la

¹⁰⁶⁹ Cette disposition consacrait la possibilité de créer des actions de priorité jouissant d'avantages par rapport à toutes les autres actions et prévoyait par ailleurs que « *Ces avantages peuvent notamment être une part supérieure dans les bénéfices ou le boni de liquidation, un droit de priorité dans les bénéfices, des dividendes cumulatifs* ».

¹⁰⁷⁰ Sur la proximité entre la réforme consacrant les actions de préférence en droit Ohada et le régime de ces actions en droit français, voir notamment J.-J. LECAT, « Les actions de préférence dans le nouvel acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE » : *Penant* 2014, n° 887, p. 196.

En effet, l'auteur révèle que les caractéristiques des actions de préférences, telles que consacrées en droit Ohada, « *s'inspirent de celles résultant de l'ordonnance française n° 2004-604 du 24 juin 2004 sur la réforme des valeurs mobilières, modifiée par l'ordonnance n° 2008-1145 du 6 novembre 2008 sur les actions de préférence, qui elle-même s'inspirait des exemples américains et anglais et faisait suite à une réforme du droit des sociétés italien comportant la possibilité de création d'actions de même type. On notera cependant des différences substantielles entre les actions de préférence créées par le nouvel Acte et celles existant en droit français, telles que l'absence en droit OHADA d'application des droits particuliers conférés à ces actions dans d'autres sociétés du même groupe. Inversement la possibilité d'attribuer en droit OHADA un droit de vote double spécialement attaché au actions de préférence et sans conditions de durée de détention n'est pas possible actuellement en droit français* ».

¹⁰⁷¹ M. GERMAIN « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les actions de préférence », *Rev. sociétés* 2004, p. 597, n° 1.

¹⁰⁷² R. NJEUFAK TEMGWA, « Les titres sociaux assortis de droits particuliers en droit Ohada », in *Juridis Périodique*, n° 77, jan.-fév.-mars 2009, p. 83.

¹⁰⁷³ Cf. art. 778-1 AUSC.

¹⁰⁷⁴ B. FAYE et J. NYEMB, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 71.

pratique¹⁰⁷⁵. Quoi qu'il en soit, l'introduction des actions de préférence dans le droit Ohada « *laisse une assez grande liberté aux acteurs* »¹⁰⁷⁶. Elle procède d'une inspiration libérale manifeste dans le texte de l'article 778-1 de l'AUSC qui, invitant à la créativité, autorise que ces actions soient assorties « *de droits particuliers de toute nature* ». Ainsi, « *par leur extrême malléabilité, par la grande souplesse qui devrait les caractériser, les actions de préférence offriront de multiples possibilités pour ajuster, au plus près de leurs aspirations et souhaits, les relations que nouent les investisseurs et les émetteurs* »¹⁰⁷⁷. En conséquence, toute sorte de combinaisons peut ainsi être envisagée en fonction de l'effet recherché par les parties surtout que « *les caractéristiques des actions de préférence pourront être librement déterminées soit par le contrat d'émission, soit par les statuts* »¹⁰⁷⁸. Ainsi, « *le mouvement de contractualisation du droit des sociétés déjà observé ne peut aller que vers une accélération certaine* »¹⁰⁷⁹.

454. Si l'on perçoit bien l'existence d'une *summa divisio* qui permet de distinguer les actions ordinaires des actions de préférence, la notion même d'action de préférence demeure difficile à appréhender. Le législateur ne la définit pas parce que, selon certains¹⁰⁸⁰, elle « *relève [...] plus des sentiments des hommes que de la catégorie des concepts juridiques* » et devrait en conséquence « *demeurer étrangère à la sphère du droit* » dans laquelle elle est souvent mal connue sans pour autant être totalement inconnue.

455. Que ce soit en droit privé de manière générale ou plus particulièrement en droit des sociétés, la notion de préférence « *constitue une expression de la liberté et, en même temps, une atteinte à l'égalité, elle touche à des valeurs essentielles au droit privé en général mais aussi au droit des sociétés en particulier* »¹⁰⁸¹. Mais à première vue et de manière générale, la préférence exprime un avantage, un privilège, un droit de priorité¹⁰⁸². De fait, le dispositif des actions de préférence permet de doter certains actionnaires de droits primant ceux des actionnaires ordinaires. Pour autant, la pratique des actions de préférence enseigne que ces dernières peuvent aussi être caractérisées par l'imposition à leurs titulaires d'obligations qui ne

¹⁰⁷⁵ J.-P. LANGLAIS et G. De KERVILER, « Les nouvelles “actions de préférence” », in *Les Echos*, 16 juil. 2004.

¹⁰⁷⁶ T. GRANIER, « Le renouvellement du droit des valeurs mobilières » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 39.

¹⁰⁷⁷ J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence » : *Petites aff.* n° 189, 22/O9/2005, p. 24 et s.

¹⁰⁷⁸ C.-E. PRIEUR et M. TAZI, « Les actions de préférences » : *Journal des sociétés*, n° 13, sept. 2004, p. 9

¹⁰⁷⁹ J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence » : *Petites aff.* n° 189, 22/O9/2005, p. 24 et s.

¹⁰⁸⁰ J.-P. DESIDERI, *La préférence dans les relations contractuelles*, PUAM, 1997, spéc. p. 17, n° 1 et 2.

¹⁰⁸¹ P. LEDOUX, « La nature de la préférence », in *BJS*, 11/2006, p. 1219 et s. On a écrit que l'égalité dans la préférence est un concept surprenant : P. LE CANNU, « L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 », in *Le droit des sociétés pour 2005*, Dalloz, p. 131.

¹⁰⁸² A. GUENGANT, D. DAVODET, P. ENGEL, S. DE VENDEUIL et S. LE PAVEC, « Actions de préférence. Questions de praticiens (1^{ère} partie) », in *JCP E*, 2005, n° 1045, p. 1156, spéc. p. 1158.

pésent pas sur les détenteurs d'actions ordinaires donnant alors à la préférence une connotation à la fois positive et négative relativement à son bénéficiaire¹⁰⁸³. La doctrine confirme bien cette nuance en affirmant que « *les actions de préférence ne sont pas nécessairement des actions ayant plus de droits, mais seulement des actions assorties de droits différents ; c'est l'altérité et non le privilège qui définit l'action de préférence* »¹⁰⁸⁴.

456. En ce qu'elle inclut aussi bien des avantages que des désavantages pour son titulaire, la notion de préférence en droit Ohada est comme en droit français, d'une conception large et protéiforme¹⁰⁸⁵, consolidant du coup l'idée selon laquelle, les actions de préférence sont portées par un vent de libéralisme et constituent un réel espace d'expression de liberté contractuelle. Ainsi, en droit Ohada, elles peuvent « *donner ou restreindre l'accès à un large éventail de droit* »¹⁰⁸⁶. Elles permettent ainsi à la pratique de perpétuer de multiples aménagements déjà usités dans le cadre des anciennes actions de priorité mais surtout de créer de nouveaux mécanismes d'aménagement des droits dont, va être assortie, une certaine catégorie d'actions. Sont ainsi permis et consacrés dans les statuts, des mécanismes permettant de distribuer de manière inégalitaire les prérogatives pécuniaires et extra-pécuniaires à la disposition de la société ainsi que ceux aménageant les prérogatives réelles dont disposent normalement les actionnaires sur leurs titres¹⁰⁸⁷. Ceci étant, les préférences envisageables sont diverses et il n'est pas évident d'en faire un inventaire exhaustif, tant les modalités d'aménagement des prérogatives et ou restrictions qu'elles peuvent porter sont du ressort de l'ingéniosité des parties. Mais de manière courante, et dans la mesure où les actions de préférence succèdent aux actions de priorité, les distinctions anciennes restent valables et la doctrine oppose aisément les préférences pécuniaires aux autres préférences.

457. De fait, les avantages pécuniaires peuvent être multiples¹⁰⁸⁸. On pense immédiatement aux avantages relatifs à la distribution des dividendes. Dans ce domaine, différentes formules sont évidemment envisageables. Ainsi, un droit à un dividende prioritaire peut être aménagé, son bénéficiaire se verra alors attribuer le dividende avant tout autre actionnaire. La préférence

¹⁰⁸³ M. GERMAIN « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les actions de préférence » : *Rev. sociétés* 2004, p. 597 et s., spéc. p. 598.

¹⁰⁸⁴ A. VIANDIER, « Les actions de préférence (Ord. n° 2004-604 du 24 juin 2004, art. 31) », in *JCP E*, 2004, n° 1440, p. 1529, spéc. n° 9.

¹⁰⁸⁵ D. OHL, « Aspects de la réforme du droit des valeurs mobilières », in *Bull. Joly Bourse*, 2004, p. 689, § 149, spéc. p. 694, n° 13.

¹⁰⁸⁶ B. FAYE et J. NYEMB, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 71.

¹⁰⁸⁷ J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence » : *Petites aff.* n° 189, 22/09/2005, p. 24 et s.

¹⁰⁸⁸ Voir A. COURET et H. Le NABASQUE, *Valeurs mobilières-Augmentation du capital-Nouveau régime-Ordonnances des 25 mars et 24 juin 2004*, éd. Francis Lefebvre, 2004, n° 506 et s.

peut également prendre la forme de l'octroi d'un dividende dit précipitaire : les titulaires de l'action de préférence recevront alors un dividende dont les autres actions sont privées. D'une manière générale, il est possible, suivant la stratégie de la société, de mettre en place un dividende prioritaire conditionnel, forfaitaire ou variable et la prérogative peut, par ailleurs être permanente ou avoir une durée limitée. En outre, les parties en cause sont libres de mettre en place d'autres droits préférentiels. Ainsi, il peut s'agir d'un droit prioritaire au boni de liquidation, d'un droit prioritaire de remboursement au moment de la liquidation, d'un droit privilégié sur les distributions de réserves. Aussi, ces divers droits peuvent-ils faire l'objet de combinaisons multiples entre eux au gré des souhaits conjugués des émetteurs et des investisseurs¹⁰⁸⁹. On le sent, les possibilités sont multiples concernant les préférences pécuniaires. Ce constat semble moins vrai en matière d'avantages préférentiels extra-pécuniaires.

458. En effet, les actions de préférence peuvent aussi conférer à leurs titulaires, de manière cumulée, simultanée ou alternative comme dans le cas des préférences pécuniaires, des prérogatives, droits ou obligations particuliers de nature extra-pécuniaire. Ces autres préférences se rapportent essentiellement au droit de vote mais de plus en plus à d'autres prérogatives comme le droit à l'information. Ainsi, conformément à l'article 778-1 de l'AUSC, il peut être créé des actions de préférence sans droit de vote ou avec droit de vote double. Mieux, la disposition prévoit que le droit de vote d'une action de préférence peut être aménagé pour une durée déterminée ou déterminable et, peut même être supprimé ou suspendu pour une durée déterminée ou déterminable. Ces multiples possibilités d'aménagement du droit de vote dans le but du financement de l'entreprise traduisent selon certains, un réel phénomène de financiarisation des sociétés anonymes¹⁰⁹⁰ et une désacralisation du droit de vote. Ce dernier droit, « *parce qu'il est une charge (obligation de voter et, partant, d'immobiliser les titres) et parce qu'il représente un danger (changement de contrôle ou simple vote de défiance), ne doit pas interférer dans la relation financière que noue ces parties* »¹⁰⁹¹. Pourtant, le droit de vote et bien d'autres droits extra-pécuniaires ont leur place dans la pratique des actions de

¹⁰⁸⁹ A noter dans ce cadre que la préférence pouvant aussi être négative, l'on pourra alors imaginer d'imposer aux titulaires de certaines actions de préférence de laisser à la disposition de la société, sous forme de compte courant, par exemple, tout ou partie des sommes qu'elle leur devrait, à quelque titre que ce soit ou encore de s'engager, par avance, aux divers appels de fonds qu'elle lancera, ou encore de restreindre l'assiette des bénéfices distribuables à laquelle ils pourraient prétendre. Sur ces divers points, voir A. VIANDIER, « Les actions de préférence (Ord. n° 2004-604 du 24 juin 2004, art. 31) », in *JCP E*, 2004, n° 1440, p. 1529, spéc. n° 28. Pour des exemples, voir CA Paris, 16 juin 2001, *RJDA* 6/2001, n° 690 ; Cass. com., 9 juin 2004, *BRDA*, juin 2004, n° 12, § 1.

¹⁰⁹⁰ Voir J.-J. DAIGRE, « La financiarisation du droit des sociétés », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 61.

¹⁰⁹¹ J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence » : *Petites aff.* n° 189, 22/O9/2005, p. 24 et s.

préférences. Ainsi en est-il par exemple de l'octroi de droits particuliers d'information, d'un droit de veto sur certains actes des dirigeants sociaux ou même de la possibilité offerte à l'actionnaire privilégié de désigner certains membres des organes sociaux¹⁰⁹².

459. Quoi qu'il en soit, l'avantage de l'attribution des actions de préférence réside dans la liberté qui entoure leur création mais qui comporte toutefois bien des risques de dévoiement du dispositif. Pour contenir ces risques, le législateur Ohada prévoit un certain nombre de garde-fous. Tout d'abord, il dispose que les actions de préférence caractérisées par l'absence de droit de vote ne peuvent représenter plus de la moitié du capital social ; la sanction de tout dépassement de ces proportions étant l'annulation de l'émission en cause¹⁰⁹³. En outre, conformément à l'alinéa 2 de l'article 54 de l'AUSC, les émetteurs doivent veiller à ce que les actions de préférences aménageant les droits financiers n'attribuent pas la totalité du profit social à leur seul titulaire ou encore ne l'exonèrent pas de toute contribution aux pertes de la société. En outre, tous les aménagements qui conduiraient à prévoir un dividende au profit de certaines actions même en l'absence de bénéfice distribuable encouraient les sanctions attachées traditionnellement à la distribution de dividende fictif. L'idée est en effet d'éviter tout montage conduisant à un abus de droit ou à une spoliation de la société ou de certains de ses actionnaires.

460. Par ailleurs, le commissaire aux comptes doit donner son avis sur les caractéristiques des actions de préférence et leur incidence sur la situation des titulaires de titres de capital et de valeurs mobilières donnant accès au capital¹⁰⁹⁴. Ledit avis, donné dans un rapport spécial, a « *pour objet de permettre aux actionnaires de prendre conscience de l'importance des sacrifices qu'ils devront consentir compte tenu des droits particuliers qui seront reconnus aux actionnaires de préférence* »¹⁰⁹⁵. Plus encore, dans l'objectif d'éviter tout abus dans l'usage du mécanisme, notamment lorsque l'émission des actions de préférence vise un ou plusieurs actionnaires nommément désignés, le législateur impose que leur création donne lieu à l'application de la règle du contrôle des avantages particuliers¹⁰⁹⁶. Dès lors, un commissaire

¹⁰⁹² Tel sont quelques possibilités évoquées par certains au lendemain de la réforme de l'AUSC. Voir C. FISCHER, « Actions de préférence et valeurs mobilières composées », disponible sur http://precedents.avocatcampusinternational.org/pdf/supports_pedagogiques_mali/Cedric_Fischer.pdf.

¹⁰⁹³ Art. 778-1 al. 4. La disposition précise que dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur une bourse des valeurs, les actions de préférence sans droit de vote ne peuvent pas aller au-delà du quart du capital social.

¹⁰⁹⁴ Art. 778-3, al. 2.

¹⁰⁹⁵ Cf. A. VIANDIER, « Les actions de préférence (Ord. n° 2004-604 du 24 juin 2004, art. 31) », in *JCP E*, 2004, n° 1440, p. 1536, n° 65. Rappelons à cet effet que c'est l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires qui est seule compétente pour décider des modalités d'émission, de rachat ou de conversion des actions de préférence.

¹⁰⁹⁶ « *Dans ce cas, l'émission se décide sur la base du rapport établi par le commissaire aux apports, qui évalue les avantages particuliers de ces actions* » : cf. B. FAYE et J. NYEMB, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 71. A noter toutefois que, par dérogation à la procédure

aux apports va apprécier, sous sa responsabilité, la valeur des avantages particuliers et le mode d'évaluation retenu ainsi que les raisons du choix de ce mode d'évaluation¹⁰⁹⁷. Mais en dépit de ces limites visant à prévenir tout abus, la liberté demeure le mot d'ordre du régime des actions de préférence en droit Ohada. Elle va d'ailleurs plus loin puisqu'elle gouverne aussi les règles d'émission et les modalités de mise en œuvre des autres valeurs mobilières rendues possibles dans les sociétés anonymes de l'Ohada, celles relatives aux valeurs mobilières composées.

B- Les valeurs mobilières composées

461. Contrairement à l'ambiguïté et aux interprétations contradictoires auxquelles a donné lieu le texte de l'article 822 de l'ancien AUSC, sa nouvelle rédaction réaffirme expressément la faculté de création dans les sociétés par actions d'autres valeurs mobilières dans l'objectif d'ouvrir un espace de liberté permettant de structurer des instruments « sur mesure » répondant aux besoins des entreprises¹⁰⁹⁸. L'émission de « *valeurs mobilières composées* » est ainsi rendue possible. Titres hybrides de plus en plus diversifiés en pratique, il s'agit de valeurs mobilières dont le mécanisme opère en double détente : un titre primaire est destiné à se muer en un titre secondaire ou final donnant à son titulaire, un droit à l'attribution de titres de créance ou l'accès au capital de la société émettrice. Dans ce cadre, le titre primaire, défini de façon générale comme une valeur mobilière, pourra, selon des modalités prévues dans le contrat d'émission, être converti, échangé ou remboursé contre un titre de capital ou un titre de créance.

462. Le régime juridique des valeurs mobilières composées en droit Ohada, à l'instar de la législation française dont il s'inspire, est « *marqué par une très grande liberté contractuelle* »¹⁰⁹⁹. Par un ensemble de dispositions nouvellement insérées dans l'AUSC¹¹⁰⁰, le législateur Ohada met en place « *un régime légal uniforme pour l'ensemble de ces titres, au caractère très largement supplétif, le contrat d'émission permettant de déroger à de nombreuses règles légales* »¹¹⁰¹. N'ayant pas expressément défini la notion de valeur mobilière composée, le

des avantages particuliers, lorsque l'assemblée est appelée à se prononcer sur une émission d'actions relevant d'une catégorie déjà créée, l'évaluation des avantages particuliers doit être faite dans le rapport spécial.

¹⁰⁹⁷ Voir art. 401 AUSC.

¹⁰⁹⁸ « Projet de réforme de l'Acte Uniforme OHADA relatif aux sociétés commerciales ». Projet et tableau de bord en date du 07 sept. 2011 remis au Secrétaire Particulier de l'OHADA en vue du séminaire d'imprégnation des 5-6-7 octobre 2011, inédit, p. 401.

¹⁰⁹⁹ B. FAYE et J. NYEMB, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 72.

¹¹⁰⁰ Cf. notamment art. 822-1 à 822-21 AUSC.

¹¹⁰¹ B. GRELON, « Le nouveau droit des valeurs mobilières donnant accès au capital » : *Rev. sociétés* 2004, p. 579 et s.

législateur Ohada n'en a pas moins clairement traduit l'étendue et la portée des possibilités qui s'offrent désormais aux sociétés par actions dans la perspective de la création de ces instruments financiers. En réalité, la variété et la complexité des valeurs mobilières, les unes par rapport aux autres, semblent être incompatibles avec des définitions légales, préalables et spécifiques. Dès lors, l'article 822 expose simplement en des termes généraux, la finalité des valeurs mobilières composées dans les sociétés commerciales de droit Ohada : elles consistent à donner un « *accès au capital* » ou à permettre une « *attribution de titres de créance* » à leur titulaire.

463. Ainsi, de manière indirecte mais certaine, le législateur Ohada décide de laisser une grande liberté aux actionnaires pour définir le procédé de passage du titre primaire au titre secondaire et pour, de manière plus générale, fixer par eux-mêmes le statut des valeurs mobilières composées. Ce faisant, le législateur Ohada vient ainsi, d'un seul trait, de transposer dans la législation des Etats membres, la substance d'une réforme engagée en droit français par la loi du 14 décembre 1985 et achevée par l'ordonnance du 24 juin 2004¹¹⁰². En conséquence, le législateur Ohada fait désormais, ainsi qu'il a été écrit en droit français à propos de l'ordonnance réformatrice du droit des valeurs mobilières¹¹⁰³, « *la promotion législative des stipulations contractuelles* » à travers « *l'élargissement de la liberté en matière de conception des titres* ». En outre, à l'instar du droit français, l'AUSC s'est intentionnellement refusé à énumérer les autres valeurs mobilières qui peuvent être créées à l'intérieur du cadre qu'il institue. La conception extensive des valeurs mobilières composées, adoptée en droit Ohada doit dès lors « *englober toutes les hypothèses envisageables et permet(tre) de regrouper, en les*

¹¹⁰² Alors que la préférence croissante des investisseurs pour les titres hybrides de plus en plus diversifiés et complexes avait dans un premier temps conduit le législateur français à définir des régimes spéciaux au fur et à mesure de l'apparition de chaque nouvel instrument financier (Par exemple les obligations avec bon de souscription d'actions, l'obligation convertible ou l'obligation échangeable en action), les régimes légaux spéciaux élaborés par le législateur différaient entre eux notamment en raison de l'évolution des conceptions entre deux textes législatifs successifs. Visiblement, le législateur français s'essouffait à vouloir réglementer séparément et de manière disparate les divers instruments. Intervient alors la loi du 14 décembre 1985 qui traduit un revirement complet de la politique législative en la matière en autorisant l'émission par les sociétés par actions de toutes « *donnant droit par conversion, échange, remboursement, présentation d'un bon ou de toute autre manière, à l'attribution à tout moment ou à date fixe de titres qui, à cet effet, sont ou seront émis en représentation d'une quotité du capital de la société émettrice* ». Mais en adoptant cette disposition en 1985, le législateur n'ayant pas en même temps abrogé les régimes spécifiques antérieurs, il a introduit une incohérence dans la pratique de ces titres complexes. C'est contre de telles incohérences que les praticiens réclamaient aussi bien une unification du régime des titres composés, qu'une unification de leur procédure d'émission. Les propositions faites seront alors successivement adoptées (L n° 94-679 du 8 août 1994 et n° 95-96 du 1^{er} février 1996 visant à l'unification des procédures d'émission) mais c'est l'ordonnance du 24 janvier 2004 qui va abolir les régimes spéciaux et achever la réforme introduite en 1985. Voir à ce sujet : Ph. BISSARA et J.-P. BOUERE, « Les propositions du CNPF de modernisation du régime des émissions de titre de capital », in *BJS*, jan. 1994, p. 9 et s.

¹¹⁰³ Ph. BISSARA, « Présentation générale de l'ordonnance portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions », in *Le droit des sociétés pour 2005*, Dalloz, p. 85, n° 12.

validant, les formules les plus originales créées par la pratique »¹¹⁰⁴. Le contrat d'émission apparaît alors comme la pièce maîtresse de l'émission des titres complexes et devient le domaine de définition des caractéristiques de ces derniers¹¹⁰⁵.

464. Dans ce contexte et sous la réserve de l'interdiction de transformer un titre de capital en valeurs mobilières représentatives de créances¹¹⁰⁶, de véritables possibilités d'émission de titres complexes s'offrent aux actionnaires en droit Ohada. Les valeurs mobilières composées courantes auxquelles fait référence la doctrine sont celles classiquement connues et pratiquées en droit français¹¹⁰⁷. Ainsi, envisage-t-on le recours dans les sociétés anonymes de droit Ohada à des titres complexes tels que les obligations convertibles en actions dont l'émission était jusqu'alors jugée impossible par certains auteurs sous l'égide de l'ancien Acte Uniforme OHADA. De fait, elles n'ont été que peu mises en place en pratique compte tenu des incertitudes juridiques pesant sur leur validité¹¹⁰⁸. Elles consistent en réalité en des obligations assorties d'une option donnant à leur porteur, la faculté de les convertir, selon des conditions prédéterminées dans le contrat d'émission, en actions nouvelles émises par la société. En contrepartie de cette faculté qui s'offre à l'obligataire primaire de devenir actionnaire, la rémunération de la composante obligataire de l'obligation convertible est généralement plus faible que celle dont pourrait bénéficier une obligation classique. L'émetteur propose au souscripteur de diminuer le taux actuariel auquel il peut prétendre en contrepartie de l'octroi d'une option de conversion pouvant être à l'origine de gains importants. Aussi, les obligations convertibles ou échangeables en actions nouvelles ou existantes sont-elles envisageables. L'émetteur ici peut rembourser le titulaire de l'obligation en actions nouvelles mais également en actions existantes qu'il rachète lui-même en principe¹¹⁰⁹. Il faut noter qu'afin d'éviter la

¹¹⁰⁴ B. GRELON, « Le nouveau droit des valeurs mobilières donnant accès au capital » : *Rev. sociétés* 2004, p. 579, n° 21.

¹¹⁰⁵ A. TRAORE, *Les incidences de la diversification des valeurs mobilières sur le droit de vote dans les sociétés par actions*, Thèse, Université CLERMONT I-Université d'Auvergne, 2009, p. 203, n° 148.

¹¹⁰⁶ Cette interdiction, que consacre l'article 822-3 de l'Acte OHADA révisé, répond au souci légitime de conserver au capital social sa fonction de gage des créanciers et d'éviter concrètement que les actionnaires puissent améliorer leur situation en cas de difficultés aux dépens des créanciers. Cette impossibilité de conversion ou de transformation est un élément structurel du titre de capital qui ne peut être méconnu à l'occasion de l'émission de valeurs mobilières composées ou complexes.

¹¹⁰⁷ « Dorénavant, qu'il s'agisse d'obligations convertibles en actions (OCA) ; d'obligations échangeables contre des actions (OEA) ; d'obligations à bons de souscription d'actions remboursables (OBSAR) ; d'obligations convertibles ou échangeables en actions nouvelles ou existantes (OCEANE) ; les agencements les plus inédits sont concevables » : F. E. NDJOLO VODOM, « Réflexions sur la SAS de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », in *RJTUM*, n° 50-1, 2016, p. 69.

¹¹⁰⁸ F. NOUVION, « Révision du droit des sociétés Ohada : les valeurs mobilières composées et les valeurs mobilières subordonnées » : *Penant* 2014, n°887, p. 221.

¹¹⁰⁹ Les articles 639 et suivants de l'Acte OHADA révisé, interdisent aux sociétés de racheter leurs propres actions sauf pour les annuler ou pour les attribuer gratuitement aux salariés ou dirigeants.

dilution de son capital, la société émettrice devra annuler les actions qu'il est amené à racheter dans ce cadre ou les attribuer gratuitement à ses salariés ou dirigeants. En outre, les obligations avec bon de souscription d'obligations sont désormais rendues possibles en raison de la conception large que le législateur Ohada adopte relativement aux valeurs mobilières composées. Ces types de valeurs mobilières donnent droit à leurs titulaires de souscrire à une autre obligation ultérieurement. Par ailleurs et sans prétendre à l'exhaustivité, les sociétés anonymes peuvent émettre des obligations avec bons de souscription d'actions ou même des bons autonomes de souscription d'actions ou d'obligations.

465. En tant que telles, ces valeurs mobilières composées qui marquent, selon un auteur, une évolution de l'obligation en direction de l'action¹¹¹⁰ constituent un genre de titre dont chacune des composantes a vocation à se différencier en fonction tant des besoins des émetteurs que des aspirations de leurs porteurs. Le silence du législateur quant aux modalités de conversion du titre primaire en titre secondaire est aussi l'expression de la grande souplesse dont il a voulu assortir le régime des valeurs mobilières composées¹¹¹¹. Mais plus encore, l'AUSC prouve son attachement à renforcer la liberté contractuelle des acteurs de la société anonyme, en prévoyant expressément que, les limitations à la transmission des actions de la société anonyme, prévues aux articles 765 à 771-3 de l'AUSC, sont applicables aux valeurs mobilières composées, qui donnent accès au capital.

Section 2 : La contractualisation du régime de la circulation des valeurs mobilières

466. Si la diversification de valeurs mobilières porte la marque de la contractualisation des modalités de leur émission, ce dernier phénomène influence aussi les règles qui organisent leur transmission. En effet, l'émission par la société anonyme de titres négociables et librement transmissibles est l'une des caractéristiques fondamentales qui font la singularité de cette forme sociale¹¹¹². Comme l'a affirmé le Professeur Alain COURET, la vocation des valeurs mobilières

¹¹¹⁰ A. REYGROBELLET, *La notion de valeurs mobilières*, Thèse de doctorat, Université Paris 2, 1995, p. 114.

¹¹¹¹ « Le texte ne livre aucun élément explicite sur le processus de transformation des titres, la pratique en la matière est que cette transformation résulte d'une convention, d'un échange, d'un remboursement ou de tout autre moyen » : T. GRANIER, « Le renouvellement du droit des valeurs mobilières » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 40. Adde A. TRAORE, *Les incidences de la diversification des valeurs mobilières sur le droit de vote dans les sociétés par actions*, Thèse, Université CLERMONT I-Université d'Auvergne, 2009, pp. 195-196, n° 142.

¹¹¹² La Cour de cassation française a même affirmé que la libre négociabilité des actions est de l'essence des sociétés anonymes. Voir Cass. com. 22 octobre 1969, *JCP* 1970, II, 16197, note J. PAILLUSSEAU ; *Rev. sociétés* 1970, p. 288.

Notons au passage que la libre transmissibilité des titres est intimement liée à leur libre négociabilité, la première étant une condition préalable de la seconde. Voir à cet effet N. NGOM, « Société anonyme faisant appel public à l'épargne », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1902, n° 130.

est de circuler « *et bloquer cette circulation retire son âme à la société anonyme* »¹¹¹³. L'*intuitu personae* étant *a priori* exclu dans cette forme sociale, les valeurs mobilières sont en principe librement transmissibles.

467. Pourtant en pratique, d'autres nécessités conduisent à assouplir ce principe. Le souci de contrôler directement ou indirectement les mouvements des valeurs mobilières émises par une société anonyme en recourant aux techniques contractuelles présente un certain nombre d'intérêts pratiques. Il a notamment pour but de protéger la société contre les offres d'achat ou de vente inamicales et permet une maîtrise de la détention et du contrôle du pouvoir en son sein. En conséquence, qu'il s'agisse des titres de créances classiques ou des valeurs mobilières composées donnant accès au capital, la faculté normalement accordée à leurs titulaires de librement les transmettre est susceptible d'être limitée par l'intervention de la liberté contractuelle des actionnaires dans l'aménagement de leurs régimes juridiques. Il s'agit de manière générale d'une question, qui, selon la doctrine, a vu le domaine de la liberté s'accroître ces dernières années, « *le législateur et la jurisprudence ayant peu à peu desserré les étaux qui pouvaient entraver le choix des associés* »¹¹¹⁴.

468. L'article 765 de l'AUSC dispose en effet qu'en dépit du principe de la libre transmissibilité énoncé à l'article 764, les statuts ou les conventions extrastatutaires peuvent stipuler certaines limitations à la transmission des actions. Lesquelles limitations sont, selon l'article 822-21 de l'AUSC, tout aussi applicable aux valeurs mobilières donnant accès au capital. De toute évidence, ces règles de limitation conventionnelle à la transmission des titres peuvent aussi être définies, en ce qui concerne les valeurs mobilières donnant accès au capital, dans le contrat de leur émission.

469. On le sait, même si une liberté absolue dans la transmission des valeurs mobilières peut entraîner une certaine insécurité quant à la stabilité de l'actionnariat de la société, priver les actionnaires de la libre transmissibilité de leurs titres ou leur permettre d'y renoncer conventionnellement fait de la société anonyme une société fermée et la rapproche des sociétés de personnes¹¹¹⁵. Ce rapprochement entre sociétés de personnes et sociétés par actions, qui est dû, selon certains, à une prise en compte excessive de la personne des actionnaires en lieu et

¹¹¹³ A. COURET, « De l'inaliénabilité des actions de SA », note sous Cass. civ., 1^{ère} ch., 31 oct. 2007, n° 05-14238, in *BJS*, 01/02/2008, n° 2, p. 121.

¹¹¹⁴ M.-H. MONSERIE-BON, « Le contrôle des mouvements d'associés », in *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ?* LexisNexis, Collection Actualités de droit de l'entreprise, 2013, p. 76.

¹¹¹⁵ F. NDJAMONO ONGUILA, « Les critères fondamentaux de la société anonyme en droit Ohada », in *Les cahiers de droit*, mars 2012, vol. 53, n° 1, p. 56.

place de leurs apports, serait en outre favorisé par la mise sous forme nominative des actions¹¹¹⁶. L'article 745 énonce la faculté pour le législateur ou pour les statuts d'imposer la forme exclusivement nominative aux valeurs mobilières émises par la société anonyme. Le texte de l'article 748-1 dispose en référence aux sociétés anonymes non cotées que « *les actions qui ne sont admises ni aux négociations sur une bourse de valeur ni aux opérations d'un dépositaire central revêtent la forme nominative* ». Ce déclin de l'anonymat dans la société anonyme permet non seulement la connaissance des actionnaires entre eux et par la société, mais traduit aussi l'importance croissante que prennent la personne et la volonté de l'actionnaire¹¹¹⁷. Plus particulièrement, il « *reme[t] à jour une idée oubliée derrière l'approche institutionnelle de la société, selon laquelle, [dans les sociétés anonymes,] contrairement aux apparences, les capitaux ne priment pas sur les hommes* »¹¹¹⁸.

470. De fait, la prise en compte de la volonté des actionnaires, qui sont désormais censés se connaître entre eux, s'impose comme facteur déterminant des règles de la transmission des actions. La connaissance des détenteurs du capital d'une société permet un contrôle des prises de participation. Dès lors, la contractualisation apparaît comme le moyen d'assouplissement conventionnel du principe de la libre transmissibilité des valeurs mobilières confirmant ainsi l'opinion de certains auteurs, selon laquelle aucune règle n'interdit dans une société par actions de renoncer au bénéfice de la négociabilité des titres¹¹¹⁹. L'*intuitu personae*, dont la prise en compte justifie dans une certaine mesure la diversification des valeurs mobilières en ce qu'il faut réserver un traitement personnalisé à certains actionnaires investisseurs, s'exprime aussi d'une autre manière pour, cette fois-ci, filtrer les entrées et les sorties dans le capital social en vue d'un contrôle de la détention du pouvoir¹¹²⁰. En tant que tel et surtout compte tenu de la

¹¹¹⁶ Cf. F. NDJAMONO ONGUILA, « Les critères fondamentaux de la société anonyme en droit Ohada », *idem*. En effet, l'article 745 de l'AUSC disposait que la forme exclusivement nominative des valeurs mobilières peut être imposée par le législateur ou par les actionnaires et l'ancien article 765 prévoyait que les clauses de limitation de la transmissibilité des valeurs mobilières ne sont valables dans une société que si toutes les actions sont nominatives.

¹¹¹⁷ Cf. M. CACHIA, « Le déclin de l'anonymat dans les sociétés par actions », in *Etudes offertes à Pierre KAYSER*, PUAM, 1979, p. 213.

¹¹¹⁸ A. MORIN, « *Intuitu personae* et sociétés cotées » : *RTD com.* 2000, p. 299 et s., n° 5.

¹¹¹⁹ M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2^e éd. 1992, n° 423.

¹¹²⁰ Sur les distinctions de la notion d'*intuitu personae* dans les sociétés anonymes, voir M. ROUSSEAU, « L'*intuitu personae* dans les sociétés par actions » : *RJO* 1995-1, p. 27. D'après l'auteur, « *il existe plusieurs manières de prendre en considération la personne des associés et sa signification n'est pas identique dans les sociétés de personnes et dans les sociétés par actions (...). L'intuitu personae prend des formes variées dans les sociétés du second groupe. A l'intuitu personae "proprement dit" ou "vieux style", envisageant la considération de personnes déterminées, nécessaires au fonctionnement de la société en raison de leurs qualités personnelles, s'ajoute l'intuitu personae "nouveau style" lorsque la personne de l'associé est considérée abstraitement au travers d'une ou plusieurs de ses qualités. Mettant l'accent sur le fait que, dans la seconde approche, l'objectif recherché est la protection de la société contre certaines personnes qu'il s'agit d'écarter, des auteurs ont opposé l'intuitu personae "négalif ou noxiae" à l'intuitu personae "positif" ou necessariae* ». Voir aussi P. JEANDEL, L'«*intuitu personae* ».

place grandissante qu'occupe la prise en compte de l'*intuitu personae* dans la société anonyme¹¹²¹, la doctrine en est arrivée à penser que « *ce n'est plus une hérésie de parler de société anonyme de personnes* »¹¹²².

471. Pour ainsi fermer l'accès aux sociétés anonymes, la pratique du droit français a développé un ensemble de mécanismes contractuels qui sont, pour la plupart, restés étrangers à la zone Ohada dont l'attachement à une réglementation rigide du droit des sociétés a été la règle jusqu'à la réforme de 2014. Ainsi que l'écrivent certains, « *jusqu'à la réforme de l'AUSCGIE, le droit OHADA n'envisageait les limitations au principe de libre transmission qu'à travers le prisme de l'agrément* »¹¹²³. A l'époque, l'article 765 de l'AUSC prévoyait de manière restrictive les limitations au principe de la libre transmissibilité des actions, empêchant ainsi de prévoir statutairement ou extra-statutairement des clauses de préemption et d'inaliénabilité. Dès lors, l'innovation de la réforme de l'AUSC sur cette question est doublement intéressante. Elle réaffirme d'abord la faculté pour les actionnaires de stipuler des limitations à la transmission des actions. Mais dans son approche libérale, elle consacre désormais une variété de moyens pour contrôler conventionnellement la transmission des actions.

472. Elle consacre ainsi les clauses de préemption et d'inaliénabilité qui, n'ayant fait l'objet d'aucun encadrement dans l'ancien AUSC, peuvent désormais être stipulées par les actionnaires d'une société anonyme soit dans les statuts de la société ou dans les conventions extrastatutaires entre actionnaires (§1). Mais pour ce qui est de la clause d'agrément, bien que le législateur l'ait maintenue et ait précisé son régime, la doctrine ne s'accorde pas sur la possibilité de la localiser en dehors des statuts (§2).

personae'' dans les sociétés commerciales, thèse de doctorat, Nancy, 1932, p. 13 et s. ; G. CAMERLYNCK, *De l'intuitu personae dans la société anonyme*, thèse de doctorat, Paris, 1929, p. 23 et s.

¹¹²¹ S. HELOT, « La place de l'*intuitu personae* dans les sociétés de capitaux », *Recueil Dalloz*, 1991, Chron. XXVIII. ; G. BOURCART, « De l'*intuitu personae* dans les sociétés » : *Journal des sociétés*, 1927, p. 513.

¹¹²² F. NDJAMONO ONGUILA, « Les critères fondamentaux de la société anonyme en droit Ohada », in *Les cahiers de droit*, mars 2012, vol. 53, n°1, p. 77. Pour un autre auteur, on aura beau distinguer les sociétés de personnes des sociétés de capitaux en fonction du critère de la place qu'occupe la personne de l'associé, il n'en demeure pas moins que les unes comme les autres prennent en considération la personne physique : cf. I. PASCUAL, « La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés » : *RTD com.* 1998, p. 273. Voir aussi P. S. BADJI, « Les orientations du législateur Ohada dans l'AUSCGIE révisé » : *Rev. ERSUMA*, n° 6, nouvelle éd., Jan. 2016, p. 23 et 24, n° 43, « *La consécration des différentes clauses dans les statuts des sociétés anonymes permet de se rendre compte que l'intuitu personae n'est pas absent dans les sociétés par actions. Du coup, cette notion n'est plus un critère suffisant pour distinguer les sociétés de personnes des sociétés par actions.* »

¹¹²³ « *L'article 765 prévoyait de manière restrictive les limitations au principe de la libre transmissibilité des actions, empêchant ainsi de prévoir statutairement ou extra-statutairement des clauses de préemption et d'inaliénabilité* » : cf. B. FAYE, J.-J. ESSOMBÈ MOUSSIO et alii, « La modernisation du régime des valeurs mobilières pour les sociétés par actions » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 86.

§1- La faculté de recourir aux clauses d'inaliénabilité ou de préemption

473. Depuis la réforme de l'AUSC, les acteurs de la société anonyme non cotée de l'espace Ohada sont libres de limiter la libre transmissibilité des actions et autres valeurs mobilières donnant accès au capital de leur société en recourant à une clause de préemption ou à une clause d'inaliénabilité. Ces techniques contractuelles, auxquelles les praticiens ont toujours songé sous la réglementation de l'AUSC de 1997 sans jamais avoir eu une quelconque certitude quant à leur validité, viennent ainsi d'avoir une assise légale. Il s'agit de clauses conventionnelles pouvant, selon le choix des actionnaires, figurer soit dans les statuts de la société soit dans une convention extrastatutaire. Participant ainsi de la modernisation du droit Ohada des valeurs mobilières, la possibilité de recourir à l'un ou l'autre de ces mécanismes contractuels accroît la libéralisation de la réglementation des sociétés anonymes de l'Ohada. A ce titre, les clauses d'inaliénabilité (**A**) et de préemption (**B**) s'avèrent être une source importante de flexibilité du régime de la circulation des valeurs mobilières.

A- La clause d'inaliénabilité

474. Consacrées par le nouvel article 765-1 de l'AUSC, les clauses d'inaliénabilité sont désormais incontestablement valables dans les sociétés anonymes de droit Ohada¹¹²⁴. Elles représentent le degré le plus élevé du contrôle des mouvements de titres sociaux en ce que, l'actionnaire ne peut plus négocier ses titres pendant une durée conventionnellement retenue¹¹²⁵. Longtemps contestée en doctrine¹¹²⁶, la clause d'inaliénabilité a constamment été perçue à travers l'atteinte qu'elle est réputée porter à la libre négociabilité des actions. On en est même arrivé à penser que l'inaliénabilité, largement appliquée au moyen âge allait définitivement disparaître dans une civilisation où, disait-on, tout s'achète et tout se vend¹¹²⁷. Mais depuis que, sur la base de l'article 900-1 du code civil, son principe a été étendu aux actes à titre onéreux¹¹²⁸, la majorité de la doctrine semble aujourd'hui y être favorable, considérant

¹¹²⁴ B. MERCADAL (dir.), *Code Pratique OHADA. Traité, Actes uniformes et Règlements annotés*, éd. Francis LEFEBVRE, 2014, comm. art. 765-1 AUSC.

¹¹²⁵ H. MOUBSIT, « Les clauses d'inaliénabilité en droit des sociétés », in *RLDA*, n° 86, oct. 2013, p. 91 ; T. FAVARIO, « La clause statutaire d'inaliénabilité », in *BJS*, 2010/1, p. 100, n° 3 ; H. CORVEST, « L'inaliénabilité conventionnelle », in *Défrénois*, 1979, art. 32126 ; C. FERRY et *alii*, « Validité, portée et efficacité des clauses d'inaliénabilité statutaires et extrastatutaires », *Actes prat. ing. Sociétaire*, 2011, n° 115, p. 4 et s.

¹¹²⁶ B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, LGDJ, 2003, n° 173, p. 145 ; J. MESTRE et D. VELARDOCCIO, *Lamy Sociétés commerciales*, 2007, p. 2094, n° 4540 ; M.-H. MONSERIE-BON, « Le contrôle des mouvements d'associés », in *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ?* LexisNexis, Collection Actualités de droit de l'entreprise, 2013, p. 79 et s.

¹¹²⁷ Y. GUYON, « L'inaliénabilité en droit commercial », in *Droit et vie des affaires. Etudes à la mémoire d'Alain SAYAG*, Litec, 1997, p. 269.

¹¹²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 31 oct. 2007, n° 05-14238 : *RDC*, 1^{er} avr. 2008, n° 2, p. 248, note Y.-M. LAITHIER ; *BJS*, fév. 2008, p. 121, note A. COURET.

qu'une telle inaliénabilité peut être de l'intérêt de la société et qu'il n'y a plus d'argument pertinent pour l'écarter¹¹²⁹. C'est dans ce contexte doctrinal que le législateur français a « *succombé aux sirènes de l'inaliénabilité* »¹¹³⁰. Celui de l'Ohada, fidèle à sa volonté de moderniser son droit et de l'adapter aux attentes de ses sujets a, quant à lui, fait aussi le choix d'organiser les conditions de validité et les effets de l'inaliénabilité des valeurs mobilières dans les sociétés anonymes.

475. Sans expressément poser le principe de leur consécration, l'article 765-1 de l'AUSC dispose simplement que « *les clauses d'inaliénabilité affectant les actions ne sont valables que si elles prévoient une interdiction d'une durée inférieure ou égale à dix ans et qu'elles sont justifiées par un motif sérieux et légitime* ». Elle pose ainsi les conditions de validité de ce mécanisme permettant de maintenir telle ou telle autre personne physique ou morale dans la société pendant un temps plus ou moins long mais aussi de contrôler l'actionnariat de cette dernière¹¹³¹. Ainsi, qu'elle soit insérée dans les statuts de la société anonyme ou dans une convention extrastatutaire, la validité d'une clause d'inaliénabilité des titres sociaux doit respecter trois conditions cumulatives qui sont relatives d'une part à leur durée et d'autre part à leur justification.

476. D'abord, l'AUSC dispose que « *les clauses d'inaliénabilité affectant des actions ne sont valables que si elles prévoient une interdiction d'une durée inférieure ou égale à dix ans* »¹¹³². Ce faisant, le législateur assure le respect du droit de propriété du titulaire des valeurs mobilières qui suppose une libre disposition des biens qui en sont l'objet et que, même un consentement éclairé et librement exprimé ne devrait pas empêcher indéfiniment. Le législateur aurait manqué de limiter dans le temps cette interdiction exceptionnelle qu'il permettrait implicitement que l'actionnaire puisse être esclave de la société en se privant volontairement pour une durée indéterminée d'en sortir librement. Il n'y a certes pas de raison fondamentale qui justifie que le

¹¹²⁹ Voir par exemple R. MORTIER, « La nouvelle aire des clauses d'inaliénabilité », comm. sous Cass. 1^{ère} ch. civ., 31 oct. 2007, n° 05-14.238, *JCP N*, 2008, 1064.

S. SCHILLER, « La cour de cassation a-t-elle révolutionnée les conventions d'inaliénabilité en droit des sociétés ? », Note sous Cass. 1^{ère} Ch. Civ., 31 Octobre 2008 : *Rev. Sociétés* 2008, p. 322.

¹¹³⁰ P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2010, p. 335, n° 526.

¹¹³¹ P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2010, p. 334, n° 525 : « *les actionnaires financiers obtiennent des actionnaires opérationnels que ceux-ci ne cèderont pas leurs actions avant le terme du prêt* ». Les utilités d'une telle clause sont multiples, elle peut poursuivre des finalités de garantie. « *Il mérite d'être souligné que la pratique des conventions extra-statutaires, avec l'approbation discrète de plusieurs juridictions du fond, et même de la Chambre commerciale, s'était aventurée à user de la stipulation d'inaliénabilité non pas seulement pour stabiliser un tour de table et créer ainsi des « noyaux durs », parfois grâce à l'appui des pouvoirs publics, parfois en vue de pérenniser une opération de restructuration, mais afin d'apporter une garantie particulière aux intérêts légitimes d'un cocontractant* » : cf. J.-F. BARBIERI, « L'inaliénabilité affectant les droits sociaux », in *BJS*, 01/05/2008, n° 5, p. 450.

¹¹³² Art. 765-1 AUSC.

législateur ait choisi de fixer la durée maximale de validité de la clause d'inaliénabilité à dix ans et non pas plus ou même moins. En tout état de cause, la période maximale de dix ans semble être une durée raisonnable. Ceux qui la trouvent trop longue pourront prévoir leur clause d'inaliénabilité pour une période plus courte et ceux pour qui les dix années pourraient paraître trop courtes renouvelleront éventuellement leur clause d'inaliénabilité tant qu'un motif sérieux et légitime en justifiera le maintien.

477. C'est justement en fonction de la raison d'être que s'apprécie la validité de la clause d'inaliénabilité. La loi exige à ce propos que le recours à une clause d'inaliénabilité soit justifié par un motif sérieux et légitime. La question pourrait dès lors se poser de savoir qui, d'entre les acteurs de la société et le juge, est habilité à évaluer le caractère sérieux et légitime des motifs justifiant le recours à la clause d'inaliénabilité. Facile en apparence, la réponse à cette question ne semble pas pour autant évidente. On pourrait en effet croire que c'est la société "personne morale" ou encore ses membres, parties à la clause d'inaliénabilité qui jugent de l'opportunité d'y recourir. Mais on pourrait aussi se demander si la juridiction compétente n'a pas un rôle prépondérant à y jouer. A notre sens, la solution est duale et peut varier selon que la clause d'inaliénabilité est statutaire ou extrastatutaire. Dans le premier cas, les statuts incarnant la volonté de la personne morale qu'est la société, c'est en principe cette dernière par le biais de ses organes compétents, qui juge de l'opportunité et apprécie le sérieux du motif qui recommande de recourir à une clause d'inaliénabilité. En tant que tel, le mécanisme de l'inaliénabilité des valeurs mobilières peut répondre à une variété infinie de besoins propres qui peuvent changer d'une société anonyme à une autre et en fonction des objectifs de ses membres. Dans le second cas où quelques-uns des actionnaires d'une société anonyme peuvent prétendre à l'inaliénabilité de leurs titres dans une convention extrastatutaire à laquelle n'est pas partie la société dont ils sont membres, il est tout aussi évident que les raisons du recours à ce mécanisme doivent être définies et appréciées par les parties contractantes¹¹³³.

478. Quoi qu'il en soit, le juge pourrait intervenir au cas par cas pour évaluer le caractère sérieux et légitime du motif ayant initialement fondé le recours à la clause d'inaliénabilité en se référant à l'intérêt de la société dont les titres sont en cause. Mais il pourrait aussi vérifier, en dépit de ce que l'inaliénabilité est enserrée dans un délai de dix ans, si la motivation réelle de l'un de ses signataires n'est pas de maintenir son cosignataire dans la société malgré lui ou

¹¹³³ Il s'agit la plupart du temps, pour l'une des parties à cette clause, de s'assurer le contrôle du pouvoir dans la société.

plus généralement s'il n'y a pas abus¹¹³⁴ de la part de l'une ou l'autre des parties. En tout état de cause, il ne saurait à notre sens y avoir, des critères précis préalablement définis suivant lesquels une évaluation *in abstracto* des motifs d'une clause d'inaliénabilité se ferait dans l'ensemble des cas qui ressortiraient de la pratique.

479. La question de l'intervention du juge devient davantage pertinente quand il s'agit de savoir s'il peut lever l'inaliénabilité avant l'échéance du délai convenu entre les parties, en se fondant sur un motif sérieux et légitime. Autrement dit, le juge peut-il intervenir et juger de l'opportunité de lever une clause d'inaliénabilité convenue au motif que l'intérêt qui justifiait cette inaliénabilité ne la justifie plus ? Cette question n'a jamais été tranchée. Au demeurant, l'on voit peu d'hypothèses en pratique dans lesquelles le juge pourra véritablement constater la disparition de la cause de l'inaliénabilité puisque, le plus souvent, la raison qui la justifie est une volonté permanente de renforcer l'*intuitu personae*. En l'absence de position exprimée par la loi ou la jurisprudence sur cette question, on ne peut que demeurer réservé à l'idée d'admettre que le juge puisse intervenir dans un tel contexte.

480. Si, sur cette question du caractère sérieux et légitime des motifs justifiant le recours aux clauses d'inaliénabilité des valeurs mobilières, le législateur Ohada a manqué d'être plus précis, il semble s'être particulièrement assuré de l'efficacité de ces clauses. Ainsi que le prévoit l'acte uniforme, toute cession d'action réalisée en violation de la clause d'inaliénabilité statutaire encourt nullité¹¹³⁵. Et même dans les cas où la clause d'inaliénabilité est extrastatutaire, sa violation peut encourir la nullité de l'acte de cession frauduleuse si l'un au moins des cessionnaires connaissait l'existence de la clause ou était, à tout le moins, censé ne pas en ignorer l'existence¹¹³⁶. Ce faisant, le législateur exprime sa volonté de ne pas laisser la liberté qu'elle accorde aux actionnaires ainsi que les aménagements qu'elle peut générer prospérer dans une inefficacité juridique. Ce même souci a guidé la réglementation par le législateur des clauses de préemption affectant la libre circulation des valeurs mobilières, qui, comme la clause d'inaliénabilité, peuvent figurer désormais tant dans les statuts que dans les conventions extrastatutaires.

B- La clause de préemption

¹¹³⁴ Il peut s'agir d'un abus de droit ou d'un abus de position dominante de la part de l'un des signataires de la clause.

¹¹³⁵ Art 765-2 AUSC.

¹¹³⁶ *Idem*.

481. Selon les termes de l'article 771-2 de l'AUSC en vigueur dans l'espace Ohada, « *il peut être stipulé dans les statuts ou les conventions de l'article 2-1 ci-dessus que l'actionnaire qui entend céder tout ou partie de ces actions est tenu de le notifier à un ou plusieurs autres actionnaires, qui peuvent faire connaître au cédant qu'ils exercent un droit de préemption aux prix et conditions qui lui ont été notifiés* ». En disposant ainsi, le législateur Ohada pose le principe de la validité des clauses de préemption des actions et autres valeurs mobilières dans les sociétés anonymes de droit Ohada. Comme l'indique l'AUSC lui-même, la clause de préemption est un mécanisme qui limite la libre transmissibilité des valeurs mobilières. C'est aussi et avant tout un mécanisme contractuel qui exprime la tendance contractualiste du nouveau droit des sociétés de l'Ohada.

482. Techniquement, la clause de préemption permet aux actionnaires qui y ont souscrit en tant que bénéficiaires, d'acquérir en priorité les actions de la société que mettent en vente les autres actionnaires liés par cet accord. Lorsqu'elle est statutaire, elle s'applique à toute cession d'actions de la société concernée. Mais quelle que soit sa localisation statutaire ou non, le bénéficiaire de la préférence n'est pas impérativement tenu d'acquérir les actions qui lui sont proposées. En tout état de cause, la clause de préemption s'avère être un moyen pour certains actionnaires d'augmenter leur participation dans la société. Elle permet également le maintien d'un certain équilibre entre groupes d'actionnaires lorsqu'un membre d'un groupe manifeste son intention de se retirer.

483. Visant à satisfaire de telles attentes dans les entreprises africaines, le texte de l'article 771-2 consacre la clause de préemption mais semble traduire une volonté du législateur Ohada de ne voir intervenir ce type de clause que dans les rapports entre actionnaires. Les tiers à la société ne pouvant *a priori* pas bénéficier d'une telle préférence. En effet, pour avoir disposé dans la loi qu'en application de la clause de préemption, « *l'actionnaire qui entend céder une ou plusieurs de ses actions est tenu de le notifier à un ou plusieurs autres actionnaires ...* »¹¹³⁷, le législateur semble exclure de fait la possibilité d'aménager un droit de préemption au profit d'une personne étrangère à la société. Au-delà de cette restriction légale, dont le principe reste discuté¹¹³⁸, la doctrine Ohada s'entend pour dire que « *les clauses de préemption constituent*

¹¹³⁷ Art. 771-2 AUSC.

¹¹³⁸ Il nous semble en effet que la clause de préemption peut bien être aménagée au profit d'une personne non encore actionnaire de la société dont les actions vont être cédées. Dans cette perspective, elle sera souvent articulée avec une clause d'agrément. Ainsi, le cessionnaire qui s'apprête à entrer dans le capital d'une société après s'être soumis dans un premier temps au mécanisme de la préemption, subira dans un second temps la mise en œuvre du mécanisme de l'agrément.

une source de flexibilité en droit des sociétés puisque leur régime, peu réglementé, laisse une grande place à la liberté contractuelle »¹¹³⁹.

484. L'AUSC reste muet sur les modalités de mise en œuvre de la clause de préemption qu'il consacre ; il ne prévoit pas de règles de procédure ou de dispositions particulières de mise en œuvre applicables en cas de préemption. Il convient donc de formuler clairement dans la clause elle-même les modalités de sa mise en œuvre afin d'en assurer l'efficacité. Si la clause de préemption est statutaire, la société en assurera l'application par l'intermédiaire de l'un de ses organes. Si elle est extrastatutaire et ne lie pas la société, les règles gouvernant sa mise en œuvre seront abandonnées à la volonté commune de ses signataires. La loi sanctionne toutefois par la nullité la violation des clauses de préemption statutaires. Pour ce qui est de la violation d'une clause de préemption extrastatutaire, cette sanction de la nullité n'est encourue que si le bénéficiaire de la cession frauduleuse en connaissait ou ne pouvait en ignorer l'existence¹¹⁴⁰.

485. Il n'est pas exclu de voir en pratique que, pour renforcer la limite apportée à la libre transmission des actions, les praticiens en arrivent à combiner la clause de préemption avec d'autres mécanismes de restriction de la liberté de céder les actions et les valeurs mobilières donnant accès au capital. En droit français la combinaison la plus fréquente et déjà évoquée par certains auteurs de l'espace Ohada est celle qui articule la clause de préemption avec la clause d'agrément¹¹⁴¹. Cette possibilité doit être envisagée en tenant compte des spécificités qui s'attachent à la clause d'agrément telle qu'elle est organisée par le législateur Ohada.

§2- Le mécanisme des clauses d'agrément

486. Déjà organisée sous l'empire de l'ancien AUSC, la clause d'agrément a vu son régime se moderniser à l'occasion de la réforme législative de 2014. Ainsi remanié, le nouveau régime des clauses d'agrément en droit des sociétés anonymes de l'Ohada présente des perspectives nouvelles dans le sens de la promotion de la liberté contractuelle des actionnaires. Le maître mot de la réécriture de ce régime pourrait être celui d'un « *libéralisme mesuré* »¹¹⁴². Libéralisme

¹¹³⁹ B. FAYE, J.-J. ESSOMBÈ MOUSSIO *et alii*, « La modernisation du régime des valeurs mobilières pour les sociétés par actions » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 87.

¹¹⁴⁰ Cf. art. 771-3 AUSC.

¹¹⁴¹ « Le nouveau droit des sociétés de l'Ohada : l'acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et GIE révisé entré en vigueur le 5 mai 2014 », disponible sur http://precedents.avocatcampusinternational.org/pdf/supports_pedagogiques_mali/Daouda_Ba.pdf

¹¹⁴² L'expression a été utilisée dans la doctrine française pour caractériser la réforme du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 : C. MALECKI, « Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 », in *Le droit des sociétés pour 2005*, éd. Dalloz, 2005, p. 286, n°1.

en raison de la place expressément reconnue à la liberté des différents acteurs que la loi implique dans la procédure d'octroi d'un agrément. Il s'agit notamment du pouvoir de l'organe social habilité à agréer le nouveau cessionnaire et aussi de la liberté du cédant, à qui est reconnu le droit de renoncer à tout moment, à son projet de cession de titres. Mais ce libéralisme est mesuré en raison de l'encadrement que le législateur a jugé bon d'assurer à la procédure d'agrément dans le but de prévenir tout abus quel qu'en soit l'origine.

487. Pour autant, quelques incertitudes, propres à mettre en doute le libéralisme du droit d'agrément des cessions d'actions et de valeurs mobilières donnant accès au capital social, subsistent. Alors qu'une souplesse complète de ce mécanisme de contractualisation du droit des sociétés anonymes voudrait que les actionnaires puissent le prévoir aussi bien dans les statuts que dans les conventions extrastatutaires, le législateur Ohada semble n'autoriser que les clauses d'agrément "statutaires". Sans avoir expressément affirmé l'impossibilité de prévoir une clause d'agrément dans les conventions extrastatutaires, il n'a en effet pas évoqué, comme dans le cas des clauses d'inaliénabilité et de préemption, les suites juridiques possibles de la violation d'une clause d'agrément qui serait insérée dans un accord extrastatutaire qui ne lierait que certains des actionnaires. Ce constat en apparence anodin ne manque pas de pertinence quand on connaît l'importance des pactes d'actionnaires dans la vocation des droits modernes des sociétés commerciales à davantage de souplesse.

488. Dans un tel contexte, alors que certains auteurs font le constat selon lequel le droit des sociétés de l'Ohada proscrit le recours aux clauses extrastatutaires d'agrément¹¹⁴³, il ne nous semble pourtant pas interdit de se prononcer en faveur de la validité des conventions d'agrément qui seraient localisées en dehors des statuts. Avant de démontrer le libéralisme dont est empreint le régime des clauses d'agrément prévu aux articles 765-3 et suivants de l'AUSC (B), nous analyserons la position ambiguë de la législation Ohada quant à la validité des clauses d'agrément extrastatutaires pour en déduire qu'elle n'implique pas leur interdiction (A).

A- La validité des clauses d'agrément extrastatutaire

489. Peut-on valablement conclure une clause d'agrément extrastatutaire dans une société anonyme de droit Ohada alors même que l'article 765-3 de l'AUSC ne semble ouvrir la possibilité de stipuler un tel mécanisme que dans les statuts de la société ? Une réponse positive pourrait paraître à première vue inadmissible pour plusieurs raisons, et pourtant, le mécanisme

¹¹⁴³ O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2014, p. 71, n° 131.

contractuel de l'agrément n'apparaît pas étranger au domaine des conventions extrastatutaires définies par l'article 2-1 de l'AUSC.

490. En réalité, la validité des clauses d'agrément extrastatutaires a toujours suscité une vive controverse doctrinale. La majorité des auteurs qui en réfutent la validité¹¹⁴⁴ soutiennent qu'en ce qu'elles constituent une entrave à la libre négociabilité des actions, les dispositions légales relatives à l'agrément de la société doivent faire l'objet d'une interprétation stricte. Pour d'autres encore¹¹⁴⁵, la nécessaire implication dans la procédure d'agrément d'un organe collectif de la société titulaire du droit d'agrément et le défaut de publicité des dispositions extra-statutaires, lesquelles ne sont donc pas automatiquement connues des actionnaires non signataires du pacte et des autres tiers à la société, sont autant de raisons qui militent en la défaveur de l'insertion d'une clause d'agrément en dehors des statuts. Toutefois, une fraction de la doctrine a toujours été favorable à la validité des conventions extrastatutaires d'agrément par lesquelles un actionnaire s'engage envers un autre à ne céder ses actions qu'après avoir obtenu l'accord de ce dernier quant à la personne du cessionnaire pressenti¹¹⁴⁶.

491. En droit Ohada, l'éventualité d'une telle mésentente doctrinale n'est pas à écarter. La problématique de l'insertion de la clause d'agrément dans les conventions extrastatutaires a déjà été abordée par beaucoup d'auteurs qui, dans leur ensemble, semblent affirmer que cette clause ne peut être valablement insérée dans une convention extrastatutaire. Pour la plupart, bien que les articles 765-3 et suivants modifient les règles applicables à la clause d'agrément, sa nature et sa réglementation semble la destiner à « *ne pouvoir figurer que dans les statuts* »¹¹⁴⁷. Dans leur ensemble, ces auteurs estiment qu'une telle lecture s'impose puisque, « *selon l'AUSC de 2014, la clause d'agrément s'entend vraisemblablement d'une clause nécessairement statutaire (...). L'agrément n'ayant rien de secret, il n'a pas vocation à figurer dans des pactes extrastatutaires, que ce soit en droit français ou en droit Ohada* »¹¹⁴⁸. Une telle opinion était déjà en vogue dans l'espace Ohada où la disposition de l'ancien article 765 de l'AUSC posait dans

¹¹⁴⁴ En ce sens, voir A. COIBION, *Les conventions d'actionnaires en pratique. Contraintes juridiques, typologie et application aux opérations de Private Equity*, Larcier, 2010, p. 59, n° 83. *Adde* Mémento Pratique Sociétés Commerciales, F. Lefebvre, 2009, n°18463.

¹¹⁴⁵ G. GOFFAUX-CALLEBAUT, *Du contrat en droit des sociétés: essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, l'Harmattan, 2008, n° 358.

¹¹⁴⁶ Voir à ce propos, J.-J. DAIGRE et M. SENTILLES-DUPONT, *Pactes d'actionnaires*, Ed. GLN-Joly, 1995, n° 52 ; S. PRAT, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert des valeurs mobilières*, Litec, 1992, n°63, renvoyant à un exemple jurisprudentiel proche (Cour d'appel de Paris, 26 mars 1986, *BJS*, 1986, p. 679).

¹¹⁴⁷ D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 18 ; B. FAYE, J.-J. ESSOMBÈ MOUSSIO et *alii*, « La modernisation du régime des valeurs mobilières pour les sociétés par actions » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 87.

¹¹⁴⁸ *Idem*.

les mêmes termes que le nouvel article 765-3, le principe de la validité des clauses d'agrément exclusivement statutaires. Il est évident, avait-t-on écrit, que les clauses d'agrément ont « *leur place au sein des statuts en raison de leur caractère impératif annoncé par le législateur OHADA* »¹¹⁴⁹. Mais si avant la réforme, il était courant dans l'espace Ohada de n'envisager la validité de la clause d'agrément que si elle était statutaire, il est beaucoup moins évident aujourd'hui de nier absolument l'éventualité de la clause d'agrément extrastatutaire.

492. Plusieurs raisons poussent à admettre que la nouvelle conception de la clause d'agrément qui découle de la réforme de l'AUSC ne proscriit pas la possibilité d'insérer une clause d'agrément dans une convention extrastatutaire. D'ailleurs la doctrine le dit si bien, puisqu'à la question de savoir si « *toute clause d'agrément extrastatutaire serait par nature interdite car en contradiction avec l'Acte uniforme ?* »¹¹⁵⁰, on a répondu que « *cela reste à déterminer car l'Acte ne semble pas expressément interdire la stipulation d'une clause d'agrément dans un pacte* »¹¹⁵¹. En réalité, c'est de l'AUSC lui-même que se dégagent les raisons susceptibles de justifier de la validité des clauses extrastatutaires d'agrément en droit Ohada.

493. D'abord, une clause d'agrément étant un mécanisme de contrôle des flux d'actionnaires dans une société anonyme¹¹⁵² ou plus précisément une modalité de limitation de la transmission des actions, elle rentre littéralement dans le domaine des pactes d'actionnaires défini par l'article 2-1 de l'AUSC, qui prévoit que les conventions extrastatutaires peuvent être stipulées en vue d'organiser notamment « *l'accès au capital social* » ou « *la transmission des titres sociaux* » selon des modalités librement arrêtées par les actionnaires¹¹⁵³. Sur cette base, le législateur n'offre-t-il pas de manière générale aux acteurs de toutes les formes sociales du droit Ohada, la faculté de recourir dans les conventions extrastatutaires au mécanisme de l'agrément ? Il nous semble que oui. Néanmoins, certains pourraient essayer de combattre cet argumentaire en soutenant que les dispositions organisant l'agrément dans les sociétés

¹¹⁴⁹ O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2014, pp. 176 et 177, n° 222.

¹¹⁵⁰ D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 18.

¹¹⁵¹ *Idem*.

¹¹⁵² L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés. Etude de droit comparé. Angleterre-Espagne-France*, LGDJ, 2003, p. 588, n° 546.

¹¹⁵³ Certains auteurs suggèrent cette analyse pour démontrer la validité en droit Ohada des clauses extrastatutaires d'agrément, il faut « *s'inspirer de l'article 2-1 de l'Acte uniforme qui, en ce qu'il vise les relations entre associés, la composition des organes sociaux, l'accès au capital social et la transmission des titres sociaux, semble bien viser ici les clauses d'agrément extrastatutaires* ». Cf. D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 18.

anonymes sont des règles spéciales qui dérogent à la règle générale de l'article 2-1 en ce qu'elles n'accordent pas la possibilité aux actionnaires de convenir extra-statutairement d'un mécanisme d'agrément. Il nous semble que cette position ne pourrait être soutenue que si les dispositions des articles 765-3 et suivants du même AUSC, qui fixent le régime légal des clauses d'agrément, avaient impérativement affirmé le caractère strictement statutaire de ces dernières sans aucune possibilité de dérogation. Auquel cas, on se retrouverait en dehors des limites du domaine des conventions extrastatutaires fixé par l'article 2-1 de l'AUSC qui dispose que les conventions extrastatutaires organisant librement l'accès au capital ou la transmission des titres sociaux ne sont valables que « *sous réserve du respect des dispositions du présent acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé...* ». Or, à défaut de prévoir expressément qu'il est possible de recourir à une clause d'agrément extrastatutaire, aucun des neuf (9) articles que le législateur consacre à la réglementation des clauses d'agrément dans la société anonyme n'interdit, ni directement, ni indirectement, que cette clause soit prévue en dehors des statuts.

494. Par ailleurs, le législateur Ohada suggère dans la nouvelle rédaction de l'article 767 de l'AUSC, que les actionnaires de la société anonyme de l'Ohada peuvent stipuler la clause d'agrément ailleurs que dans les statuts de la société. Ledit article, qui définit les modalités d'introduction de la demande d'agrément, semble admettre la possibilité de l'agrément extrastatutaire lorsqu'il dispose : « *si une clause d'agrément est stipulée dans les statuts, ...* ». En effet, il semble bien que ce soit cela même, l'enjeu de la réécriture de l'article 767. Pour cause, avant la réforme de 2014, l'article 767 de l'AUSC disposait simplement et sans aucune référence à son emplacement, que « *si la clause d'agrément est stipulée, le cédant joint à sa demande d'agrément adressée à la société...* ». Mais comme pour dire implicitement que l'agrément peut être extrastatutaire, l'article 767 est réécrit ainsi qu'il suit : « *si la clause d'agrément est stipulée dans les statuts, le cédant joint à sa demande d'agrément adressée à la société...* ».

495. Enfin, il nous semble nécessaire de développer un troisième argument dans le sens de la validité des clauses d'agrément extrastatutaires. D'un point de vue technique, la clause d'agrément et la clause de préemption sont souvent assimilées l'une à l'autre. La clause de préemption ayant été considérée en droit français comme une clause d'agrément déguisée pour justifier qu'elle ne puisse pas être statutaire à un moment où la législation française ne la prévoyait pas expressément¹¹⁵⁴. On a en effet démontré en droit français que les clauses de

¹¹⁵⁴ L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés. Etude de droit comparé. Angleterre-Espagne-France*, LGDJ, 2003, p. 594, n° 551.

préférence constituaient un moyen de contourner la réglementation impérative et stricte des clauses d'agrément statutaires dont l'application aux cessions entre actionnaires était prohibée jusqu'à une époque récente¹¹⁵⁵. En effet, avant l'ordonnance du 24 juin 2004 en France, « *la SA non cotée souffrait d'un déficit de liberté statutaire notamment dans la rédaction des clauses d'agrément entre actionnaires qui avait laissé place à une généralisation contestable des clauses de préemption, lesquelles étaient en réalité une des clauses d'agrément entre actionnaires "déguisées"* »¹¹⁵⁶. A cette époque et de manière concrète, clause d'agrément et clause de préemption étaient, la plupart du temps, mues par un même esprit. Et c'est cet esprit qui consiste à donner à leurs bénéficiaires un droit de préférence qui rapproche les deux mécanismes¹¹⁵⁷. Selon nous donc, à mesure qu'il est possible de soutenir cette identité d'objectif entre les deux mécanismes, on pourrait défendre la possibilité en droit Ohada d'intégrer une clause d'agrément dans une convention extrastatutaire d'autant plus que le législateur consacre la validité des clauses extrastatutaire de préemption.

496. Quoiqu'il en soit, certains commentateurs du nouvel AUSC restent totalement ouverts à l'idée d'organiser en dehors des statuts un mécanisme d'agrément relativement à la cession des titres de la société anonyme de l'Ohada. Ils écrivent à cet effet qu'« *à bien lire l'Acte révisé, on a tout de même le sentiment que la clause d'agrément extrastatutaire est possible* »¹¹⁵⁸. Avec ces derniers, nous pouvons donc retenir qu'en dépit de son silence sur la question, le législateur Ohada n'entend pas interdire aux actionnaires de consentir une clause d'agrément dans une convention extrastatutaire. Dans cette hypothèse, la volonté des actionnaires devient la véritable source de leur rapport contractuel et ces derniers peuvent aménager une procédure conventionnelle d'agrément ou, à défaut, adopter celle prévue par le législateur avec la différence toutefois que le titulaire du pouvoir d'agrément ne sera pas un organe social.

497. Ainsi, une telle convention extrastatutaire pourrait souffrir du commun problème d'inefficacité de tout pacte d'actionnaires puisque la question de la sanction de sa violation

¹¹⁵⁵ Voir J. MOURY, « Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions » : *RTD com.* 1989, p. 187 ; J.-P. BERTREL, « Clauses de préemption dans les cessions entre actionnaires » : *BRDA*, 31 mars 1991, p. 2.

¹¹⁵⁶ C. MALECKI, « Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 », in *Le droit des sociétés pour 2005*, éd. Dalloz, 2005, p. 287, n°4.

¹¹⁵⁷ C. LEROY, *Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire*, Thèse de doctorat, Université Paris-Val de Marne, 2010, p. 234, n°492 et s. L'auteur écrit que « *ces pactes qui permettent, selon un mécanisme similaire à celui des clauses d'agrément statutaires, de contrôler l'identité des accédants à la qualité d'actionnaire ou celle des actionnaires, déjà en place, qui cherchent à accroître le niveau de leur participation dans la société* ».

¹¹⁵⁸ D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 18-19. Selon les auteurs, « *la généralité des termes de l'article 771-1-1 (« toute cession d'actions réalisée en violation d'une clause d'agrément est nulle ») plaide en ce sens, d'autre part, l'article 767 pose l'hypothèse de la clause d'agrément statutaire ce qui, indirectement, signifie que la clause d'agrément extrastatutaire est envisageable* ».

restera sans doute posée. En réalité, quand bien même il est pertinent de soutenir que le législateur Ohada envisage la clause d'agrément extrastatutaire, il n'est pas évident de croire que l'article 771-1-1 de l'AUSC en sanctionne la violation. Certes, il dispose en termes généraux que « *toute cession d'actions réalisée en violation d'une clause d'agrément est nulle* », mais la disposition semble ne concerner que la clause d'agrément statutaire, seule régie par l'AUSC. La raison en est que, la convention extrastatutaire d'agrément n'engageant *a priori* pas la société, il serait en pratique compliqué d'imposer à cette dernière de ne pas donner des effets de droit à une cession qui ne violerait qu'un accord de volonté entre certains de ses actionnaires. Encore attendue, la solution jurisprudentielle sur la question ne devrait pas fondamentalement s'écarter de l'hypothèse ci-dessus. Quoi qu'il en soit, et comme nous l'avons déjà exposé, les actionnaires signataires de la clause extrastatutaire peuvent assurer conventionnellement l'efficacité de leur accord.

498. En définitive, considérant l'orientation favorable à l'aménagement conventionnel du droit des sociétés commerciales mais surtout en raison du rôle que l'article 2-1 de l'AUSC entend assigner désormais aux conventions extrastatutaires, l'AUSC offre une variété d'indices donnant à croire en la validité des clauses extrastatutaires d'agrément dont l'efficacité peut être renforcée par les parties elles-mêmes. Ceci est un réel moyen de contractualisation du droit des sociétés anonymes de l'Ohada, qui offre, l'avantage de la confidentialité en plus d'une grande souplesse contractuelle. Au demeurant, le cadre légal de l'agrément statutaire ne manque pas aussi de souplesse.

B- La souplesse des clauses d'agrément statutaire

499. Si l'on a pu s'inquiéter de la validité des clauses d'agrément extrastatutaires, celle de la clause d'agrément statutaire est expressément consacrée dans l'AUSC. Le législateur n'a, pour autant, pas procédé à un encadrement contraignant et rigoureux du mécanisme qui relèverait d'une nature institutionnelle de la société anonyme. D'ailleurs, l'une des caractéristiques de la réforme de l'AUSC étant le recul de l'ordre public sociétaire, la réécriture du régime de la clause statutaire d'agrément a été placée sous le signe de la liberté. La loi est simplement intervenue pour fixer un cadre dans lequel elle laisse s'épanouir la volonté des actionnaires. Ces derniers consentent tous à l'unanimité, et ce dans les statuts, que la transmission d'actions à un tiers étranger à la société sera soumise à l'agrément du conseil d'administration ou de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires. Ainsi, les actionnaires décident en toute liberté dans les statuts de leur société, de soumettre à une procédure d'agrément préalable soit les

cessions d'actions à titre gratuit ou celles à titre onéreux ou l'ensemble de ces cessions¹¹⁵⁹. Mais la souplesse du régime de l'agrément statutaire ne s'arrête pas à cette liberté de choix et s'étend jusque dans la mise en œuvre du mécanisme d'agrément. Ainsi, même si la loi encadre les formes dans lesquelles l'agrément doit être demandé et accordé, la procédure ainsi mise en place par le législateur laisse une certaine liberté à l'ensemble des acteurs qui y sont impliqués.

500. D'abord, en ce qui concerne l'organe social habilité à accorder l'agrément, les actionnaires ont une liberté de choisir entre le conseil d'administration et l'assemblée générale ordinaire. En décidant d'accorder le pouvoir d'agrément à l'un de ces organes, les actionnaires l'investissent d'un pouvoir discrétionnaire qui l'autorise, notamment dans le cas où il refuse d'accorder l'agrément demandé, de ne pas motiver sa décision¹¹⁶⁰. Pour autant, cela ne signifie pas que l'actionnaire porteur du projet de cession devra rester prisonnier de la société puisque la loi prévoit que si la société n'agrée pas le cessionnaire proposé, elle est tenue dans un délai de trois mois de faire acquérir les actions par d'autres actionnaires, un tiers ou par elle-même.

Ensuite, le cédant bénéficie dans le nouveau régime de l'agrément statutaire de la liberté de renoncer « *à tout moment* » à la cession de ses actions¹¹⁶¹. Si cette faculté de renonciation semble être ouverte pour toutes raisons que le cédant jugera personnellement fondée, elle présente plus d'intérêt en cas notamment de refus d'agrément où le cédant conserve la liberté de rester dans la société et donc de ne pas céder ses titres au nouvel acquéreur que lui aura proposé l'organe social détenteur du droit d'agrément et ce, même si un expert a dû intervenir pour fixer le prix des actions¹¹⁶². Cela est pour le législateur Ohada, une manière d'une part, de

¹¹⁵⁹ Les seules modalités de transmission d'actions auxquelles ce mode de limitation ne peut être appliqué sont prévues à l'article 765 de l'AUSC. Il s'agit des cas de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux ou de cession à un conjoint, à un ascendant ou à un descendant.

¹¹⁶⁰ « *En matière de procédure, même si l'AUSCGIE demeure muet sur la question, il est acquis que le refus d'agrément n'a pas à être motivé, dans la mesure où la décision d'agréer un cessionnaire est un droit discrétionnaire de la société et que le cessionnaire écarté n'a aucun droit à entrer au capital* » ; cf. B. FAYE, J.-J. ESSOMBÈ MOUSSIO et alii, « La modernisation du régime des valeurs mobilières pour les sociétés par actions » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 87.

¹¹⁶¹ Art. 771-1 AUSC.

¹¹⁶² Avant cette innovation significative de l'AUSC, l'interprétation la plus défendue en droit Ohada était que le cédant qui a manifesté le désir de céder ses actions ne pouvait plus se rétracter malgré le refus de l'agrément notamment quand un expert a été sollicité pour fixer le prix. Cf. Y. MEUKE, « *Expertise et prix de titres sociaux dans l'Ohada. Etude de l'article 59 de l'AUSCGIE* », disponible en ligne sur www.ohada.com, Réf. Ohadata D-05-58.

Selon l'auteur, « *Le cédant n'ignore pas que le cessionnaire pourrait en définitive être un autre que le destinataire de son offre à contracter : s'exposerait-il alors à ce que, en cas de désaccord sur le prix, celui-ci soit fixé par un tiers estimateur qui en fait ne fait que parachever une convention dont il est (...) à l'origine* ». Aussi, l'auteur ajoute-t-il que l'article 59 de l'AUSC de 1997 qui organisait la mission l'intervention de l'expert et qui ressemble d'ailleurs comme « un frère jumeau » à l'article 1843-4 du code civil français dont il aurait été inspiré recommande qu'on accorde un effet obligatoire à la décision du tiers qui fixe le prix les titres sociaux.

laisser la liberté au cédant de choisir jusqu'au dernier moment son cessionnaire et, surtout d'affaiblir d'autre part, l'autorité de l'expert dont le prix ne s'imposera pas au cédant et dont l'intervention n'obligera plus ce dernier à impérativement céder ses titres¹¹⁶³. Cette faculté de renonciation est sans doute aménagée pour protéger essentiellement l'actionnaire cédant¹¹⁶⁴ car elle reste une possibilité sous condition pour le cessionnaire de substitution qui voudrait en user. En effet, ce dernier, qu'il soit un actionnaire, un tiers ou la société elle-même ne peut plus se rétracter dès lors, qu'à la suite d'un désaccord sur le prix des actions, il a proposé au cédant un recours à la procédure d'expertise et que celui-ci l'accepte¹¹⁶⁵.

501. On s'aperçoit en définitive qu'à un moment où la tendance en droit des sociétés anonymes non cotées est à la promotion du contractuel face à l'institutionnel, le législateur Ohada semble avoir résolument opté pour une réelle contractualisation de la réglementation de cette forme sociale dans les Etats-membres de l'Organisation. La liberté d'émission des valeurs mobilières ainsi que toutes les possibilités laissées par l'AUSC d'aménager contractuellement les modalités de leur transmission en témoignent.

502. Cette souplesse caractéristique du régime de valeurs mobilières ne constitue pas la seule illustration de la simplification du droit positif des sociétés anonymes non cotées de l'Ohada, basée sur une reconsidération de la liberté contractuelle de ses actionnaires. Désormais, ces derniers peuvent volontairement consentir à des aménagements librement négociés sur un certain nombre de leurs droits pourtant longtemps considérés comme d'ordre public et donc hors du domaine des conventions privées.

Pour une telle interprétation de l'article 1843-4 du code civil français, voir notamment A. COURET et H. Le NABASQUE, *Valeurs mobilières-Augmentations de capital-Nouveau régime, Ordonnances des 25 mars et 24 juin 2004*, Edition Francis LEFEBVRE, 2004, n° 444, p. 205.

¹¹⁶³ De fait, le cédant n'aura pas besoin de prouver une quelconque erreur grossière de l'expert pour exercer un droit de repentir. La cour de cassation française a en effet défini l'erreur grossière comme celle « *qu'un technicien normalement soucieux de ses fonctions ne saurait commettre* ». Cass. com., 4 nov. 1987 ; JCP, 1988, 21050.

¹¹⁶⁴ Il y a là, selon Philippe MERLE, « *un véritable droit de repentir au profit du cédant, qui ne saurait être évincé de la société contre son gré malgré toute clause contraire des statuts* » : P. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 324, p. 390.

¹¹⁶⁵ Art. 771-1 *in fine*.

503. Tel que nous avons commencé à le démontrer, les sociétés anonymes non cotées de droit Ohada présentent désormais un visage autre que celui, longtemps affiché, d'une forte institutionnalisation et d'une prépondérance des dispositions d'ordre public ayant vocation à organiser impérativement et minutieusement leur environnement juridique. Dorénavant, et conformément à la conception moderne du droit des sociétés dont la réforme de l'Ohada consacre la réception, « *la tendance, en droit des sociétés anonymes non cotées, est "au presque tout contractuel"* »¹¹⁶⁶. Des espaces de liberté, expressément ou implicitement créés par la loi sont exploités par les actionnaires afin d'adapter le régime légal des sociétés à la volonté autonome de ces derniers. Cette libéralisation ne concerne pas que les modalités d'émission et de transmission des actions ; elle s'étend au régime des droits propres que les actionnaires se voient reconnaître dans la société à laquelle ils ont fait des apports.

504. En effet, « *lors de leur entrée en société, les associés héritent d'un certain nombre de droits, dont certains sont jugés plus essentiels que d'autres. Ce sont les droits propres des associés* »¹¹⁶⁷. Encore appelés « *prérogatives essentielles* »¹¹⁶⁸, « *attribut irréductible* »¹¹⁶⁹ ou encore « *droits fondamentaux* »¹¹⁷⁰ de l'associé, ces droits individuels inhérents à la qualité d'actionnaire tirent pour l'essentiel leur source de la loi ou sont affirmés par la jurisprudence au fur et à mesure des griefs soulevés par des actionnaires lésés¹¹⁷¹. A ce titre, les droits propres de l'actionnaire sont reconnus à tout actionnaire indépendamment du nombre de titres détenus par lui et constituent en conséquence des prérogatives extérieures à l'idée de proportionnalité¹¹⁷². En réalité, la théorie des droits propres de l'actionnaire répond au souci

¹¹⁶⁶ C. MALECKI, « Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 », in *Le droit des sociétés pour 2005*, Dalloz, p. 296, n° 21.

¹¹⁶⁷ J. DU GARREAU DE LA MECHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse, Poitiers, 1937, p. 36.

¹¹⁶⁸ Cf. A.-V. Le FUR, « Concilier l'inconciliable : réflexion sur le droit de vote de l'actionnaire » : *D.* 2008, n° 29, p. 2015.

¹¹⁶⁹ Y. PLACOT, « L'irréductible droit de vote de l'associé exclu », note sous Cass. com., 23 oct. 2007, *D.* 2008, n° 1, p. 47.

¹¹⁷⁰ E. C. MONTCHO AGBASSA, « Les droits fondamentaux de l'associé en droit Ohada » : *RTSJ*, n° 7, jan.-juin 2015, p. 67.

¹¹⁷¹ A ce propos, on disait en doctrine que la jurisprudence et la loi, par certaines de ses dispositions impératives, ont reconnu que l'actionnaire était titulaire de droits irréductibles, de droits propres ou encore de droits individuels auxquels les statuts ou la décision d'un organe social ne peuvent pas porter atteinte. Voir M. GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés : illustration », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz, 1999, p. 400 ; M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, 20^e éd., p. 423, n° 1597.

¹¹⁷² Même si pour certains droits propres, l'intensité de leurs prérogatives s'accroît avec le montant de la participation détenue dans le capital social. Il en est ainsi par exemple du droit de vote et du droit aux bénéfices qui sont communs à tout actionnaire mais dont l'étendue varie d'un actionnaire à un autre en fonction de la part du capital qu'il détient... Ainsi, certains droits seront octroyés aux actionnaires, au-delà de leur diversité de fait,

majeur de « *de déterminer quels sont les droits qui qualifient l'actionnaire, et que l'on ne peut lui enlever ni par convention, ni par la loi, sans lui faire perdre sa qualité d'actionnaire* »¹¹⁷³. D'après Edmond-Eugène THALLER¹¹⁷⁴, ces droits constituent pour l'actionnaire « *un certain nombre de points irréductibles dans sa situation individuelle et en quelque sorte intangibles quant à l'assemblée* »¹¹⁷⁵. Il faut donc, comme le suggère le Professeur Yves GUYON, « *distinguer les droits propres et intangibles des associés (...) et les droits dérivés, dont la collectivité des associés pourrait fixer le contenu* »¹¹⁷⁶.

505. Rappelons que la notion de droit propre est apparue avec les juristes du XIX^e siècle, qui s'étaient retrouvés face aux besoins d'évolution des sociétés commerciales et notamment face à la question de savoir jusqu'où est ce qu'ils pouvaient en modifier l'organisation première¹¹⁷⁷. Dans ce contexte où les pouvoirs publics avaient une inclinaison naturelle à encadrer rigoureusement l'activité économique, la notion va prendre une part active dans le débat sur la nature de la société commerciale. Selon la doctrine, « *la conception institutionnelle de celle-ci fut confirmée avec l'avènement de la théorie des droits propres* »¹¹⁷⁸ qu'on considérait comme des règles institutionnelles relevant de l'essence même du droit des sociétés¹¹⁷⁹. Ainsi, les droits propres des actionnaires « *apparaissent-ils de manière éclatante comme des composants indiscutables de l'ordre public sociétaire* »¹¹⁸⁰.

indépendamment de leur participation au capital social. Tel est le cas en matière d'information qui suit une égalité de type arithmétique : chaque actionnaire, indépendamment du montant de sa participation, va bénéficier de ce droit. Au contraire, pour l'attribution d'autres droits, c'est la voie de l'égalité proportionnelle qui va être retenue, en tenant compte, cette fois, de la participation au capital de chaque actionnaire. Tel est le cas en matière de participation aux bénéfices ou de droit de vote.

¹¹⁷³ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^e éd., p. 621, n° 927.

¹¹⁷⁴ En effet, Thaller est celui qui a importé la théorie des droits de l'actionnaire de l'Allemagne en France au XIX^e siècle. Cf. J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. 3, Sirey, 1955, n° 1195 et s.

¹¹⁷⁵ E. THALLER, note sous Cass. civ., 30 mai 1892 : DP, 1893, 1, p. 107, spéc. p. 114.

¹¹⁷⁶ Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1999, p. 82, n° 48. Pour le Professeur Eric MONTCHO AGBASSA, il est important de définir les critères pour « *identifier les droits fondamentaux [de l'associé], car, si certains droits sont fondamentaux, c'est que d'autres ne le sont pas* » : E. C. MONTCHO AGBASSA, « Les droits fondamentaux de l'associé en droit Ohada » : RTSJ, n° 7, jan.-juin 2015, p. 69.

¹¹⁷⁷ M. GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés : illustration », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz, 1999, p. 401.

¹¹⁷⁸ L. JOBERT, « La notion d'augmentation des engagements des associés », in *BJS*, n°5, mai 2004, p. 627, n°3. Dans le même sens, voir aussi J. NOIREL, *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, Librairies techniques, 1958, n° 122, p. 83 ; J. DU GARREAU DE LA MECHENIE, *Les droits propres des actionnaires*, thèse, Poitiers, 1937 ; M. JEANTIN, « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Dalloz, 1996, p. 149 ; H. LECHNER, *Les droits propres des actionnaires*, thèse, Nancy, 1933.

¹¹⁷⁹ D. SCHMIDT, « De l'intérêt social » : JCP E 1995, I, 488.

¹¹⁸⁰ L. JOBERT, « La notion d'augmentation des engagements des associés », *op. cit.*, p. 627 et s. Voir aussi L. GODON, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, p. 105, n° 163 ou encore M. BUCHBERGER, « L'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, *op.cit.*, p. 189, n°13.

506. C'est d'ailleurs sous ce regard que les droits propres de l'actionnaire ont été reçus et longtemps appréhendés dans les droits nationaux des Etats membres de l'Ohada et plus tard dans l'AUSC de 1997. Comme dans la loi française du 24 juillet 1966 dont il s'est inspiré, ce dernier protégeait les droits de chaque actionnaire contre les dispositions statutaires ou contre certaines décisions de la société restreignant ou supprimant l'un quelconque de ses droits propres¹¹⁸¹. Ainsi, une des spécificités de l'ancien AUSC était d'avoir placé, la garantie de la sécurité juridique des actionnaires et de leurs droits, au cœur de ses dispositions d'ordre public. Un auteur révèle à ce propos que l'idée du législateur de 1997 était que, dans le contrat de société, l'associé « *puisse prévoir des situations juridiques et compter sur elles grâce à des moyens de contrainte garantissant la réalisation des droits. Cette sécurité est traditionnellement organisée autour de contrainte, d'un droit impératif appelé communément ordre public* »¹¹⁸².

507. De plus, puisqu'ils constituent une caractéristique de la qualité d'actionnaire, l'approche législative qui gouvernait le régime de ces droits visait également à les soustraire à l'emprise de la volonté individuelle et à la liberté contractuelle de leurs titulaires, ceux-ci ne pouvant pas librement les soumettre à un certain nombre de conventions profitant à autrui, ni y renoncer sans porter une grave atteinte à leur qualité d'actionnaire. Pour cause, en raison de ce qu'ils participent à son identification et lui permettent de prendre part au fonctionnement de la société sur une base de coopération égalitaire, « *certaines droits sont à ce point attachés à la qualité d'actionnaire qu'il ne leur est pas permis d'en disposer* »¹¹⁸³. Pour d'autres auteurs, une autre raison explique l'impérativité des droits propres et justifie qu'ils constituent une limite à la liberté contractuelle des actionnaires. Dans leur ensemble, il faut convenir que les droits propres des actionnaires sont moins des droits subjectifs que de réels pouvoirs. A cet effet, il faut distinguer selon la doctrine¹¹⁸⁴, le pouvoir qui est « *confié à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement différent du sien* » du droit subjectif qui est quant à lui « *une prérogative reconnue à son bénéficiaire dans son intérêt propre* ». A ce titre, l'auteur invite à considérer le fait que le pouvoir ne se laisse pas aisément mobiliser conventionnellement au profit d'autrui,

¹¹⁸¹ M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, 20^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2011, p. 423, n° 1597.

¹¹⁸² O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2014, p. 16, n° 1.

¹¹⁸³ J.-M. MOULIN, « Sociétés anonymes.- Droits des actionnaires » : *JCl. Sociétés Traité – Fasc.1484*, n° 3. Il s'agit pour un autre auteur de droits « *consubstantiels à la qualité d'associé* » et qui assurent une fonction protectrice aussi bien pour les prérogatives politiques de ce dernier que pour ses intérêts économiques : E. C. MONTCHO AGBASSA, « Les droits fondamentaux de l'associé en droit Ohada » : *RTSJ*, n° 7, jan.-juin 2015, p. 72 et s.

¹¹⁸⁴ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p. 21, n° 20.

contrairement au droit subjectif dont le titulaire peut disposer sur la base de l'autonomie de sa volonté. Ainsi, si les actionnaires peuvent compter sur la valeur impérative attachée à leurs droits propres pour se les voir réellement attribuer¹¹⁸⁵, leur impérativité s'impose aussi à eux en ce que ces droits doivent pour la plupart être perçus comme de réels pouvoirs. En définitive, il ressort de la théorie des droits propres que si les actionnaires ont des droits dans la société et sur leurs titres, cela ne signifie pas qu'ils peuvent en faire tout ce qu'ils veulent en se référant exclusivement à leur seul intérêt.

508. Par conséquent, on peut légitimement se demander quelles raisons interdiraient à l'actionnaire de disposer pleinement de ses droits propres. Il faut certainement voir là, « *une marque du caractère institutionnel de la société anonyme et du caractère statutaire des droits conférés à l'actionnaire pour participer à la société* »¹¹⁸⁶. Il en serait ainsi parce qu'en dépit de l'origine contractuelle des droits propres de l'actionnaire et donc de leur vocation à être dans le commerce juridique, ils apparaissent communément comme des droits à finalité sociale que les règles du droit des sociétés doivent protéger pour assurer la pérennité de l'entreprise. A ce titre, on a écrit que les droits propres de l'actionnaire constituent un « *irréductible élément contractuel* » au cœur de la société commerciale¹¹⁸⁷ et revêtiraient par ailleurs une connotation fonctionnelle qui justifie la nécessité de fixer des limites à tout type d'atteintes notamment celles fondées sur la liberté contractuelle¹¹⁸⁸. C'est alors en raison de la protection qu'ils nécessitent, que le droit des sociétés développe un ensemble de principes et de règles impératives en vue d'assurer leur garantie. En tant que tels, les droits propres de l'actionnaire font écho à deux conceptions antinomiques dans la société commerciale qui entend protéger, par la logique institutionnelle, les effets du mécanisme contractuel qui crée la personne morale. Vus sous cet angle, les droits propres de l'actionnaire ont pu justifier une consolidation de la nature institutionnelle de la société par un développement croissant de l'ordre public sociétaire.

509. Néanmoins, le constat du déclin des droits propres de l'actionnaire est aujourd'hui incontestable. Pour cause, le triomphe du libéralisme juridique auquel on assiste est un terreau

¹¹⁸⁵ Ch. GOYET, « Les limites au pouvoir majoritaire », in *RJ Com.* nov. 1990, numéro spécial, *La loi de la majorité*, p. 58 ; M. JEANTIN, « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Dalloz, 1996, p. 149.

¹¹⁸⁶ J.-M. MOULIN, « Sociétés anonymes.- Droits des actionnaires » : *JCl. Sociétés Traitée – Fasc.1484*, n° 3.

¹¹⁸⁷ M. GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés : illustration », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz, 1999, p. 401 et s. Cette qualification leur est donnée par l'auteur en raison de l'origine contractuelle des droits fondamentaux de l'actionnaire qui naissent au profit de ce dernier à l'issue de la conclusion du contrat de société.

Voir aussi J. HEMARD, F. TERRE ET P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. II, Dalloz, 1974, p. 305, n° 349.

¹¹⁸⁸ E. C. MONTCHO AGBASSA, « Les droits fondamentaux de l'associé en droit Ohada » : *RTSJ* 2015, n° 7, p. 68.

privilegié du renouveau contractuel qui menace davantage les droits des actionnaires¹¹⁸⁹. Sous son couvert, la pratique et la doctrine actuelles s'emploient à désunir la théorie des droits des actionnaires¹¹⁹⁰ et les législateurs contemporains « *ouvr(ent) de plus en plus largement la compétence des assemblées générales extraordinaires, si bien qu'on se demande s'il existe encore des droits propres* »¹¹⁹¹. On a par exemple écrit à ce propos que, cinquante ans après la loi du 24 juillet 1966, la théorie des droits propres de l'actionnaire apparaît comme l'un des « *totems ébranlés* » en l'état actuel du droit des sociétés commerciales¹¹⁹². En réalité, il ressort de plus en plus de la pratique des sociétés anonymes que les droits propres des actionnaires s'apparentent à de véritables droits subjectifs dont la jouissance et la disposition sont à la discrétion de leur titulaire. Particulièrement, avec la professionnalisation de l'actionnariat, chaque actionnaire voire chaque catégorie d'actionnaires, est mue par des stratégies différentes qui vont se traduire par des comportements et des exigences variés quant à leurs droits propres¹¹⁹³. Ainsi, sous l'assaut simultané de l'intérêt de la société¹¹⁹⁴ et des besoins d'aménagement des actionnaires, l'intangibilité des droits propres devient substantiellement relative¹¹⁹⁵.

510. C'est justement à cette réalité nouvelle du droit des sociétés anonymes que se prête désormais l'AUSC sur la question des droits propres des actionnaires. La réforme de la réglementation en la matière révèle, selon la doctrine, que les droits fondamentaux de l'associé sont dorénavant un des noyaux durs des droits sociaux « *menacés par la flexibilité exponentielle*

¹¹⁸⁹ Relativement au droit Ohada, on a fait noter que « *L'évolution législative récente du droit des sociétés commerciales qui a renforcé la liberté contractuelle notamment avec la consécration des pactes extrastatutaires (...) peut conduire à une fragilisation des droits de l'associé.* » : E. C. MONTCHO AGBASSA, « Les droits fondamentaux de l'associé en droit Ohada » : *RTSJ*, n° 7, jan.-juin 2015, p. 68.

¹¹⁹⁰ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e édition, 2015, p. 621, n° 927.

¹¹⁹¹ M. GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés : illustration », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz, 1999, p. 402.

¹¹⁹² A. COURET, « L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 », in *BJS*, 6-07-2016, n° 7/8, p. 433, n° 26 et s. spéc., n° 28.

¹¹⁹³ Ph. BISSARA, « L'influence de la professionnalisation de l'actionnariat des sociétés cotées sur le fonctionnement de ces dernières », in *Mélanges en l'honneur de Michel VASSEUR*, Banque éditeur, 2000, p. 11 et s.

¹¹⁹⁴ « *L'émergence de la notion d'intérêt social comme fondement à l'omnipotence de l'assemblée statuant à la majorité a peu à peu entamé la théorie des droits individuels des actionnaires ... En effet, il est aisé de constater que tant le législateur que la jurisprudence ont admis, au nom de l'intérêt social, qu'il soit porté atteinte à certains de ces droits alors même qu'ils étaient jadis irrémédiablement attachés à la qualité d'associé* », cf. J.-M. MOULIN, « Sociétés anonymes.- Droits des actionnaires » : *JCl. Sociétés Traité – Fasc. 1484*, n° 2 et n° 8.

¹¹⁹⁵ Pour beaucoup de ces droits longtemps qualifiés de droits propres de l'associé, la doctrine en arrive même à douter de cette qualification à leur propos. Ainsi, affirme le Professeur Michel GERMAIN, « *l'hésitation est grande : le droit de vote, le droit aux bénéfices, le droit à la cession des titres, le droit de demander la nullité sont-ils des droits propres ?* ». Cf. M. GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés : illustration », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz, 1999, p. 401 et s.

du droit des sociétés »¹¹⁹⁶. Cette orientation nouvelle qu'adopte le législateur Ohada tend, d'une part, à assouplir le régime des droits des actionnaires en permettant à la liberté contractuelle de leurs titulaires de s'y infiltrer et, d'autre part, à modeler le régime de ces droits en autorisant dans certains cas les organes de la société à l'aménager. Souple dans sa démarche, le législateur Ohada va plus loin pour autoriser les actionnaires à recourir à des conventions, notamment extrastatutaires, pour organiser les relations entre eux. Or, il n'y a pas de doute que ces relations ne seront pas exclusivement en rapport avec la transmission des titres. Ainsi, « *les aménagements contractuels du fonctionnement de la société anonyme passent souvent par un aménagement des droits propres de l'actionnaire* »¹¹⁹⁷. Dès lors, la plupart d'entre elles vont notamment avoir pour objet, les droits inhérents à la qualité d'actionnaire tel que le droit de vote ou le droit à l'information. La réforme de l'AUSC offre ainsi de manière générale, la possibilité aux actionnaires de modifier leur situation juridique dans la société en aménageant des droits qui leurs sont propres par le biais de mécanismes conventionnels¹¹⁹⁸.

511. Dans le présent contexte où l'esprit de la législation Ohada est résolument tourné vers la restauration du pouvoir de la volonté des actionnaires, la question qui se pose est celle de savoir jusqu'à quel point, ces derniers peuvent disposer de leurs droits individuels. En tout état de cause, ce qui ressort constamment de la lecture formelle de l'AUSC est la liberté laissée aux actionnaires de procéder à des aménagements du régime de certains de leurs droits propres, soit dans les statuts ou soit encore dans des actes extrastatutaires. Certes, les droits inhérents à la qualité d'actionnaire sont particulièrement variés et diversement classés par les auteurs qui, distinguent certains d'entre eux comme étant les plus importants¹¹⁹⁹. Pour ce qui nous concerne, la présente étude des possibilités d'aménagement des droits propres de l'actionnaire s'attachera à analyser les atteintes conventionnelles susceptibles d'être apportées aux droits propres des actionnaires en les distinguant suivant leur nature patrimoniale (**Section 2**) ou leur vocation à garantir à l'actionnaire sa participation à la vie de la société (**Session 1**).

¹¹⁹⁶ E. C. MONTCHO AGBASSA, « Les droits fondamentaux de l'associé en droit Ohada » : *RTSJ*, n° 7, jan.-juin 2015, p. 77.

¹¹⁹⁷ Mieux, il ressort de la doctrine que de manière générale, « *les aménagements contractuels du fonctionnement de la société anonyme passent souvent par un aménagement des droits propres de l'actionnaire* ». Voir M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 376, n° 934.

¹¹⁹⁸ Il s'agit de l'une des deux principales techniques qui permettent de modifier la situation de l'actionnaire en aménageant des droits qui lui sont propres. L'autre technique, « *plus sociétaires, intègre [directement] les droits spécifiques des associés dans les titres détenus par les associés* » : cf. P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2010, p. 241, n° 348.

¹¹⁹⁹ Il s'agit notamment du droit de tout actionnaire de faire partie de la société dans laquelle il est entré, du droit de concourir à l'exercice du pouvoir délibérant en votant à l'assemblée générale après avoir reçu les informations nécessaires ou encore du droit de participer aux bénéfices réalisés et aux réserves constituées.

Section 1 : L'exercice conventionnel des droits permettant la participation à la vie de la société

512. Les droits dont nous étudierons les possibilités d'aménagement dans la présente section sont les prérogatives qui sont octroyées à l'actionnaire en contrepartie de son apport afin, notamment, de lui permettre de prendre part à l'animation de la vie de la société anonyme. En effet, en tant qu'apporteur, l'actionnaire est un créancier de la société dont le droit de créance se déploie notamment comme un droit à une « *intervention dans les affaires sociales* »¹²⁰⁰ ; un pouvoir de participer à la conduite des affaires de la société. Cette intervention dans les affaires sociales s'opère par le biais de droits propres notamment de nature politique tel que le droit de vote, dont un exercice effectif nécessite la jouissance par l'actionnaire d'un autre droit propre non moins important, qu'est celui à l'information. Par ailleurs, l'intervention de l'actionnaire dans la société anonyme suppose que lui soit préalablement reconnu le droit de faire partie de la société dans laquelle il est entré.

513. Si pendant longtemps, la rigueur du régime de ces droits a justifié la marginalisation de la liberté contractuelle des actionnaires, ils font dorénavant l'objet de divers aménagements, statutaires ou non, de la part des actionnaires et leur force impérative ne s'impose plus de manière absolue aux organes de la société. Fidèle à la volonté du législateur de moderniser et de simplifier le droit des sociétés anonymes de l'Ohada, la réforme de l'AUSC consacre certains mécanismes de modulation de la portée impérative de ces droits individuels. Ainsi, évoquerons-nous successivement les aménagements dont peut faire l'objet en droit Ohada tant le droit de rester actionnaire (§1) que le droit de voter (§2).

§1- L'état du « droit de rester actionnaire »

514. Comment conçoit-on dans la législation Ohada, le droit de l'actionnaire de faire partie de la société et d'y rester ? En effet, pour avoir consenti à faire un apport à la société, l'actionnaire n'est perçu en tant que tel que parce qu'il peut se prévaloir de cette qualité dont il ne peut pas être déchu par la simple volonté des organes de la société. Notamment dans les sociétés anonymes, l'actionnaire a le droit d'y demeurer aussi longtemps qu'il le souhaitera. Certes, la conception contractuelle de la société explique facilement qu'un actionnaire ait le droit de se prévaloir du contrat conclu pour demeurer actionnaire, et le priver de cette qualité sans son consentement équivaldrait à une véritable expropriation. En effet, le droit de demeurer membre de la société est aussi une conséquence du droit de propriété de l'actionnaire sur ses

¹²⁰⁰ A. VIANDIER, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, n° 206.

actions. En tant que tel, les auteurs désignent le droit des contrats ou le droit des biens comme le fondement de ce droit de rester actionnaire dont le caractère intangible a longtemps été affirmé en droit français et permanemment affiché comme un obstacle aux mécanismes contractuels d'exclusion de l'actionnaire¹²⁰¹. Pour autant, à la suite de Thaller qui n'a jamais semblé le considérer comme un droit intangible¹²⁰², un courant doctrinal et jurisprudentiel récent semble favorable à la validité des mesures d'exclusion.

515. Quelle est la portée de ce droit individuel de l'actionnaire dans la législation Ohada ? Si des exceptions légales viennent en atténuer la teneur dans des cas où le législateur impose l'exclusion de l'actionnaire comme une sanction du manquement à l'une de ses obligations, il a néanmoins toujours été difficile pour les praticiens du droit Ohada d'affirmer qu'une telle mesure peut résulter d'une clause des statuts d'une société anonyme. Concrètement, la question reste posée de savoir si les actionnaires peuvent, par accord de volontés, organiser leur propre exclusion de la société, ou mieux, s'ils ont la faculté de renoncer à ce droit de faire partie de la société, permettant ainsi à un organe de la société de décider de leur exclusion. A la veille de la réforme de l'AUSC, le constat posé à cet effet par un auteur¹²⁰³ était qu'« *en droit OHADA, le législateur n'a pas pris position sur la question* » et qu'en conséquence « ... *la position de la CCJA est vivement attendue* ». Mais compte tenu de la réalité des hypothèses de mésentente entre actionnaires dans le contexte actuel d'une forte personnalisation des sociétés anonymes, il devient opportun de reconsidérer l'importance de la question en droit Ohada. A cet effet, on pourrait noter qu'avec la réforme de l'AUSC, quand bien même le droit de faire partie de la société anonyme présente à première vue, un caractère fondamental (A), le législateur ne semble pas l'exclure totalement de toute possibilité d'aménagement conventionnel (B).

A- Le caractère fondamental du droit des actionnaires de rester dans la société

516. Pour les auteurs¹²⁰⁴ qui interprètent l'AUSC comme ayant maintenu « *le principe du caractère impératif de l'ensemble des dispositions de l'acte uniforme réformé (...), il apparaît toujours impossible de prévoir statutairement une clause d'exclusion* » surtout dans les sociétés

¹²⁰¹ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 259, n° 623 et s. Selon Michel GERMAIN, « *le droit de rester dans la société et donc de n'être pas exclu est assez généralement considéré comme un droit propre de l'associé* » : M. GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés : illustration », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz, 1999, p. 401 et s.

¹²⁰² Voir E. THALLER, note sous Cass. civ., 30 mai 1892 : DP 1893, 1, p. 505.

¹²⁰³ O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2014, p. 40, n°31.

¹²⁰⁴ D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 16.

anonymes de droit Ohada. L'idée force avancée et qui justifie cette position n'est rien d'autre que l'interdiction qui pèserait toujours sur les actionnaires d'introduire dans les statuts des mécanismes que le législateur n'a pas expressément autorisés. Mais nous avons démontré les limites de cette interprétation dans le contexte actuel où le droit des sociétés de l'Ohada se contractualise¹²⁰⁵.

517. Pour autant, il est une évidence que la réforme de l'AUSC n'a pas expressément posé un principe général de la validité des clauses d'exclusion dans les sociétés anonymes. Ce faisant, le législateur semble avoir opté pour une protection absolue des actionnaires que recommandent les divers fondements avancés en doctrine pour justifier leur droit de se maintenir dans la société. D'abord, beaucoup d'auteurs¹²⁰⁶ soutiennent l'origine contractuelle de ce droit et fondent l'interdiction d'exclure un associé sur le principe selon lequel, une convention ne peut être révoquée, rompue ou altérée que par le consentement mutuel de tous ceux qui y ont pris part, ou au moins sur le fondement d'une faute imputable au contractant à exclure. Ensuite, d'autres auteurs¹²⁰⁷ proposent de fonder ce droit de ne pas exclure l'actionnaire sur le principe de la propriété privée selon lequel « *nul ne peut être contraint de céder sa propriété* ». D'autres auteurs ont quant à eux¹²⁰⁸ enfin identifié le fondement de cette impossibilité d'exclure un associé dans l'absence de pouvoir disciplinaire au sein de la société.

518. Face à cette variété de fondements juridiquement défendables, le caractère intangible du droit de rester dans la société souffre néanmoins d'une faiblesse majeure, qui pose avec pertinence, la question de la place de la volonté de l'actionnaire dans le régime de ce droit. En effet, à la suite du législateur français, l'exclusion d'un associé est rendue possible dans un certain nombre d'hypothèses expressément prévues par l'AUSC et cela, même en dehors ou contre la volonté de l'associé. Ainsi en est-il dans les sociétés à capital variable de droit Ohada¹²⁰⁹, dans les sociétés par actions simplifiée¹²¹⁰, en cas d'une non-libération par l'actionnaire défaillant de ses apports ou encore dans l'hypothèse d'une action en annulation de la société¹²¹¹. En référence à ces diverses possibilités éparses d'exclusion des associés, d'aucuns

¹²⁰⁵ Voir *supra* p. 127, n° 241 et s.

¹²⁰⁶ Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 1993, éd. LGDJ, n° 49.

¹²⁰⁷ Cf. G. DURAND-LEPINE, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées » : *Petites aff.* 24/07/1995, n° 88, p. 7 et s.

¹²⁰⁸ A. LEGAL et J. BRETHER DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938, p. 218.

¹²⁰⁹ Voir art. 269-6 AUSC.

¹²¹⁰ Art. 853-19 AUSC

¹²¹¹ Art. 249 AUSC.

affirment que le législateur Ohada assouplit sa rigueur quant au droit de faire partie de la société¹²¹².

519. S'il apparaît dès lors que la faculté d'exclusion dans les sociétés anonymes - à capital variable ou non - dans certaines situations exceptionnelles est la caractéristique d'une certaine flexibilité du droit propre des actionnaires de rester dans la société, cette liberté contenue dans la loi appelle d'autres interrogations. On peut ainsi se demander, si au-delà des situations visées par la loi, on ne peut pas entrevoir des arguments favorables au jeu de la liberté contractuelle dans la tendance législative actuelle ? Ou au contraire, faut-il considérer que le législateur Ohada entend maintenir l'impossibilité d'exclure un actionnaire dans les cas non expressément visés par lui ? Ces interrogations ne manquent pas de pertinence puisque « *hormis les hypothèses ou l'exclusion est autorisée expressément par le législateur, faisant cesser par la même toute discussion sur ce difficile sujet, il faut constater que la question de l'exclusion des actionnaires se pose avec acuité hors du cadre légal dans deux domaines distincts : celui des conventions, où il convient de s'interroger sur le point de savoir si les associés peuvent renoncer à leur droit de ne pas être exclus par le recours au jeu de la liberté contractuelle...* »¹²¹³. Selon nous, il semble approprié dans le contexte actuel de privilégier non pas un raisonnement *a contrario* mais plutôt un raisonnement *a pari*¹²¹⁴ favorable aux aménagements conventionnels du droit de l'actionnaire de ne pas être exclu. Une telle approche vaut mieux pour la pratique en raison notamment de ce que, l'existence même de clauses d'exclusion résulte, selon la doctrine, de leur utilité qui n'est plus à démontrer¹²¹⁵.

520. En définitive, il semble en droit Ohada, comme il est devenu commun depuis quelques décennies en droit français ou encore dans les droits anglo-saxons qui inspirent toutes les législations modernes sur le droit des sociétés, que le droit de rester dans la société n'est

¹²¹² Pour ces auteurs, les raisons qui ont justifié cet assouplissement de la réglementation se rapportent notamment au renforcement de l'*affectio societatis*, au contrôle de la géographie du capital et à la sanction de certains comportements jugés néfastes pour la société. Cf. D. PORACCHIA et B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 15.

¹²¹³ G. DURAND-LEPINE, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées » : *Petites aff.* 24/07/1995, n° 88, p. 7 et s.

¹²¹⁴ C'est justement ce que proposait à l'époque dans sa thèse en droit français un auteur (B. CAILLAUD, *L'exclusion d'un associé*, thèse de doctorat, Paris, 1966, p. 241) d'après qui on ne peut déduire de l'article 52 de la loi du 24 juillet 1867 qui concerne les sociétés à capital variable que le législateur a entendu rejeter toute exclusion dans les sociétés à capital fixe : B. CAILLAUD, *L'exclusion d'un associé*, thèse de doctorat, Paris, 1966, p. 241.

¹²¹⁵ G. DURAND-LEPINE, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », préc.

Par exemple, une clause d'exclusion fait prévaloir l'intérêt de la société par l'éviction de tout associé qui constituerait un obstacle à son progrès et à son fonctionnement ou à son existence.

qu' « *apparemment intangible* »¹²¹⁶. En réalité, envisager que chaque actionnaire puisse renoncer librement à son droit de rester dans la société devrait s'analyser comme la manifestation suprême de l'*affectio societatis*, dans la mesure où, ce faisant, chaque associé accepte d'emblée le principe de son éviction éventuelle dans l'intérêt de la personne morale¹²¹⁷. En conséquence, de nombreuses exceptions tempèrent le principe et « *tendent d'ailleurs à se multiplier à l'époque contemporaine prouvant ainsi que le caractère absolu que l'on veut parfois reconnaître à ce droit n'est pas compatible avec une gestion efficace des sociétés anonymes* »¹²¹⁸. En tant que tel, l'objectif d'attractivité, la volonté de modernisation et la récente orientation du droit Ohada dans le sens de la contractualisation sont, à notre sens, des arguments favorables à l'aménagement de ce droit propre de l'actionnaire.

B- La possibilité d'une exclusion conventionnelle de l'actionnaire

521. En dépit du caractère essentiel souvent affirmé du droit de l'actionnaire de faire partie de la société, nous venons de montrer qu'en réalité ce droit n'est inflexible qu'en apparence. La loi ayant prévu des cas dans lesquels un actionnaire peut être exclu de certaines sociétés, même anonymes, sans son consentement. Mais au-delà de ces hypothèses, qui portent la marque du législateur lui-même, on admet de plus en plus facilement que les actionnaires puissent décider par eux-mêmes de renoncer au bénéfice de ce droit fondamental par le recours au jeu de la liberté contractuelle au risque même de se retrouver, dans la plupart des cas, dans une situation davantage précaire que celle que la loi a organisée.

522. Ainsi, par exclusion conventionnelle on entend, « *toute stipulation expresse par laquelle les associés d'une société dans laquelle la faculté d'exclusion n'a pas été expressément prévue par le législateur, renoncent par le jeu de leur propre volonté à leur droit de ne pas être exclu de la société* »¹²¹⁹. Généralement, de telles évictions préalablement consenties par les actionnaires peuvent se manifester dans le cadre d'une relation collective impliquant tous les actionnaires de la société ou à l'occasion de conventions entre certains d'entre eux. A ce titre, on peut envisager les clauses d'exclusion extra-statutaires distinctes des clauses statutaires et distinguer par ailleurs les conditions de leur validité en raison de leur emplacement.

¹²¹⁶ G. DURAND-LEPINE, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », préc., voir aussi D. MARTIN, « L'exclusion d'un actionnaire », in *RJ Com.* n° spécial, 1990, p. 94, spéc. p. 97.

¹²¹⁷ S. DANA-DEMARET, note sous C.A. Paris 7 juin 1988, *Rev. Sociétés* 1989, p. 251

¹²¹⁸ J.-M. MOULIN, « Sociétés anonymes.- Droits des actionnaires » : *JCl. Sociétés Traité – Fasc.1484*, n° 87.

¹²¹⁹ G. DURAND-LEPINE, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées » : *Petites aff.* 24/07/1995, n° 88, p. 7 et s.

523. D'abord, à la question de savoir si les statuts peuvent, prévoir une clause d'exclusion en dehors des hypothèses prévues par la loi, ni le législateur Ohada, ni la CCJA n'ont pris position alors même que des auteurs ont sans cesse appelé à reconnaître une telle clause dans les SA de droit Ohada¹²²⁰. Pour autant, ce silence des législateurs Ohada ne peut pas être considéré comme une négation absolue d'une telle possibilité surtout dans un droit où, comme nous l'avons démontré précédemment, les statuts des sociétés recouvrent une certaine dimension contractuelle. Mieux, la doctrine et la jurisprudence française ont connu sur la question des évolutions particulièrement inspirantes qui, confortent la validité des clauses statutaires d'exclusion dans les sociétés anonymes non cotées. D'ailleurs, l'idée d'une validité de principe des clauses d'exclusion statutaires est très ancienne dans la jurisprudence française¹²²¹, même si leur insertion dans les statuts d'une société anonyme n'a été reconnue qu'à une période relativement récente¹²²².

524. C'est en effet en 1994 que, de manière plus ou moins explicite, la Cour de cassation française a nettement affirmé la faculté pour les actionnaires d'insérer dans les statuts de leur société anonyme, une clause d'exclusion¹²²³. Elle a en réalité confirmé une décision d'une cour d'appel¹²²⁴ ayant marqué son opposition à une demande de cession des actions détenues par certains actionnaires d'une société anonyme, au motif que les statuts de cette dernière ne prévoyaient pas la possibilité d'exclure un actionnaire¹²²⁵. Ce faisant, la haute juridiction semble clairement sous-entendre que les actionnaires peuvent librement décider de l'insertion d'une clause d'exclusion dans les statuts d'une société anonyme. Toutefois, pour être opposable à tous, l'insertion de ladite clause dans les statuts doit être unanimement acceptée par les

¹²²⁰ O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2014, p. 40, n° 31 et p. 373, n° 419 et s.

¹²²¹ Déjà, un arrêt ancien de la Cour d'appel de Paris de 1893 (C.A. Paris, 18 nov. 1893, D. 1894, 1, p. 10) semblait l'avoir affirmé. Quelques années plus tard au début du XXe siècle un arrêt de la Cour d'appel de Rennes de 1912 en apporte la confirmation (C.A. Rennes, 12 juillet 1912, J. Soc. 1913, p. 23, note Bosvieux) avant que la consécration expresse par la Cour de cassation n'intervienne par un arrêt du 6 mars 1935 (Cass. civ., 6 mars 1935, J. Soc. 1936, p. 614, note P. Cordonnier ; Cass. req., 16 nov. 1943, S. 1944, 1, p. 15.). Plus récemment, les Cours d'appel de Rouen (C.A. Rouen, 8 février 1974, *Rev. Sociétés* 1974, p. 507, note R. RODIERE ; *RTD com.* 1974, p. 291, note R. HOUIN, *Rev. Banque* 1974, p. 674, note L. MARTIN) en 1974 de d'Orléans en 1989 (C.A. Orléans, 26 septembre 1989, *Dr des Soc.* Juin 1990, no 163 ; *Rev. Sociétés* 1990, p. 644, note Y. GUYON) ont réaffirmé avec vigueur la validité de telle clause.

¹²²² Pourtant la Cour d'appel de Rouen donnait déjà à croire en la validité des clauses d'exclusion statutaire dans les sociétés anonymes. En effet, pour valider une clause d'exclusion, cette juridiction a énoncé notamment que « *même dans les sociétés de capitaux l'intuitu personae peut être pris en considération* » (voir CA Rouen, 8 fév. 1974, *Rev. Sociétés* 1974, p. 507, obs. R. RODIERE).

¹²²³ Cass. com., 13 déc. 1994 : *JCP E* 1995, II, 705, note Y. PACLOT ; *Dr. sociétés* 1995, comm. n° 37, note D. VIDAL ; *Rev. Sociétés* 1995, p. 298, note D. RANDOUX ; *BJS* 1995, p. 152, note P. LE CANNU.

¹²²⁴ CA Montpellier, 17 déc. 1992, n° 91/5925 : *BJS*, 1993, p. 649, note A. COURET et P. LE CANNU.

¹²²⁵ Il a ainsi été jugé en l'espèce qu' « *Ayant relevé que les statuts de la société du Journal ne prévoyaient pas la possibilité d'exclure un actionnaire, la Cour d'appel a estimé à bon droit que la société du Journal n'était pas fondée à ordonner la cession de ses actions détenues par les sociétés ETARCI et SCPPMI* ».

actionnaires. Ainsi, le consentement de l'actionnaire sert d'une part de justification essentielle au prononcé d'une telle décision sans qu'il ne puisse s'y opposer mais, d'autre part, il sert surtout d'argument pour justifier le renoncement de l'actionnaire à bénéficier des principes traditionnellement opposés à son exclusion¹²²⁶. Par ailleurs, une clause d'exclusion statutaire doit être suffisamment précise, c'est-à-dire prévoir de manière abstraite, objective et suffisamment détaillée, les conditions et les modalités de sa mise en œuvre. En clair, la faculté d'exclusion statutaire doit être prévue pour être mise en œuvre dans un cadre connu et préalablement accepté par l'actionnaire afin de le protéger d'une exclusion arbitraire¹²²⁷. L'exclusion statutaire ne sera donc valable que, si les mécanismes conventionnels mis en place dans les statuts à cette fin accordent à tout actionnaire, « *des garanties morales, procédurales et patrimoniales* » suffisantes¹²²⁸.

525. Plus précisément, il est recommandé, en application de la « prévisibilité » censée caractériser tout rapport contractuel¹²²⁹, que les statuts déterminent au préalable et le plus clairement possible les motifs d'exclusion¹²³⁰. En pratique et en raison du jeu de la liberté contractuelle, les motifs d'exclusion peuvent être divers et variés¹²³¹. Il faut toutefois que ces motifs d'exclusion soient déterminés avec précision dans les statuts et qu'ils puissent faire l'objet d'une analyse objective de manière à ce que leur invocation limite le risque de discussion par l'actionnaire à exclure et prévienne l'arbitraire de la part de la société ou des actionnaires majoritaires. L'intérêt étant en réalité d'écartier toute possibilité d'exclusion *ad nutum*¹²³², la

¹²²⁶ G. DURAND-LEPINE, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées » : *Petites aff.* 24/07/1995, n° 88, p. 7 et s, voir aussi Y. CHAPUT, « La liberté et les statuts » : *Rev. sociétés* 1989, p. 361. Selon cet auteur, les fondements mêmes du droit de l'actionnaire à ne pas être exclu peuvent être remis en cause compte tenu de l'article 1134 du code civil.

¹²²⁷ S. LE NORMAND-CAILLERE, « L'exclusion statutaire d'un associé » : *RJ com* 2015, n°6, p. 553 ; S. PRAT, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Litec 1992, n° 319.

¹²²⁸ G. DURAND-LEPINE, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées » : *Petites aff.* 24/07/1995, n° 88, p. 7 et s.

¹²²⁹ De par sa nature, le mécanisme contractuel est souvent et à juste titre défini comme un acte de prévision. Ce qui traduit l'importance du rôle de la prévisibilité dans le contrat. Sue cette question, voir R. MARIGNOL, *La prévisibilité en droit des contrats*, thèse de doctorat, Université Toulouse 1 Capitole, 2017.

¹²³⁰ La doctrine définit les motifs d'exclusion comme des « *raisons pour lesquelles un associé peut être exclu de la société* ». Cf. M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 279, n° 668.

¹²³¹ Madame Marie-Christine MONSALLIER écrit à cet effet que « *leur diversité repose sur la liberté contractuelle édictée par l'article 1134 du code civil* », cf. M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 279, n° 668.

¹²³² S'il est exigé des motifs clairs et précis, il est à plus forte raison interdit de prévoir une clause envisageant une exclusion sans le moindre motif. Pourtant un auteur a essayé de démontrer qu'une clause d'exclusion *ad nutum* pouvait être valable. Ceci constituerait selon lui, l'application d'une condition potestative. En droit français, il est de règle écrit-il, « *qu'un contrat est parfaitement valable, bien que conclu sous une condition purement potestative. C'est essentiellement pour cette raison qu'il faut conclure, en principe, à la validité de la clause (d'exclusion ad nutum)* ». Cf. J. LEPARGNEUR, « l'exclusion de l'associé » : *Journal des sociétés*, 1928, p. 257 et s., spéc., p. 263.

doctrine recommande tout particulièrement que les motifs d'exclusion correspondent à des faits ou à des actes qui permettent d'admettre objectivement que l'actionnaire à exclure a perdu l'*affectio societatis* ou ne satisfait plus à l'*intuitu personae*¹²³³. De fait, les rédacteurs de ces clauses devraient faire attention à ce que leurs motifs d'exclusion ne fassent pas référence à un élément subjectif ou trop général qui impliquerait une appréciation "ambiguë" de la part de la société et qui pourrait conduire *in fine* à une exclusion arbitraire par les majoritaires¹²³⁴. En tout état de cause, il ressort de la jurisprudence, la règle selon laquelle : « *quelle que soit la société à propos de laquelle une clause d'exclusion a été instituée dans les statuts, sa mise en œuvre sera susceptible d'être contrôlée par voie judiciaire sur le terrain de l'abus de droit quant aux motifs allégués pour légitimer une telle mesure* »¹²³⁵.

526. En outre, ces derniers doivent prévoir les modalités pratiques de mise en œuvre de l'exclusion statutaire. Si la clause d'exclusion statutaire peut se justifier, écrit un auteur, elle ne sera valide qu' « *à condition qu'elle précise avec rigueur les conditions d'exercice* »¹²³⁶. Notamment, la clause doit désigner l'organe social compétent pour prononcer la décision d'exclusion, organiser le déroulement d'une procédure contradictoire et, surtout, prévoir les conditions auxquelles le prix des actions de l'actionnaire à exclure va être fixé, celui-ci ne pouvant être privé d'une juste compensation de la valeur de ses droits sociaux¹²³⁷.

527. Au regard de tant d'arguments qui en justifient non seulement l'opportunité mais aussi la validité, la faculté d'exclusion des actionnaires prévue dans les statuts de la société anonyme et appréhendée comme un aménagement conventionnel du droit de rester dans la société, semble devoir être admise en droit Ohada. Il serait en effet surprenant que les juges fassent une

¹²³³ S. HELOT, « La place de l'*intuitu personae* dans les sociétés de capitaux », *Receuil Dalloz*. 1991, Chron., p. 143.

¹²³⁴ Ainsi qu'il a été écrit, la clause selon laquelle tout actionnaire qui effectue un acte de nature à nuire aux intérêts de la société est susceptible d'exclusion ne peut être retenue « *car il est difficile, à notre sens, et malgré tout le confort que la stipulation procure, de marier la formule avec les exigences de la précision contractuelle* ». Cf. H. LE NABASQUE, P. DUNAUD, P. ELSEN, « Les clauses de sorties dans les pactes d'actionnaires », in *Dr. des sociétés*, actes pratiques, n° 5, 1992, p. 10, n°2.

Pourrait entrer dans cette catégorie de motif trop général, une clause prévoyant l'exclusion des associés qui bafoueraient leur obligation « *de s'abstenir de tous actes et opérations susceptibles de nuire à la société* ». Elle a été pourtant jugée licite par la Cour d'appel de Caen en 1927 (C.A. Caen, 11 avr. 1927, D.P. 1928, 2, p. 65, note J. LEPARGNEUR). Mais de l'avis de la doctrine, « *on ne peut que reprocher à cette formulation son caractère trop général* » de telle sorte qu'aujourd'hui il y a sans doute moins de certitude qu'une telle soit favorablement validée par les juridictions. Cf. G. DURAND-LEPINE, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées » : *Petites aff.* 24/07/1995, n° 88, p. 7 et s.

¹²³⁵ B. SAINTOURENS, « Clause d'exclusion et abus de droit » : *Rev. sociétés* 1998, p. 99. Il s'agit là, selon l'auteur, d'un « *double garde-fou judiciaire du contrôle relatif à la procédure et de celui relatif au fond fondé sur la théorie de l'abus de droit paraît de nature à apaiser les craintes d'une exclusion - règlement de compte peu compatible avec le droit de tout associé de demeurer dans la société auquel certains peuvent encore être attachés* ».

¹²³⁶ M. BOIZARD, « L'abus de minorité » : *Rev. sociétés* 1988, p. 374, n° 15.

¹²³⁷ CA Paris 7 juin, *Rev. Sociétés* 1989, p. 246, note S. DANA-DEMARET.

interprétation de l'AUSC réformée visant à proscrire, en dehors des cas prévus par le législateur, une telle clause dans les sociétés anonymes à capital fixe. D'ailleurs, beaucoup d'auteurs conseillent aux actionnaires, les clauses d'exclusion statutairement convenues comme mécanismes de gestion des crises en droit Ohada¹²³⁸.

528. Les statuts n'étant pas l'unique source des relations sociétaires, la question de leur validité dans les conventions extrastatutaires demeure posée. Nombre d'auteurs y ont, par le passé, répondu par la négative, en considérant que ces clauses relèvent du domaine réservé aux statuts. Une telle analyse reposerait notamment sur le parallélisme des formes¹²³⁹. Le Professeur Jean-Patrice STORCK a ainsi soutenu que « *s'agissant d'une clause d'exclusion d'un associé stipulé dans un cas où aucun texte ne l'envisage, il a été jugé que seuls les statuts de la société pouvaient prévoir cette mesure à l'exclusion des conventions extrastatutaires* »¹²⁴⁰. Pour un autre auteur, étant donné que les statuts sont le « *berceau de la qualité d'associé, le contrat de société en serait nécessairement le tombeau, interdisant le retrait d'une telle qualité par une convention distincte des statuts* »¹²⁴¹. Il est ainsi normal selon le Professeur Michel GERMAIN « *que cette possibilité d'exclusion dans les sociétés commerciales soit prévue dans les statuts* »¹²⁴². Un autre argument qui justifierait cette exclusivité des statuts à abriter les clauses d'exclusion est tiré du fait qu'une clause d'exclusion extrastatutaire ne saurait, en tant que telle, donner compétence aux organes de la société pour exclure un actionnaire. Concrètement, une clause d'exclusion extrastatutaire pose par ailleurs le problème de l'effectivité de sa mise en œuvre par un organe social alors même que la société n'est pas partie au pacte. C'est du moins ce qui semble ressortir d'un arrêt de la Cour de cassation française¹²⁴³, ayant annulé une convention d'exclusion extrastatutaire au motif que la convention en cause était distincte du contrat de société liant les actionnaires et n'était pas signée par un représentant de la société¹²⁴⁴.

¹²³⁸ M. KONATE, B. DIALLO et B. MEUKE, « La gestion des crises en Ohada : anticipation conventionnelle et statutaire-Gestion négociée et règlement des conflits internes » : *Revue Jurifis Info*, n°4, juil.-août 2009, p. 7 et s., disponible sur www.jurifis.com/wp-content/uploads/2014/06/Rev_Jurifis_Info_N_4.pdf

¹²³⁹ S. LE NORMAND-CAILLERE, « L'exclusion statutaire d'un associé » : *RJ com.* 2015, p. 552.

¹²⁴⁰ J.-P. STORCK, « La validité des conventions extrastatutaires » : *D.* 1989, p. 267, n° 14.

¹²⁴¹ R. MORTIER, « De l'art d'expulser un associé encombrant » : *Dr. Sociétés* 2014, n° 12, comm. 182, sous Cass. com. 6 mai 2014, Dans le même sens, voir aussi H. LE NABASQUE, P. DUNAUD, P. ELSEN, « Les clauses de sorties dans les pactes d'actionnaires » : *Dr. des sociétés*, actes pratiques, n° 5, 1992, n° 5, 1992, n° 52.

¹²⁴² M. GERMAIN, « Pactes, statuts et ordre public », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, 2013, p. 308, n° 7.

¹²⁴³ Cass. Com, 8 février 1982, *BJS* 1982, p. 970.

¹²⁴⁴ Selon les faits de l'espèce, les actionnaires d'une société anonyme avaient conclu une convention extrastatutaire qui permettait d'exclure chacun des actionnaires à l'unanimité des autres. Après avoir fait l'objet de cette mesure d'exclusion, un des actionnaires intente une action en justice à l'issue de laquelle, la Cour de cassation a, conformément à la décision de la Cour d'appel, rejeté le pourvoi formé par les autres actionnaires. La motivation des juges de droit étant notamment que les juges de fond « *ont retenu (à bon droit) que la convention litigieuse était distincte du contrat de société liant par ailleurs les parties et constaté qu'elle n'avait pas été signée par un représentant de la société* ».

Et pourtant, certains auteurs pensent d'une part que l'absence de disposition explicite interdisant la localisation extrastatutaire des clauses d'exclusion et d'autre part, la reconnaissance par la jurisprudence du principe même de l'exclusion, justifient le recours à la convention extrastatutaire d'exclusion¹²⁴⁵.

529. Dès lors, quand bien même la généralité des arguments avancés par des auteurs pour s'opposer à la localisation extrastatutaire de la clause d'exclusion les rend applicables au droit Ohada, il nous semble y avoir quelques ouvertures favorables à la validité d'une clause extrastatutaire d'exclusion. Dans la législation Ohada, où les conventions extrastatutaires sont consacrées pour régler l'accès au capital, on pourrait bien sous-entendre, en faisant une lecture extensive de l'article 2-1 de l'AUSC, la possibilité d'organiser l'exclusion d'un actionnaire du capital social sans vraiment s'écarter de l'esprit de cette disposition qui est de permettre un contrôle de l'actionnariat de la société¹²⁴⁶. L'énumération des cas de conventions extrastatutaires n'est pas limitative et, sur le fondement de la liberté contractuelle, les actionnaires eux-mêmes pourraient l'étendre aux clauses d'exclusion, dont ils assureraient l'efficacité en les faisant signer par la société elle-même et en conférant ainsi à l'un de ses organes, la compétence pour exclure l'un des actionnaires aux conditions prévues dans le pacte. Toutefois, cette possibilité ne serait envisageable que si le pacte extrastatutaire est signé seulement par certains actionnaires de la société. En effet, l'idée est souvent avancée qu'un pacte d'exclusion extrastatutaire, signé par tous les actionnaires de la société, se substituerait aux statuts sans pour autant apporter aux actionnaires les mêmes garanties qu'une clause d'exclusion statutaire. Ainsi, il nous semble, à tout le moins plausible, que les juges en droit Ohada puissent consacrer la validité de la clause extrastatutaire d'exclusion signée par quelques-uns des actionnaires d'une société anonyme de droit Ohada.

530. Quoi qu'il en soit, d'autres mécanismes contractuels produisant des effets comparables à ceux de la clause d'exclusion et dont la validité dans un document extrastatutaire ne souffre d'aucune réserve, sont tout à fait envisageables en droit Ohada. Il en est par exemple ainsi de la clause extrastatutaire de rachat fondée sur le mécanisme de la promesse unilatérale de vente.

¹²⁴⁵ J.-P. STORCK, « La validité des conventions extrastatutaires » : D. 1989, p. 267, n° 14.

¹²⁴⁶ Tous les mécanismes concourant à contrôler l'actionnariat devraient donc pouvoir être valables dans les pactes d'actionnaires au même titre que les conventions réglementant l'accès au capital et consacrées par l'article 2-1 de l'AUSC. Dans le même sens, un auteur a fait le parallèle entre la clause d'inaliénabilité et la clause d'exclusion : « *Les clauses extra-statutaires d'exclusion constituent certainement, avec les clauses d'inaliénabilité précitées, les pactes relatifs à la détention du capital (...). Elles obligent en effet un actionnaire à quitter la société contre son gré, en organisant un mécanisme de cession forcée dont un autre actionnaire détient l'initiative du déclenchement. Au contraire, les pactes d'inaliénabilité contraignent un actionnaire à se maintenir dans la société. Dans les deux cas, c'est la structure même de la société, et plus précisément la qualité d'actionnaire, qui se trouve au cœur de la convention* ». Cf. C. LEROY, *Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire*, Thèse de doctorat, Université Paris-Val de Marne, 2010, p. 102, n° 217.

La doctrine affirme à cet effet que, « *d'une manière générale, la convention prévoyant la faculté d'exclusion (équivalra) à une promesse de vente sous condition suspensive* »¹²⁴⁷. De telles promesses unilatérales de vente sous condition suspensive permettent aux bénéficiaires de la promesse de déclencher le rachat forcé des titres dès la survenance de certains événements¹²⁴⁸. Ainsi l'actionnaire s'engage-t-il irrévocablement, en cas de survenance de certains événements, à céder ses actions au profit de son partenaire, la levée de l'option par ce dernier réalisant l'exclusion de la société du promettant. Même si la doctrine tient à distinguer les deux situations juridiques¹²⁴⁹, beaucoup d'auteurs soutiennent qu'une telle « *promesse de vente réalisée concrètement une exclusion* »¹²⁵⁰. L'intérêt de cette pratique est de ne lier que deux actionnaires et non tous, sans pour autant courir le risque d'une invalidation puisqu'elle se substituerait aux statuts. La validité de cette pratique est consacrée par la jurisprudence, qui entérine de telles promesses de rachat forcé à condition que la mise en œuvre de ces dernières soit déclenchée par des événements parfaitement objectifs, constitutifs de justes motifs d'exclusion¹²⁵¹. Ainsi, la mise en œuvre de ce mécanisme doit être exempt de tout comportement arbitraire de la part du bénéficiaire en ce qui concerne notamment la survenance des événements constitutifs des motifs d'exclusion¹²⁵². Par ailleurs, ayant pour objet la réalisation future d'une cession, la

¹²⁴⁷ D. MARTIN, « L'exclusion d'un actionnaire », in *RJ Com.* n° spécial, 1990, p. 113 ; M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 293, n° 708 et s. et G. GOFFAUX-CALLEBAUT, *Du contrat en droit des sociétés: essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, l'Harmattan, 2008, n° 363 et s.

Pour une réflexion identique en droit Ohada, Voir O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2014, p. 181, n° 229.

¹²⁴⁸ C. LEROY, *Le pacte d'actionnaire dans l'environnement sociétair*, thèse, préc., p. 71, n° 132.

¹²⁴⁹ Voir par exemple G. RIPERT et R. ROBLOT, *Les sociétés commerciales*, 2002, 18^e éd., n° 1602.

Plus radical dans sa thèse, un autre auteur affirme quant à lui que les contrats préparatoires conclus entre associés ne devraient même jamais être considérés comme des atteintes éventuelles au droit de faire partie de la société. Pour cause, avance-t-il, « *ils n'entraînent aucune immixtion de l'ordre sociétair dans la relation contractuelle...* ». Cf. E. SCHLUMBERGER, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, thèse, Paris 1, 2011, n° 319.

¹²⁵⁰ M. GERMAIN, « Pactes, statuts et ordre public », préc., p. 314, n° 17. C'est du moins, ce que semble aussi dire Jean-Jacques DAIGRE (« La perte de la qualité d'actionnaire » : *Rev. sociétés* 1999, p. 541) pour qui, malgré l'opposition sensibles des deux mécanismes, ils conduisent tous deux au départ de l'associé de la société. Pour lui en effet, si la clause d'exclusion a pour premier objet d'exclure un associé et pour effet second le rachat de ses titres, la promesse a pour objet premier la vente et pour effet second, le départ de l'associé.

¹²⁵¹ Ainsi, une promesse unilatérale de cession forcée extra-statutaires conclues sous la condition suspensive de la perte de la qualité de salarié de la société pour quelque cause que ce soit a été reconnue valable en jurisprudence (Cour d'appel de Poitiers 12 novembre 2002, JCP, éd. E, 2003, n°17-18, p. 737 et Cour d'appel de Paris 18 octobre 2005, n° 04-4322, 3^e ème ch. A, Hermann c/ Vileghe, RJDA, 7/06, n°791). Voir dans le même sens, Cass. Com., 7 juin 2016, n° 14-17.978 ; Cass. Com., 6 mai 2014, n° 13-17.978 et 13-19.066.

¹²⁵² L'idée se matérialise par la technique des clauses dites « *good/bad leaver* », où l'associé exclu verra par ailleurs le prix de cession de ses titres affecté d'une prime (*good leaver*) ou d'une décote (*bad leaver*), selon que le cédant aura rempli ou non une ou plusieurs conditions prédéfinies. Voir sur ces clauses : S. CASTAGNE, « La perte de la qualité d'associé ou comment rédiger une clause d'éviction ou une clause de “good/bad leaver” » (A propos de Cass. Com., 23 sept. 2015, n° 17-17.343) : *Dr. sociétés* 2016, n° 2, formule 2 ; J. HEINICH, « Le sort du pacte extrastatutaire d'associés lors d'un événement affectant l'un de ses signataires » : *Rev. sociétés* 2014, p. 475, n° 19 ; K. DECKERT, « Validité de la clause de bad leaver souscrite par un salarié-actionnaire dans un pacte

promesse de vente doit remplir toutes les conditions légales pour qu'il y ait vente afin de ne pas se voir requalifier en pacte de préférence¹²⁵³. En définitive, la validité de la promesse de vente d'actions sous condition suspensive résulte d'une part, du fait que ces promesses ne cherchent pas à se substituer aux statuts, échappant par là même au domaine réservé des statuts et d'autre part, que tout actionnaire est libre de consentir une promesse de vente de ses titres.

531. Voilà autant de modalités suivant lesquelles le droit propre de demeurer actionnaire peut être conventionnellement aménagé sur le fondement de la volonté de son titulaire. Le caractère d'ordre public de ce droit apparaît ainsi relatif, au point où certains auteurs¹²⁵⁴ ont envisagé la possibilité pour les juges de l'espace Ohada, de prononcer dans certains cas, sans le consentement de l'actionnaire, l'exclusion de celui-ci de la société. En vue de protéger « *le droit propre [de la société] à la vie, à la prospérité, à la croissance auxquels les associés ne sauraient porter atteinte* »¹²⁵⁵, le droit OHADA contiendrait « *des dispositions permettant d'exclure un associé contre son gré* »¹²⁵⁶. En l'absence d'une position claire de la jurisprudence de la CCJA sur la question, elle demeure l'objet de vives discussions. La principale hypothèse dans laquelle l'exclusion judiciaire est souvent envisagée est celle dans laquelle un associé agit en dissolution anticipée d'une société commerciale pour juste motif. Elle est prévue à l'article 200.5° de l'AUSC, dont l'équivalent en droit français est l'article 1144-5.7° du code de commerce¹²⁵⁷. La question que l'on s'est souvent posée est celle de savoir si le juge saisi d'une demande en dissolution anticipée dans les conditions des dispositions sus-citées a la possibilité de prononcer en lieu et place de la demande qui lui est faite, l'exclusion de l'associé qui a initié l'action en justice. Cela permettrait d'éviter « *un suicide collectif en préservant la pérennité d'un être social économiquement viable auquel sont attachés des emplois et des richesses* »¹²⁵⁸.

d'actionnaires », in *Lettre CREDA-Sociétés*, n° 2016-25, juin 2016. Sur leur validité, voir CA Paris, 15 déc. 2006 : BJS, 2007, p. 479, note F.-X. LUCAS ; *RTD com.* 2007, p. 169, obs. P. LE CANNU ; Cass. com., 28 avr. 2009, n° 08-13.044 : *Dr. sociétés* 2009, comm. 136, note H. HOVASSE.

¹²⁵³ La différence essentielle entre la promesse de vente et le pacte de préférence réside dans l'engagement du promettant, définitif dans un cas, éventuel dans l'autre. Cf. J. GHESTIN et B. DESCHE, *Traité des contrats. La vente*, LGDJ, 1990, n° 168.

¹²⁵⁴ Voir par exemple S. NGAMALEU DJUIKO, « Les prérogatives non pécuniaires de l'associés dans le droit Ohada », in *BDE*, 2017/1, disponible sur <http://www.droit-economique.org/wp-content/uploads/2017/12/Ngamaleu-1.pdf>

¹²⁵⁵ G. DURAND-LEPINE, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées » : *Petites aff.* 24 juil. 1995, n° 88, p. 7 et s.

¹²⁵⁶ S. NGAMALEU DJUIKO, « Les prérogatives non pécuniaires de l'associés dans le droit Ohada », in *BDE*, 2017/1, disponible sur <http://www.droit-economique.org/wp-content/uploads/2017/12/Ngamaleu-1.pdf>

¹²⁵⁷ Sous réserve d'avoir remplacé l'expression « le tribunal » par « la juridiction compétente », la disposition de l'article 200.5° de l'AUSC s'identifie à celle de l'article 1144-5.7° du code de commerce. Elle dispose en effet que la société prend fin « *par la dissolution anticipée prononcée par la juridiction compétente à la demande d'un associé pour juste motif, notamment en cas d'inexécution de ses engagements par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société* ».

¹²⁵⁸ R. POESY, « Bref retour sur une question controversée : L'exclusion judiciaire de l'associé d'une société non cotée » : *RJ com.* 2001, p. 159 et s. et p. 161. Voir également J.-P. STORCK, « La continuation d'une société par

Autrement dit, lorsqu'un associé saisit le tribunal aux fins de faire prononcer la dissolution anticipée de la société pour juste motif, ses coassociés peuvent-ils s'y opposer en demandant au juge de prononcer l'exclusion de l'associé demandeur et la cession de ses parts à leur profit ?

532. A cette question, la jurisprudence française a opté pour une réponse négative, après avoir connu quelques fluctuations¹²⁵⁹. La Cour de cassation française a en effet consacré le principe selon lequel « aucune disposition légale ne donne pouvoir à la juridiction saisie d'obliger l'associé qui demande la dissolution de la société par application de l'article 1844-7.5° du Code civil à céder ses parts à cette dernière et aux autres associés qui offrent de les racheter »¹²⁶⁰. Elle affirme ainsi qu'aucune juridiction ne peut remplacer la dissolution par l'exclusion d'un associé. Si la position de la jurisprudence française sur l'exclusion judiciaire est ainsi clairement affirmée, la CCJA ne semble pas, à notre connaissance, avoir pris position sur la question. Il faut toutefois noter que si cette forme d'exclusion judiciaire est justifiable selon certains auteurs¹²⁶¹, elle est pour d'autres, « une monstruosité juridique »¹²⁶² qui manifeste beaucoup plus la survivance du caractère institutionnel de la société que sa contractualisation¹²⁶³. Il apparaît donc difficile dans ces conditions d'anticiper la position qui pourrait être celle de la CCJA. Cela dit, le droit de ne pas être exclu n'est pas le seul droit propre de l'actionnaire qui soit de plus en plus ouvert aux aménagements conventionnels. Le droit de vote est, comme ce dernier, une prérogative fondamentale permettant de participer à la vie de la société et qui est

l'élimination d'un associé « : *Rev. sociétés* 1982, p. 242 ; J.-J. DAIGRE, « De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution », *BJS*, 1996, p. 576 ; S. MAJEROWICZ, « L'exclusion de l'associé en l'absence de clause statutaire », *Petites aff.* 1991, p. 65 ; D. MARTIN, « L'exclusion d'un actionnaire » : *RJ com.* 1990, p. 94 et s.

¹²⁵⁹ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, n° 643 et s. ; M. BARRY, *Modalités de l'exclusion d'un associé*, Mémoire / Master 2 – Droit des affaires-Droit des PME-PMI, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2017, p. 18 et s, spéc. p. 20.

Dans certains cas en effet et sur le fondement de l'intérêt social, des juridictions de fond ont prononcé l'exclusion d'un actionnaire, par préférence à la dissolution pour mésentente, (voir notamment CA Reims 24 avril 1989, JCP, éd. E, 1990, II, 15677, n°2, note A. VIANDIER et J. -J. CAUSSAIN et CA Poitiers, 25 mars 1992, *Dr. sociétés* 1992, p. 4, chron. J.-M DE BREMOND DE VAULX.

¹²⁶⁰ Cass. com., 12 mars 1996, n° 93-17813, *RTD. com.*, 1996, p. 897, note J. MESTRE ; *BJS*, 1996, p. 576, note J.J. DAIGRE.

¹²⁶¹ « Lorsque la société est économiquement viable, les juges africains devraient rejeter la disparition de la personne morale pour (...) favoriser l'exclusion de l'associé perturbateur » : D. POHE TOKPA, « Personnalité morale des sociétés », in *Encyclopédie du droit Ohada, op. cit.*, n° 142, p. 1375.

¹²⁶² CA Rouen, 8 fév. 1974, *Rev. sociétés* 1974, p. 507, note RODIERE

¹²⁶³ Selon la doctrine, la conception institutionnelle de la société « seule, peut permettre de justifier le courant jurisprudentiel qui existe actuellement et qui tend à reconnaître aux juges, le pouvoir de prononcer l'exclusion d'un associé. Cette jurisprudence marque par la même sa désaffection pour la conception contractuelle de la société. Ainsi, les pièces essentielles de celle-ci cèdent progressivement la place aux notions entrepreneuriales (prospérité, rentabilité). Dès lors, la société considérée comme un sujet autonome des membres qui la composent a des « droits propres » dont le juge assure la protection et qui justifie son immixtion dans le droit des sociétés » : cf. G. DURAND-LEPINE, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées » : *Petites aff.* 24 juil. 1995, n° 88, p. 7 et s.

davantage susceptible de faire l'objet de divers mécanismes contractuels voulus par leurs titulaires.

§2- Les conventions relatives au droit de vote

533. En référence à l'AUSC, le droit de vote a souvent été défini comme une prérogative élémentaire et un droit d'ordre public lié à la qualité d'actionnaire¹²⁶⁴ et conçu en tant que tel, comme faisant classiquement partie intégrante des droits propres de l'actionnaire, caractérisés par leur intangibilité souvent affirmée en jurisprudence¹²⁶⁵. Présenté comme un droit fonction en ce qu'il permet à l'actionnaire de prendre part aux décisions collectives en référence presque exclusive à l'intérêt de la société, l'exercice du droit de vote ne recouperait que partiellement l'intérêt de son titulaire¹²⁶⁶. La nature de ce droit ne fait cependant pas l'unanimité en doctrine puisque d'autres auteurs n'y voient pas plus qu'un droit propre conféré à l'actionnaire et dont l'exercice est censé garantir et protéger ses droits pécuniaires¹²⁶⁷. De toute façon, dans l'une ou l'autre des approches, et quelle que soit la finalité qu'on lui assigne, le droit de vote a un caractère sacré qui interdit qu'un actionnaire en soit privé, qu'il le cède ou y renonce. Cette conception rigide a été consacrée par l'AUSC de 1997 dont l'analyse a pu être décrite comme « *sans appel* »¹²⁶⁸. Ainsi, l'absence de positionnement de la part du législateur et le caractère d'ordre public caractérisant toutes les dispositions de l'AUSC semblaient exprimer une interdiction implicite des conventions de vote¹²⁶⁹. En conséquence, pour tenter en pratique de se convaincre de la possibilité d'y recourir, « *il a paru important de rechercher les conditions de leur validité du côté de la jurisprudence comparée* »¹²⁷⁰.

¹²⁶⁴ A. KONGATOUA KOSSONGO, « Le droit de vote dans les sociétés commerciales tel que prévu par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE » : *Penant* 2010, n° 873, p. 462 et s.

¹²⁶⁵ Cass. Civ., 7 avril 1932 : DH, 1933, p. 153, note P. CORDONNIER.

¹²⁶⁶ R. DAVID, « Le caractère social du droit de vote » : *Journal des sociétés*, 1929, p. 401 et A. TUNC, « Les conventions relatives au droit de vote et l'organisation des sociétés anonymes » : *RGDC* 1942, p. 97, cité par S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, LGDJ, 2002, n°117.

¹²⁶⁷ « Cette notion de droit-fonction, qui justifierait du caractère indisponible du droit de vote et du fait que ce dernier doit être exclusivement exercé dans un sens conforme à l'intérêt social, est réfutée par l'ensemble de la doctrine, pour laquelle le droit de vote est un droit purement subjectif ». cf. C. LEROY, *Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire*, Thèse de doctorat, Université Paris-Val de Marne, 2010, p. 148 et s., n° 322. Adde, A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, n° 9.

¹²⁶⁸ O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2014, p. 159, n° 194.

¹²⁶⁹ En conséquence, pour tenter en pratique de se convaincre de la validité des conventions de vote pendant que l'AUSC de 1997 était encore en vigueur, l'auteur affirme qu'« *il a paru important de rechercher les conditions de leur validité du côté de la jurisprudence comparée* » ; voir O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2014, p. 159, n° 194.

¹²⁷⁰ O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2014, p. 159, n° 194.

534. La doctrine française prévoyait déjà « *que ce droit politique de voter puisse avoir de la peine à garder ses caractéristiques dans un univers purement économique* »¹²⁷¹ d'autant plus qu'en réalité « *l'aspect du droit de vote comme "droit de la personnalité" de l'actionnaire s'efface au profit du vote, entendu comme un droit personnel ordinaire, relevant de la catégorie du droit des biens* »¹²⁷². En conséquence, « *rien n'indique qu'il soit indisponible entre les mains de son titulaire* »¹²⁷³. Ainsi que le démontrent des exemples venus d'ailleurs, le droit de vote est susceptible de faire l'objet de conventions diverses¹²⁷⁴.

535. L'utilité pratique de ces conventions semble avoir eu raison de la pudeur et de la méfiance de la législation Ohada. En permettant de façon expresse aux actionnaires de fixer librement dans des conventions extrastatutaires les modalités d'organisation des « *relations entre associés* » et de « *la conduite des affaires de la société* », le législateur Ohada semble désormais avoir pris position, entre autres conventions extrastatutaires, en faveur de la validité des conventions de vote. En effet, il est courant que ces dernières soient présentées en doctrine comme étant des accords passés « *entre des associés* » et que les praticiens préfèrent insérer « *dans des conventions extra-statutaires plutôt que dans les statuts* »¹²⁷⁵. A ce titre, la validité de principe des conventions de vote en droit Ohada ne devrait plus à notre sens poser de problème. Toutefois, il convient de poser la question de savoir jusqu'à quel point le droit de vote peut se prêter aux conventions extrastatutaires entre actionnaires et quelles sont les opérations contractuelles dont il peut faire l'objet en vertu de la validité de principe des conventions extrastatutaires de vote que nous déduisons de l'article 2-1 de l'AUSC.

536. Le législateur ne traite pas expressément de cet aspect de la question mais il nous semble que la validité des conventions relatives à l'exercice du droit de vote est acquise **(A)**. Quant à la possibilité de convenir d'une cession du droit de vote, une bonne partie de la doctrine reste méfiante, même si des voix s'élèvent pour appeler à une reconnaissance du transfert du droit de vote indépendamment de l'action avec laquelle il est censé faire un tout **(B)**.

¹²⁷¹ M. GERMAIN, « Le droit de vote » : *Petites aff.* 4 mai 2001, p. 8.

¹²⁷² *Idem.*

¹²⁷³ F. PASQUALINI, « La validité des pactes d'actionnaires », in *Mélanges Philippe MALAURIE*, Defrénois, 2005, p. 359, n° 14. Dans le même sens, G. PARLEANI, « Les pactes d'actionnaires » : *Rev. sociétés* 1991, p. 1 et s., n° 47 : l'auteur affirme qu'« *il n'y a pas à proprement parler de principe selon lequel le vote de l'actionnaire serait une prérogative dont il serait impossible de disposer* ».

¹²⁷⁴ On pense notamment aux « *voting trust* » et « *voting agreement* » qui sont fréquemment pratiqués aux États-Unis. A ce sujet, voir W. CARY et M. EISENBERG, *Cases and Materials on Corporations*. New-York. Foundation press. 5^e éd., 1980, p. 418.

¹²⁷⁵ Cf. M. GERMAIN, « Le droit de vote » : *Petites aff.* 4 mai 2001, p. 8.

A- La validité des conventions relatives à l'exercice du droit de vote

537. Le droit de vote est en passe de perdre ce caractère « sacré » que certains croyaient devoir lui conférer¹²⁷⁶ et que l'on peut faire découler du principe de la liberté du vote, qui voudrait que chaque actionnaire exprime de façon autonome et libre son vote à l'occasion de l'élaboration des décisions collectives. L'application de ce principe « *interdit aux actionnaires, dans leurs rapports entre eux, ou ceux avec les dirigeants sociaux, de stipuler des clauses ayant pour objet ou pour effet de limiter le libre exercice du droit de vote dans les assemblées générales* »¹²⁷⁷. Ainsi, chaque actionnaire a la liberté de changer le sens de son vote au fur et à mesure que les débats précédant l'expression de ce dernier éclairent son discernement¹²⁷⁸. A ce titre, la société ou ses organes ne peuvent pas imposer à un actionnaire l'orientation du sens de son vote qui, du reste, leur sera par ailleurs opposable.

538. Néanmoins, il peut arriver qu'un actionnaire consente à déterminer contractuellement le sens de son vote avant même la tenue de l'assemblée. Il s'engage par avance envers un autre actionnaire à ne pas participer au vote ou à voter dans un sens déterminé. En tant que tel, il faut noter que le sens du vote est souvent convenu, non pas « *à l'issue des débats mais en exécution d'une stipulation contractuelle* » préalable¹²⁷⁹.

539. Le législateur Ohada n'ayant pas, comme en France, fixé les conditions de validité des conventions organisant l'exercice du droit de vote, c'est à la jurisprudence qu'il revient de prendre parti sur cette validité. Et en attendant que les décisions de justices dans l'espace Ohada se démarquent éventuellement des conditions de validité définies dans la jurisprudence française, ces dernières restent parfaitement exportables en droit Ohada. En conséquence, le droit Ohada devra, sur cette question suivre sans doute les sillons tracés par le droit français qui est passé d'une illicéité de principe à une validité conditionnelle des conventions de vote¹²⁸⁰.

¹²⁷⁶ Il faudrait, selon la doctrine, « *déduire de l'accueil des conventions de vote au sein du droit des sociétés, la confirmation de l'abandon du caractère d'ordre public qui caractérisait, autrefois, le droit de vote de l'associé* » : C. BARILLON, *Le critère de la qualité d'associé. Etude en droit français des sociétés*, thèse de doctorat, Université de Paris Ouest – Nanterre La Défense, 2016, p. 312, n° 524. Voir aussi J.-J. DAIGRE « Le droit de vote est encore un attribut essentiel de l'actionnaire ? », *JCP E*, 1996, p. 575, n° 4. Pour cet auteur, les conventions de vote « *ont été favorables à une certaine désacralisation du droit de vote* ».

¹²⁷⁷ P. C. EWANE MOTTO, *La gouvernance des sociétés commerciales en droit OHADA*, thèse, Université Paris-Est, 2015, p. 156.

¹²⁷⁸ Il est en effet évident que la participation aux débats éclaire l'actionnaire sur le sens à donner à son vote en raison de ce qu'il bénéficie d'amples informations censées inspirer sa décision ainsi que de la lumière des réflexions, remarques et interrogations éventuelles des autres actionnaires.

¹²⁷⁹ L. VAN CANEGHEM, « L'exécution forcée en nature des conventions de vote dans la société anonyme », in *RPS*, 1996, p. 36, cité par A. MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, *Economica*, 2004, n° 233.

¹²⁸⁰ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 208, n° 501. Le principe de l'illicéité des conventions de vote a été introduite par le décret-loi du 31 août 1937,

De manière courante, la jurisprudence approuvée par la doctrine, admet la validité des conventions relatives à l'exercice du droit de vote sous trois conditions cumulatives que rappelle clairement une décision de justice de la Cour d'appel de Paris du 30 juin 1995¹²⁸¹. Les juges décidèrent alors de tenir pour licite une convention de vote dès lors que l'engagement est limité à une opération déterminée, qu'il est conforme à l'intérêt social et est exempt de toute idée de fraude. Cette jurisprudence, suivie jusque-là¹²⁸², semblait consacrer des critères suggérés quelques années auparavant par la doctrine afin de valider lesdites conventions¹²⁸³.

540. Ainsi, que la convention de vote soit écrite ou non, qu'elle vise à restreindre le droit de vote ou à en déterminer préalablement le sens, elle doit avant tout avoir un caractère temporaire. Compte tenu de l'importance du vote aussi bien pour l'actionnaire que pour la société, on estime qu'un engagement illimité dans le temps équivaldrait à une renonciation de l'actionnaire à privilégier l'intérêt de la société. Quoi qu'il en soit, la condition de la durée suscite moins de commentaires que celle de la conformité de l'engagement de vote à l'intérêt social.

541. Cette dernière condition fait référence à un critère qui préexiste à la convention de vote qu'il est appelé à légitimer. De fait, la convention de vote n'apparaîtra licite que si elle ne contrarie pas l'intérêt de la société qui transcende ceux des signataires de la convention. Le défaut d'unanimité sur la notion d'intérêt social ne manque toutefois pas de faire naître la difficulté pratique d'avoir à en préciser les contours. En tout état de cause, il est intéressant de noter que les parties à une convention de vote ne devraient pas avoir à rapporter la preuve de la conformité de leur accord à l'intérêt social ; il leur suffira juste de démontrer que la mise en œuvre de la convention ne contrarie pas cet intérêt¹²⁸⁴.

aux termes d'une disposition frappant de nullité les clauses ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte au libre exercice du droit de vote dans les assemblées générales. Son article 10 disposait que « *sont nulles et de nul effet, dans leurs dispositions principales et accessoires, les clauses ayant pour objet, de porter atteinte au libre exercice du droit de vote, dans les sociétés commerciales* ». Alors que ce texte rendait toutes les conventions de vote nulles, la jurisprudence l'a ignoré et a continué à valider certaines conventions. L'abrogation de ce décret par la loi du 24 juillet 1966 a été l'occasion pour la jurisprudence de continuer à valider les conventions de vote en faisant en outre preuve d'une tolérance de plus en plus croissante.

¹²⁸¹ CA Paris 30 juin 1995, arrêt Métaleurop, JCP, éd E., 1996, n°795, p. 69, note J.-J. DAIGRE.

¹²⁸² Des décisions postérieures ont rappelé les mêmes conditions de validité des conventions de vote. Voir par exemple Cour d'appel d'Aix-en-Provence 5 décembre 2003, *BJS*, 2004, p. 1077, note A. CERATI-GAUTHIER.

¹²⁸³ Voir notamment M. JEANTIN, « Les conventions de vote », in *RJ Com.* 1990, p. 124 et s. Voir aussi A. VIANDIER, « Après l'article de Michel JEANTIN sur les conventions de vote », in *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 313, n° 8.

¹²⁸⁴ « *La preuve de la conformité à l'intérêt social n'est pas indispensable. Celle de leur neutralité par rapport à cet intérêt suffit* » ; cf. G. PARLEANI, « Les pactes d'actionnaires » : *Rev. sociétés* 1991, p. 1 et s., n°45. Dans le même sens, le rapport Marini souligne que « *les juges s'efforcent de faire le tri, au gré des espèces, entre "bonnes" et "mauvaises" conventions, en se fondant pour l'essentiel, sur le critère de l'intérêt social, sans que soit exigé en règle générale, la preuve de la conformité du contrat à celui-ci : la neutralité par rapport à l'intérêt social* ».

542. Par ailleurs, une convention de vote licite ne doit pas être le moyen d'une fraude à la loi. Cette condition générale de validité de toute convention a pu être regardée comme une prescription banale¹²⁸⁵. Elle s'apprécie, dans le cas d'espèce, au regard de principes fondamentaux du droit des sociétés puisque beaucoup d'auteurs rapprochent cette condition de l'exigence du respect de l'ordre public sociétaire. Mais encore une fois, « *le plus délicat est d'apprécier les règles dont on ne saurait s'affranchir même par une convention de vote* »¹²⁸⁶. En définitive, tenant ainsi sans doute compte du fait que même si la convention de vote aborde substantiellement une problématique sociétaire, elle est avant tout interindividuelle, un auteur révèle qu'à défaut d'être exclusivement soumise à l'ordre public contractuel, elle « *est soumise à un ordre public sociétaire relativement simple* »¹²⁸⁷. Cet auteur pense même qu'« *une convention de vote limitée dans le temps et conforme à l'intérêt social est possible* »¹²⁸⁸ sans qu'il y ait à respecter une quelconque autre condition de validité. Cela découlerait selon lui d'une jurisprudence de compromis qui se résume en la nécessité d'une convention courte et conforme à l'intérêt social¹²⁸⁹. L'intérêt principal de cette solution serait sans doute de contourner la difficulté majeure de la détermination des règles d'ordre public sociétaire. Quoiqu'il en soit, le spectre de la notion d'ordre public sociétaire plane sur la validité des conventions de vote sans toutefois constituer un obstacle dirimant.

543. Reste à s'assurer de l'efficacité d'une convention de vote valablement formée. Elle prévoit une obligation de faire, dont nous avons dit que la sanction dans les pays de droit Ohada reste encore le dédommagement du créancier de l'obligation. Cette sanction est jugée inefficace alors que la jurisprudence hésite le plus souvent à annuler une délibération d'une assemblée d'actionnaires pour violation d'une convention de vote alors même que ladite décision est conforme à la loi et aux statuts. Sur le triple fondement de l'inopposabilité de la convention de

suffit » : cf. Ph. MARINI, *La modernisation du droit des sociétés*, Collection des rapports officiels, La documentation française, 1996, p. 65.

¹²⁸⁵ A. VIANDIER, « Observations sur les conventions de vote », in *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 28, 16 juil. 1986, I 3253.

¹²⁸⁶ A. VIANDIER, « Après l'article de Michel JEANTIN sur les conventions de vote », in *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 311, n° 14.

¹²⁸⁷ M. GERMAIN, « Pactes, statuts et ordre public », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, 2013, n°15. Classiquement, le principe de la révocation *ad nutum* est souvent cité comme ne devant pas être paralysé par une convention de vote jusqu'à ce que sa nature d'ordre public soit de plus en plus remise en cause ces dernières années ; cf. M.-C. SORDINO, « Aménagement conventionnels et révocation *ad nutum* des dirigeants de société anonyme », in *Mélanges Christian MOULY*, Litec, t.2, 1998, pp. 245-261. On pourrait ainsi considérer comme illicites les conventions de vote qui violeraient le principe de la spécialité des organes sociaux ou qui nieraient le droit qu'a tout actionnaire de participer aux décisions collectives.

¹²⁸⁸ M. GERMAIN, « Pactes, statuts et ordre public », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, 2013, n°15

¹²⁸⁹ *Idem*.

vote à la société, de l'intangibilité des délibérations sociales et de la souveraineté de l'assemblée générale, les juges peinent à ordonner une exécution forcée des conventions de vote. Dès lors, la pratique cherche continuellement des procédés idoines pour en assurer l'efficacité. Ainsi, recourt-on par exemple au mécanisme des clauses pénales¹²⁹⁰. On a aussi proposé de faire signer la convention de vote par la société elle-même afin de la lui rendre opposable et d'en faire la gardienne de sa bonne exécution.

544. Les développements qui précèdent n'épuisent pas, à eux-seuls, la question des conventions dont le droit de vote est susceptible de faire l'objet. Au-delà des accords de volonté visant à orienter le sens du vote, la question de la cession isolée du droit de vote, indépendamment de l'action dont il est l'attribut, doit aussi être abordée.

B- Les conventions relatives à la cession du droit de vote

545. Est-ce que l'organisation conventionnelle extrastatutaire des relations entre associés en droit Ohada s'étend jusqu'à la possibilité pour un actionnaire de céder son droit de vote ? Il s'agit là d'une question taboue du droit des sociétés sur laquelle la doctrine française est beaucoup revenue pour proposer l'abandon de l'approche dominante de l'incessibilité du droit de vote. En effet, en raison des diverses entorses portées ces dernières années au caractère d'ordre public du droit de vote, on pense de plus en plus que toutes les opérations juridiques sur le droit de vote, de *lege lata* et de *lege ferenda* sont possibles¹²⁹¹. Ainsi, au-delà de la validité des conventions relatives à l'exercice du droit de vote, l'idée de sa cession n'est plus tout à fait étrangère à la pensée juridique. Dans ces conditions, peut-on, dans la législation Ohada, envisager une possible indépendance du droit de vote par rapport à l'action dont il est normalement l'attribut en vue de sa cession ? Si la doctrine classique commune aux droits de tradition civiliste reste majoritairement attachée à la règle de la prohibition de la cession du droit de vote, d'autres approches légitiment l'idée d'une autonomie du droit de vote.

¹²⁹⁰ La clause pénale peut se définir comme une clause comminatoire en vertu de laquelle un contractant s'engage en cas d'inexécution de son obligation principale (ou en cas de retard dans l'exécution) à verser à l'autre et à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire - en général très supérieure au préjudice réel subi par le créancier - qui en principe ne peut être ni modérée ni augmentée par le juge sauf si elle est manifestement excessive : Cf. S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 19^e éd., 2012, p. 161. L'intérêt d'une telle clause est le caractère forfaitaire et conventionnel du montant des dommages et intérêts à verser par le contractant défaillant. Aussi, une telle clause présente-telle l'intérêt de consolider la force obligatoire du contrat en mettant une pression supplémentaire sur le débiteur, qui lorsqu'il est de bonne foi se doit de prendre toutes les précautions qui s'imposent à lui pour exécuter ses engagements. Le créancier abusé en présence d'une clause pénale a par ailleurs l'avantage de ne pas avoir à prouver le préjudice par lui subi, la clause pénale jouant du seul fait du non-respect par le débiteur de son obligation. Cf. D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Thèse, Paris XII, 1990.

¹²⁹¹ S. CASTAGNE, « "Vote" en faveur du droit de vote » : *Dr. sociétés* 2000, n° 10, chron. 21, n° 11.

546. La question de savoir s'il est possible de dissocier le droit de vote des autres prérogatives de l'actionnaire afin qu'il ait une vie juridique autonome¹²⁹² est tout sauf « inédite »¹²⁹³ et à vrai dire classique¹²⁹⁴. Traditionnellement, la plupart des auteurs¹²⁹⁵ nient l'indépendance du droit de vote et donc la possibilité de sa cession en se fondant sur différents arguments dont la portée est aujourd'hui remise en cause. On a d'abord avancé que le droit de vote serait une contrepartie immédiate du risque pris en faisant des apports à la société et donc une garantie des droits pécuniaires de l'actionnaire. De fait, le céder reviendrait à se priver de la protection qu'il assure à l'actionnaire en tant que créancier dans la société. Un second argument fort est tiré de la règle du droit des sociétés qui voudrait que, dans une société anonyme, les valeurs mobilières soient « indivisibles à l'égard de la société émettrice »¹²⁹⁶. Aussi, a-t-on par ailleurs avancé l'argument selon lequel tout associé devrait avoir le droit de participer aux décisions collectives en votant aux assemblées¹²⁹⁷. S'ils ont longuement prévalu, ces arguments doctrinaux ont vu leur force de conviction s'éteindre avec le temps.

547. Le fait qu'il existe des catégories d'actions privées de droit de vote mais conférant la qualité d'actionnaire¹²⁹⁸ est un premier motif de se demander si le droit de vote est encore un attribut essentiel de la qualité d'associé¹²⁹⁹, étant rappelé que l'on a longtemps pensé –à tort– que les actions de préférence qui n'accordaient pas le droit de vote étaient juridiquement inacceptables¹³⁰⁰. L'argument de l'indivisibilité de l'action, souvent avancé pour refuser la dissociation du droit de vote et de l'action, n'est pas parfaitement convaincant. Pour cause, la

¹²⁹² « Le test de la licéité de la cession est naturellement un test efficace de l'indépendance possible du droit de vote » : Cf. A. COURET « Le transfert temporaire du droit de vote : retour sur une question taboue » in *BJS*, mars 2015, p. 153, n° 3.

¹²⁹³ C. BARILLON, *Le critère de la qualité d'associé. Etude en droit français des sociétés*, thèse de doctorat, Université de Paris Ouest – Nanterre La Défense, 2016, p. 313, n° 528. Pour une étude plutôt ancienne de la question, voir R. MICHEL, « De la cession du droit de vote », in *Rec. jur. sociétés*, mars 1926, p. 80 ; P. CORDONNIER, « L'actionnaire peut-il céder son droit de vote ? » : *Journal des sociétés*, 1927, p. 5 ; H. MAZEAUD, *Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux*, 2^e éd., Dalloz, 1929, n° 88.

¹²⁹⁴ P. CORDONNIER, « L'actionnaire peut-il céder son droit de vote ? » : *Journal des sociétés*, 1927, p. 5

¹²⁹⁵ Voir par exemple M. GERMAIN, « Le transfert du droit de vote », in *Journal des agrégés*, n° spécial, nov. 1990, p.135, G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales*, Par Michel GERMAIN et Véronique MAGNIER, LGDJ, 21^e éd., 2014, n° 2155.

¹²⁹⁶ Voir l'article 744 de l'AUSC dont l'équivalent en droit français, qui est l'article L.228-5 du code de commerce, dispose qu' « à l'égard de la société, les titres sont indivisibles ».

¹²⁹⁷ P. LE CANNU, « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, 2013, p. 443 et s.

¹²⁹⁸ A. COURET « Le transfert temporaire du droit de vote : retour sur une question taboue » in *BJS*, mars 2015, p. 154, n° 5. L'auteur illustre son propos par la création des actions de préférence qui, depuis 2014, sont consacrées en droit Ohada. Aussi, le nu-proprétaire qui se voit reconnaître la qualité d'actionnaire peut néanmoins se voir privé du droit de vote : cf. art. 807 AUSC.

¹²⁹⁹ J.-J. DAIGRE « Le droit de vote est encore un attribut essentiel de l'actionnaire ? », *JCP E*, 1996, p. 575.

¹³⁰⁰ Une telle approche restrictive ne répondrait pas aux attentes de l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004. Cf. B. MERCADAL, « Que faire des actions de préférence ? », in *RJDA*, 7/06, p. 671 et s.

règle de l'indivisibilité signifierait, « *non pas, qu'une action ne peut appartenir à plusieurs personnes, mais que, lorsqu'une ou plusieurs actions se trouvent dans l'indivision, (...) chacun des cointéressés n'a pas le droit de réclamer un titre distinct pour sa part* »¹³⁰¹. En conséquence, elle s'opposerait donc uniquement « *au fait que plusieurs personnes puissent exercer le droit de vote attaché à un titre : or la cession du droit de vote ne conduit pas à ce résultat* »¹³⁰². La portée de ce dernier argument mérite de retenir tout particulièrement l'attention en ce qui concerne le droit Ohada. Alors que l'article 1844 du code civil français dispose, que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* », l'article 125 de l'AUSC, qui est son équivalent en droit Ohada pose quant à lui un principe général selon lequel « *tout associé a le droit de participer au vote des décisions collectives* ». Ce faisant, la participation aux décisions collectives s'entendrait en droit Ohada, de la participation au vote de ces dernières¹³⁰³. Ce qui redonnerait une portée toute particulière au droit de vote de l'actionnaire. Doit-on pour autant considérer que l'article 125 de l'AUSC interdit la cession du droit de vote ? Il nous semble que non, puisque le législateur lui-même a, lors de la réforme, supprimé la référence au caractère d'ordre public de cette disposition¹³⁰⁴. Tout au plus, pourrait-on considérer le droit de vote comme un attribut essentiel de l'associé en droit Ohada. Mais au-delà du rappel de ce que le législateur lui-même autorise la création d'actions sans droit de vote, il nous plait de faire observer avec un auteur¹³⁰⁵ que « *attribut essentiel* » ne signifie pas « *attribut incessible* ».

548. Cette vague de remises en cause des arguments de la doctrine classique alimente une dynamique doctrinale contemporaine favorable à une légitimation de la cession autonome du droit de vote. Particulièrement, la remise en cause du caractère d'attribut essentiel du droit de vote « *ouvre de considérables horizons quant aux opérations juridiques sur le droit de vote, de lege ferenda (conventions de vote) et de lege lata (cession du droit de vote)* »¹³⁰⁶. Pour Dominique SCHMIDT, « *aucun texte n'interdit la cession du droit de vote. Elle est licite* »¹³⁰⁷.

549. Il est certes clair qu'en dehors des considérations doctrinales, le législateur Ohada ne consacre pas expressément la possibilité de la cession autonome du droit de vote. Toutefois,

¹³⁰¹ C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, t. I, *op. cit.*, p. 567.

¹³⁰² A. COURET « Le transfert temporaire du droit de vote : retour sur une question taboue » : *BJS* 2015, p. 154, n° 6.

¹³⁰³ En ce sens, voir J.-F. BARBIERI, « Le droit de participer à l'élaboration des décisions collectives face au droit de contribuer à leur adoption », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, *op.cit.*, p. 91 et s.

¹³⁰⁴ B. MERCADAL (dir.), *Code Pratique OHADA. Traité, Actes uniformes et Règlements annotés*, éd. Francis LEFEBVRE, 2014, commentaires sous art. 125 AUSC, p. 980.

¹³⁰⁵ D. SCHMIDT, « *Empty voting et cession de droit de vote* » *RTDF* 2011/4, p. 90 et s., spéc. n° 92.

¹³⁰⁶ A. COURET « Le transfert temporaire du droit de vote : retour sur une question taboue » in *BJS*, mars 2015, p. 155, n° 9.

¹³⁰⁷ D. SCHMIDT, « *Empty voting et cession de droit de vote* », *op. cit.*, n° 92.

l'idée d'une dissociation du droit de vote, voire de sa transmission autonome ne semble pas être totalement étrangère à l'AUSC. En définissant par exemple le contrôle d'une société comme la détention « *de plus de la moitié des droits de vote en vertu d'un accord ou d'accords conclus avec d'autres associés* »¹³⁰⁸, le législateur Ohada ne légitime-t-il pas indirectement la cession ou le transfert du droit de vote ? La même question s'est posée relativement à l'article L. 233-3,2° du code de commerce français et en réponse, certains auteurs pensent que « *rien n'interdirait de voir dans cette situation le résultat d'une cession de droit de vote* »¹³⁰⁹. Cependant, même si le caractère traditionnellement sacré de l'incessibilité du droit de vote a souvent conduit à écarter une telle lecture de la loi, on espère en droit Ohada qu'au gré des besoins de la pratique et surtout pour répondre à une certaine exigence de la gouvernance d'entreprise, la possibilité franche d'une dissociation du droit de vote de l'action sera reconnue¹³¹⁰. En réalité, si l'interdiction du transfert du droit de vote persiste en droit Ohada, c'est sans doute sur des bases idéologiques. Or, prévient le Professeur Michel GERMAIN, « *actuellement, rien ne change plus vite que les idées. Le transfert du droit de vote sera peut-être admis plus tard* »¹³¹¹. Dans cette même logique, on conclura avec le Professeur Alain COURET qu' « *il est peut-être encore un peu tôt pour dire que la figure de la cession du droit de vote a été reconnue. Mais, manifestement, c'est une perspective proche* »¹³¹².

550. Ainsi exposées, les illustrations relatives au droit de rester actionnaire et au droit de vote de l'actionnaire montrent que les droits organisant la participation de ce dernier à la vie de la société sont susceptibles de faire l'objet de divers aménagements. Il en va de même de ses droits pécuniaires, qui peuvent eux-aussi faire l'objet d'aménagements conventionnels.

Section 2 : Les aménagements des droits pécuniaires de l'actionnaire

551. Il est de l'essence de la société commerciale, quelle qu'en soit la forme, que ses membres ont une vocation légitime à participer aux résultats sociaux. Ainsi qu'il ressort de la définition de la société, on s'y associe dans le but notamment de partager le bénéfice et de profiter de l'économie qui peut en résulter ou, le cas échéant, de contribuer aux pertes. A ce titre, la réglementation du droit des sociétés a toujours voulu faire régner une certaine justice

¹³⁰⁸ Cf. art. 175 AUSC.

¹³⁰⁹ A. COURET, « Le transfert temporaire du droit de vote : retour sur une question taboue », *op. cit.*, p. 155, n° 9.

¹³¹⁰ P.-G. POUGOUE, J.-C. JAMES et *alii*, « Actes uniformes », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 66, n° 162.

¹³¹¹ M. GERMAIN, « Le transfert du droit de vote », in *Journal des agrégés*, n° spécial, nov. 1990, p. 135.

¹³¹² A. COURET « Le transfert temporaire du droit de vote : retour sur une question taboue », *op. cit.*, p. 158, spéc. n° 34.

dans les rapports entre actionnaires en prohibant les clauses léonines¹³¹³. L'article 54 alinéa 2, de l'AUSC dispose ainsi que « *sont réputées non écrites, les clauses attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société, ainsi que celles excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité la totalité des pertes* ». A défaut d'être une reprise littérale de l'alinéa 2 de l'article 1844-1 du code civil français, cette disposition du droit Ohada en reprend l'essentiel, ce qui justifie les parallèles que nous ferons ci-dessous quant à l'interprétation de ces dispositions légales.

552. On retient communément de la disposition légale que quatre situations sont susceptibles de révéler le caractère léonin d'une norme sociétaire. Il s'agit d'une part de celles accordant l'intégralité des profits à un associé ou excluant l'un d'entre eux du partage des bénéfices sociaux. D'autre part, les situations dans lesquelles un associé jouirait d'une exonération totale de toute contribution aux pertes sociales ou se retrouverait chargé de supporter ces pertes dans leur intégralité sont caractéristiques de clauses léonines. Il est donc loisible de constater que ces prohibitions relèvent de l'objet même de la société telle que définie par la loi et que, même en l'absence de leur prescription expresse par la loi, les clauses léonines auraient dû être condamnées comme étant inconciliables avec les desseins que se proposent les parties au contrat de société¹³¹⁴. En tant que telle, la prohibition des clauses léonine répond à une exigence que « *l'équité requiert dans le contrat de société* »¹³¹⁵.

553. Pour autant, « *le fondement même de la prohibition des clauses léonines reste discuté* »¹³¹⁶ ; ce qui influence la définition du domaine de la règle, dont la portée réelle semble aujourd'hui se réduire de plus en plus. En réalité, dans le but de mettre certaines opérations financières entres actionnaires à l'abri de tout grief, un certain nombre de critères de validation identifiés par les juridictions, apparaissent comme une « *excuse absolutoire au regard de la prohibition des clauses léonines* »¹³¹⁷. En conséquence la prohibition des clauses léonines, règle connue comme étant normalement d'ordre public sociétaire, cède fréquemment devant certains montages contractuels imaginés par la pratique et validés par la jurisprudence.

¹³¹³ Selon le vocabulaire juridique de l'association Henri CAPITANT, "léonin" caractérise ce qui est « *excessif par l'avantage disproportionné procuré à certains cointéressés relativement à ce que perçoivent les autres ; se dit d'un contrat ou d'une clause d'un contrat dont l'exécution aurait pour résultat de procurer à l'un des contractants un avantage exorbitant au détriment des autres* ».

¹³¹⁴ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, LGDJ, 1977, t. 1, p. 508, n° 780.

¹³¹⁵ F. KENDERIAN, « La contribution aux pertes sociales » : *Rev. sociétés* 2002, p. 618.

¹³¹⁶ E. CLAUDEL, « Clauses léonines extrastatutaires. Les voies d'un compromis », *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 183.

¹³¹⁷ D. VIDAL, *Droit des sociétés*, LGDJ, 1993, n° 61 ; CA Paris, 17 avril 1996, *Dr. sociétés* 1996, comm. n° 172, note D. VIDAL.

554. La réalité du recul de cette règle originellement d'ordre public est telle que, certains en sont arrivés à affirmer que pour le droit des sociétés, « *l'article 1844-1, alinéa 2, du code civil pourrait être supprimé sans grand dommage (...) du moins en sa partie relative à l'exonération de toute contribution aux pertes* »¹³¹⁸. La précision de l'auteur consistant à limiter son affirmation à l'obligation des actionnaires de contribuer aux pertes n'est pas anodine puisqu'en réalité, c'est presque exclusivement cet aspect de la prohibition des clauses léonines qui est atteint par un certain nombre de montages contractuels dont la mise en œuvre manifeste *in fine* une exonération totale de la contribution aux pertes de la société au bénéfice d'un actionnaire.

555. Le mécanisme conventionnel qui semble ainsi inciter à considérer la prohibition de la clause léonine en droit des sociétés sous un jour nouveau est la technique contractuelle classique de la promesse d'achat stipulée en la présente matière relativement aux actions de la société et cela, pour un prix minimum garanti. Alors même qu'il est reconnu en doctrine que la levée de l'option par le bénéficiaire est susceptible de le mettre à l'abri de toute contribution aux pertes de la société, il ressort clairement de plusieurs décisions de justice que « *la validité d'une promesse d'achat d'actions à prix minimum garanti ne peut plus être contestée, au nom d'une prétendue violation de la prohibition des clauses léonines* »¹³¹⁹. En raison de l'atteinte dont cette situation est porteuse relativement à la portée de la prohibition des clauses léonines, elle interpelle tout particulièrement, surtout quand on considère la variété des opérations qui s'alimentent en pratique de la promesse d'achat des droits sociaux à un prix plancher¹³²⁰. Au nombre de ces dernières, les conventions de portage, les opérations de capital-investissement ou encore la cession de contrôle échelonnée dans le temps sont devenues communes. Le droit Ohada n'étant *a priori* pas hostile à ces mécanismes, il s'en découle que la prohibition de l'article 54 alinéa 2 de l'AUSC réputant non écrite toute clause exonérant un associé de la totalité des pertes de la société perd sans doute une partie de sa rigueur.

¹³¹⁸ B. DONDERO, « Distinguer entre les clauses “purement léonines” et les clauses “ simplement léonines” », in *BJS*, 01/2013, p. 39, n° 12.

¹³¹⁹ F.-X. LUCAS, « Retour sur le caractère (non) léonin des promesses d'achat d'actions à prix minimum garanti », in *BJS*, 2009, n° 6, p. 583. Commentant la décision Cass. com, 3 mars 2009, n° 08-12359, que l'auteur qualifie de « *Confirmation d'une solution bien acquise* », il affirme expressément que « *cet arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 mars 2009 vient redire que la validité d'une promesse d'achat d'actions à prix minimum garanti ne peut plus être contestée, au nom d'une prétendue violation de la prohibition des clauses léonines, lorsque cette promesse n'est que la contrepartie du service financier, rendu aux actionnaires majoritaires par des bénéficiaires qui sont intervenus avant tout en tant que bailleurs de fonds et sont donc fondés à exiger le respect des engagements qui leur assurent le remboursement de l'investissement auquel ils n'auraient pas consenti sans cela* ».

¹³²⁰ Sur ce point, voir F.-X. LUCAS, « Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines. À la recherche de la cohérence perdue », in *JCP E*, 2000, n° 5, p. 168 et s., spéc. p. 169.

556. Avant donc de revenir sur la dépréciation de la portée de la prohibition des clauses léonines du fait de l'effet de la promesse d'achat de droits sociaux à prix minimum garanti en droit Ohada (§2), il nous plait d'aborder au préalable le sens même de cette interdiction pour rappeler que, du point de vue de la loi, la clause léonine est seulement celle qui supprime littéralement et intégralement la vocation des actionnaires aux résultats de la société. De fait, les stipulations qui se contentent d'aménager la contribution aux pertes ou la répartition des bénéfices en se substituant à la règle de répartition proportionnelle suggérée par le législateur, ne risquent pas le grief d'un éventuel caractère léonin. En tant que telles, les clauses conventionnelles qui procèdent à un simple aménagement de la vocation des actionnaires aux résultats doivent être tenues pour valables (§1).

§1- La validité des aménagements conventionnels ne supprimant pas la vocation aux résultats

557. Il ressort clairement de la lecture des articles 53 et 54 de l'AUSC que la proportionnalité entre la vocation aux résultats de la société et la part des actions détenues par l'actionnaire n'est qu'une des clefs de répartition possible qui est prévue par le législateur pour suppléer le silence des actionnaires sur la question le cas échéant¹³²¹. En effet, la part de chaque actionnaire dans les résultats réalisés par la société ne tient compte de la proportion de ses titres dans le capital social qu'à défaut de clauses contraires librement stipulées dans les statuts et cela sous la condition de ne pas attribuer à un actionnaire la totalité du profit ou de ne pas exonérer l'un d'eux de toute contribution aux pertes. En conséquence, dans la limite de ces deux extrêmes, que le législateur interdit, un espace de liberté reste ouvert aux associés pour aménager le mode de répartition des résultats. Ainsi que l'a jugé la Cour de cassation française, « *l'article 1844-1 du code civil n'interdit pas aux associés de fixer un partage des bénéfices et des pertes dans une proportion différente des apports* »¹³²², de sorte que des accords, statutaires ou non, entre les associés, peuvent, à condition de ne pas supprimer la vocation de l'un d'eux aux résultats de la société, « *prévoir une répartition inégalitaire des bénéfices et des pertes* »¹³²³. Cette analyse apparaît tout à fait transposable en droit Ohada puisque l'AUSC proscrit uniquement,

¹³²¹ En effet, alors que l'article 53 de l'AUSC dispose que les titres sociaux confèrent à leur titulaire, entre autres prérogatives, le « *droit sur les bénéfices réalisés par la société* » et « *le cas échéant, l'obligation de contribuer aux pertes sociales* ». L'article 54 du même acte uniforme précise quant à lui que « *sauf clause contraire des statuts (...), les droits et l'obligation de chaque associé visés à l'article 53 ci-dessus, sont proportionnels à ses apports...* ».

¹³²² Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 1990, n° 87-15467 : *BJS* 1990, p. 1029, note P. LE CANNU.

¹³²³ R. VATINET, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ? » : *Petites aff.* 30/09/1998, n° 117, p. 58.

sans doute dans le même esprit que le droit français, l'attribution à un associé de la "totalité du profit réalisé" ou la mise à sa charge de la "totalité des pertes"¹³²⁴. C'est alors à juste titre qu'un auteur affirme que, dans la gestion de la répartition des résultats sociaux, « *la part belle est faite à la liberté des associés* »¹³²⁵.

558. Aussi, y a-t-il lieu de récuser la lecture, proposée par certains auteurs¹³²⁶, qui présente la clause léonine en droit Ohada comme toute stipulation statutaire dont l'exécution tendrait à procurer simplement un « *avantage exorbitant* » à l'un des associés. Le caractère exorbitant des bénéfices accordés à un associé n'aboutit pas nécessairement à lui attribuer « *la totalité du profit procuré...* » et il convient d'éviter de confondre la clause léonine avec la clause abusive puisqu'en droit des sociétés, "se tailler la part du lion" revient, au regard des termes employés par le législateur, à s'approprier l'intégralité du profit réalisé ou à s'exonérer de toute la perte subie. Ce que la prohibition condamne essentiellement, ce n'est donc pas l'excès d'avantage ou de sujétion mais plutôt le monopole, l'exclusivité ou l'affranchissement, interdisant ainsi l'iniquité collective, sociale, directement connectée à la définition de la société et à l'intérêt commun des associés¹³²⁷.

559. La prohibition de la clause léonine n'interdit pas toute manifestation de la liberté contractuelle des actionnaires¹³²⁸ mais au contraire, la laisse s'épanouir « *tout en la contenant dans les limites, ici relativement lâches, de l'ordre public* »¹³²⁹. L'aménagement de la vocation des actionnaires aux résultats est donc possible dans les sociétés anonymes comme dans toutes les autres formes de sociétés commerciales en droit Ohada d'autant qu'il ressort de la lecture de l'article 13 de l'AUSC que les statuts mentionnent obligatoirement « *les clauses relatives à la*

¹³²⁴ « *Si la participation aux bénéfices peut être inégale, la clause léonine qui consiste à priver l'associé de tout bénéfice est illégale* » : M. SAMB, « La réforme du droit des sociétés de l'Ohada : aspects généraux et transitoires », in *BDE*, 2014/2, p. 2, disponible sur http://www.droit-economique.org/wp-content/uploads/2015/01/1-Moussa_Samb.pdf

¹³²⁵ O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2014, p. 137, n° 159.

¹³²⁶ Voir par exemple P. MIMBE, « Le contrat de société », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 542, n°4 : « *Plus spécifiquement, le contrat de société ne doit contenir aucune clause léonine dont l'exécution aurait pour résultat de procurer à l'un des contractants un avantage exorbitant au détriment de l'autre ou des autres* ».

¹³²⁷ A. PIETRANCOSTA, « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses « léonines » : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », in *Rev. Lamy dr. aff.* 2006, p. 67 et s., n° 15 ; M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué. Du contrat de société*, t. II, Paris, 1843, n° 627, p. 96 et s. ; POTHIER, *Traité des contrats de bail à rente*, de société, des cheptels, de bienfaisance, du prêt à usage et du prêt de consommation, Oeuvres publiées par M. SIFFREIN, Paris, 1821, p. 115.

¹³²⁸ En ce sens, voir F.-D. POITRINAL, « Clauses statutaires de répartition des bénéfices » : *Rev. Dr. et Patr.*, avr. 1998, p. 32 ; H. Le NABASQUE et M. BARBIER, « Les clauses léonines » : *Dr. sociétés, Actes pratiques*, n° 29, sept.-oct. 1996.

¹³²⁹ F.-X. LUCAS et M. CAFFIN-MOI « Théorie des bénéfices et des pertes-Clauses léonines » : *JCl. Sociétés Traité*, fasc. 15-30, n°13.

répartition des résultats... »¹³³⁰. La loi permet donc de moduler les règles de répartition des résultats de la société à condition que les aménagements soient contenus dans les statuts et soient par ailleurs librement consentis. Ainsi est-il possible d'aménager aussi bien la vocation des actionnaires aux profits réalisés par la société (A) que leur vocation à contribuer à ses pertes (B).

A- L'aménagement de la vocation des actionnaires aux profits

560. A travers certaines dispositions légales contenues dans l'AUSC, le législateur affiche, sans aucune équivoque, sa faveur pour un tel aménagement. Ainsi, au-delà du caractère supplétif de la règle de répartition proportionnelle de l'article 54 de l'AUSC, la possibilité de stipuler des avantages particuliers¹³³¹ ou encore la récente consécration des actions de préférence en droit Ohada témoignent de ce que le législateur ne tient pas impérativement à une équivalence absolue entre la participation au capital social et la prétention aux profits réalisés¹³³². En consacrant les diverses possibilités ci-dessus citées, qui traduisent le principe de la validité de la répartition inégalitaire, le législateur met ainsi en place ce que la doctrine qualifie d'instruments d'« *une contractualisation du droit aux dividendes* »¹³³³. En tant que tel, comme beaucoup d'auteurs africains, qui mettent en exergue le rôle de la liberté des associés dans la fixation de la clé de répartition du profit réalisé par la société, Madame Monique NJANDEU MOUTHIEU affirme que, sous réserve de ne pas attribuer la totalité du profit à un seul associé ou d'en priver totalement l'un d'entre eux, « *les associés déterminent librement la part de chacun dans les bénéfices* »¹³³⁴. De ce fait et considérant, ainsi que nous l'avons précédemment relevé, que « *l'égalité n'est pas l'âme du contrat de société* »¹³³⁵, rien ne semble interdire que les actionnaires puissent insérer dans les statuts de la société, des « clauses de traitement inégalitaire » en se fondant sur les dispositions de l'article 54 alinéa 2 de l'AUSC

¹³³⁰ Il faut noter que les dispositions de l'article 13 de l'AUSC sont communes à toutes les formes de sociétés commerciales du droit Ohada. A ce propos, l'article 397 de l'AUSC relatif au contenu de des statuts de la société anonyme y renvoie expressément.

¹³³¹ Dans les SA, l'inégalité dans la répartition des profits peut en effet venir de l'attribution à un ou plusieurs associés nommément désignés, d'avantages particuliers, qui peuvent fort bien, à condition d'en respecter la procédure, consister dans des faveurs pécuniaires accordées dans le cadre de la distribution des profits.

¹³³² Voir par exemple J.-J. LECAT, « Les actions de préférences dans le nouvel acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE » : *Penant* 2014, n°887, p. 205 ; F.-X. LUCAS et M. CAFFIN-MOI « Théorie des bénéfices et des pertes-Clauses léonines » : *JCl. Sociétés Traité*, fasc. 15-30, n° 14.

¹³³³ A. COURET, « La contrainte du dividende dans les sociétés par actions », in *Aspects actuels du droit des affaires-Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 239, spéc. p. 258.

¹³³⁴ M. NJANDEU MOUTHIEU, « Notion de société commerciale », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1269, n° 20. Dans le même sens, voir E. M. KAMTA FENDOP, « Associés », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 369, n° 55.

¹³³⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 25^e éd., 2012, n° 135.

qui est par nature supplétive de volonté. En droit français, on pense même que « *les clauses d'inégalité de traitement* » sont possibles¹³³⁶ quelle que soit la conformité de la répartition à l'équité¹³³⁷.

561. Dans ce sens, la jurisprudence française approuve certaines clauses développées par la pratique et que, tant la Cour de cassation¹³³⁸ que le Conseil d'Etat ont entérinées. Selon ce dernier, ni les dispositions du Code de commerce sur les sociétés, ni l'article 1844-1 du Code civil, ne font obstacle à ce que des clauses du contrat de société organisent une distribution des bénéfices aux associés selon une répartition différente de celle qui résulterait de la seule participation de ces derniers dans le capital social¹³³⁹. Dès lors, il est clair qu'une répartition inégalitaire des bénéfices « *n'encourt guère la critique au regard de l'ordre public sociétaire* »¹³⁴⁰.

562. Une précision s'impose néanmoins : quelles qu'elles soient, les modalités de répartition des bénéfices entre actionnaires doivent figurer dans les statuts à telle enseigne qu'une répartition même non léonine mais contraire aux statuts encourrait la nullité. Si un arrêt¹³⁴¹ a pu par le passé faire redouter l'avènement d'une « *théorie de la modification de fait des statuts* »¹³⁴², cette crainte a par la suite été dissipée lorsque la Cour de cassation¹³⁴³ a jugé qu'« *à défaut de renonciation à percevoir les bénéfices distribuables d'un exercice clos exprimée*

¹³³⁶ Selon le professeur Jean PRIEUR, « *il faut relever que l'article 1844-1, al. 1 du code civil autorise la répartition inégalitaire des bénéfices et des pertes* » : J. PRIEUR, « Les clauses abusives et le droit des sociétés », in Y. PICOD, D. MAZEAUD et E. LAUROBA (dir.), *Les clauses abusives. Approches croisées franco-espagnol*, éd. Société de législation comparée, 2013, p. 107. Adde E. MARTEL, *Les clauses de répartition inégale de résultats sociaux*, thèse, Rennes, 2000.

¹³³⁷ Voir sur ce point M. MAUBERT, *Les clauses léonines dans les sociétés commerciales*, thèse, Paris, 1967, p. 148.

¹³³⁸ Il en est par exemple ainsi de la clause autorisant d'attribuer à un associé, un bénéfice proportionnellement plus important que sa part dans le capital : voir notamment Cass. civ., 27 mars 1861 : DP 1861, 1, p. 161 ; Req. 25 juin 1902, DP 1902, 1, p. 395 ; Cass. civ., 27 mars 1861 : DP 1861, 1, p. 161 ; Cass. com., 29 oct. 2003, n° 00-17.538.

¹³³⁹ CE, 3e et 8e ss sect. réunies, 26 févr. 2001, n° 219834, *Ministre de l'économie c/ Anzalone* : *RJDA* 2001, n° 771 ; *Rev. Sociétés* 2001, p. 375, note O. FOUQUET ; *BJS* 2001, p. 913, note C. NOUEL. Sur cette question, Voir aussi, P. GASTINEAU, « Distributions de dividendes et décision régulière » : *Dr. sociétés, Actes prat. ing. sociétaire*, 2001, n° 60, p. 3.

¹³⁴⁰ F.-X. LUCAS et M. CAFFIN-MOI « Théorie des bénéfices et des pertes-Clauses léonines » : *JCl. Sociétés Traité*, fasc. 15-30, n° 16.

¹³⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 1994, n° 92-21.792 : *BJS*, 1995, p. 169 ; *JCP E* 1995, I, 447, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

¹³⁴² H. LE NABASQUE, note sous Cass. com., 26 mai 2004, n° 03-11.471, *Rev. sociétés* 2005, p. 169 ; F.-X. LUCAS et M. CAFFIN-MOI « Théorie des bénéfices et des pertes-Clauses léonines » : *JCl. Sociétés Traité*, fasc. 15-30, n° 17.

¹³⁴³ Cass. com., 26 mai 2004, n° 03-11.471 : *BJS*, n° 8, 2004, p. 1100, note J.-F. BARBIERI. Dans cette espèce en effet, un des trois associés égaux en capital d'une société avait voté pendant plusieurs années consécutives une répartition des bénéfices au profit de ses seuls coassociés, renonçant à sa part de bénéfices. A travers sa décision, la Cour a considéré qu'en dépit de son habitude, le désintéret manifesté les années suivantes ne valait pas renonciation de l'associé à percevoir sa part.

en assemblée générale », les statuts doivent recevoir plein effet en dépit d'une pratique contraire à laquelle se seraient continuellement soumis les associés. Cette position semble se justifier quand on pense au formalisme légal afférant à la modification des statuts qui ne saurait se réaliser par une pratique contraire, se serait-elle perpétuée dans le temps.

563. Par ailleurs, il est intéressant de noter que certaines clauses statutaires, bien que n'excluant pas la vocation de l'actionnaire au bénéfice de la société, sont vues comme étant léonines en raison du revenu fixe qu'elles assurent à leur bénéficiaire quel que soit le résultat réalisé par la société. Il en est ainsi par exemple de la clause garantissant un revenu sous forme de forfait ou de pourcentage ou encore des clauses d'intérêts fixes ou "intercalaires". En effet, le bénéficiaire de l'une de ces clauses est assuré de recevoir un profit, même si la société réalise des pertes, lesquelles seraient alors à la charge des autres associés¹³⁴⁴. Ainsi perçues, ces clauses revêtent un caractère léonin dès lors qu'elles se retrouvent dans les statuts d'une société commerciale quelle qu'en soit la forme¹³⁴⁵.

En définitive, on comprend qu'en dépit de l'interdiction des clauses léonines, les actionnaires ont, dans une large mesure, la possibilité d'aménager statutairement la répartition des bénéfices. De la même manière, sont aussi valables les clauses statutaires aménageant l'exposition des actionnaires aux pertes.

B- L'aménagement statutaire de la contribution aux pertes

564. L'exposition des actionnaires aux pertes de la société peut être aménagée par eux-mêmes sur une base totalement conventionnelle exprimée dans les statuts de la société anonyme. Mais avant d'exposer les modalités pratiques de cette répartition aménagée des pertes de la société, il convient de distinguer la notion de pertes sociales de celle des dettes sociales. L'article 385 de l'AUSC, qui définit la société anonyme, dispose que, dans cette forme sociale, « *les actionnaires ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports...* »¹³⁴⁶. Ainsi, ledit article définissant la notion de la société anonyme fixe-t-il de manière impérative certains de ses caractères au nombre desquels la règle de la proportionnalité entre la part d'actions détenue par chaque actionnaire et sa responsabilité quant aux dettes

¹³⁴⁴ Cass. com., 18 oct. 1994, n° 92-18.188 : *Bull. civ.* 1994, IV, n° 300 ; *Dr. sociétés* 1994, comm. 205, obs. H. Le NABASQUE ; *Rev. Sociétés* 1995, p. 44, note P. DIDIER ; *RTD com.* 1995, p. 789, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *BJS* 1995, p. 157, § 40, note P. LE CANNU.

¹³⁴⁵ F.-X. LUCAS, « Les promesses d'achat de droits sociaux à l'épreuve de la prohibition des clauses léonines (suite du feuilleton) et de la prohibition des clauses d'intérêt intercalaire (premier et dernier épisode) », in *RDC*, 2005, p. 443, spéc. p. 448.

¹³⁴⁶ Art. 385 AUSC.

sociales. Cette obligation aux dettes relève non pas du droit commun des sociétés mais plutôt du droit spécial de la société anonyme et se met en œuvre en cours de vie sociale contrairement à la contribution des actionnaires aux pertes qui ne se règle qu'à la liquidation de la société¹³⁴⁷. En réalité, la notion de la contribution aux pertes n'est pas définie par la loi et la doctrine ne s'y attarde pas vraiment, mais on retient grâce à la jurisprudence qu'elle est distincte de l'obligation aux dettes. Ceci dit, les clauses de répartition des pertes ne tenant pas compte de la part du capital détenue par les actionnaires sont envisageables, tant qu'elles n'affranchissent pas intégralement un actionnaire de toute contribution aux pertes ou qu'elles ne mettent pas toutes les pertes de la société à la charge d'un seul actionnaire.

565. Ainsi, un ancien arrêt a-t-il pu juger valable une clause de répartition égale des pertes alors même que les associés ne sont pas égaux en apports et écarter une action en répétition mise en œuvre par un associé sous prétexte de rétablir l'égalité dans la contribution aux pertes¹³⁴⁸. Sont par ailleurs reconnues non léonines et partant valables, les clauses de plafonnement ou de franchise par lesquelles on instaure un seuil en dessous duquel un actionnaire ne contribue pas aux pertes de la société¹³⁴⁹. Il faut en outre noter qu'en raison de la contractualisation de la vocation des actionnaires aux résultats de la société, « aucune exigence de parallélisme entre la répartition des bénéfiques et la contribution aux pertes n'est [im]posée. Il s'en suit que tel associé pourra obtenir la moitié des bénéfiques et contribuer par exemple pour un tiers seulement aux pertes »¹³⁵⁰.

566. On voit donc bien que conformément au sens même de la prohibition de la clause léonine, une diversité d'aménagements conventionnels demeurent envisageables quant à la répartition des bénéfiques ou à la contribution aux pertes dans toutes les sociétés commerciales. Ces aménagements ont, à l'évidence, quelque chose en commun qui marque la limite au-delà de laquelle la clause pourra être réputée non écrite en raison de son caractère léonin. C'est qu'elles ne suppriment pas totalement la vocation d'un associé aux résultats de la société quels qu'ils soient. Et pourtant, une pratique devenue courante dans les relations entre actionnaires

¹³⁴⁷ Voir Cass. com., 3 mars 1975 : *Rev. Sociétés* 1975, p. 454, note D. RANDOUX ; Cass. com., 24 févr. 1998 : *RTD com.* 1998, p. 610, obs. C. CHAMPAUD ET D. DANET ; Cass. com. 18 déc. 2012, n° 11-30.572, *BRDA*, 2/3 inf 3. *contra* : CA Versailles, 7 sept 2000 ; *BJS* 2000, p. 1175, note F.-X. LUCAS.

¹³⁴⁸ Cass. civ., 27 mars 1861 : DP 1861, 1, p. 161 ; S. 1861, 1, p. 315. *Adde*, Cass. req., 25 juin 1902 : DP 1902, 1, p. 395 ; CA Angers, 10 mai 1897 : *Journal des sociétés*, 1898, p. 164.

¹³⁴⁹ F.-X. LUCAS et M. CAFFIN-MOI « Théorie des bénéfiques et des pertes-Clauses léonines » : *JCl. Sociétés Traité*, fasc. 15-30, n° 23. Voir aussi Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 1990, n° 87-15.467, SFPC et SFP c/ Sté GEF, *BJS* 1990, p. 1029, note P. LE CANNU.

¹³⁵⁰ M. NJANDEU MOUTHIEU, « Notion de société commerciale », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1269, n° 22.

semble avoir, avec la bénédiction de la jurisprudence, pour effet d'exonérer son bénéficiaire de toute participation aux pertes sociales. En raison de ses applications, la promesse d'achat à prix minimum garanti, puisque c'est d'elle qu'il s'agit, fait dire à certains auteurs que la règle de « *la prohibition générale des clauses léonines revêt une dimension toute particulière en matière de cessions de droits sociaux* »¹³⁵¹.

§2- Les aménagements conventionnels exonérant l'actionnaire de toute contribution aux pertes

567. L'obligation de contribuer aux pertes semble ne plus être une caractéristique essentielle de la société commerciale¹³⁵², du moins si l'on considère le traitement jurisprudentiel réservé aux promesses unilatérales d'achat d'actions à prix minimum garanti. De telles promesses, dont la mise en œuvre a, « *pour résultat concret d'exonérer le bénéficiaire de toute participation aux pertes de la société* »¹³⁵³ ont désormais la faveur des juges, qui sont de plus en plus attentifs aux vives critiques ayant fait état d'une interprétation exagérément extensive du champ de la prohibition des clauses léonines¹³⁵⁴.

568. En droit Ohada, il est évident que cette forme particulière de promesse d'achat ne devrait plus être une pratique étrangère aux relations entre actionnaires depuis que, à la faveur de la réforme de l'AUSC, le législateur Ohada autorise ces derniers à conclure des conventions en vue d'organiser, selon des modalités librement arrêtées par eux-mêmes, la transmission des titres sociaux. Cela est d'autant plus vrai que le mécanisme de la promesse d'achat à prix minimum garanti paraît être au cœur de certaines opérations juridiques que semble vouloir encourager le législateur Ohada¹³⁵⁵. Certes, le législateur a pris le soin de subordonner les pactes d'actionnaires au respect des dispositions de l' « *acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé* » telle la prohibition des clauses léonines. Mais il n'est pas moins vrai que la même

¹³⁵¹ A. PIETRANCOSTA, « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses « léonines » : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », in *Rev. Lamy dr. aff.* 2006, p. 67.

¹³⁵² J. ROUS, « La contribution aux pertes est-elle un élément essentiel de la formation du contrat de société ? », in *Quot. jur.*, 1958, n° 28, p. 2. Selon Emmanuelle CLAUDEL, il n'y a pas de doute que certains discuteront (à raison) de la pertinence actuelle de l'obligation de contribuer aux pertes de la société ; cf. E. CLAUDEL, « Clauses léonines extrastatutaires. Les voies d'un compromis », *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 183.

¹³⁵³ E. CLAUDEL, « Clauses léonines extrastatutaires. Les voies d'un compromis », *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 183.

¹³⁵⁴ A. PIETRANCOSTA, « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses « léonines » : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », in *Rev. Lamy dr. aff.* 2006, p. 67 et s., n°3.

¹³⁵⁵ On peut penser ici aux opérations de capital-investissement qui participent à l'objectif de la diversification des modes de financement des sociétés commerciales Ohada qui apparaît comme l'une des orientations de la dernière réforme de l'AUSC.

règle prohibant une telle clause léonine, déclarée par ailleurs d'ordre public¹³⁵⁶, a toujours existé en droit français. Et pourtant, décidés à mettre certaines conventions à l'abri d'un grief tiré de leur caractère léonin, les juges français se sont successivement fondés sur une variété de critères « *qui ne sont apparemment pas exclusifs les uns des autres* »¹³⁵⁷ pour soustraire lesdites conventions à la menace de l'article 1844-1 al. 2 du code civil. En réalité, les juges français semblent proposer une nouvelle lecture de la prohibition des clauses léonines qui, beaucoup plus restrictive, valide la plupart des mécanismes de garantie contre la dépréciation des droits sociaux reposant sur des promesses unilatérales d'achat à prix minimum garanti.

569. Une telle analyse ne pourra que s'imposer en Ohada dès lors que les sociétés de l'espace Ohada font face aux mêmes nécessités pratiques ayant justifié en droit français l'assouplissement de la rigueur de l'interdiction des clauses léonines. Aussi y a-t-il lieu d'exposer les conditions jurisprudentielles de validité des promesses unilatérales d'achat d'actions à prix minimum garanti **(B)** après avoir rappelé les motifs qui pourraient conduire à les tenir pour léonines **(A)**.

A- Le caractère *a priori* léonin des promesses d'achat à prix minimum garanti

570. Avant que la situation des promesses d'achat de droits sociaux à prix plancher n'évolue ces dernières années de façon singulière, elles ont toujours été considérées comme nulles au regard de la prohibition des clauses léonines. La question de la validité de ces promesses d'achat s'est posée lorsque des promettants, désireux d'échapper à leur engagement d'acquiescer des droits sociaux, dont la valeur était, au jour de la levée de l'option, nettement inférieure au prix qu'ils s'étaient engagés à verser, ont tiré argument du caractère léonin de la cession. Faisant droit à cette objection, la jurisprudence a longtemps invalidé toutes les promesses d'achat de droits sociaux à prix plancher au motif que « *la nullité frappe toute stipulation exonérant un associé de toute contribution aux pertes, sans distinguer selon qu'elle est contenue dans l'acte de société ou dans un acte séparé, selon qu'elle oblige la société entière ou seulement quelques-*

¹³⁵⁶ Voir à cet effet, Alain PIETRANCOSTA pour qui, la fixation *ab initio* d'un prix plancher pour l'achat futur des titres sociaux aboutit à procurer au bénéficiaire d'une telle promesse, une protection contre les risques sociaux. Ce qui selon l'auteur, « *contrevient directement à l'ordre public sociétaire fixé par cette disposition légale relativement aux modalités de répartition des résultats sociaux* » : cf. A. PIETRANCOSTA, « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses « léonines » : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », in *Rev. Lamy dr. aff.* 2006, p. 67 et s., n° 2.

En droit Ohada, O. BOTOE-BI-EVIE, *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2014, n° 442.

¹³⁵⁷ F.-X. LUCAS et M. CAFFIN-MOI « Théorie des bénéfices et des pertes-Clauses léonines » : *JCl. Sociétés Traité*, fasc. 15-30, n° 64.

uns de ses membres, selon qu'elle est temporaire ou faite pour un temps déterminé »¹³⁵⁸. La promesse d'achat de titres sociaux à prix minimum garanti était ainsi analysée en « une stipulation exonérant un associé de toute contribution aux pertes » susceptible de se voir appliquer la prohibition des clauses léonines alors fulminée par l'article 1855 du code civil¹³⁵⁹.

571. Approuvant cette analyse, la doctrine et la jurisprudence semblaient alors proclamer unanimement que « l'aléa financier était de l'essence de la société et que la sanction fulminée par cet article [1855 du code civil à l'époque] s'appliquait aux clauses statutaires comme aux clauses extra-statutaires »¹³⁶⁰. De fait, « cette jurisprudence sanctionnatrice va se maintenir jusque dans les années 1980 »¹³⁶¹ et sera pendant longtemps défendue par la première chambre civile de la Cour de cassation française dont la résistance particulière à s'en défaire a été notée par la plupart des auteurs¹³⁶². C'est dire l'évidence avec laquelle le caractère léonin des promesses d'achat à prix minimum plancher a été perçu et affirmé pendant très longtemps par les juges. C'est dire aussi à quel point il était évident en jurisprudence que les promesses d'achat, qui mettent à leur bénéficiaire à l'abri de tout risque de dépréciation de ses titres, heurtent la prohibition des clauses léonines. Cette évidence traduit toutefois une conception extensive et rigoureuse de la prohibition des clauses léonines, laquelle fût recueillie par la plupart des pays de l'Ohada et par l'AUSC de 1997.

572. Tandis que, dès les années 1980, la chambre commerciale de la Cour de cassation française faisait échapper les promesses d'achat de titres à prix minimum garanti à l'emprise de la prohibition des clauses léonines, les juges de l'espace Ohada continuaient à camper sur une conception stricte de cette prohibition. Le législateur de 1997 leur ayant, en raison du caractère

¹³⁵⁸ Cass. req., 16 jan., 1867, S. 1867, 1, p. 173.

¹³⁵⁹ F.-X. LUCAS et M. CAFFIN-MOI « Théorie des bénéfiques et des pertes-Clauses léonines » : *JCl. Sociétés Traité*, fasc. 15-30, n° 32. Avant que sa place ne soit modifiée dans le code civil par la loi du 4 janvier 1978, la règle de la prohibition de la clause léonine avait son siège dans l'article 1855 du code civil.

¹³⁶⁰ E. CLAUDEL, « Clauses léonines extrastatutaires. Les voies d'un compromis », *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 183.

¹³⁶¹ A. PIETRANCOSTA, « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses « léonines » : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », in *Rev. Lamy dr. aff.* 2006, p. 67 et s., n° 4.

L'auteur fait référence à de nombreuses décisions de justice ayant repris la règle posée par la décision du 16 janvier 1867 à savoir : Cass. req., 9 avr. 1941, DA 1941.275, S. 1941, 1, p. 141, *JCP* 1941, II, n° 1762, note D. BASTIAN ; *Gaz. Pal.* 1941, 2, p. 40 ; Trib. civ. Seine, 9 févr. 1950, *JCP* 1950, II, n° 5799, note D. BASTIEN ; Cass. com., 22 mars 1955, *Bull. civ.* III, n° 104, p. 83 ; CA Paris, 30 oct. 1976, *Rev. Sociétés* 1977, p. 695, note D. SCHMIDT, D. 1978, I.R., p. 252, Bousquet J.-C., *Gaz. Pal.* 1977, 1, p. 142, *RTD com.* 1979, p. 271, obs. R. HOUIN ; Cass. com., 10 févr. 1981, n° 79- 13.376, *Bull. civ.* IV, n° 77, *Rev. Sociétés* 1982, p. 98, note P. MERLE, cassant CA Lyon, 4 avr. 1979, *inédit*.

¹³⁶² Cf. P.-M. de GIRARD et C.-A. PASCAUD, « Les promesses d'achat de droits sociaux à prix plancher à l'épreuve de l'interdiction des clauses léonines », in *RDC*, juil. 2007, n° 3, p. 955 ; E. CLAUDEL, « Clauses léonines extrastatutaires. Les voies d'un compromis », *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 183.

expressément d'ordre public de l'ancien AUSC, interdit de valider quelque aménagement contractuel non autorisé par lui, il paraissait difficile de tenir pour valable une promesse d'achat d'actions exonérant son bénéficiaire de toute contribution aux pertes. Si la CCJA n'a pas eu, à notre connaissance, l'occasion de confronter une telle promesse à la règle de la prohibition des clauses léonines, la reconnaissance récente des pactes d'actionnaires et plus précisément des conventions extrastatutaires organisant la transmission des titres sociaux, devrait lui donner rapidement l'occasion de prendre parti sur la compatibilité des promesses d'achat d'actions à prix minimum garanti avec la prohibition des clauses léonines.

573. Quoiqu'il en soit, il est clair qu'en dépit de l'effet léonin de telles promesses d'achat à prix plancher, la tendance jurisprudentielle actuelle consiste à consolider leur validité, les juges français ayant, au nom de la modernisation du droit des sociétés et d'une prise en compte des réalités et des besoins économiques de l'entreprise, dégagé des critères permettant de les tenir pour valables¹³⁶³. Si aucun de ces critères ne manque de pertinence, certains apparaissent particulièrement adaptés au droit Ohada dont l'un des buts fondateurs est d'encourager l'investissement et de faciliter le financement des sociétés commerciales.

B- Les critères jurisprudentiels de validité des promesses d'achat d'actions à prix plancher

574. Ebauché dès 1982, le revirement jurisprudentiel favorable à la validité des promesses d'achat à prix plancher apparaît comme un tournant majeur dans l'évolution récente du droit des sociétés. Suite aux critiques suscitées par sa position antérieure, la chambre commerciale de la Cour de cassation française a manifesté son intention de voir d'un autre œil les clauses d'achat à prix minimum garanti. Elle les a alors, dans un premier temps, jugées non léonines et donc valables à condition qu'elles aient une localisation extrastatutaire¹³⁶⁴. Quand bien même ce raisonnement n'a pas tenu longtemps¹³⁶⁵, il marquait la volonté des juges de ne plus voir en

¹³⁶³ Résumant l'évolution de la question de la promesse d'achat à prix minimum garanti, le professeur Jean PRIEUR écrivait alors ce qui suit : « *Doit-elle être réputée non écrite ? En théorie oui. Le déséquilibre est là bien significatif entre les obligations des associés. Mais le juge, dans certaines opérations, va sauver la convention, paradoxalement, en trouvant une contrepartie, neutralisant ce déséquilibre ostensible. L'objectif est économique : sécuriser les investissements renforçant les capitaux propres des sociétés, source de croissance et d'emploi...* » : J. PRIEUR, « Les clauses abusives et le droit des sociétés », in Y. PICOD, D. MAZEAUD et E. LAUROBA (dir.), *Les clauses abusives. Approches croisées franco-espagnol*, éd. Société de législation comparée, 2013, p. 108.

¹³⁶⁴ Cass. com., 15 juin 1982, n° 79-11.529 : *Gaz. Pal.* 1983, p. 23, obs. DUPICHOT ; *BRDA* 1982, n° 18, p. 15, *BJS* 1984, p. 463, *Rev. Sociétés* 1983, p. 329, note Y. GUYON.

¹³⁶⁵ On s'est en effet vite aperçu que, « *s'il suffisait de déporter une clause léonine dans un pacte extra-statutaire conclu entre tous les associés pour lui assurer une immunité, l'article 1844-1, alinéa 2 aurait probablement manqué sa cible* » ; F.-X. LUCAS et M. CAFFIN-MOI « Théorie des bénéfices et des pertes-Clauses léonines » : *JCl. Sociétés Traité*, fasc. 15-30, n° 10. Du point de vue de la doctrine, ce critère géographique n'est pas de nature à convaincre puisque rien d'objectif ne permet d'affirmer que la prohibition des clauses léonines doit être

ces promesses, des moyens de violation de l'interdiction des clauses léonines. Cette volonté s'est davantage affichée dans l'arrêt *Bowater*¹³⁶⁶ du 20 mai 1986, quand la chambre commerciale de la Cour de cassation française a rompu avec le critère de la localisation de la stipulation litigieuse et défini l'objet de la convention comme étant un critère objectif de la validité des promesses d'achat à prix plancher quel que soit leur effet sur l'obligation de contribution aux pertes d'un des associés¹³⁶⁷. Ainsi, « à la question de licéité, la réponse du droit se nuance, pour varier selon que la clause litigieuse vise à organiser la cession de droits sociaux ou à porter directement atteinte au pacte social »¹³⁶⁸. Approuvée par la majorité de la doctrine, cette solution fut réaffirmée à maintes reprises de sorte qu'« en dépit de la résistance de la première chambre civile et des atermoiements des juges du fond, la jurisprudence commerciale a gardé le cap qu'elle s'était fixé, depuis l'arrêt *Bowater* jusqu'à aujourd'hui »¹³⁶⁹.

575. En réalité, la solution dégagée à l'occasion de cette dernière décision sert toujours de toile de fond au droit positif, même si de nouvelles formulations ont été proposées et si de nouveaux critères ont par ailleurs été adoptés dans le but de sauver les promesses d'achat à prix fixe du domaine de la prohibition des clauses léonines¹³⁷⁰. Suivant ce dernier objectif fixé depuis l'arrêt *Bowater*, beaucoup de critères ont proliféré dans la jurisprudence et fait l'objet de présentations complètes et intelligibles de la part de la doctrine¹³⁷¹. On peut retenir qu'à l'occasion de certaines opérations notamment, un certain nombre de clauses auxquelles les

exclusivement confinée aux statuts ; il manifeste plutôt la « candeur » de la chambre commerciale : Voir Cass. 1^{re} civ., 7 avr. 1987, n° 85-11.774, *RTD com.* 1988, p. 66, n° 5, obs. C. CHAMPAUD, P. LE FLOCH.

¹³⁶⁶ Cass. com., 20 mai 1986, n° 85-16.716, *Bull. civ.* IV, n° 95, p. 81 : *BJS* 1986, p. 675, *Dr. sociétés* 1986, n° 78, obs. M. GERMAIN ; *Rev. Sociétés* 1986, p. 587, note D. RANDOUX ; *Defrénois* 1987, p. 609, obs. J. HONORAT ; *JCP E* 1986, I, no 15846, n° 1, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN, D. 1987, somm., p. 390, obs. J.-Cl. BOUSQUET ; *RTD com.* 1987, p. 66, obs. C. CHAMPAUD et P. Le FLOCH.

¹³⁶⁷ La chambre commerciale affirmait en effet qu'« est prohibé par l'article 1844-1 du code civil, la seule clause qui porte atteinte au pacte social [...] qu'il ne (peut) 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 ».

¹³⁶⁸ A. PIETRANCOSTA, « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses « léonines » : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », in *Rev. Lamy dr. aff.* 2006, p. 67 et s., n° 4

¹³⁶⁹ F.-X. LUCAS et M. CAFFIN-MOI « Théorie des bénéfiques et des pertes-Clauses léonines » : *JCl. Sociétés Traité*, fasc. 15-30, n° 49. Plusieurs arrêts ont en effet été rendus qui valident les promesses d'achat à prix minimum garanti en se fondant sur le critère de l'objet consacré par l'arrêt *Bowater*. Voir par exemple en ce sens : Cass. com., 10 janv. 1989, n° 87-12.155, *Bull. civ.* IV, n° 19, p. 11, *JCP E* 1989, II, n° 15492, note A. VIANDIER ; *BJS*, 1989, p. 256, note P. LE CANNU, D. 1990, jur., p. 250, note T. FORSCHBACH ; Cass. com., 19 mai 1992, n° 90-17.324, *BJS* 1992, p. 779, note P. LE CANNU, *RD bancaire et bourse*, 1992, p. 211, obs. M. GERMAIN, M.-A. FRISON-ROCHE ; Cass. com., 19 mai 1998, n° 95-18.557 : *BJS* 1998, p. 1060, note P. SCHOLER.

¹³⁷⁰ F.-X. LUCAS et M. CAFFIN-MOI, « Théorie des bénéfiques et des pertes-Clauses léonines » : *JCl. Sociétés Traité*, fasc. 15-30, *idem*.

¹³⁷¹ Pour une présentation complète de l'évolution jurisprudentielle, voir A. PIETRANCOSTA, « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses « léonines » : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », in *Rev. Lamy dr. aff.* 2006, p. 67 et s.

juges ne dénie pas des effets léonins, sont systématiquement soustraites à la sanction de l'article 1844-1 du Code civil.

576. En considérant que les défis auxquels vient répondre cette conception aménagée de la prohibition des clauses léonines sont particulièrement présents dans l'espace Ohada, il est tout à fait légitime de s'interroger sur la portée qu'a ou devrait avoir en droit Ohada, l'obligation de la contribution aux pertes en tant que manifestation de la prohibition des clauses léonines. A cet effet, il nous semble tout à fait envisageable que l'interprétation de l'article 54 alinéa 2 de l'AUSC puisse emprunter la voie jurisprudentielle tracée par les juges français, qui assouplit considérablement l'obligation de contribuer aux pertes. Rappelons ici que les montages juridiques à l'occasion desquels interviennent les clauses garantissant les risques de dépréciation des titres sociaux par le biais de la promesse d'un prix d'achat plancher, sont présents ou au moins encouragés en raison de leur apport au développement des sociétés de droit Ohada ainsi qu'à la modernisation de ce dernier. Ainsi, les cessions massives de droits sociaux étalées dans le temps et organisées autour d'une promesse d'achat à prix minimum garanti permettent une cession de contrôle en douceur d'une société¹³⁷². Aussi, l'objectif de financement des sociétés de droit Ohada trouve-t-il des solutions avec les conventions de portage¹³⁷³ et l'opération de capital-investissement¹³⁷⁴. C'est justement à l'occasion de cette

¹³⁷² Il s'agit concrètement de permettre à un associé, le plus souvent majoritaire et donc ayant contrôle la société de céder une partie de ses titres à un associé déjà en place ou à un tiers entrant, étant entendu au terme d'une promesse d'achat ou de cession, que l'autre partie sera cédé ultérieurement, à un prix fixe, ou à un prix minimum garanti. Ce type de montage a notamment pour utilité d'assurer une transition en douceur entre le cédant et le cessionnaire du contrôle de la société ou de laisser au cessionnaire le temps de réunir les fonds nécessaires à l'acquisition du contrôle.

¹³⁷³ La convention de portage est une opération innommée par laquelle une personne, le porteur, qui est souvent un établissement financier, accepte de détenir des droits sociaux sur ordre et pour le compte d'une autre personne, le donneur d'ordre, qui promet au porteur de les lui racheter, moyennant un prix fixé *ab initio*. Concrètement, le porteur prend la qualité d'associé sans subir le moindre risque de perte puisqu'assuré de pouvoir céder les titres qu'il porte moyennant un prix garanti, généralement fixé à leur prix d'acquisition majoré d'un intérêt *pro rata temporis*. De fait, le porteur est certain de récupérer sa mise, et ne subit donc aucun risque de perte. Voir A. COURET, « Les conventions de portage », in *Eléments d'ingénierie sociétaire. Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence*, PUAM, 1994, p. 81. Adde D. SCHMIDT, « Les opérations de portage de titres de société », *Les opérations fiduciaires - Colloque de Luxembourg*, Feduci-LGDJ 1985, p. 33 ; B. BABADJANG, « Réflexions sur les conventions de portage » : *Petites aff.* 2001, n° 14, p. 4. Même si le droit Ohada ne réglemente pas cette opération, rien ne s'oppose, écrit Sophie DIAGNE NDIR, à ce qu'elle puisse être réalisée par le biais des conventions extrastatutaires : S. DIAGNE NDIR, « Portage d'actions et clauses léonines en droit Ohada », disponible sur <http://www.ohada.com/actualite/4253/portage-d-actions-et-clauses-leonines-en-droit-ohada.html> . Adde P. SOUMRANI, *Le portage d'action*, LGDJ, 1996 ; C. BERTREL, « Analyse des conventions de portage » : *Rev. Dr. et Patr.* 1995, n° 30, p. 38 ; M. JEANTIN, « Conventions de portage et droit des sociétés », in *Rev. Droit Bancaire et Bourse*, 1991, p. 125 ; F. POLLAUD-DULIAN, « L'actionnaire dans les opérations de portage » - Colloque « Qu'est ce qu'un actionnaire ? » : *Rev. sociétés* 1999, p. 765 ; N. DOUKKALI, *La stratégie juridique du portage de titre en droit des sociétés : quelle a été l'évolution de la pratique du portage en droit français ?*, thèse de doctorat, Université Paris Est, 2012.

¹³⁷⁴ Ici, des professionnels de l'investissement sollicités pour souscrire à des actions ou à une augmentation du capital social d'une société n'acceptent de mobiliser les fonds qu'en échange de l'assurance d'obtenir, après un certain délai, le rachat de leurs titres à un prix minimum garanti, correspondant au montant investi, le plus souvent

dernière opération que la prohibition des clauses léonines a connu une application singulière qui est de nature à intéresser particulièrement le droit des sociétés de l'Ohada qui, dans un but de modernisation entend faciliter et protéger l'investissement et le financement des entreprises¹³⁷⁵.

577. De toute évidence, l'intérêt de la société prise dans sa composante financière est, semble-t-il, désormais considéré comme une « *excuse absolutoire au regard de la prohibition des clauses léonines* »¹³⁷⁶. D'après la jurisprudence, une promesse unilatérale de rachat des titres souscrite au profit d'un actionnaire ne constitue pas une clause léonine si ce dernier détenait les actions de la société en qualité d'investisseur ou de "bailleur de fonds". La Cour de cassation française¹³⁷⁷ a en effet introduit la distinction entre l'associé et le bailleur de fonds comme critère de validité des clauses de rachat à prix plancher stipulées à l'occasion d'une opération de capital investissement. En l'espèce, un investisseur ayant souscrit à une augmentation de capital en échange d'une promesse de rachat, par les actionnaires de la société, de ses actions à un prix fixe majoré d'un intérêt, la Cour de cassation approuve la cour d'appel de Paris¹³⁷⁸ d'avoir refusé de qualifier de léonine une telle convention, qui ne contrevenait pas aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil dès lors « *que la convention litigieuse constituait une promesse d'achat d'actions et (...) qu'elle avait pour objet, en fixant un prix minimum de cession, d'assurer l'équilibre des conventions conclues entre les parties en assurant à M. Rossler, lequel est avant tout un bailleur de fonds, le remboursement de l'investissement auquel il n'aurait pas consenti sans cette condition déterminante* ».

assorti d'un intérêt. Voir en ce sens F.-D. POITRINAL, *Le capital-investissement-Guide juridique et fiscal*, Revue Banque éd., 4^e éd., 2010.

Voir aussi pour approfondir la notion, M. WRIGHT, « Le capital-investissement », in *Revue française de gestion*, 2002/5, n° 141, pp. 283-302, disponible en ligne <http://www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2002-5-page-283.htm>.

¹³⁷⁵ P. BIENSAN et H. MARTIN-SISTERON, « Comment les pays africains cherchent à rassurer les investisseurs ? », disponible en ligne <http://www.latribune.fr/opinions/tribunes/20140411trib000824892/comment-les-pays-africains-cherchent-a-rassurer-les-investisseurs.html>.

¹³⁷⁶ D. VIDAL, *Droit des sociétés*, LGDJ, 1993, n° 61 et note sous CA Paris, 17 avr. 1996, Juris-Data n° 021103, *Dr. sociétés*, sept. 1996, n° 172. *BJS*, 1996, p. 807. Dans le même sens, voir aussi CA Paris, 18 oct. 1996, *BJS* 1997, p. 11, note N. RONTCHEVSKY.

¹³⁷⁷ Cass. com., 16 nov. 2004, n° 00-22.713, *Bull. civ. IV*, n° 197, p. 224, D. 2004, p. 3144 ; *BJS*, 2005, p. 270, § 45, note N. MATHEY ; *Rev. sociétés* 2005, p. 593, note H. Le NABASQUE ; *RTD com.* 2005, p. 111, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET, *JCP E* 2005, p. 131, n° 1, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY ET G. WICKER ; *Rev. Dr. et patr.*, 2005, n° 134, p. 133, obs. D. PORACCHIA, *RD bancaire et fin.* 2005, n° 29, obs. A. COURET. Voir aussi A. COURET, « L'équilibre économique des pactes d'actionnaires », in *Les Échos*, 14 fév. 2005, p. 12.

¹³⁷⁸ CA Paris, 25^e ch. B, 15 sept. 2000 : *Dr. sociétés* 2001, n° 32, obs. F.-X. LUCAS.

578. La jurisprudence française consacre ainsi la distinction suggérée en doctrine¹³⁷⁹ entre le “vrai associé” et l’investisseur “simple bailleur de fonds”, et à laquelle le droit Ohada ne semble pas être insensible¹³⁸⁰. L’implication de cette distinction sur l’application du droit des sociétés aux investisseurs est que « *certaines dispositions d'ordre public destinées à préserver l'intégrité du contrat de société deviennent sans objet. En particulier, la prohibition des clauses léonines n'a plus de sens* »¹³⁸¹. Le Professeur François-Xavier LUCAS affirme à cet effet que, « *prétendre appliquer à tous les actionnaires une règle du jeu unique alors précisément qu'ils ne jouent pas le même jeu, est une vue de l'esprit. Il faut que l'autonomie du droit applicable à ces investisseurs s'affermisse et que l'on cesse d'appliquer un droit des sociétés monolithe à des actionnaires qui sont, les uns de véritables associés, les autres de simples bailleurs de fonds* »¹³⁸². En réalité, même si l’investisseur est propriétaire d’actions de la société, on considère qu’il n’en est pas un actionnaire à proprement parler puisque, la plupart du temps, il ne rend qu’un service financier à la société, lequel service cette dernière accepte de reconnaître au moment de la sortie de celui-là en lui garantissant le rachat de ses actions à un prix minimum préfixé¹³⁸³. S’il est évident que cette orientation jurisprudentielle est opportune pour le développement du capital-investissement¹³⁸⁴, il demeure qu’elle ne fait pas l’unanimité au sein des auteurs. Pour certains d’entre eux, la distinction qu’elle consacre créerait plus de problème qu’elle n’en résout.

579. L’inexistence de critères objectifs d’identification de l’investisseur est présentée comme la première limite de cette jurisprudence : « *la distinction de l'associé et de l'investisseur reste*

¹³⁷⁹ En ce sens voir essentiellement, F.-X. LUCAS, « Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines. - À la recherche de la cohérence perdue », in *JCP E* 2000, p. 171 ; F.-X. LUCAS, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur », in *RD bancaire et fin.* 2002, p. 216 ; F.-X. LUCAS, « Du contrat de société au contrat d'investissement », in *RD bancaire et fin.* 2005, p. 50.

¹³⁸⁰ S. MANCIAUX, « Que disent les textes de l’Ohada en matière d’investissement ? » : *Rev. ERSUMA*, n°1, Juin 2012, p. 268 et s.

¹³⁸¹ N. MATHEY, « Promesse d'achat d'actions, prix plancher et clause léonine », in *BJS*, 2005, n° 2, p. 270 note sous Cass. com., 16 nov. 2004, n° 00-22713.

¹³⁸² F.-X. LUCAS, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur » : *RD bancaire et fin.* Juillet 2002, n° 4, étude 100035. L’auteur affirme par ailleurs qu’ « *un tel raisonnement aboutit à réduire la portée de la prohibition des clauses léonine* » : F.-X. LUCAS, « Les libertés d’organisation et de transmission. La liberté des associés », in *Entreprise et liberté. Journées nationales-Association Henri CAPITANT*, Tome X, Dalloz, 2008, p. 77.

¹³⁸³ En tant que tel, la logique n’est plus celle « *du droit des sociétés, mais celle du service financier que l'investisseur procure à l'émetteur ou à ses actionnaires* » : H. LE NABASQUE, *Rev. sociétés* 2005, p. 607. Mieux, une conception doctrinale émergente propose-t-elle « *de voir dans certains actionnaires non pas d'authentiques associés mais de purs investisseurs relevant d'une autre logique que celle du droit des sociétés* » : CA Paris, Ch. 6, 7 février 2013, n° 11/05229, *BJS*, n° 6, 2013, p. 394, note F.-X. LUCAS.

¹³⁸⁴ CA Paris, 15 sept. 2000, *BJS*, 2001, p. 47, § 15, note A. COURET ; J.-J. DAIGRE, « Les pactes d’actionnaires accompagnant les opérations de capital-investissement » : *Magazine Option finance* 1993, n° 258, p. 32.

éminemment psychologique et subjective, au point d'être impraticable en droit »¹³⁸⁵. Particulièrement, même la référence à la notion d'*affectio societatis* dont seraient dépourvus les investisseurs contrairement aux vrais actionnaires manquerait de pertinence puisqu'elle fait aussi l'objet de contestations en tant qu'élément de définition de l'associé¹³⁸⁶. Pour montrer aussi la difficulté qu'il y a à distinguer l'associé et l'investisseur, il a été démontré d'une part qu'autant que l'associé, l'investisseur exerce souvent le contrôle de la société¹³⁸⁷ et d'autre part, que l'apport de l'associé est aussi un investissement¹³⁸⁸. En définitive, pour la plupart des auteurs qui révèlent la difficulté matérielle de la distinction de l'associé avec le bailleur de fonds ou l'investisseur¹³⁸⁹, ces deux dernières notions seraient des « *expressions dont l'absence de cadrage juridique est source d'inévitables ambiguïtés* »¹³⁹⁰.

580. Quoiqu'il en soit, la Cour de cassation française n'a pas changé de point de vue sur la question et la solution qu'elle propose semble bien acquise¹³⁹¹. Et pendant que la doctrine juridique s'attelle à distinguer concrètement l'associé de l'investisseur, il semble qu'il n'appartiendra finalement qu'au juge de déterminer, au regard des faits de chaque cause, si le bénéficiaire de la promesse participe à la société en tant que simple bailleur de fonds ou non. C'est du moins la démarche qui nous apparaît la plus raisonnable en droit Ohada où la place centrale qu'occupent les investisseurs, étrangers ou domestiques, ainsi que la volonté du législateur de leur garantir un environnement juridique favorable sont notables. D'ailleurs, d'après une étude¹³⁹², c'est l'AUSC qui renferme, le plus grand nombre de référence à la notion d'investisseur. En réalité, rien ne devrait à notre sens s'opposer à ce que les juges de l'espace Ohada reconnaissent la validité des opérations de capital-investissement dans lesquelles les investisseurs s'assurent du rachat ultérieur de leurs titres à un prix minimum garanti. Si tant est

¹³⁸⁵ N. MATHEY, « Promesse d'achat d'actions, prix plancher et clause léonine », *op. cit.*

¹³⁸⁶ A. WAHL, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Sirey 1922, n° 469 : « A notre avis, cette condition, qui dérive du droit romain, doit être rayée ».

¹³⁸⁷ A. DALION et A. TADROS, « La catégorisation des actionnaires, un pas de plus ou un pas de trop ? Libre propos sur les perspectives d'évolution du droit des sociétés » : *Bull. Joly bourse* 2009, p. 406.

¹³⁸⁸ Voir par exemple E. SCHLUMBERGER, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, thèse Paris 1, 2011, n° 255.

¹³⁸⁹ Cf. J.-Ph. DOM, note sous CA Paris, 25^e ch., sect. B, 12 mai 2000, *BJS*, 2000, p. 1142, § 284 : « À partir de quel moment un associé voit-il cette qualité s'effacer au profit de celle d'investisseur ? Quid de l'investisseur qui participe étroitement à la direction de la société ou, tout du moins, à sa gestion ? ».

¹³⁹⁰ A. PIETRANCOSTA, « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses « léonines » : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », in *Rev. Lamy dr. aff.* 2006, p. 67 et s., n° 15.

¹³⁹¹ F.-X. LUCAS, « Retour sur le caractère (non) léonin des promesses d'achat d'actions à prix minimum garanti » : *BJS* 2009, p. 583, note sous Cass. Com., mars 2009, n° 08-12359. Voir aussi et dans le même sens : Cass. com., 27 sept. 2005 : *BJS*, 2006, p. 92, § 13, note A. COURET ; D., 2005, p. 2681, obs. A. LIENHARD ; *Dr. sociétés*, 2005, comm. n° 210, obs. H. LECUYER ; *Rev. Dr. et patr.* 2005, p. 88, obs. D. PORACCHIA ; *Rev. Banque et droit*, mars-avr. 2006, p. 58, obs. I. RIASSETTO ; *RDC*, 2006, p. 443, obs. F.-X. LUCAS.

¹³⁹² S. MANCIAUX, « Que disent les textes de l'Ohada en matière d'investissement ? » : *Rev. ERSUMA*, n° 1, Juin 2012, p. 268 et s.

que l'élaboration de l'AUSC s'est inspirée des objectifs fondamentaux du droit Ohada et des avancées de certains droits étrangers en vue notamment de permettre à tout investisseur étranger et « surtout aux investisseurs et financiers européens d'évoluer dans un environnement juridique familier »¹³⁹³, alors la jurisprudence du droit Ohada doit logiquement s'inspirer des décisions étrangères qui caractérisent cette réalité contemporaine du droit des sociétés qu'est l'investisseur ; qu'il soit étranger ou national. Il le faut d'autant plus que l'assouplissement de la prohibition de la clause léonine est clairement l'une des manifestations de la contractualisation du droit des sociétés à laquelle a souscrite la réforme de l'AUSC.

¹³⁹³ P.-G. POUGOUE, J.-C. JAMES et *alii*, « Actes uniformes », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 62, n° 153.

581. Le fonctionnement de la société commerciale est une expression sans doute difficile à définir puisqu'elle n'est pas, à proprement parler, une notion juridique. Il semble plus indiqué de l'approcher en tant que la phase de vie de cette personne morale qui fait logiquement suite à sa constitution et à laquelle succède l'étape de sa disparition. C'est la phase au cours de laquelle les associés s'emploient, en se fondant sur l'organisation interne de leur entreprise préalablement définie au moment de la constitution de la société, à en réaliser l'objet dans un intérêt commun. En tant que tel, « *comme toute personne morale, la société commerciale a besoin d'organes chargés d'assumer son fonctionnement* »¹³⁹⁴. Classiquement, le souci de protection des intérêts en présence recommande que les attributions de ces organes, ainsi que leurs modalités de fonctionnement soient définies par la loi. Cela est particulièrement vrai pour les sociétés anonymes, dont les règles de fonctionnement sont traditionnellement présentées comme le résultat d'un agencement légal que ne sauraient modifier les actionnaires. C'est du moins l'analyse qu'a longtemps inspirée la loi du 24 juillet 1966 dans laquelle les règles de fonctionnement de la société anonyme faisaient dire à la doctrine que cette forme sociale était le réceptacle de l'ordre public sociétaire. Les praticiens ont alors appelé à une réforme de la réglementation de la société anonyme conçue, disait-on, par « *un législateur volontiers formaliste, souvent paternaliste et parfois même suspicieux à l'égard du monde des entreprises* »¹³⁹⁵.

582. C'est pourtant cette conception dirigiste, dénoncée en France, qu'a adoptée le législateur Ohada de 1997 faisant tout particulièrement de la société anonyme et plus précisément de ses règles de fonctionnement, « une chasse gardée » de « sa volonté imposée ». On a dès lors pu déduire que les dispositions de l'Acte uniforme relatif aux organes dirigeants des sociétés anonymes ont un caractère impératif¹³⁹⁶. Les juges de la CCJA n'ont d'ailleurs pas manqué de rappeler qu'en raison du caractère d'ordre public de l'AUSC de 1997, les actionnaires de toute société anonyme doivent s'en tenir aux prévisions légales en ce qui concerne les organes de la société mais aussi relativement à leurs attributions légales¹³⁹⁷. Ainsi, l'exclusion de la volonté des actionnaires des modalités de fixation des règles de fonctionnement de la société anonyme

¹³⁹⁴ J. MESTRE et D. VELARDOCCHIO, *Lamy Sociétés commerciales*, 2007, p. 280, n° 603.

¹³⁹⁵ J. COURTIÈRE, « *Pour une réforme du droit de la société anonyme non cotée* », Rapport de la CCIP adopté le 23 octobre 2003, disponible sur www.ccip.fr, p. 5.

¹³⁹⁶ F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, et alii, *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, éd. Bruylant, 2002, p. 419, n° 895.

¹³⁹⁷ CCJA, avis n° 2/2000/EP du 26 avr. 2000, *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° spécial, jan. 2003, p. 73.

va perdurer dans les pays de l'Ohada alors même que des auteurs français dénonçaient depuis quelques décennies l'inadaptation des règles d'organisation et de fonctionnement de cette forme sociale aux besoins de la société et de ses actionnaires.

583. Dans ce contexte, les praticiens ont quant à eux, mis leur ingéniosité à contribution pour extraire certains aspects du fonctionnement des sociétés anonymes non cotées, du carcan de l'ordre public sociétaire. Leurs expériences pratiques vont alors poser en doctrine, la question de la place réelle de l'autonomie de la volonté dans le fonctionnement des sociétés anonymes. Ce qui va révéler que l'aménagement conventionnel du fonctionnement de la société anonyme est devenu une réelle possibilité à la faveur, notamment de la révolution contractuelle en droit des sociétés de ces dernières années. Ainsi, par le biais de clauses contenues dans ou en dehors des statuts, les actionnaires arrivaient de plus en plus à organiser dans une certaine mesure, le statut des dirigeants de la société anonyme ou à aménager leurs pouvoirs légaux.

584. C'est ce contexte caractérisé par un profond besoin de déréglementation du droit des sociétés anonymes qui a conduit le législateur à instituer la SAS ou encore incité les juges à admettre la validité d'un certain nombre d'aménagements. C'est aussi dans ce contexte qu'est intervenue la réforme de l'AUSC. Le législateur a alors, non seulement opté pour une contractualisation des rapports entre actionnaires à travers les dispositions statutaires de la société anonyme mais surtout, il semble avoir choisi de mettre en lumière les possibilités d'aménagement extrastatutaire de la composition des organes de la société. Il faut néanmoins noter que tout n'était pas imposé dans l'organisation de la société anonyme mise en place par l'AUSC de 1997. Les actionnaires avaient par exemple la liberté d'opter pour la création d'une société anonyme et aussi la faculté de choisir le mode d'administration de leur société. Mais l'esprit même de la réforme, orienté dans le sens de la contractualisation ouvre de nouvelles perspectives en même temps qu'elle consolide les espaces de liberté déjà acquis.

585. Quelles sont alors, en droit positif de l'Ohada, les aménagements conventionnels possibles dans la mise en place et le fonctionnement des organes de la société anonyme non cotée ? Nous répondrons à cette question en envisageant d'une part le statut des dirigeants sociaux dans la société anonyme de l'Ohada (**Chapitre 1**) et d'autre part, les pouvoirs des organes de la société anonymes (**Chapitre 2**).

586. De manière générale, la notion de dirigeant social recouvre une réalité complexe en droit des sociétés commerciales. Elle va des représentants légaux de la société commerciale aux dirigeants de fait de cette dernière. Par ailleurs, elle renvoie à une idée de mandat social qui ne fait pas l'unanimité. Dans ce contexte, il nous semble indiqué d'éclairer la notion ou au moins, de fixer son contenu tel que nous entendons l'appréhender dans le présent chapitre.

587. Cela dit, il ne s'agit pas pour nous d'analyser le statut social des dirigeants de fait pour la simple raison que, ces derniers s'immiscent volontairement dans la gestion de la société sans avoir reçu le moindre mandat de la part des actionnaires de la société dont nous entendons faire ressortir ici la place et le rôle dans le processus de détermination du statut des dirigeants sociaux. En réalité, la doctrine définit le dirigeant de fait comme « *celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction sans avoir été désigné à cet effet* »¹³⁹⁸. A ce titre, l'exercice d'une direction de fait par une personne donnée relève de l'appréciation souveraine du juge du fond qui reconnaît judiciairement cet état de fait et fixe les conséquences de droit qui s'y attachent. L'intérêt de déterminer la qualité de dirigeant de fait chez une personne qui s'est intéressée à la gestion de la société commerciale en exerçant une activité positive de direction consiste essentiellement à engager sa responsabilité au d'une éventuelle gestion hasardeuse de la société¹³⁹⁹.

588. Contrairement aux dirigeants de fait, ceux dont la détermination du statut va nous intéresser ici, sont les dirigeants légaux de la société. Ceux dont on dit communément qu'ils exercent un mandat social. Il s'agit selon la doctrine des dirigeants sociaux officiels¹⁴⁰⁰ dont la désignation ou la cessation de fonctions doit, d'après l'article 124 de l'AUSC, « *être publiée au registre du commerce et du crédit mobilier* ». De cette manière, alors que les dirigeants de fait restent dans l'anonymat vis-à-vis de la société et ne sont pas connus du public, la publicité exigée à l'occasion de la nomination ou de la cessation des fonctions des dirigeants de droit a

¹³⁹⁸ D. TRICOT, « Les critères de la gestion de fait » : *Rev. Dr. et Patr.* 1996, p. 24 ; lire également G. NOTTE, « Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé », Thèse, Paris I, 1978 ; J. P. LEGROS, « Redressement ou liquidation du dirigeant » : *Dr. Soc.*, n° 4, avr. 2009, comm. n° 81, p. 38.

¹³⁹⁹ Cf. J.-R. NZE NDONG DIT MBELE, *Le dirigeant de fait en droit privé français*, thèse, Université de Nancy 2, 2008, p. 246 et s. ; F. BIBOUM BIKAY, « Les situations de fait en droit des sociétés de l'Ohada », in *R.D.U.S.* 2013/43, p. 827 et s. ; G. NOTTE, « La notion de dirigeant de fait au regard des procédures collectives », in *JCP CI*, 1989, I, 8560 ; N. DEDESSUS-LE MOUSIER, « La responsabilité du dirigeant de fait » : *Rev. sociétés* 1997, p. 499.

¹⁴⁰⁰ J. AYANGMA AYANGMA, *Le dirigeant de sociétés commerciales*, t. 1, *Le dirigeant sociétal officiel ?*, Harmattan, 2014, p. 18 et 19.

pour but, d'assurer la sécurité des tiers dans leurs éventuels rapports avec la société et de garantir le contrôle de la direction de la société par les pouvoirs publics¹⁴⁰¹. L'autre critère d'identification du dirigeant de droit qui le distingue du dirigeant de fait est que sa désignation se fait par les actionnaires de la société suivant des modalités encadrées par le législateur qui l'investit à travers des dispositions légales, des pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa fonction. Il ressort de ce qui précède que les dirigeants sociaux dont nous traiterons sont ceux qui sont désignés suivant les règles légales et ou statutaires établies et se retrouvent investis de pouvoirs légaux.

589. Une autre précision nous paraît nécessaire dans le cadre du présent travail. Celle de savoir qui sont ces dirigeants de droit que nous visons, notamment quand nous considérons la société anonyme. Il est en réalité intéressant de savoir si oui ou non, les administrateurs de la société anonyme de type classique devraient rentrer en ligne de compte dans les développements qui vont suivre puisqu'en fait, leur fonction réelle peut paraître ambiguë dans la pratique¹⁴⁰². En réalité, il ressort des dispositions de l'AUSC que « *la société anonyme avec conseil d'administration est dirigé soit par un président-directeur général, soit par un président du conseil d'administration et un directeur général* »¹⁴⁰³. Par ailleurs, l'article 494 de l'AUSC dispose que, dans le cas où la société anonyme fait le choix de ne pas constituer un conseil d'administration, il y est désigné « *un administrateur général qui assume sous sa responsabilité les fonctions d'administration et de direction de la société* ». S'il découle clairement de la lecture de ces deux dispositions que le droit des sociétés distingue les fonctions d'administration et de direction, il n'est toutefois pas sans intérêt de se demander si les administrateurs peuvent être considérés – au moins *lato sensu* – comme des dirigeants de la société. Pour répondre à cette question, il nous semble justifié de voir les membres du conseil d'administration d'une société anonyme comme étant des dirigeants de celle-ci. Certes, chacun de ces organes sociaux à ses attributions définies par la loi, mais ils contribuent tous à la direction sociale dont la mission est, selon la doctrine, « *de réaliser à partir du capital mis à sa disposition, le programme de la société tel qu'il est inscrit dans ses statuts et de transformer les quelques propositions d'un texte vague en une vaste action collective, concrète, cohérente et*

¹⁴⁰¹ J. NGUEBOU, *Le droit commercial général dans l'acte uniforme Ohada*, PUA, 1998, p. 29.

¹⁴⁰² M. BIEGALA, « Le pouvoir des actionnaires peut-il et doit-il s'exercer à travers le conseil d'administration : l'exemple britannique » : *Petites aff.* 27 sept. 1995, n° 116, p. 35.

¹⁴⁰³ Art. 415 AUSC. Selon certains, cela se comprend que le conseil d'administration ne figure pas parmi les organes dirigeants de la société anonyme tels qu'énumérés par l'article 415 de l'AUSC. Il est « *un organe collégial qui, en principe, n'est pas dirigeant au sens de dirigeant social* » : F. TAGOURLA, « Les pouvoirs des dirigeants sociaux dans l'espace Ohada à l'épreuve des principes de bonne gouvernance » : *Penant* 2013, n° 883, p. 198.

adaptée »¹⁴⁰⁴. Plus précisément, continue l'auteur, « *dans la société anonyme de type classique, la direction est assurée par un organe collégial, le conseil d'administration, et par une personne physique, le président du conseil d'administration (...). La frontière entre ces deux fonctions n'est pas très claire* »¹⁴⁰⁵.

590. Dans le même sens, on affirme dans la doctrine Ohada qu'« *en réalité, la situation est moins claire qu'il n'y paraît* »¹⁴⁰⁶. En effet, même si le législateur semble distinguer les fonctions d'administration et de direction de la société, cette séparation des fonctions n'est en réalité pas stricte car, continue l'auteur, « *en sus de ses fonctions de "régulateur" ou de "surveillant", le conseil d'administration est investi de pouvoirs spéciaux et non exhaustifs énumérés par la loi ; il est par ailleurs doté d'un pouvoir général d'administration (...). Dès lors, il est permis de douter de la qualification du conseil d'administration en tant que simple organe de contrôle non doté de pouvoirs de décisions* »¹⁴⁰⁷. On pourrait citer ici l'opinion du Professeur Jean-Louis RIVES-LANGE selon laquelle les termes « *direction* », « *gestion* » et « *administration* » sont, *lato sensu*, équivalents car ils désignent un ensemble de pouvoirs attribués par la loi et les statuts à une ou plusieurs personnes pour conduire l'activité d'une personne morale¹⁴⁰⁸.

591. En dépit de ces arguments, certains pourraient toujours, en vue de marquer leur fidélité à la lettre de la loi, discuter de l'opinion des auteurs sus-cités. Pourtant, il y a de quoi se laisser facilement convaincre par une conception large de la notion de dirigeants sociaux, qui analyse les administrateurs comme tels¹⁴⁰⁹. D'ailleurs, un premier argument favorable à cette assimilation pourrait se trouver dans le fait que le président-directeur général ou le président du conseil d'administration selon le cas, est une émanation du conseil d'administration. Dès lors, tout administrateur a vocation à occuper la fonction de dirigeant *stricto sensu*. Dans ces conditions, il ne semble pas irrationnel de les considérer, à la limite par anticipation, comme des dirigeants sociaux. Mieux, il ressort de la doctrine que le conseil d'administration représente

¹⁴⁰⁴ P. DIDIER, *Les sociétés commerciales*, Collection Que sais-je ?, PUF, 7^e éd. corrigée, 1991, p. 61.

¹⁴⁰⁵ P. DIDIER, *Les sociétés commerciales*, *idem* ; pp. 61 à 62.

¹⁴⁰⁶ F. TAGOURLA, « Les pouvoirs des dirigeants sociaux dans l'espace Ohada à l'épreuve des principes de bonne gouvernance » : *Penant* 2013, n° 883, p. 198.

¹⁴⁰⁷ F. TAGOURLA, « Les pouvoirs des dirigeants sociaux dans l'espace Ohada à l'épreuve des principes de bonne gouvernance », *idem*, p. 198.

¹⁴⁰⁸ J.-L. RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens) », *Dalloz*, 1975, chron., p. 41, n° 5.

¹⁴⁰⁹ Cf. D. GALLOIS-COCHET, « L'invocabilité par les tiers des clauses limitant le pouvoir des dirigeants sociaux », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, op.cit., p. 325, n° 1.

Sur l'attribution de la qualité de dirigeant aux administrateurs de société anonyme, voir Cass. Com., 31 mai 2011, n° 09-13.975, *Dr. sociétés* 2011, comm. 200, note J.-P. LEGROS, *BJS*, 2011, note B. SAINTOURENS

la direction vis-à-vis de ses mandants alors que le président du conseil d'administration représente la société vis-à-vis des tiers¹⁴¹⁰. C'est sans doute la raison pour laquelle une thèse, consacrée à l'étude des aménagements contractuels des organes de directions de la société anonyme, a pu non seulement analyser le régime des administrateurs mais aussi celui du président du conseil d'administration¹⁴¹¹. Dans le même sens et ainsi qu'il a été écrit en droit Ohada, « *les dirigeants de droit sont les (...) administrateurs, directeur général et directeur général adjoint, président du conseil d'administration, président-directeur général, des administrateur général et administrateur général adjoint* »¹⁴¹². Plus clairement encore, il a été affirmé que le président-directeur général est « *un administrateur particulier* »¹⁴¹³ ou encore que « *l'expression "dirigeants sociaux" comprend non seulement les personnes investies d'un pouvoir de direction (...) mais aussi celles qui sont investies des pouvoirs d'administration tels que les administrateurs de la société anonyme* »¹⁴¹⁴. Cette question étant réglée, elle n'épuise pourtant pas les interrogations théoriques que soulèvent communément l'idée même du dirigeant social.

592. L'une d'entre elles se rapporte à la nature même de la fonction de dirigeant social. Il a ainsi été écrit qu'« *analysée selon les époques et les auteurs, la qualité des dirigeants sociaux a toujours fait apparaître des interrogations théoriques ou plus techniques relatives à la question de savoir si le dirigeant de société doit être appréhendé de façon unitaire ou non, comme un "organe social" ou comme un "mandataire social"* »¹⁴¹⁵. En réalité, cette question se trouve étroitement liée à la possibilité d'infléchir, grâce à la liberté contractuelle, les règles qui définissent le statut des dirigeants sociaux.

593. En effet, les qualités d'« organe social » et de « mandataire social » renvoient à des réalités bien spécifiques. D'abord, l'idée de mandat social à laquelle renvoie classiquement la qualité du dirigeant social a cessé de faire l'unanimité depuis la fin du XIX^e siècle où, à la faveur de la montée de l'institutionnalisation de la société commerciale, certains ont pensé qu'en tant que convention, le mandat ne saurait expliquer l'origine du pouvoir des dirigeants sociaux. Cessant d'être vu comme un simple mandataire, le dirigeant de la société a alors été

¹⁴¹⁰ P. DIDIER, *Les sociétés commerciales*, Collection Que sais-je ?, PUF, 7^e éd. corrigée, 1991, p. 62

¹⁴¹¹ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 59, n° 109 et s.

¹⁴¹² B. NJOYA NKAMGA, « Dirigeants sociaux », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 634, n° 5.

¹⁴¹³ D. POHE TOKPA, « Société anonyme avec conseil d'administration », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1855, n° 3.

¹⁴¹⁴ A. AKAM AKAM, « La cessation des fonctions des dirigeants de sociétés commerciales en droit Ohada », publié en mars 2009, disponible sur <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/>, n° 1

¹⁴¹⁵ B. NJOYA NKAMGA, « Dirigeants sociaux », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 637, n° 14.

appréhendé comme un véritable organe en vue de mettre en exergue, la théorie publiciste de l'institution qui est censée innover désormais le droit des sociétés anonymes. Alors que le mandat social suppose que le dirigeant tient son pouvoir des actionnaires sur une base totalement conventionnelle, l'organe social renvoie à l'idée d'un rôle prépondérant de la loi qui organise impérativement la dévolution du pouvoir social dans le but notamment de protéger les intérêts en présence. Ainsi que l'a écrit le Professeur François Kuassi DECKON, « *on retrouve ici le clivage entre les partisans de la thèse contractuelle et ceux de la thèse institutionnelle* »¹⁴¹⁶. C'est dire l'intérêt que revêt la nature de la qualité du dirigeant social quant à la détermination du rôle de la liberté contractuelle dans la définition du statut de ces derniers.

594. En droit positif Ohada des sociétés commerciales, la question se pose dans des termes particulièrement délicats. Le législateur comme la jurisprudence utilisent indistinctement les notions de mandataire social et d'organe social pour qualifier le dirigeant de la société. En ce sens, on a proposé une approche médiane du dirigeant social qui serait « *en amont le mandataire des associés, en aval un organe doté d'une plénitude de pouvoirs étendus à lui conférés par le législateur* »¹⁴¹⁷. Si l'idée de convention ainsi portée par cette définition semblait avoir été étouffée par le caractère d'ordre public de l'AUSC de 1997¹⁴¹⁸, sa mouture de 2014 paraît en avoir donné un écho davantage audible en raison de son orientation favorable à la contractualisation. Dès lors, c'est en premier lieu le contexte législatif lui-même qui incite à évaluer le rôle de la volonté des actionnaires dans la fixation du statut des dirigeants. A cet effet, nous ferons ici ressortir ici le rôle de la liberté contractuelle dans la mise en place des organes dirigeants de la société anonymes (**Section 1**) avant d'analyser dans un second temps, les usages qu'il est possible d'en faire à l'occasion de la cessation des fonctions du dirigeant social (**Section 2**).

¹⁴¹⁶ F. K. DECKON, « Les pouvoirs du dirigeant de sociétés commerciales en droit OHADA » : *Rev. sociétés* 2013, p. 467 et s., n° 3.

Dans le même sens, voir aussi F. DEBOISSY, « Le contrat de société, Rapport français » in *Travaux de l'association Henri CAPITANT*, Journées Brésiliennes 2005, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 119, spéc. n° 42 à 46.

¹⁴¹⁷ J. AYANGMA AYANGMA, *Le dirigeant de sociétés commerciales*, t. 1, *Le dirigeant sociétal officiel ?*, Harmattan, 2014, p. 17 et 18.

¹⁴¹⁸ En ce sens, voir par exemple E. MIESSAN, « L'administration et la direction de la société anonyme de type nouveau issue de la réforme du droit des sociétés commerciales applicable dans la zone Ohada », disponible sur www.ohada.com, réf. Ohadata D- 07-06.

Section 1 : La désignation conventionnelle des dirigeants sociaux

595. Le traitement de cette question par le législateur Ohada semblait déjà, depuis l'AUSC de 1997, faire de la place à la volonté des actionnaires de société anonyme. D'abord, ces derniers ont le libre choix de décider du mode d'administration de leur société anonyme. Ainsi peuvent-ils décider de doter leur société d'un conseil d'administration ayant à sa tête un président. Mais ils peuvent aussi, dès lors qu'ils sont trois actionnaires au plus dans la société anonyme, désigner uniquement un administrateur général en lieu et place d'un conseil d'administration. Certes, cette liberté de choix du mode d'administration de la société anonyme peut paraître factice dans une certaine mesure mais, étant donné que le nombre d'actionnaires d'une société anonyme est librement décidé par ses fondateurs eux-mêmes, on perçoit indirectement que le choix du mode d'administration laissé par la loi est réel et relève dans une certaine mesure de la volonté des fondateurs.

596. Quoi qu'il en soit, en fonction du mode d'administration choisi, le conseil d'administration, organe collégial de gestion, participe avec son président, à la direction de la société anonyme. Mais si la société anonyme choisit de ne pas avoir un conseil d'administration, c'est un administrateur général qui dirige la société avec ses adjoints s'il en a été nommé. Dans l'un ou l'autre des cas, le législateur Ohada encadre la désignation des personnes devant occuper ces diverses fonctions. Pour autant, il ne semble pas avoir proscrit toute manifestation de la liberté contractuelle des actionnaires à ce stade. Le phénomène contractuel est envisageable quel que soit le mode d'administration choisi par les actionnaires de la société mais il est plus perceptible dans les sociétés anonymes dotées d'un conseil d'administration. Ici en effet, le besoin de prendre en compte la variété des intérêts en présence dans l'assemblée des actionnaires et d'aménager leur représentativité au sein des organes de direction de la société appelle, la plupart du temps, le recours à des stipulations conventionnelles. Dès lors, nous n'étudierons ces dernières que dans l'hypothèse des sociétés anonymes avec conseil d'administration. Nous verrons alors que divers aménagements conventionnels sont possibles, qu'il s'agisse de la mise sur pied du conseil d'administration par le recrutement des administrateurs (§1) ou de la désignation des organes de direction proprement dits par le conseil d'administration (§2).

§1- La désignation des administrateurs

597. Quand la société anonyme fait le choix d'avoir un conseil d'administration, les membres dudit conseil doivent être désignés suivant certaines règles définies dans la loi. Toutefois, pour l'essentiel, la nomination des administrateurs résulte des choix librement opérés et d'une variété d'accords conventionnels statutaires ou non. Plusieurs possibilités s'offrent à l'assemblée des actionnaires ou à certains d'entre eux pour adapter la composition du conseil d'administration aux besoins concrets de la société anonyme. Dans ce sens, il apparaît sans la moindre ambiguïté que beaucoup de dispositions légales relatives à la composition du conseil d'administration des sociétés anonymes de droit Ohada sont supplétives de volonté et, mieux, le législateur Ohada est allé plus loin en autorisant que les conventions extrastatutaires puissent organiser la composition des organes sociaux selon des modalités librement arrêtées. Il s'agit là d'une profonde libéralisation des règles d'organisation du statut des administrateurs. C'est aussi une question délicate notamment, en ce que les manifestations de la liberté contractuelle dont il s'agit ici, touchent au plus près les droits de l'ensemble des actionnaires qui désignent les administrateurs et dont la liberté de choix se trouve aménagée voire restreinte¹⁴¹⁹. En tout état de cause, la désignation des administrateurs relève essentiellement de modalités volontairement décidées par les actionnaires (A) en dépit de quelques préalables légaux qui s'imposent aux aspirants au poste d'administrateur ainsi qu'à l'assemblée des actionnaires, chargée de les désigner (B).

A- Les aménagements conventionnels envisageables

598. Ces aménagements peuvent avoir des finalités variées et figurer tant dans les statuts que dans les conventions extrastatutaires. Les plus courants se rapportent à la répartition des sièges d'administrateurs entre actionnaires ou visent à régler l'accès au conseil d'administration. Mais au-delà, on peut noter que beaucoup d'autres aspects du régime des administrateurs de société anonyme Ohada sont la traduction d'une volonté commune des actionnaires exprimée dans les statuts.

599. A ce dernier propos, il faut par exemple noter que la décision quant au nombre d'administrateurs à désigner au conseil d'administration est librement prise par les actionnaires à l'occasion de l'élaboration des statuts de la société. Même si ce nombre doit, selon le législateur être compris entre trois (3) et douze (12), la disposition de l'article 416 de l'AUSC

¹⁴¹⁹ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 60, n° 111.

offre aux actionnaires, l'occasion d'une réelle manifestation de leur liberté contractuelle à travers le contrat de société. Selon la doctrine, « *entre ce maximum et ce minimum légal, les rédacteurs des statuts ont la liberté d'imposer un nombre fixe ou encore des maxima et des minima différents* »¹⁴²⁰. L'article 429 de l'AUSC distingue par exemple à cet effet, le minimum statutaire du minimum légal. C'est dire que, même si cette faculté s'exerce dans le cadre d'une fourchette légale, elle n'en demeure pas moins l'expression d'une véritable « *liberté statutaire* »¹⁴²¹. En outre, la durée du mandat des administrateurs est une donnée de leur régime qui se retrouve, elle aussi, abandonnée à la liberté statutaire. Ainsi qu'il ressort de l'article 420 de l'AUSC, même si cette durée doit respecter un maximum fixé par la loi, elle est « *fixée librement par les statuts* ».

600. Au-delà de ces aménagements conventionnels relatifs au nombre d'administrateurs et à la durée de leur mandat, d'autres accords statutaires ou non concernant au plus près les modalités de désignation des administrateurs peuvent, comme dit ci-dessus, être passés en vue d'une répartition contractuelle des postes d'administrateurs ou même dans le but d'organiser plus généralement l'accès à cette fonction. D'une part, la possibilité de recourir à des clauses de répartition des postes d'administrateurs est prévue à l'article 424 de l'AUSC, qui dispose que « *les modalités d'élection des administrateurs sont librement fixées par les statuts qui peuvent prévoir une répartition des sièges en fonction des catégories d'actions* ». De telles clauses de répartition, qui illustrent le phénomène actuel en droit des sociétés de « *la différenciation des administrateurs de sociétés anonymes* »¹⁴²², visent essentiellement à renforcer l'*intuitu personae* et à limiter les effets de la loi de la majorité à l'occasion de la conquête du pouvoir qui est normalement un principe directeur du fonctionnement de la société anonyme. Ainsi, faisant suite aux dispositions légales qui offrent la faculté d'émettre différentes catégories d'actions en droit Ohada, le législateur accorde la liberté de répartir les postes d'administrateurs en fonction des catégories d'actions éventuellement émises par la société. Il s'agit d'une pratique ancienne mais fortement développée aujourd'hui par laquelle les actionnaires de catégories différentes décident ensemble de décalquer leur différence au conseil¹⁴²³. On comprend dès lors que la catégorie des titulaires d'actions de préférence ou

¹⁴²⁰ D. POHE TOKPA, « Société anonyme avec conseil d'administration », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1856, n° 10.

¹⁴²¹ J. MONNET et D. GALLOIS-COCHET, « Sociétés anonymes. Conseil d'administration. Statut des administrateurs » : *JCL. Commercial*, Fasc. 1377, n°4.

¹⁴²² P. LE CANNU, « La différenciation des actionnaires de société anonyme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LGDJ-Lextenso Editions, 2015, p. 423 et s.

¹⁴²³ P. LE CANNU, « La différenciation des actionnaires de société anonyme », *idem*, spéc. p. 423, n° 2.

encore l'ensemble des actionnaires bénéficiant d'avantages particuliers peuvent se voir garantir un certain nombre de postes au conseil d'administration de leur société. La répartition conventionnelle des postes d'administrateur présente particulièrement un atout dans le cadre des opérations de financement des sociétés. Elle permet à l'investisseur qui apporte des capitaux nécessaires à une société en difficulté de bénéficier non seulement d'actions catégorielles mais aussi d'obtenir que sa catégorie d'actions puisse bénéficier de la garantie d'une représentativité au conseil d'administration en vue notamment de prendre une part active dans l'administration de la société. A ce titre, ces clauses relatives à la désignation des administrateurs présentent un intérêt particulier quant à l'acquisition du pouvoir dans la société car, comme on a pu le relever, « *c'est lorsqu'elle porte sur l'élection des administrateurs, que la clause de vote a l'effet le plus percutant pour l'acquisition du pouvoir* »¹⁴²⁴.

601. Au-delà de ce que prévoit l'AUSC, la catégorisation volontaire des administrateurs peut se fonder sur des critères autres que les catégories d'actions, en raison notamment d'autres utilités qui sont reconnues au phénomène en pratique. Ainsi, en l'absence de toutes catégories d'actions, la répartition des postes d'administrateurs peut s'avérer opportune à l'occasion de la création d'une filiale commune et se fonder sur le critère de "la provenance des capitaux". Dès lors, il sera convenu que tous les partenaires qui participent à la création de ladite filiale seront représentés au conseil d'administration de manière égalitaire ou suivant d'autres proportions librement arrêtées¹⁴²⁵. Plusieurs idéologies favorables à la répartition des postes d'administrateurs trouvent un écho de plus en plus favorable dans l'organisation des sociétés anonymes. Ainsi, des considérations de nature « sociétale » telles que l'exigence d'une parité homme-femme, celle de la Responsabilité sociale de l'entreprise¹⁴²⁶ ou encore celles fondées sur les principes de gouvernement d'entreprise innervent les modalités de la composition du conseil d'administration¹⁴²⁷.

¹⁴²⁴ S. ROUSSEAU, « L'acquisition du pouvoir dans les sociétés : rapport général », in *Le pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Journées Chiliennes 2012, Bruylant, 2014, p. 45.

¹⁴²⁵ On comprend aisément selon Madame Marie-Christine MONSALLIER qu'une société qui associerait sur un plan industriel et commercial les activités de trois groupes d'actionnaires composés respectivement de producteurs, de transformateurs et de négociants, insère dans ces statuts une clause organisant la répartition des sièges entre les trois groupes dans une proportion qui ne correspondrait pas obligatoirement ; cf. M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 60, n° 111.

¹⁴²⁶ DIAWARA (K), LAVALLEE (S), « La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace OHADA : Pour une ouverture aux considérations non économiques » : *RIDE* 2014/4, t. XXVIII, p. 431.

¹⁴²⁷ Voir P. LE CANNU, « La différenciation des actionnaires de société anonyme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LGDJ-Lextenso Editions, 2015, p. 426, n° 9 et s.

602. Concernant le critère de répartition visant une représentation tant des hommes que des femmes au conseil d'administration¹⁴²⁸, il convient de noter que le législateur français n'en fait pas une simple option abandonnée à la discrétion des actionnaires. L'alinéa 2 de l'article L. 225-17 du Code de commerce applicable à toutes les sociétés anonymes dispose que « *le conseil d'administration est composé en recherchant une représentation équilibrée des femmes et des hommes* ». Alors qu'on aurait pu penser que cette représentation équilibrée n'est qu'une recommandation sans aucun caractère contraignant, l'article L. 225-18-1 du code de commerce en fait plus précisément une exigence catégorique¹⁴²⁹. Mais comme on pouvait s'y attendre, la sensibilité de la question et les modalités de sa résolution par la loi ont très tôt divisé la doctrine. Aux dangers perçus et dénoncés dans les dispositions légales par certains auteurs¹⁴³⁰, se sont opposés les arguments purement idéologiques d'autres auteurs¹⁴³¹ favorables à la discrimination positive. En attendant une évaluation de l'effectivité de la loi française et une appréciation de son efficacité économique¹⁴³², le législateur Ohada s'est, quant à lui, abstenu d'insérer expressément un tel critère de différenciation des administrateurs dans l'AUSC. Pourtant, rien ne semble interdire le recours volontaire des actionnaires à des clauses de répartition fondées sur des critères autres que celui prévu par le texte de l'article 424 de l'AUSC.

¹⁴²⁸ B. LECOURT, « Parité hommes-femmes dans les conseils d'administration : vers un texte européen de compromis ? » : *Rev. sociétés* 2016, p. 126.

¹⁴²⁹ « *La proportion des administrateurs de chaque sexe ne peut être inférieure à 40 % dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé et, à l'issue de la plus prochaine assemblée générale ayant à statuer sur des nominations, dans les sociétés qui, pour le troisième exercice consécutif, emploient un nombre moyen d'au moins cinq cents salariés permanents et présentent un montant net de chiffre d'affaires ou un total de bilan d'au moins 50 millions d'euros. Dans ces mêmes sociétés, lorsque le conseil d'administration est composé au plus de huit membres, l'écart entre le nombre des administrateurs de chaque sexe ne peut être supérieur à deux* ».

On voit clairement que dans les sociétés cotées en droit français un quota légal est expressément réservé aux femmes. Cette exigence n'est pas générale en ce qui concerne les sociétés non cotées. Ces dernières se trouvent soumises à ce quota légal à condition d'atteindre pendant trois exercices consécutifs, deux des seuils d'appréciation fixés par la loi. Concrètement, c'est dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé et celles qui, pour le troisième exercice consécutif, emploient un nombre moyen d'au moins 250 salariés et ont un chiffre d'affaires ou un montant total de bilan d'au moins 50 millions d'euros que la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle a imposé un quota d'administrateurs de chaque sexe dans les conseils d'administration.

¹⁴³⁰ Voir essentiellement F.-X. LUCAS, « La "modernitude" s'invite dans les conseils d'administration », in *BJS*, 2009, p. 945 ; R. MORTIER, « La féminisation forcée des conseils d'administration », in *Droit des sociétés*, n° 4, avril 2011, comm. 75 ; F.-X. LUCAS « Femmes... Je vous aime... Réponse à la réponse de Philippe Reigné au sujet de la proposition visant à assurer la parité dans les conseils d'administration », in *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 7, 18 fév. 2010, 1170.

¹⁴³¹ Cf. notamment Ph. REIGNE, « Les femmes et les conseils d'administration, Réponse à un éditorial de M. François-Xavier LUCAS », in *JCP E*, 2010, 1048.

¹⁴³² En réalité, en raison des dispositions transitoires insérées dans la loi française n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, les dispositions sus visées ne sont devenues obligatoires qu'à compter du 1^{er} janvier 2017.

603. Il convient de noter par ailleurs que la répartition conventionnelle des sièges au conseil d'administration peut faire l'objet de conventions extrastatutaires destinées, d'après le législateur Ohada, à organiser, selon des modalités librement arrêtées, « *la composition des organes sociaux* ». Pour que de telles clauses soient valides, il suffira selon nous, que la répartition proposée par le pacte d'actionnaires ne prive pas, comme cela est exigé pour la clause statutaire de répartition de l'article 424 de l'AUSC, certains actionnaires de leur éligibilité, ni une catégorie d'actions de sa représentation au conseil¹⁴³³. En outre, tel qu'il ressort de quelques décisions de justice analysées en droit français¹⁴³⁴, la validité des clauses de répartition des sièges du conseil d'administration, qu'elles soient statutaires ou non, répond à deux autres conditions. *Primo*, la conformité de la stipulation conventionnelle à l'intérêt social et *secundo*, le respect par la clause conventionnelle de la liberté de choix des actionnaires. Mais tel qu'annoncé plus haut, les accords de répartition des sièges au sein du conseil d'administration ne constituent pas l'unique moyen par lequel les actionnaires peuvent aménager conventionnellement les règles de désignation des administrateurs.

604. Une seconde variété de clauses peut avoir pour but de favoriser un plus large accès au conseil d'administration ou au contraire de limiter la vocation de certains actionnaires à être nommés comme administrateur. Ainsi, dans un objectif d'ouverture du conseil d'administration, les statuts de la société peuvent prévoir la possibilité de nommer des administrateurs non actionnaires¹⁴³⁵. En l'absence de toute autre précision de la part du législateur Ohada, certains auteurs¹⁴³⁶ proposent d'identifier la notion d'administrateur « non actionnaire » à celle d' « administrateur indépendant », définie en droit français par référence aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé¹⁴³⁷ mais que rien ne semble interdire dans les sociétés non cotées¹⁴³⁸. Pour autant cette assimilation semble

¹⁴³³ Cf. Art. 424 AUSC.

¹⁴³⁴ Sur ces développements, voir M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 61 et s., n° 117 à 125.

¹⁴³⁵ Voir art. 416 AUSC *in fine*.

¹⁴³⁶ L'un d'eux écrit en effet que « *L'une des innovations importantes de la réforme du droit africain est la possibilité de nommer au conseil d'administration des administrateurs qui n'ont pas la qualité d'actionnaire. Ces administrateurs indépendants auront un regard neutre sur l'organisation et la gestion de la société* » : D. POHE TOKPA, « Société anonyme avec conseil d'administration », *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1855, n°5. Adde A. FENEON, *Guide de l'administrateur de société anonyme en droit OHADA*, 1^{ère} éd., LGDJ, 2016, p.6, n° 5.

¹⁴³⁷ Voir l'article 9.1 du code de gouvernement des entreprises AFEP/MEDEF. Tel que prévu en France, la désignation des administrateurs non actionnaires est pour la plupart du temps, une exigence des codes de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises à l'endroit des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Une telle exigence apparaît comme un moyen de promotion de la gouvernance d'entreprise.

¹⁴³⁸ J. MONNET et D. GALLOIS-COCHET, « Sociétés anonymes. Conseil d'administration. Statut des administrateurs » : *JCl. Commercial*, Fasc. 1377, n° 19.

difficile à admettre puisque, si l'idée d'administrateur indépendant suppose une absence de toute relation quelle qu'en soit la nature avec la société, sa direction ou le groupe auquel elle est rattachée, elle exclut en conséquence les salariés en raison de leur relation avec la société et donc, de leurs intérêts dans celle-ci. Dans le même temps, la notion d'administrateur non actionnaire n'est de toute évidence pas hostile à la qualité de salarié de la société. Cela dit, la catégorie des actionnaires indépendants est selon nous plus restreinte et plus stricte que celle d'administrateur non actionnaire consacrée par le droit Ohada¹⁴³⁹. Dans ce contexte, l'intérêt qu'il y a à rapprocher les deux notions est seulement que la consécration de l'une et l'autre vise la présence au sein du conseil d'administration, d'administrateurs jouissant d'une liberté de jugement et dont la principale raison d'être sera de délibérer dans le sens de la prospérité de la société.

605. Dans ce sens, l'administrateur indépendant est défini comme « *une personne dénuée de tout lien d'intérêt direct ou indirect avec la société ou les sociétés de son groupe et qui peut ainsi être réputée participer en toute objectivité aux travaux du conseil* »¹⁴⁴⁰. En tant que tel, il siège au conseil d'administration sans entretenir la moindre relation, quelle qu'en soit la nature, avec la société, son groupe ou sa direction. Ainsi dépourvu de tout lien particulier avec la société, l'administrateur indépendant est censé conserver sa liberté de jugement car, étant réputé avoir un regard neutre sur l'organisation et la gestion de la société¹⁴⁴¹, il se distingue tant des administrateurs-actionnaires que des salariés nommés dans cette fonction. Selon le Professeur BADJI, « *c'est seulement si le conseil d'administration d'une société est composé d'administrateurs indépendants qu'il peut constituer un contre-pouvoir efficace aux prérogatives d'un président, également directeur général de l'entreprise* »¹⁴⁴². Sur la question, le droit Ohada présente, comparativement au droit français¹⁴⁴³, une spécificité qui est que

¹⁴³⁹ Constatant que l'acte uniforme ne contient pas de dispositions permettant de répondre à la question du contenu exact de la notion d'administrateur non actionnaire, un auteur affirme qu' « il peut s'agir de salariés élus au conseil d'administration comme dans le droit français, ou des administrateurs indépendants connus dans le droit anglo-saxon » : D. POHE TOKPA, « Société anonyme avec conseil d'administration », *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1857, n°14.

¹⁴⁴⁰ Rapport Vienot cité par Ph. MARINI, *La modernisation du droit des sociétés*, Collection des rapports officiels, La documentation française, 1996, p. 43. Rapport téléchargeable sur le site <http://www.medef.fr>

¹⁴⁴¹ D. POHE TOKPA, « Société anonyme avec conseil d'administration », *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1855, n°5.

¹⁴⁴² P. S. BADJI, « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », disponible sur www.ohada.com, Réf. Ohadata D-17-23, p. 11. Il convient toutefois de noter que le Professeur Yves GUYON est l'un de ceux qui ont émis des réserves à propos de la désignation d'administrateurs indépendants dans la société anonyme. Selon lui, ces derniers augmentent le risque de dérives technocratiques. Cf. Y. GUYON, « La société anonyme, une démocratie parfaite ? », in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian GAVALDA*, Dalloz, 2001, p.141

¹⁴⁴³ A propos du droit français, voir J. MONNET et D. GALLOIS-COCHET, « Sociétés anonymes. Conseil d'administration. Statut des administrateurs » : *JCl. Commercial*, Fasc. 1377, n° 19. « *Les sociétés non cotées ne*

l'AUSC ne limite pas la possibilité d'administrateurs non actionnaires aux seules sociétés cotées et ne semble pas non plus leur réserver les sièges du conseil d'administration dans une proportion limitée. L'article 416 de l'AUSC disposant tout simplement que les membres du conseil d'administration – dont le nombre total est compris entre trois et douze – peuvent être des actionnaires ou non. Il s'agit là d'une réelle liberté offerte aux actionnaires de la société anonyme dont l'expression statutaire leur permet d'ouvrir l'accès au conseil d'administration de leur société à des personnes étrangères au capital social.

606. Dans un sens inverse, les actionnaires peuvent, par une clause statutaire, limiter l'accès de certains actionnaires au conseil d'administration en imposant que toute personne ayant la volonté de devenir administrateur soit propriétaire d'un nombre d'actions librement défini par eux. En tant que telle, cette exigence d'un principe de relation entre la participation au capital et le siège d'administrateur ne peut être qu'une obligation conventionnelle relevant de la liberté statutaire et dont le non-respect est sanctionné par la loi. L'alinéa 2 de l'article 417 dispose à cet effet que tout administrateur qui, au jour de sa nomination n'est pas titulaire du nombre d'actions requis par les statuts ou qui en cours de mandat cesse d'en être propriétaire a un délai de trois mois pour se démettre de son mandat ou sera réputé s'être démis de son mandat à l'expiration de ce délai. Plus concrètement, il s'agit d'un aménagement conventionnel relatif à la désignation des administrateurs rendu possible par le législateur et qui en assure la sanction en cas de non-respect. En dépit de toutes ces possibilités conventionnelles qui permettent aux actionnaires d'aménager les règles de désignation des administrateurs de sociétés anonymes en droit Ohada, il existe dans l'AUSC certaines limites à cette liberté.

B- Les limites légales

607. Ces limites sont diverses et procèdent directement de la loi. On retrouve en fait dans l'AUSC des dispositions qui interdisent l'exercice de la fonction d'administrateur de société anonyme à certaines personnes. En présence de telles limites légales, la volonté des actionnaires perd tout pouvoir d'aménagement conventionnel. Ainsi, même si certaines clauses relatives à la désignation des administrateurs peuvent ouvrir l'accès au conseil d'administration, elles ne

sont pas tenues par les principes de gouvernement d'entreprise et n'ont pas à suivre ces recommandations. Pour autant, rien n'interdit à ces sociétés de désigner des administrateurs indépendants, ou encore de prévoir dans les statuts la présence au conseil d'un certain nombre d'administrateurs indépendants ».

peuvent en aucun cas stipuler valablement que des personnes en situation d'incapacité, d'incompatibilité ou encore d'interdiction siègeront au conseil d'administration¹⁴⁴⁴.

608. S'agissant de ces incompatibilités, elles s'entendent de l'impossibilité légale de cumuler la fonction de dirigeant avec certaines occupations, situations ou mandats. Ainsi, certaines personnes, de par les fonctions qu'elles exercent par ailleurs, se voient interdire l'accès à celles d'administrateur. Sont communément visées les professions libérales¹⁴⁴⁵. Il convient d'évoquer ici la règle de limitation légale des mandats d'administrateur prévue à l'article 425 de l'AUSC. Selon cette disposition, il est incompatible de cumuler plus de cinq différents postes d'administrateur dans différentes sociétés anonymes sur le territoire d'un même Etat membre de l'Ohada. De fait, le dirigeant qui atteint le nombre légal de cumul autorisé perd de plein droit toute qualification nécessaire à siéger simultanément au conseil d'administration d'une autre société. De la même manière que les accords contractuels entourant la désignation des administrateurs ne peuvent assouplir les incompatibilités prévues dans la loi, les interdictions dont peuvent faire l'objet certains aspirants au siège d'administrateur ne peuvent pas être contournées par la volonté des actionnaires.

609. Emanant le plus souvent d'une décision de justice, les interdictions constituent quant à elles, la perte d'un droit, la défense définitive ou temporaire de se livrer à une activité déterminée. Ainsi, les personnes reconnues coupables d'infractions au droit des sociétés ou de banqueroute peuvent se voir refuser, à titre de peine complémentaire, la possibilité de diriger, de gérer ou d'administrer une société commerciale¹⁴⁴⁶. Tombent également sous le coup d'une interdiction de gérer, les personnes frappées de faillite personnelle¹⁴⁴⁷. Il faut retenir que ces

¹⁴⁴⁴ D. POHE TOKPA, « Société anonyme avec conseil d'administration », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1858, n° 20.

¹⁴⁴⁵ De manière générale, écrit un auteur africain, « *les incompatibilités concernent quatre professions : celle d'avocat, de notaire, de commissaire au compte et d'huissier* ». Cf. B. NJOYA NKAMGA, « Dirigeants sociaux », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 638, n° 23.

¹⁴⁴⁶ Voir notamment art. 897 et s. AUSC et compléter avec les dispositions nationales qui définissent les peines applicables aux infractions prévues par l'acte uniforme. Il s'agit notamment de loi n°98-22 du 26 mars 1998 portant sur « *Les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'acte uniforme relatif aux droits de sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* » pour le Sénégal ; de la loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant « *Répression des infractions contenues dans certains actes uniformes Ohada* » pour le Cameroun ; de la loi n°10.001 du 06 janvier 2010 portant Code pénal Centrafricain ; la loi n° 2011-20 du 12 octobre 2011 portant « *Lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin* » et de la loi n°12-2013 du 28 juin 2013 portant « *Sanctions pénales aux infractions prévues par les actes uniformes du traité de l'Ohada relatifs au droit commercial général, au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, au droit comptable, au droit des sûretés et au droit des procédures collectives d'apurement du passif* ».

¹⁴⁴⁷ Voir les cas et les effets de la faillite personnelle des dirigeants sociaux : art. 194 et s. AUPCAP, spéc. art. 196 et 203 AUPCAP.

interdictions sont prononcées la plupart du temps pour protéger la société et l'économie en général de l'emprise de certaines personnes à la délinquance avérée.

610. Voilà notamment quelques règles que ne sauraient assouplir les actionnaires à l'occasion de la désignation des administrateurs de la société. Mais il faut noter que, telles que des stipulations conventionnelles ont pu intervenir à l'occasion de la désignation des administrateurs, des aménagements contractuels sont tout autant envisageables quant à la désignation du président du conseil d'administration.

§2- La désignation du président du conseil d'administration

611. Alors que les aménagements de la désignation des administrateurs mettent directement en relation les actionnaires et s'exécutent à l'occasion de la tenue des assemblées générales de la société anonyme, ceux qui visent la nomination du président du conseil d'administration sont des accords de volonté entre administrateurs, que ces derniers sont appelés à mettre en œuvre lors des réunions du conseil d'administration. En tant que tels, ils visent directement la détention du pouvoir au sein de la société anonyme mais ils ne constituent pas moins, des instruments de protection pécuniaire pour certains de leurs bénéficiaires. Ainsi, un actionnaire-investisseur peut avant d'apporter ses fonds dans la société, obtenir par accord, l'assurance de diriger soit par lui-même, soit par un administrateur de son choix et représentant les mêmes intérêts que lui, le conseil d'administration. Dans la plupart des cas, c'est l'intérêt économique de la société qui fonde une telle convention. Selon la doctrine, « *on prend conscience de l'importance de ces conventions pour l'intérêt de la société lorsqu'elles constituent une condition nécessaire à l'allocation d'une aide financière* »¹⁴⁴⁸.

612. Etant entendu que l'objet des conventions dont nous discutons ici est la désignation du président ou du président-directeur général du conseil d'administration par les administrateurs préalablement désignés, lesdits accords se présentent concrètement comme des engagements de vote. En droit Ohada, on est fondé à penser que le législateur, qui consacre la possibilité d'organiser dans les conventions extrastatutaires la composition des organes sociaux, autorise le recours à des pactes d'actionnaires relatifs à la nomination du président du conseil d'administration. La question se posera dès lors à propos de la validité de ces conventions de vote censées déployer leurs effets au sein du conseil d'administration. Reste à savoir si les conventions de vote entre administrateurs répondent aux mêmes conditions de validité que les

¹⁴⁴⁸ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 75, n° 137.

conventions de vote entre actionnaires. Cette dernière question est intéressante en raison notamment de la divergence d'objet entre le droit de vote des actionnaires et celui des administrateurs, lesquels, de surcroît, ne sont pas forcément des actionnaires.

613. Alors que la pratique, notamment en droit français, a recours depuis des décennies à des conventions entre administrateurs relativement à la nomination du président du conseil d'administration, la question de la validité de ces accords a fait l'objet de discussions particulièrement intenses. Plusieurs arguments sont avancés en doctrine pour justifier l'inadmissibilité de ces conventions **(A)** alors qu'en jurisprudence, des décisions semblent avoir posé le principe de leur validité sous certaines conditions **(B)**.

A- L'invalidité présumée des conventions de votes entre administrateurs

614. En dépit des utilités pratiques que peuvent avoir les conventions de vote entre administrateurs relativement à la désignation du président du conseil d'administration, certaines réalités propres aux conseils d'administrations ou plus généralement à la société anonyme ont fait douter du principe même de leur validité. Ainsi qu'il a été écrit en doctrine, « *si utiles que puissent être parfois ces conventions et clauses lors de la fusion, de la transformation d'une société, elles n'en sont pas moins dangereuses dans leur principe et il apparaît peu souhaitable de les valider même en exigeant des conditions plus sévères* »¹⁴⁴⁹. Pendant longtemps en effet, des auteurs se sont fondés sur la nature du droit de vote des administrateurs ou encore sur le principe délibératif qui préside au vote au sein du conseil d'administration pour mettre en doute la validité des conventions de vote entre administrateurs. Alors que la jurisprudence commençait à poser les bases de la validité des conventions de vote entre actionnaires, on trouvait inadmissible que de telles conventions soient déclarées valides dans l'exercice de la fonction d'administrateur.

615. Au soutien de cette analyse, on a pu faire valoir que « *le vote de l'administrateur est un vote fonction. Il permet à ce dernier d'administrer la société (...). En tant que tel, il n'est pas libre comme l'actionnaire de voter à sa guise* »¹⁴⁵⁰. Ainsi, la nature fonctionnelle du vote émis par les administrateurs impose que le principe de la liberté du vote soit entendu à leur égard de manière restrictive. Pour les partisans de l'invalidité des conventions de vote entre administrateurs, il faut prendre en compte la différence de nature entre le vote de l'actionnaire

¹⁴⁴⁹ J. FOSSEREAU, « Le vote au conseil d'administration des sociétés anonymes » : *RTD com.* 1965, p. 331.

¹⁴⁵⁰ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 76, n° 139.

aux assemblées générales et le vote de l'administrateur pris, en ce qui le concerne, comme une composante organique de la société anonyme. Le droit de vote de l'actionnaire est une prérogative attachée aux actions auxquelles il a souscrit et son exercice par lui vise entre autres objectifs, la protection de ses capitaux¹⁴⁵¹. A l'opposé, le droit de vote de l'administrateur a un caractère strictement fonctionnel. Cette distinction entre le vote de l'actionnaire et celui de l'administrateur, fondé sur la nature du droit de vote en considération de son détenteur, n'est pas dénuée de toute logique. Le seul fait que des non actionnaires soient susceptibles de siéger au conseil d'administration apparaît comme un indicateur du rôle strictement social que sont appelés à jouer les administrateurs. Comme on a pu l'écrire, « *si le principe de la liberté de vote de l'actionnaire est protecteur de l'actionnaire tout autant que de la société, le même principe doit être établi pour le vote de l'administrateur mais cette fois uniquement dans l'intérêt de la société* »¹⁴⁵². En conséquence, l'administrateur doit, en raison de la fonction sociale dont il est investi, « *voter selon sa conscience et non selon des engagements pris à l'avance* »¹⁴⁵³. Si cette considération semble condamner tout engagement de vote préalable à la réunion du conseil d'administration et à ses délibérations, un autre argument non moins important a été avancé pour s'opposer aux ententes préalables entre administrateurs.

616. C'est ainsi que, le principe de la collégialité ou la règle de la délibération préalable à tout vote au sein du conseil d'administration a aussi été avancée pour prôner l'invalidité des conventions de vote entre administrateurs. Selon un auteur¹⁴⁵⁴, le caractère collectif des décisions prises en conseil d'administration suppose que tout vote exprimé à cette occasion soit fondé sur une délibération censée éclairer les administrateurs, qui proscriit tout vote convenu par avance, l'administrateur devant « *être dégagé de toute obligation contractée préalablement à son vote pour pouvoir, à l'issue des délibérations et jusqu'au moment de l'émission de son vote, se faire une opinion pour voter conformément à l'intérêt social* »¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁵¹ On admet même dans certains systèmes de droit, notamment dans les droits anglo-saxon, canadien et québécois, que « *L'exercice du droit de vote par les actionnaires se fait de manière totale et personnelle (...) [l]e point crucial à souligner est que cet exercice peut être fait sans tenir compte de l'intérêt général de la société et peut aller à l'encontre même de la société* ». Cf. I. TCHOTOURIAN, « La prise de pouvoir dans les sociétés par actions au Québec » in *Le pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Journées Chiliennes 2012, Bruylant, 2014, p. 187.

¹⁴⁵² J. FOSSEREAU, « Le vote au conseil d'administration des sociétés anonymes » : *RTD com.* 1965, p. 327.

¹⁴⁵³ *Idem.*

¹⁴⁵⁴ P.-G. GOURLAY, *Le conseil d'administration de la société anonyme. Organisation et fonctionnement*, Sirey, 1971, p. 154, n° 257.

¹⁴⁵⁵ *Idem.*

617. Dans un conseil d'administration, si la délibération s'impose¹⁴⁵⁶, le principe délibératif est beaucoup plus fort qu'au sein des assemblées générales¹⁴⁵⁷. Il reste que l'on peut se demander comment savoir réellement qu'un vote émis résulte de l'opinion que s'est faite un administrateur à l'issue d'une délibération régulière. Mieux, est-on en mesure de s'assurer que le vote émis en conseil d'administration est ou non la manifestation d'une convention préalablement passée ? Il nous semble que non d'autant plus que les pactes d'actionnaires qui contiennent de telles conventions sont, rappelons-le, par principe des accords secrets. Au-delà, et même si on peut admettre que tout vote émis lors d'une réunion du conseil d'administration doit viser l'intérêt social, on pourrait se demander si le vote relatif à la désignation du président du conseil d'administration n'est pas un vote particulier en ce qu'il n'exprime pas à proprement parler un acte d'administration légalement dévolu au conseil. C'est d'ailleurs ce qu'a semblé dire un auteur quand il écrit que « *le principe délibératif doit jouer à plein lorsqu'il s'agit pour le conseil d'administration de remplir un rôle de gestion qui lui incombe au sein de la société anonyme. En ce domaine, rien ne saurait mieux servir l'intérêt social qu'une libre discussion, garantie d'un vote éclairé* »¹⁴⁵⁸. Ainsi, on serait tout à fait fondé à penser qu'une convention en vue de la mise en place du président du conseil d'administration devrait être validée parce qu'elle est beaucoup plus un acte de conquête du pouvoir au sein de la société qu'un acte d'administration qui requiert un attachement strict à l'intérêt social sans tenir compte de l'objectif de certains actionnaires d'avoir le contrôle de la société. D'ailleurs, la conclusion des conventions de vote n'est-elle pas définie dans la doctrine majoritaire comme « *un moyen privilégié d'acquérir le pouvoir au sein d'une société* »¹⁴⁵⁹ ? Ainsi, la jurisprudence a eu l'occasion de reconnaître la validité des conventions de vote relatives à la désignation du conseil d'administration.

B- Les conditions de validité des conventions de vote relatives à la désignation du président du conseil d'administration

618. La question de la validité des conventions de vote entre administrateurs a été posée en jurisprudence il y a fort longtemps. Si les juges français semblaient avoir pendant longtemps

¹⁴⁵⁶ Aix, 20 Octobre 1961, *Dalloz*, 1962, p. 442, note A. DALSACE.

¹⁴⁵⁷ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 76, n° 139.

¹⁴⁵⁸ P.-G. GOURLAY, *Le conseil d'administration de la société anonyme. Organisation et fonctionnement*, Sirey, 1971, n° 397. L'auteur aborde en effet l'idée du principe délibératif selon qu'il s'agisse de « *l'organisation et la composition du conseil d'administration* » ou soit de « *la gestion sociale* ».

¹⁴⁵⁹ F.-X. LUCAS, « L'acquisition du pouvoir dans les sociétés en France », in *Le pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Journées Chiliennes 2012, Bruylant, 2014, p. 139.

esquivé la question, un courant jurisprudentiel favorable s'est néanmoins dégagé pendant les années 1950.

619. Alors qu'à cette époque, les juridictions ébauchaient déjà les conditions de validité des conventions de vote entre actionnaires relativement aux décisions prises en assemblée générale, les juges se retrouvaient de plus en plus confrontés à la question de la validité des conventions de vote entre administrateurs quant aux décisions prises en conseil d'administration. Dès lors et en raison de la différence de nature relevée ci-dessus concernant ces deux modalités de vote, la question s'est vite posée de savoir si les conventions de vote entre actionnaires et les conventions de vote entre administrateurs pouvaient être soumises au même régime de validité. Mieux l'adoption du décret-loi du 30 août 1937 dont l'article 10¹⁴⁶⁰ venait poser le principe de la nullité de toute convention de vote relativement aux décisions en assemblée générale rendait particulièrement intéressante la précédente interrogation. En réalité, quoi qu'ayant fait l'objet d' « *un curieux phénomène d'ineffectivité juridique* »¹⁴⁶¹, on avait besoin de savoir si la prohibition instituée par la disposition du décret-loi ci-dessus rappelée devait ou non s'étendre aux relations entre administrateurs. Entre le silence de la loi d'une part et l'engouement que suscitent de telles conventions en raison de leur utilité pratique d'autre part, les juges vont faire un arbitrage en soumettant leur validité à certaines conditions objectives.

620. D'après la doctrine, « *le premier arrêt à avoir traité nettement et favorablement le problème des conventions de vote entre administrateurs a été rendu par la cour d'Amiens le 4 avril 1951* »¹⁴⁶². Tirant notamment argument du domaine limité de la prohibition de l'article 10 du décret-loi du 30 août 1937, les juges ont décidé dans cette espèce de la validité d'une convention de vote entre administrateurs relativement à la nomination du président du conseil d'administration. Mais au-delà de cette considération du domaine matériel du décret-loi, la décision avait fondé la validité de la convention de vote entre administrateurs sur deux conditions cumulatives. D'une part, le constat avait été établi que ledit accord ne portait pas atteinte au principe de la révocation *ad nutum* du président du conseil d'administration. D'autre

¹⁴⁶⁰ Ledit article 10 disposait en effet que « *sont nulles et de nul effet dans leurs dispositions, principales et accessoires, les clauses ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte au libre exercice du droit de vote dans les assemblées générales des sociétés commerciales* ».

¹⁴⁶¹ A. VIANDIER, « Observations sur les conventions de vote », in *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 28, 16 juil. 1986, I 3253. Dans la réalité, les praticiens continuaient à passer des conventions de vote entre actionnaires en vue des décisions à prendre en assemblée générale et les juges en élaboraient au fur et à mesure de leur saisine les conditions de validité.

¹⁴⁶² M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 78, n° 146. A noter qu'avant cette décision, les juges ont, selon l'auteur, opté pour ne pas donner leur avis sur la question : cf. M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 77, n° 141 et s.

part, étant donné que l'engagement de vote n'avait pour objet que la désignation du président du conseil d'administration, le juge l'a validé au motif que son effet était temporaire.

621. D'autres décisions de justice vont intervenir et aller dans le même sens pour confirmer que les conventions de vote entre administrateurs ne sauraient systématiquement être déclarées nulles. Mais en sus des conditions posées par la première décision, les suivantes ajoutent une condition supplémentaire imposant la conformité de la convention à l'intérêt de la société. On peut, à titre illustratif, citer une décision du tribunal de grande instance de la Seine qui, tout en reconnaissant la validité d'une convention de vote entre administrateurs, précise néanmoins « *qu'il résulte des principes généraux et des règles fondamentales relatifs à l'organisation des sociétés anonymes, que leurs administrateurs ne sauraient engager personnellement leur vote, ni le vote d'autrui à l'intérieur du conseil d'administration, au mépris des intérêts sociaux et dans l'ignorance des événements futurs propres à rendre cet engagement préjudiciable à la société* »¹⁴⁶³.

622. Ces conditions jurisprudentielles semblent s'imposer en pratique pour la validité des conventions de vote entre administrateurs. Malgré sa rigidité longtemps dénoncée, la loi française du 24 juillet 1966 n'a pas remis en cause ces conditions de validité posées par la jurisprudence sous l'empire de la législation antérieure. Ceci étant, si la pratique devait de toute évidence se réserver d'envisager le recours à de telles conventions en droit Ohada avec l'AUSC de 1997¹⁴⁶⁴, il existe des motifs de l'envisager avec plus d'optimisme depuis la réforme de l'AUSC. Le législateur n'a-t-il pas expressément permis aux actionnaires d'organiser dans des accords extrastatutaires, la composition des organes sociaux. Cela légitime selon nous, que les administrateurs s'entendent pour désigner conventionnellement le président du conseil d'administration. Les juges des pays de l'Ohada devraient simplement définir, comme ce fut le cas dans la jurisprudence française, les conditions de validité de tels accords. Dans ce sens, l'orientation depuis la réforme de 2014, du droit des sociétés de l'Ohada en faveur de la contractualisation devra être perçue comme un argument défavorable au rejet systématique de tels accords de vote entre administrateurs pour la désignation du président du conseil

¹⁴⁶³ TGI Seine, 9 janvier 1961 : *BJS*, 1961, p. 82, *Dr. sociétés* 1961, p. 42

¹⁴⁶⁴ En réalité, étant entendu que l'AUSC de 1997 reprenait l'esprit voire même une bonne partie de la lettre de la loi française du 24 juillet 1966, on aurait pu légitimement envisager de telles conventions entre administrateurs dans les sociétés anonymes Ohada. Mais en raison de l'interdiction formelle de recourir à toutes conventions non autorisées expressément par le législateur, les praticiens n'osaient pas y songer ou, s'ils le faisaient, ils s'arrangeaient pour qu'elles ne fassent l'objet de différends ou que les éventuels litiges soient soumis au juge.

d'administration. En même temps, la jurisprudence française pourrait constituer une source d'inspiration importante.

623. Si, tel que démonté, le nouvel article 2 ainsi que d'autres dispositions de l'AUSC citées au fur et à mesure des développements qui précèdent, légitiment l'idée d'un certain nombre d'aménagements conventionnels à l'occasion de la désignation des dirigeants sociaux, l'élément contractuel est aussi de plus en plus présent lors de la cessation des fonctions du dirigeant social. L'idée majeure ici serait de garantir le dirigeant social contre la précarité de principe de sa fonction en ayant recours à des aménagements conventionnels.

Section 2 : La cessation de fonction des dirigeants sociaux

624. Le décès, la démission ou la révocation sont autant de modalités par lesquelles le dirigeant social est susceptible de cesser ses fonctions dans la société anonyme. La révocation est « *le mode de cessation des fonctions des dirigeants sociaux le plus fréquent, ou du moins le plus fréquemment soumis aux juges* »¹⁴⁶⁵. Dans les sociétés anonymes, sa mise en œuvre a pendant longtemps traduit une certaine idée de précarité de la fonction de dirigeant social en raison de la rigidité législative dont elle fait l'objet¹⁴⁶⁶. En droit Ohada, cette rigidité est restée une caractéristique majeure de l'AUSC jusqu'en 2014 où, sans aucune concession, tous les dirigeants de la société anonyme étaient révocables *ad nutum*¹⁴⁶⁷. De ce fait, sans juste motif,

¹⁴⁶⁵ K. ADOM, « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales » : *Rev. sociétés* 1998, p. 488, n° 1. Le professeur philippe MERLE affirmait encore récemment que « *le contentieux de la révocation des mandataires sociaux est le important en droit des sociétés* » : P. MERLE, « La révocation des mandataires sociaux » : *RJ com.* 2017, n° 1, p. 2.

¹⁴⁶⁶ Cf. M.-C. SORDINO, « Aménagement conventionnels et révocation *ad nutum* des dirigeants de société anonyme », in *Mélanges Christian MOULY*, Litec, t.2, 1998, p. 245 ; B. PEILLON, « Les pactes visant à prendre et/ou à conserver le pouvoir dans les sociétés anonymes cotées », in *Cahiers de l'entreprise*, JCP, éd. E, 1992, n° spécial, n°1, p. 10.

¹⁴⁶⁷ Voir A. AKAM AKAM, « La cessation des fonctions des dirigeants de sociétés commerciales en droit Ohada », publié en mars 2009, disponible sur <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/>, n° 19 : l'auteur écrit que la révocation *ad nutum* « *concerne les dirigeants de la société anonyme. Ainsi, les administrateurs, le président-directeur général, le directeur général adjoint, le président du conseil d'administration et le directeur général peuvent, selon le cas, être révoqués à tout moment, soit par l'assemblée générale ordinaire, soit par le conseil d'administration. De même, en ce qui concerne la société anonyme avec administrateur général, celui-ci ainsi que son adjoint peuvent quitter leurs fonctions à tout moment par décision de l'assemblée générale ordinaire. Dans toutes ces hypothèses, la révocation ad nutum est subordonnée à un régime juridique strict* ». Il ajoute par ailleurs que ce faisant, le droit Ohada mis en place par l'AUSC de 1997 « *confirme ainsi sa "filiation" à la loi française de 1966* » (n° 36). Pour la SA avec conseil d'administration, se référer spécifiquement dans l'AUSC de 1997, aux articles 433, 469, 475, 484, 492 qui organisent respectivement la révocation des administrateurs, du président directeur général, du directeur général adjoint, du président du conseil d'administration et de son directeur général. Pour ce qui est de la SA sans conseil d'administration, voir les dispositions et commentaires des articles 509 et 515 organisaient successivement la révocation de l'administrateur général et de l'administrateur général adjoint. Voir aussi P.-G. POUGOUE, J. NGUEBOU-TOUKAM et F. ANOUKAHA, « Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », in *Ohada. Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2008, 3^e éd. En effet, selon les commentateurs desdites dispositions, chacun de ses dirigeants

sans préavis et sans indemnité, les sociétés pouvaient librement se séparer de leurs dirigeants. La règle de la libre révocabilité ainsi posée par le législateur s'est, dans son principe, généralement illustrée par son incompatibilité avec toute éventualité d'aménagement conventionnel. Il a ainsi été écrit en France, qu'« à l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1966, il paraissait impossible de procéder à des aménagements de la révocation des dirigeants de la société anonyme par l'intermédiaire de conventions »¹⁴⁶⁸. Mais si les praticiens du droit français ont assez vite remédié à cette situation en créant des mécanismes contractuels pour atténuer les effets de la révocation *ad nutum*, le législateur Ohada a, quant à lui, repris dans l'AUSC, le principe de la révocation *ad nutum* dans toute sa rigueur.

625. Avec la réforme de l'AUSC, la question de la révocation des dirigeants de société anonyme semble promise à une évolution favorable à la stabilité de leur fonction sociale. Une analyse des dispositions de l'AUSC permet de se convaincre de ce que le principe de la révocation *ad nutum* a désormais une étendue réduite. Par ailleurs, il se dégage de la jurisprudence française plus ou moins récente, un certain nombre de décisions qui incitent « à avoir une conception plus souple de la règle autrefois incontournable de la révocation *ad nutum* »¹⁴⁶⁹ qui traduit par ailleurs « une manifestation tangible de la contractualisation du droit des sociétés »¹⁴⁷⁰. Dans ce contexte, l'étude de la portée de la règle de la libre révocation des dirigeants de sociétés anonyme en droit Ohada nous impose de revenir sur la règle de la révocation *ad nutum*, son contenu et son domaine dans le nouvel AUSC (§1) avant de voir les moyens au travers desquels il peut y être valablement porté atteinte en pratique notamment par l'application des techniques contractuelles (§2).

sociaux était révocable *ad nutum* en puisqu'à chaque fois, le législateur dit expressément qu'ils peuvent être révoqués « à tout moment ».

De manière constante en effet, c'est aussi l'analyse qui a été faite pendant longtemps par une bonne partie de la doctrine à propos de la révocation de tous les dirigeants sociaux de la société anonyme : Voir notamment F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, et *alii*, *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, éd. Bruylant, 2002, p. 419, n° 896; p.427, n° 912; p. 428, n° 914; p. 429 n° 917. Les auteurs affirment expressément que le législateur impose une révocation *ad nutum* chaque fois que le législateur dispose que le dirigeant peut être révoqué à tout moment.

¹⁴⁶⁸ M.-C. SORDINO, « Aménagement conventionnels et révocation *ad nutum* des dirigeants de société anonyme », in *Mélanges Christian MOULY*, Litec, t.2, 1998, p. 246.

¹⁴⁶⁹ M.-H. De LAENDER « La révocation des dirigeants sociaux » : *Dr. sociétés* 2000, n° 5, chron. 9, n° 12. Dans le même sens, la doctrine Ohada note que « Force est d'observer, en droit français, que les principales caractéristiques de la révocation *ad nutum* (décision de révocation pouvant intervenir à tout moment, sans préavis, motifs et d'indemnisation) sont remises en cause par la jurisprudence et la pratique, dans le but d'assurer une meilleure protection aux dirigeants sociaux » : A. AKAM AKAM, « La cessation des fonctions des dirigeants de sociétés commerciales en droit Ohada », publié en mars 2009, disponible sur <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/>, n° 23.

¹⁴⁷⁰ M.-H. De LAENDER « La révocation des dirigeants sociaux » : *Dr. sociétés* 2000, n° 5., chron. 9, n° 12 ; A. AKAM AKAM, « La cessation des fonctions des dirigeants de sociétés commerciales en droit Ohada », publié en mars 2009, disponible sur <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/>, n° 27.

§1- La règle de la révocation *ad nutum*

626. Figurant à l'article 90 alinéas 2 de la loi du 24 juillet 1966, la règle de la révocation *ad nutum*, qui était déjà affirmée à l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867, tire en réalité son origine de l'ancien article 31 du Code de commerce qui autorisait la révocation des administrateurs sans juste motif et sans indemnité¹⁴⁷¹. Ayant survécu aux réformes successives du droit des sociétés, la révocation *ad nutum* a acquis une importance certaine au sein des règles qui définissent le statut des dirigeants de la société anonyme, à tel point que la jurisprudence en admet formellement le caractère d'ordre public¹⁴⁷².

627. La règle de la libre révocabilité des dirigeants sociaux a été reprise par l'AUSC de 1997. Les différentes dispositions qui y traitaient de la cessation de fonction des dirigeants de la société anonyme prévoient pour chacun d'eux la possibilité d'être révoqué « à tout moment »¹⁴⁷³. Nous précisons le sens de cette règle (A) et son domaine (B).

A- Le sens de la règle

628. La révocation des dirigeants a donné lieu en droit français à « *un contentieux quelque peu répétitif* »¹⁴⁷⁴ qui a conduit les juges à aller au-delà des termes employés par le législateur

¹⁴⁷¹ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIXe siècle : du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, 1985, PUF, p. 282.

¹⁴⁷² Le professeur Claude CHAMPAUD écrit justement à cet effet que « *Pour des motifs avancés dans des espèces visant les sociétés anonymes mais applicables à tous les cas où la loi édicte la révocabilité discrétionnaire des dirigeants sociaux, cette faculté est d'ordre public. Les statuts ne peuvent pas y déroger et tout accord tendant tourner ce principe se trouve entaché de nullité dès lors qu'il est établi que tel était son objet ou son effet* » : C. CHAMPAUD, « Révocabilité *ad nutum* des dirigeants sociaux. Sens et portée du principe. Principe supérieur du respect des "droits de la défense" » : *RTD com.* 1999, p. 429. Le professeur Philippe MERLE l'a aussi affirmé : « Ce principe de la révocation *ad nutum* a été jugé si important par le législateur en 1966, comme déjà en 1867, qu'il l'a déclaré d'ordre public de sorte que toute disposition contraire est réputée non écrite ». Cf. P. MERLE, « La révocation des mandataires sociaux » : *RJ com.* 2017, n° 1, p. 3. Pour des décisions de justice ayant affirmé le caractère d'ordre public de la révocation *ad nutum*, voir Cass. civ. 20 déc. 1910, DP 1912, 1. 441 ; Versailles, 1er déc. 1988, *BJS* 1989. 172 ; *JCP E.* 1989.II. 15517, n° 8 ; Paris, 14 déc. 1993, *RJDA* n° 3/1994, n° 290, p. 241. Pour montrer l'ancienneté et la constance jurisprudentielle en la matière, l'auteur fait référence aux décisions suivantes : Cass. civ. 30 avr. 1878, DP 1878. I. 134 ; Cass. civ. 10 janv. 1881, S. 1881. I. 251 ; Cass. civ. 23 mai 1944, DA 1944. 105 ; Com. 15 juill. 1987, *Dalloz* 1987. IR. 202 ; Com. 2 juin 1992, *RTD com.* 1993. 521. Pour une réaffirmation plus ou moins récente et sans équivoque de ce principe, voir principalement Cass. 20 déc. 1910 : DP 1912, 1, p. 441, note E. THALLER et aussi Cass. com., 21 juin 1988 et 11 oct. 1988 : *JCP E* 1989, II, 15415, n° 12 et 15, obs. A. VIANDIER ET J.-J. CAUSSAIN ; *Rev. sociétés* 1989, p. 46, note Y. CHARTIER. Plus récemment encore, les termes d'une décision de justice française ont fait dire à certains que la règle de la révocation *ad nutum* « *demeure d'ordre public* », T. RAVEL D'ESCLAPON, « Société anonyme : révocabilité *ad nutum* et pacte d'actionnaires », in *BJS*, n° 9, 1^{er} sept. 2017, p. 532, note sous Cass. com., 26 avr. 2017, n° 15-12888. Voir aussi, à propos de la qualification d'ordre public de la révocation *ad nutum* en droit Ohada : CCJA, 3^e Ch., n° 013/2012, 8-3-2012, P. n° 043/2009/PC du 24-4-2009 ; Elton Oil Company C./ Papa Mactar Sarr.

¹⁴⁷³ Voir les dispositions des articles 433, 469, 475, 484, 492, 509 et 515 de l'AUSC de 1997.

¹⁴⁷⁴ M. JEANTIN, « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges Roger PERROT, Dalloz 1996, p. 149.

pour préciser concrètement ce qui caractérise la révocation *ad nutum*¹⁴⁷⁵. La doctrine dégage à cet effet trois éléments caractéristiques de la révocabilité *ad nutum*¹⁴⁷⁶. Notion relevant de la nature même du dirigeant social, elle se caractérise selon le Professeur Claude CHAMPAUD, « par l'absence de préavis, l'absence d'obligation de motivation et l'absence d'indemnisation liées à la perte desdites fonctions par révocation »¹⁴⁷⁷.

629. D'abord la non-exigence de motivation préalable à la révocation du dirigeant social. Cette première caractéristique accorde au détenteur de la prérogative de révocation, un droit discrétionnaire sur la poursuite ou non de ses fonctions par le dirigeant. Le premier n'ayant normalement à justifier en aucune manière sa décision de révoquer le second. Ensuite, la révocation *ad nutum* ne nécessite aucun préavis ; le dirigeant n'a ainsi aucune garantie d'être prévenu de sa révocation à intervenir. Cette précision sous entendue dans la notion même de révocation *ad nutum* est rappelée à l'article 522 de l'AUSC concernant la révocation des membres du conseil d'administration, de l'administrateur général ou de son adjoint par l'assemblée générale des actionnaires¹⁴⁷⁸. Il s'agit là de la consécration de la théorie des incidents de séance selon laquelle les actionnaires peuvent décider "à chaud", au cours d'une assemblée générale, de révoquer un administrateur quand bien même cette mesure n'aurait pas été inscrite à l'ordre du jour. La révocation interviendra alors, dans la plupart des cas, comme la conséquence logique des sujets régulièrement soumis à l'assemblée générale¹⁴⁷⁹.

630. On voit bien que ces deux caractéristiques traduisent clairement l'idée de la liberté entourant la révocation du dirigeant social en même temps qu'elles illustrent suffisamment la

¹⁴⁷⁵ M.-H. De LAENDER « La révocation des dirigeants sociaux » : *Dr. sociétés* 2000, n° 5, chron. 9, n° 5.

¹⁴⁷⁶ Selon la doctrine, une rigoureuse tétralogie bien connue constitue la substance et la révocation *ad nutum*. T. RAVEL D'ESCLAPON, « Société anonyme : révocabilité *ad nutum* et pacte d'actionnaires », in *BJS*, n° 9, 1^{er} sept. 2017, p. 532, n° 1.

¹⁴⁷⁷ C. CHAMPAUD, « Révocabilité *ad nutum* des dirigeants sociaux. Sens et portée du principe. Principe supérieur du respect des "droits de la défense" » : *RTD com.* 1999, p. 429, note sous CA Paris, 5^e ch. B., 28 janv. 1999, Sté Opero RLC et B. Roux c/ C. Lambert. Voir aussi A. DIONE, « La révocation des dirigeants des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée à la lumière de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et de groupement d'intérêt économique », in *Rev. EDJA*, n° 54, juil-août-sept 2002, p. 55. Selon cette dernière auteur ; à travers le principe de la révocation *ad nutum*, la loi reconnaît aux associés ou aux organes compétents le droit de mettre fin aux fonctions des dirigeants quand ils le souhaitent ou le veulent, « sans s'embarasser de motifs, ni de préavis, encore moins d'indemnités ».

¹⁴⁷⁸ Il ressort de cette disposition que par dérogation à la règle qui voudrait que l'assemblée des actionnaires ne délibère que sur des questions inscrites à l'ordre du jour de sa réunion, cette assemblée peut « en toute circonstance, révoquer un ou plusieurs membres du conseil d'administration ou, le cas échéant, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint et procéder à leur remplacement ».

¹⁴⁷⁹ K. ADOM, « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales » : *Rev. sociétés* 1998, p. 488, n° 10. Pour une application de cette théorie par les juges de l'espace Ohada, voir CA Abidjan arrêt n° 1176 du 24 août 2001 ou encore le Jugement n° 327 du 19 février 2003 rendu par le tribunal régional hors classe de Dakar ; aff. Pèdre DIOP C/ Oumar SECK et BAG Sarl, disponible sur www.ohada.com, réf. Ohadata J-03-180. A l'occasion de ces décisions, il a été jugé qu'il n'était pas utile de fixer dans l'ordre du jour, le point sur la révocation du dirigeant ; « ce dernier point pouvant être discutée dans les questions diverses ».

situation extrêmement précaire dans laquelle se trouve le dirigeant révocable *ad nutum*. Il résulte de cette précarité qu'un dirigeant révocable *ad nutum* ne pourra réclamer quelque indemnité que ce soit en se fondant sur le retrait sans préavis et non motivé de sa qualité de dirigeant. Il ne pourrait en être différemment que lorsque la révocation résulte d'un abus de droit¹⁴⁸⁰ ou que le dirigeant révoqué apporte la preuve que l'organe chargé de prendre cette décision a manqué, à son égard, au respect du principe du contradictoire et des droits de la défense¹⁴⁸¹, aux quels cas, la jurisprudence lui permet d'« invoquer l'article 1382 du code civil pour demander réparation »¹⁴⁸². En dépit de ces deux hypothèses dans lesquelles le dirigeant pourra se voir indemniser, il convient alors de retenir qu'en droit Ohada comme en droit français des sociétés, il existe « une stricte corrélation entre la révocation *ad nutum* et la prohibition des conventions prévoyant une indemnisation des dirigeants »¹⁴⁸³. Ainsi exposé, ce principe d'ordre public de la révocation *ad nutum* est d'une grande rigueur dans ses conséquences en ce qu'il interdit toute manifestation volontaire qui le contrarierait. Selon la doctrine, « dès lors qu'une clause déroge à l'un des éléments composant ce principe, en prévoyant, soit l'attribution d'une indemnité, soit celle d'un délai de préavis ou en subordonnant la révocation à des justes motifs, elle est en général annulée par la jurisprudence »¹⁴⁸⁴.

631. La sévérité de la révocation *ad nutum* a fréquemment été justifiée en droit français et en droit Ohada par la théorie du mandat¹⁴⁸⁵ qui voudrait que le mandant puisse à tout moment

¹⁴⁸⁰ Cass. com. 6 mai 1974, *Rev. sociétés* 1974, p. 524, note P. MERLE ; JCP, 1974.II.17859, note J.-J. BURST ; Cass. com. 21 juill. 1975, D. 1976, p. 207, note P.-G. GOURLAY ; Cass. com. 9 oct. 1990, Autoliv Klippan c/ Pesnelle, *BJS*, 1990.334.1035, note P. LE CANNU. Dans la même affaire : Cass. com. 26 avr. 1994, Pesnelle c/ Autoliv Klippan, *BJS*, 1994.221.831, note P. LE CANNU ; *RF compt.*, sept. 1994, p. 38, note P. REIGNE ; *Rev. sociétés* 1994.725, note D. COHEN ; *Defrénois* 1994, art. 35881, n° 4, p. 1029, obs. J. HONORAT ; *JCP, éd. E*, 1994.I.392, n° 8, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *JCP, éd. G*, 1995.II.22369, note D. GIBIRILA. Voir également, Cass. com. 3 janv. 1996 : D. 1996, IR 43 ; *BJS* 1996.133, p. 388, note B. SAINTOURENS ; *JCP, éd. G*, 1996.II.22658, note D. GIBIRILA ; *RTD com.* 1996, p. 485 s., obs. B. PETIT et Y. REINHARD.

¹⁴⁸¹ La jurisprudence ouvre droit à indemnisation au dirigeant révoqué *ad nutum* lorsque la décision a été prise sans respecter les droits de la défense et le principe du contradictoire. Voir Cass.com. 26 avr. 1994, *Rev. sociétés* 1994, p. 725, note D. COHEN ; *RTD com.* 1994, p. 736 ; 3 janv. 1996, *BJS*, 1996, p. 388, note B. SAINTOURENS ; *JCP*, 1997.II. 22658 ; 26 nov. 1996, *JCP E*, 1997. II. n° 918 ; 24 fév. 1998, *BJS*, 1998, p. 527. Sur cette extension, voir P. LE CANNU, « Le principe de la contradiction et la protection des dirigeants » : *Bull.Joly*, 1996, p. 11 ; K. ADOM, op.cit., n° 7 et s ; B. DAILLE-DUCLOS, « L'application extensive du principe du contradictoire en droit des affaires », in *JCP E.*, 2000, p. 1990 ; M. AZAVANT, « La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial » : *Rev. sociétés* 2001, p. 442.

¹⁴⁸² D. POHE TOKPA, « Société anonyme avec conseil d'administration », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1876, n° 143.

¹⁴⁸³ M.-C. SORDINO, « Aménagement conventionnels et révocation *ad nutum* des dirigeants de société anonyme », in *Mélanges Christian MOULY*, Litec, t.2, 1998, p. 248.

¹⁴⁸⁴ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 106, n° 227.

¹⁴⁸⁵ C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, t. II, 5e éd., 1925, Sirey, p. 170, n° 839.

Pour le droit Ohada, voir B. MEUKE, « Brèves réflexions sur la révocation des dirigeants sociaux dans l'espace Ohada », in *Revue juridique tchadienne*, n° 12, p. 1, disponible sur www.ohada.com, réf. Ohadata D-05-51 ; R.

mettre fin au mandat¹⁴⁸⁶. On peut toutefois s'étonner qu'en dépit de l'influence de la théorie de l'institution, qui voudrait que les dirigeants ne soient pas considérés comme des mandataires sociaux, la règle de la libre révocabilité soit maintenue et particulièrement réaffirmée dans la loi française de juillet 1966 relativement à la société anonyme. Certains ont alors proposé que la révocation *ad nutum* soit analysée comme « *une séquelle de l'analyse contractuelle de la situation de l'administrateur, mandataire révocable* »¹⁴⁸⁷. Comme on pouvait s'y attendre, le fondement a évolué et les analyses dérivant du mandat semblent ne plus avoir la même pertinence avec le temps¹⁴⁸⁸. En effet, d'autres hypothèses ont été échafaudées pour justifier la règle de la révocation *ad nutum*. C'est ainsi que l'intérêt social¹⁴⁸⁹ a été avancé comme étant le fondement de la libre révocabilité des dirigeants de la société anonyme ou encore, que l'instabilité des fonctions dans la société anonyme a été présentée comme la contrepartie des pouvoirs accrus que la loi accorde aux dirigeants¹⁴⁹⁰. Quoiqu'il en soit, « *ce mode de révocation comporte une rigidité et un anachronisme de plus en plus dénoncés, malgré la solidité apparente des arguments en sa faveur* »¹⁴⁹¹. C'est peut-être la raison pour laquelle le législateur Ohada a opté pour une réduction du domaine de la révocation *ad nutum* dans les sociétés anonymes de droit Ohada lors de la réforme de l'AUSC en 2017.

B- Le domaine de la règle

632. Le régime de la révocation *ad nutum* a été réformé dans les sociétés anonymes de droit Ohada au bénéfice de certains dirigeants¹⁴⁹². Alors que dans l'AUSC de 1997, tous les dirigeants de la société anonyme, qu'elle soit avec conseil d'administration ou non, étaient révocables *ad nutum*, certains d'entre eux bénéficient désormais, et ce malgré qu'ils demeurent révocables à tout moment, de la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts si leur révocation « *est décidée sans juste motif* ». C'est du moins ce qui ressort de la nouvelle rédaction des

NEVRY, « La révocation des dirigeants des sociétés commerciales : droit Ohada, droit français » : *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. 84, 2007, pp. 105-140.

¹⁴⁸⁶ Voir notamment P. MERLE, « La révocation des mandataires sociaux » : *RJ com.* 2017, n° 1, p. 3. Pour l'auteur, « *Ce principe est la manifestation de l'idée que l'on se faisait du mandat au début du XIXe siècle, essentiellement un service d'ami. Le contrat est considéré comme étant de bienfaisance, c'est pourquoi l'article 1986 du code civil, non modifié depuis 1804, le présume gratuit. Il n'est donc pas surprenant qu'il soit révocable à tout moment. C'est pourquoi il n'y a pas de faute à révoquer et pas de responsabilité du mandant* ».

¹⁴⁸⁷ P. MERLE, *Les sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 4^{ème} éd., 1994, n° 386, p. 359.

¹⁴⁸⁸ T. RAVEL D'ESCLAPON, « Société anonyme : révocabilité *ad nutum* et pacte d'actionnaires », in *BJS*, n° 9, 1^{er} sept. 2017, p. 532, n° 1.

¹⁴⁸⁹ J. SCHAPIRA, « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme » : *RTD com.* 1971, 957 ; D. SCHMIDT, « De l'intérêt social », in *Revue de droit bancaire et Bourse*, 1995, p. 136.

¹⁴⁹⁰ H.-M. SYNDET, note sous CA Rennes, 2^e ch. civ., 25 févr. 1972, *JCP* 1972.II.17220.

¹⁴⁹¹ K. ADOM, « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales » : *Rev. sociétés* 1998, p. 488, n°1.

¹⁴⁹² L.-D. MUKA TSHIBENDE, « Mise en perspective de la réforme (du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'Ohada) » : *Journal des sociétés*, n° 120, juin 2014, p. 11.

articles 475, 492, 509 et 515 de l'AUSC à propos respectivement de la révocation du directeur général adjoint, du directeur général, de l'administrateur général et de l'administrateur général adjoint. A première vue, les termes de la reformulation desdites dispositions font douter du système de révocation de ces dirigeants sociaux. En effet, en même temps que le législateur consacre la possibilité de leur révocation *ad nutum*, il dispose que, dans l'hypothèse où leur révocation ne serait pas fondée sur un juste motif, les dirigeants en cause pourraient utilement réclamer des dédommagements.

633. Contrairement à ce que semblent insinuer certains commentaires de l'AUSC¹⁴⁹³, le système de révocation ainsi proposé aux articles sus-visés paraît en réalité se distinguer de la révocation *ad nutum* qui était applicable à certains dirigeants de la société anonyme jusqu'en 2014¹⁴⁹⁴. En substance, le législateur semble les avoir sortis du domaine de la libre révocation pour les soumettre à un système de révocation pour juste motif. Un auteur parle à juste titre d'« *un rétrécissement de la catégorie de dirigeants révocable ad nutum* »¹⁴⁹⁵. Cette analyse est convaincante.

634. D'abord, seule la révocation pour juste motif donne lieu, dans son principe, à des dommages et intérêts. Selon la doctrine, « *c'est la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts qui fait toute la différence avec le procédé de la libre révocabilité, puisqu'en absence de justes motifs, le dirigeant évincé a droit à être indemnisé* »¹⁴⁹⁶. Mieux, les dispositions prévoyant la possibilité de dommages et intérêts au profit de certains dirigeants de la société anonyme autrefois révocables *ad nutum* sont une reprise textuelle de l'alinéa qui caractérise la révocation pour juste motif aux articles 281 et 326 de l'AUSC applicables respectivement aux gérants de la SNC et de la SARL¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹³ Cf. B. MERCADAL (dir.), *Code Pratique OHADA. Traité, Actes uniformes et Règlements annotés*, éd. Francis LEFEBVRE, 2014, commentaires sous art. 509 AUSC, p. 1201 et sous art. 515 AUSC.

¹⁴⁹⁴ Il s'agit notamment des dirigeants de sociétés anonymes Ohada autres que les administrateurs, le président directeur général et le président du conseil d'administration

¹⁴⁹⁵ P. S. BADJI, « L'évolution des règles du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales », in *BDE*, 2017/1, p. 11, disponible sur <http://www.droit-economique.org/wp-content/uploads/2017/12/Badji-1-1.pdf>

¹⁴⁹⁶ B. MEUKE, « Brèves réflexions sur la révocation des dirigeants sociaux dans l'espace Ohada », in *Revue juridique tchadienne*, n° 12, p. 1, disponible sur www.ohada.com, réf. Ohadata D-05-51.

Comparant la révocation pour juste motif et la révocation *ad nutum*, un auteur écrit que « *Les deux révocations partagent certaines de leurs conditions : elles peuvent être décidées sans préavis, à tout moment et sans indemnité. En revanche, la première doit reposer sur un juste motif dont l'absence peut être sanctionnée par des dommages-intérêts alors que la seconde n'a pas besoin d'être motivée* » : cf. V. THOMAS, « L'aménagement contractuel de la révocation du dirigeant » : *Rev. sociétés* juin 2014, p. 390, note sous Cass. Com., 26 nov. 2013, n° 12-25-004.

¹⁴⁹⁷ L'alinéa dont il s'agit et qui caractérise selon nous le système de la révocation pour juste motif dans la société en nom collectif et la SARL et que le législateur a repris "mot pour mot" dans le régime de révocation de certains

635. Ensuite, il n'est pas envisageable d'analyser les dommages et intérêts prévus aux articles 475, 492, 509 et 515 de l'AUSC comme l'indemnisation due en cas de révocation abusive d'un dirigeant de société anonyme. Un tel rapprochement qui tendrait à soutenir que lesdites dispositions continuent d'organiser une révocation *ad nutum* nous paraît mal fondé. Enfin, la dernière raison qui nous donne à croire que les dispositions en cause consacrent désormais la révocation pour juste motif dans la société anonyme de droit Ohada est d'origine doctrinale. En effet, alors que sous le régime de l'AUSC de 1997 les dispositions analysées ici se contentaient de disposer que les dirigeants étaient tous révocables à tout moment, sans qu'aucune allusion ne soit faite à quelque motif ou même indemnisation, certains auteurs se demandaient déjà si les articles 475 et 492 n'organisaient pas plutôt une révocation pour juste motif. Ainsi que l'avait justement écrit un auteur à propos de l'AUSC de 1997, « *malgré l'emploi de la formule 'à tout moment' (...) il ne s'agit pas d'une révocabilité ad nutum* »¹⁴⁹⁸.

636. Si au vu des raisons évoquées ci-dessus, il n'y a pas de doute que le législateur a choisi d'organiser un traitement de faveur au profit de certains dirigeants de la société anonyme, la vraie question que pose cette réforme semble être toute autre. Il serait à ce titre intéressant de rechercher les motivations qui justifient cette option législative. Tel que certains se le sont demandés en droit français, cette différence de traitement ne démontre-t-elle pas en réalité que le maintien du principe de la révocabilité *ad nutum* ne trouve plus aujourd'hui de fondement valable et solide ?¹⁴⁹⁹. Une telle interrogation s'avère pertinente quand on sait notamment que la règle de la révocation *ad nutum* est critiquée depuis fort longtemps. Pour beaucoup d'auteurs, « *il aurait fallu écarter ce droit de révocation ad nutum* »¹⁵⁰⁰ qui « *semble être le fruit d'un malentendu fossilisé dans notre droit des sociétés* »¹⁵⁰¹. Dès lors, ne serait-on pas tenté de voir dans cette restriction du champ d'application personnel de la révocation *ad nutum*¹⁵⁰², la manifestation d'un recul certain de cette règle d'ordre public dans les sociétés anonymes?

dirigeants de la SA est celui qui dispose que « *Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à dommages et intérêts* ».

¹⁴⁹⁸ D. POHE TOKPA, « Société anonyme avec conseil d'administration », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1877, n° 151 et 172.

¹⁴⁹⁹ En ce sens, voir K. ADOM, « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales » : *Rev. sociétés* 1998, p. 488, n°2, Dans le même sens, l'auteur fait référence à R. BAILLOD, « Le "juste motif" de révocation des dirigeants sociaux » : *RTD com.* 1983, p. 395, n° 37.

¹⁵⁰⁰ M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, t. 2, 21^e éd., 2014, LGDJ, n° 2240, p. 507.

¹⁵⁰¹ F.-X. LUCAS, « L'avenir de la révocabilité *ad nutum* des dirigeants sociaux » : *Dr. sociétés* 2001, p. 3 ; v. égal. K. ADOM, « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales » : *Rev. sociétés* 1998, p. 488, n° 3 et 4.

¹⁵⁰² A ce propos, le cas de l'article 492 de l'AUSC est illustratif. En effet, sous le régime de l'AUSC de 1997, la Cour suprême de Côte d'Ivoire a rappelé le caractère *ad nutum* de la révocation du directeur général (Arrêt n° 404/04 du 11 juillet 2004 : *Actualités juridiques*, n° 47/2005, p. 87, Ohadata J-05-344, note de KASSIA BI Oula) mais avec l'AUSC de 2014, l'article 492 devient plus protecteur du directeur général en soumettant désormais sa révocation à une juste motivation.

637. Quoi qu'il en soit, la portée du caractère d'ordre public de la révocabilité *ad nutum* s'est trouvée quelque peu altérée au regard de l'évolution contemporaine de la réglementation des sociétés anonymes. « *Le principe de la révocation ad nutum est-il encore pertinent ?* » a-t-on pu s'interroger¹⁵⁰³ à la suite des vives critiques dont il a fait l'objet¹⁵⁰⁴. En tout état de cause, « *le fossile a subi des outrages* »¹⁵⁰⁵ et la condition du dirigeant de société anonyme s'est améliorée même si certains décèlent encore dans la jurisprudence « *un rayonnement de la règle de la révocabilité ad nutum* »¹⁵⁰⁶. En réalité, nous enseigne le Professeur Yves GUYON, la jurisprudence « *est finalement plus favorable aux dirigeants qu'il ne paraît au premier abord* »¹⁵⁰⁷. Pour cause, chaque acteur du droit des sociétés a, au fil des années, apporté du sien pour que la fonction de dirigeant de société anonyme puisse être protégée de la précarité générée par la révocation *ad nutum*. On a ainsi fait observer que le souci d'« *une protection minimale des droits fondamentaux de la personne du dirigeant* » amène la jurisprudence à tempérer le principe de la révocabilité *ad nutum*¹⁵⁰⁸ et conduit à « *vide[r] peu à peu le principe de la révocation ad nutum de son sens premier* »¹⁵⁰⁹. En témoignent un certain nombre de décisions de justice qui renseignent sur le recul de l'hostilité des juges quant aux aménagements conventionnels visant à protéger les dirigeants révocables *ad nutum* des conséquences néfastes de ce système.

§2- L'assouplissement de la règle de la révocation *ad nutum*

638. Ayant constaté que « *la jurisprudence française elle-même ne se montre pas totalement insensible au sort funeste des dirigeants révoqués* »¹⁵¹⁰ occasionnant ainsi un « *effritement de*

¹⁵⁰³ P.-Y. GAUTIER, « Le principe de la révocation *ad nutum* est-il encore pertinent ? » : *RTD civ* 2010, p. 345 et s.

¹⁵⁰⁴ Selon la doctrine, « *la critique s'est accentuée en période de crise où il est difficile d'admettre qu'un dirigeant puisse être renvoyé sans aucun préavis, sans aucune indemnité, sans justification, sur un simple signe de tête* » : P. MERLE, « La révocation des mandataires sociaux » : *RJ com.* 2017, n° 1, p. 3.

¹⁵⁰⁵ F.-X. LUCAS, « L'avenir de la révocabilité *ad nutum* des dirigeants sociaux » : *Dr. sociétés* 2001, p. 3.

¹⁵⁰⁶ T. RAVEL D'ESCLAPON, « Société anonyme : révocabilité *ad nutum* et pacte d'actionnaires » : *BJS* 2017, p. 532, n°5 et s.

¹⁵⁰⁷ Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1999, p. 402, spéc. n° 275.

¹⁵⁰⁸ S. FREMEAUX, « L'avenir du régime de révocation des dirigeants sociaux » : *Petites aff.* n° 253, 20 déc. 2000, p. 6, n° 4 et 5. L'auteur évoque le cas où les juges accordent une indemnité au dirigeant révocable *ad nutum* qui n'a pas été informé des raisons de son éviction afin de préparer sa défense pour la présenter devant l'organe compétent ou encore l'hypothèse du dirigeant dont la révocation est intervenue dans des circonstances portant atteinte aux droits de la personne.

¹⁵⁰⁹ M.-H. De LAENDER « La révocation des dirigeants sociaux » : *Dr. sociétés* 2000, n° 5 chron. 9, n° 10.

¹⁵¹⁰ D. DANET, « Dirigeants sociaux. Révocabilité « *ad nutum* », clause limitative, nullité » : *RTD com.* 1993, p. 521. D'abord, bien que la révocation *ad nutum* puisse intervenir à tout moment, sans préavis et sans motifs, la jurisprudence impose aux organes pouvant prendre une telle décision le respect du principe du contradictoire (Voir supra n° 628). En outre, le respect du principe du contradictoire emporte obligation pour l'organe compétent de préciser à l'avance les motifs de la révocation. C'est conférer au dirigeant le droit d'être informé du motif pour lequel sa révocation est envisagée afin qu'il puisse préparer et présenter sa défense. Il a ainsi été écrit que « *la*

la révocation *ad nutum* »¹⁵¹¹, les praticiens ont sans cesse recherché davantage de protection et une plus grande stabilité de la fonction de dirigeant social. D'après un auteur, ces derniers ont mis en place des « *solutions palliatives destinées à lui assurer une certaine sécurité et lui éviter les conséquences parfois dramatiques qu'engendre la suppression de ses attributions* »¹⁵¹². Concrètement, en se fondant sur une doctrine favorable à cette cause¹⁵¹³, ils ont imaginé des mécanismes contractuels protecteurs de la condition des dirigeants librement révocables. L'espoir de ces derniers s'est notamment fondé sur le terrain des stipulations conventionnelles qui organisent leur indemnisation en cas de révocation. Ainsi, avec la technique des parachutes dorés, l'absence d'indemnisation du dirigeant révoqué que suppose la révocation *ad nutum* se trouve remise en cause. Au-delà de cette garantie financière admise en jurisprudence sous certaines conditions, la possibilité pour le dirigeant de cumuler un contrat de travail effectif avec son mandat social le protège aussi des effets radicaux d'une révocation *ad nutum*¹⁵¹⁴. Ainsi, il est devenu possible d'éviter les effets indésirables de ce système de révocation grâce, notamment aux conventions prévoyant une indemnité conventionnelle de départ (A) ou au cumul d'un contrat de travail avec le mandat social (B).

A- La validité des indemnités conventionnelles de départ

639. Contrairement au sens originaire de la révocation *ad nutum*, la possibilité pour le dirigeant révoqué de se voir indemniser a été avant tout rendue possible par la jurisprudence. Cette dernière s'oppose en effet à toute révocation abusive en imposant une obligation de

concrétisation du respect du principe de la contradiction introduit inévitablement la prise en compte des motifs de la révocation puisque le dirigeant doit être en mesure de se défendre » : cf. B. SAINTOURENS, note sous Cass.com. 3 janv. 1996, *BJS*, 1996, p. 388. Adde A. AKAM AKAM, « La cessation des fonctions des dirigeants de sociétés commerciales en droit Ohada », publié en mars 2009, disponible sur <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/>, n° 24.

¹⁵¹¹ P. MERLE, « La révocation des mandataires sociaux » : *RJ com.* 2017 n° 1, p. 2 et s. Parlant du principe de la révocation *ad nutum* tel qu'il ressortait de la loi de 1966, l'auteur affirme que cet ordonnancement a « été peu à peu bouleversé par la jurisprudence à tel point qu'on assiste, d'une part, à un éffritement de la révocabilité *ad nutum* (...) ».

¹⁵¹² L. REINER-SACAU, « Les protections des dirigeants d'entreprise » : *Rev. Dr. et patr.* 1995, p. 23.

¹⁵¹³ Comme évoqué plus haut, une bonne partie de la doctrine démontre l'opportunité des conventions aménageant la révocation des dirigeants de société anonyme non seulement en raison de leur utilité pratique mais aussi pour leur intérêt pour la société. Pour une position favorable à de telles conventions. Cf. Ph. MARINI, *La modernisation du droit des sociétés*, Collection des rapports officiels, La documentation française, 1996, p. 36 et 37 ; M.-C. SORDINO, « Aménagement conventionnels et révocation *ad nutum* des dirigeants de société anonyme », in *Mélanges Christian MOULY*, Litec, t.2, 1998, p. 245.

J.- J. CAUSSAIN, « La précarité de la fonction de mandataire social (Révocation et modes de protection) », in *BJS*, 1993, n°151, p. 523.

¹⁵¹⁴ On peut aussi évoquer au nombre des mécanismes contractuels mis en place par les praticiens, la transaction. Selon la doctrine, « *Il n'est pas rare, en particulier dans les sociétés médiatiquement exposées, que la révocation d'un dirigeant fasse l'objet d'une transaction* » : cf. P. MERLE, « La révocation des mandataires sociaux » : *RJ com.* 2017 n° 1, p. 6.

loyauté dans l'exercice du droit de révocation¹⁵¹⁵. Ainsi, quoiqu'*ad nutum*, si la révocation procède d'un abus de droit, des dommages-intérêts sont alloués en réparation du dommage subi par le dirigeant révoqué¹⁵¹⁶. C'est là, une application des règles de la responsabilité civile pour faute qui manifeste la sensibilité des juges à la situation du dirigeant révocable *ad nutum* dans les sociétés anonymes. Dès lors, il a été soutenu qu'en raisonnant *a fortiori* de la jurisprudence ainsi développée relativement aux révocations *ad nutum*, on peut conclure que la mise en place d'indemnités conventionnelles de départ « *ne froisse pas directement les dispositions impératives de la loi* »¹⁵¹⁷. Ainsi, va se poser aux juges, la problématique de la validité des « *golden parachute* » ou parachutes dorés.

640. Alors que l'AUSC de 1997 semblait ne pas admettre cette technique pourtant déjà reconnue en droit français, un auteur africain écrivait pourtant qu'« *on peut aisément penser que le juge africain s'inscrira dans la même logique (...) surtout que l'objectif affiché de l'Acte uniforme est de stabiliser et sécuriser les rapports de droit entre les différents acteurs sociaux* »¹⁵¹⁸. Si une telle attente apparaissait comme un vœu pieux au regard de l'importance de l'ordre public sociétaire dans l'AUSC de 1997, elle semble trouver un terrain favorable à sa réalisation avec l'AUSC de 2014. En réalité, les conventions d'indemnisation conclues au profit des dirigeants par le biais des parachutes dorés correspondent « *davantage au mouvement actuel de contractualisation du droit des sociétés* »¹⁵¹⁹ et participent, nous semble-t-il, à « *la conduite des affaires de la société* » telle que prévue à l'article 2-1 de l'AUSC. D'ailleurs, l'idée des parachutes dorés ne semble pas totalement étrangère à l'AUSC. Son article 831-3 évoque relativement aux sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne, la possibilité d'engagements de toutes natures pris par la société au bénéfice de ses mandataires sociaux correspondant à des indemnités dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation de ses

¹⁵¹⁵ Voir Ph. REIGNE, « Révocabilité *ad nutum* des mandataires sociaux et faute de la société » : *Rev. sociétés* 1991, p. 499 et s.

¹⁵¹⁶ V. notamment Cass Com., 19 octobre 1981, *Rev. sociétés* 1982, p. 821, note J.-L. SIBON, Cass. com., 21 juin 1988, *Bull. civ.* IV, n° 147 ; CA Versailles, 12e ch. 2e sect., 4 octobre 2001, 98/05192, BJS, n° 12, 2001, p. 1282, obs. P. LE CANNU.

Il a en effet été jugé que, sous peine d'abus de droit, la révocation *ad nutum* ne doit pas intervenir dans des circonstances de nature à porter une atteinte injustifiée à l'honneur de l'administrateur révoqué. De plus, l'administrateur qui ne bénéficie pas d'un droit à la contradiction avant d'être révoqué est considéré comme l'avoir été abusivement et peut demander la réparation du dommage subi du fait du caractère brusque ou vexatoire de sa révocation.

¹⁵¹⁷ O. LAOUENAN, « Les *golden parachutes* dans les sociétés anonymes » : *Petites aff.* du 28 juil., 2004, n° 150, p. 12 et s., spéc. n° 9.

¹⁵¹⁸ B. MEUKE, « Brèves réflexions sur la révocation des dirigeants sociaux dans l'espace Ohada », in *Revue juridique tchadienne*, n° 12, p. 1, disponible sur www.ohada.com, Réf. Ohadata D-05-51.

¹⁵¹⁹ M.-H. De LAENDER « La révocation des dirigeants sociaux » : *Dr. sociétés* 2000, n°5, chron. 9, n° 3.

fonctions ou postérieurement à celle-ci. Ce qui correspond, selon un auteur, à la reconnaissance par le législateur des parachutes dorés et autres pensions de retraite¹⁵²⁰.

641. Analysés dans la doctrine¹⁵²¹ comme une « *curiosité du droit anglo-saxon [qui] s'acclimate peu à peu aux rivages conservateurs et impératifs* » du droit français des sociétés, les parachutes dorés sont des conventions extrastatutaires qui permettent aux dirigeants de société anonymes d'obtenir, en cas d'éviction, diverses indemnités. Leur technique révèle, non seulement, le caractère simplement apparent de l'incompatibilité longtemps prônée entre le principe de la libre révocabilité et la liberté contractuelle et traduit par conséquent, une compatibilité bien réelle entre ces dernières¹⁵²². Confrontée à la difficulté de donner une définition générique à la notion, la doctrine propose toutefois d'appréhender le parachute doré comme qualifiant une « *indemnité conventionnelle d'éviction –ou de départ– consentie à un dirigeant, social (...), qui autrement n'aurait pas légalement droit à cette compensation spécifique, versée au titre de la cessation de ses fonctions et dans l'objectif d'aménager les conséquences financières de ce départ* »¹⁵²³. En pratique, les parachutes dorés prennent souvent la forme de clauses négociées dans le but d'offrir des perspectives financières intéressantes aux dirigeants bénéficiaires au cas où ces derniers se trouveraient révoqués. C'est pour cette raison que la jurisprudence et une partie de la doctrine¹⁵²⁴ leur ont longtemps été hostiles en opposant comme obstacle absolu à leur validité, le principe de la libre révocabilité. Mais cette position n'a visiblement pas résisté longtemps au besoin d'assouplissement de cette règle instamment exprimé en pratique. Ainsi, admettra-t-on qu'il convient de relativiser la portée de ce principe quant à la validité des conventions d'indemnisation¹⁵²⁵. Dès lors, la tendance est désormais qu'«

¹⁵²⁰ Voir essentiellement P. S. BADJI, « Les orientations du législateur Ohada dans l'AUSCGIE révisé » : *Rev. ERSUMA*, n° 6, nouvelle éd., jan. 2016, p. 19, n° 29 : « *En acceptant le versement d'une prime d'arrivée ou d'un parachute doré, la société cherche quelques fois et respectivement à attirer les dirigeants compétents, à les motiver et à pallier les inconvénients de la révocation ad nutum* ».

¹⁵²¹ O. LAOUENAN, « Les golden parachutes dans les sociétés anonymes » : *Petites aff.* du 28 juil., 2004, n° 150, p. 12 et s., n° 1.

¹⁵²² M.-C. SORDINO, « Aménagement conventionnels et révocation *ad nutum* des dirigeants de société anonyme », in *Mélanges Christian MOULY*, Litec, t.2, 1998, p. 246.

¹⁵²³ J. EL-AHDAB, « Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée » : *Rev. sociétés* 2004, p. 18, n° 3 bis. L'auteur précise néanmoins que « *Donner une définition précise et rigoureuse du parachute doré, terme métaphorique qui n'est nulle part consacré en droit, n'est pas chose aisée : la technique contractuelle est changeante, sa nature est difficile à appréhender, ses modalités peuvent varier et son régime juridique fluctue souvent* ».

¹⁵²⁴ Pour certains auteurs, « *ce genre de clause est bien sûr légalement impossible en France* » : G. BARSIS, F. LAROCHE-GISSEROT, « Offres publiques » : *JCl. Sociétés*, Fasc. 1725, n° 83.

Le professeur Yves GUYON fait noter quant à lui, la défaveur des tribunaux pour ces clauses : Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1999, n° 273.

¹⁵²⁵ « *Théoriquement, face à la liberté contractuelle de principe qui doit prévaloir en droit des sociétés, il n'est pas juridiquement fondé de poser un obstacle a priori, et encore moins absolu, à la validité de telles conventions* » : J. EL-AHDAB, « Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée » : *Rev. sociétés* 2004, p. 18, n° 17.

une convention réglant les conditions du départ d'un mandataire social n'est pas nulle par essence »¹⁵²⁶. Certains vont même plus loin en affirmant que « la prohibition des indemnités en cas de révocation n'est pas d'ordre public contrairement au principe de libre révocabilité »¹⁵²⁷. Dès lors, les juges ont dû poser les conditions à la validité de l'indemnité conventionnelle de départ aménagée dans le cadre d'un parachute doré.

642. En la matière, la jurisprudence constante considère qu'« une telle stipulation ne contreviendrait à l'ordre public que dans la stricte mesure où elle aurait pour objet ou pour effet de constituer une entrave à la libre révocation du dirigeant bénéficiaire »¹⁵²⁸. Ainsi, « par principe, celles-ci (les conventions d'indemnisation du dirigeant révoqué) ne sont pas nulles. Mais elles ne doivent pas être d'un montant tel que le versement de la somme dissuaderait l'exercice du droit de révocation »¹⁵²⁹. De fait, tant que le parachute doré ne vise pas, directement ou non, à faire obstacle à la révocation du dirigeant, il doit être jugé valable. C'est du moins ce qu'a semblé dire la chambre commerciale de la Cour de cassation française qui a décidé que n'est illicite, que « la convention qui a pour objet ou pour effet de restreindre ou d'entraver la révocation *ad nutum* du directeur général d'une société anonyme par les conséquences financières importantes qu'elle entraîne pour un tiers qui peut exercer une influence sensible sur la décision de révocation »¹⁵³⁰. En conséquence, il a été soutenu que le parachute doré est valablement convenu « dès lors que l'indemnité conventionnelle prévue ne constitue pas une charge excessive pour celui qui la verse, qu'il s'agisse de la société, d'un actionnaire ou même d'un tiers, de sorte qu'elle aurait une influence sur la décision de révoquer »¹⁵³¹.

¹⁵²⁶ Cass. com. 7 mars 1989, JCP E, II, 15517, n° 3, spéc. p. 374, chron. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN ; v. aussi, P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 748, qui affirment clairement que « ce n'est plus aujourd'hui une nullité per se » ; S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, LGDJ, 2002, p. 428, n° 865.

¹⁵²⁷ J. DELGA, « Révocation sans indemnités des PDG de SA en France : Mythe ou réalité ? », in *Dalloz Affaires*, 1996, p. 765.

¹⁵²⁸ O. LAOUENAN, « Les golden parachutes dans les sociétés anonymes » : *Petites aff.* 2004, n° 150, p. 12 et s., n° 5. Des décisions plus récentes ont rappelé cette position des juges. Voir en ce sens Cass. com., 14 mai 2013, n° 11-22845 : *Bull. civ.* IV, n° 80 ; *BJS*, oct. 2013, n° 110n7, p. 634, note A. GAUDEMET ; D. 2013, p. 2319, note B. DONDERO ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 157, obs. M. ROUSSILLE ; *Rev. sociétés* 2013, p. 566, note B. SAINTOURENS.

¹⁵²⁹ T. RAVEL D'ESCLAPON, « Société anonyme : révocabilité *ad nutum* et pacte d'actionnaires », in *BJS*, n° 9, 1^{er} sept. 2017, p. 532, n°6.

¹⁵³⁰ Voir Cass. com., 4 juin 1996 : *BJS* 1996, § 336, p. 930, note A. COURET ; *JCP E* 1996, II, 849, note Y. GUYON ; *Rev. Dr. et patr.* 1996, n° 1487, p. 86-87, obs. J.-P. BERTEL.

Pour Marie-Christine SORDINO, « *Cet arrêt de principe doit être interprété a contrario (...). Des brèches sont dès lors ouvertes à la liberté contractuelle* » : cf. M.-C. SORDINO, « Aménagement conventionnels et révocation *ad nutum* des dirigeants de société anonyme », in *Mélanges Christian MOULY*, Litec, t.2, 1998, p. 254.

¹⁵³¹ M.-H. De LAENDER « La révocation des dirigeants sociaux » : *Dr. sociétés*, 2000, n° 5, chron. 9, n° 12.

643. De cette manière, la doctrine identifie essentiellement deux éléments à prendre en compte dans l'appréciation de la validité des parachutes dorés¹⁵³². Dans une première hypothèse, si le débiteur de l'indemnité de départ est susceptible d'influencer de manière conséquente la décision de révocation du dirigeant, les conséquences financières de son obligation ne doivent pas être excessives. L'objectif ici est d'éviter que l'importance financière de l'indemnité ne dissuade le débiteur d'opter pour la révocation du dirigeant. Le débiteur visé ici est l'actionnaire majoritaire ou la société elle-même. La préoccupation sera alors de rechercher « *le niveau au-delà duquel les actionnaires peuvent hésiter devant la dépense que constitue la décision de révocation* »¹⁵³³.

644. Dans la seconde hypothèse où la personne qui s'est engagée à payer l'indemnité de départ n'est pas susceptible d'influencer la décision de révocation du dirigeant, il suffit que l'accord d'indemnisation soit librement convenu. Ici, l'importance de l'incidence financière de l'indemnité semble indifférente¹⁵³⁴ tant que le tiers n'est pas en mesure d'influencer ni directement, ni indirectement la décision de révocation du dirigeant. Ces conditions de validité ont été rappelées par la cour d'appel de Paris dans une décision en date du 31 mai 2002 affirmant que le versement d'une indemnité forfaitaire en cas de révocation n'est pas de nature à porter atteinte au principe de libre révocabilité dès lors que « *les conséquences financières de l'indemnité n'ont pas de caractère significatif sur les facultés contributives du débiteur pouvant influencer la décision de révocation* »¹⁵³⁵. En tant que tel, ce qui est prohibé n'est pas tant l'indemnité de départ dans son principe mais l'atteinte qu'elle est susceptible de porter en raison de son importance sur la mise en œuvre de la liberté de révoquer certains dirigeants. Il faut toutefois préciser que dans l'une ou l'autre des hypothèses sus évoquées, le juge doit par ailleurs

¹⁵³² « *Les deux éléments à prendre en compte sont d'une part la qualité de la personne qui s'engage et, d'autre part, les conséquences financières engendrées par l'engagement* » : cf. M.-C. SORDINO, « Aménagement conventionnels et révocation *ad nutum* des dirigeants de société anonyme », in *Mélanges Christian MOULY*, Litec, t.2, 1998, p. 256.

¹⁵³³ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2010, 21^{ème} éd., n° 541, p. 261.

¹⁵³⁴ C'est notamment le cas lorsque ces indemnisations conventionnelles prennent la forme d'une promesse de rachat d'actions par un tiers à la société en cas de cessation des fonctions du dirigeant. En ce sens, voir, Cass. com., 7 févr. 1989 : *Rev. sociétés* 1989, p. 643, note Y. CHARTIER ; Cass. com., 12 mars 1996 : *Bull. civ.* IV, n° 88 ; *Dr. sociétés*, mai 1993, n° 94, obs. Th. BONNEAU ; *BJS*, 1996, §176, p. 516, note N. ROMTCHEVSKY ; *Defrénois*, 1996, p. 1300, obs. J. HONORAT.

Mieux, ce type de promesses est jugé valable au regard de la prohibition des clauses léonines tel que le rappelle la Cour de cassation dans une décision du 19 octobre 1999 (Cass. com., 19 oct. 1999 : *JCP E* 1999, p. 2067, note Y. GUYON). Autant d'éléments qui vont dans le sens d'une admission large de ce type de conventions d'indemnisation

¹⁵³⁵ CA Paris, 31 mai 2002, *Juris-data* n° 2002-193398 ; voir également CA Paris, 26 septembre 1991, *Dr. des sociétés* 1992/3, n° 34.

veiller à ce que la mise en œuvre de l'indemnité conventionnelle de départ ne contrarie pas l'intérêt social. C'est du moins ce qui ressort de certaines décisions de justice¹⁵³⁶.

645. L'ensemble de ces critères de validité appelle une appréciation *in concreto* de la part du juge parce que chacun d'eux fait appel, tel que le dénoncent certains auteurs, à des notions qui ne se prêtent pas à une appréciation abstraite pertinente. Ainsi, la doctrine fait noter l'incertitude et l'aléa qui caractérisent l'appréciation des conditions de validité des parachutes dorés par le juge, qu'il s'agisse de l'évaluation des conséquences financières de l'indemnité de départ sur son débiteur¹⁵³⁷, de la détermination de la qualité de tiers ou non de ce dernier¹⁵³⁸ ou encore de l'intérêt social¹⁵³⁹. Quoiqu'il en soit, la question de la validité des parachutes dorés semble devoir se régler au cas par cas puisque chaque critère de validité appelle une appréciation selon l'espèce.

646. C'est sans doute ce que devront faire les juges de l'espace Ohada puisque dans la plupart des cas qui leur seront soumis, « *les solutions de la jurisprudence française seront sans doute, une source d'inspiration utile* »¹⁵⁴⁰. En effet, la propension du droit Ohada à s'adapter aux pratiques juridiques modernes, notamment celles qui participent de la simplification et de l'assouplissement du droit des sociétés, semble logiquement, voire presque inévitablement, favorable à une utilisation de la technique contractuelle des parachutes dorés par des praticiens qui auront été suffisamment et pendant longtemps éprouvés par une application trop rigoureuse du principe de la révocation *ad nutum*. Mais le recours aux indemnités conventionnelles n'est pas le seul moyen de se protéger des effets indésirables de la révocation *ad nutum*. La possibilité pour les dirigeants sociaux de cumuler avec leur mandat social, un contrat de travail l'illustre

¹⁵³⁶ Voir à cet effet Cass. com. 7 février 1989 : *JCP* 1989, IV, p. 175 ; *BJS* 1989, p. 334, § 113, note P. LE CANNU, CA Versailles 11 juillet 1991, *BJS* 1991, p. 1008, § 353, note P. LE CANNU ; CA Paris, 30 octobre 1976 : *Rev. sociétés* 1976, p. 695, note D. SCHMIDT.

¹⁵³⁷ Pour A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, le critère de l'effet dissuasif s'enveloppe d'incertitudes ; les données d'appréciation sont économiques et financières, mais elles sont nécessairement relatives et varient selon la taille de la société, l'importance de son résultat... Il serait peut-être opportun qu'un consensus se dégage de manière à limiter les incertitudes inhérentes à une telle appréciation : cf. Cass. com. 2 juin 1992, *JCP E* 1992, I, 215, n° 4, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

¹⁵³⁸ « Outre que la distinction entre partie et tiers est parfois fort ténue dans les groupes de sociétés, l'exercice de ce départ comporte des "difficultés d'application" encore plus "délicate[s]" en matière de parachutes dorés car le champ des tiers susceptibles d'intervenir et d'influer, d'une manière ou d'une autre, sur la révocation est immense (...). Et voilà les juges à nouveau confrontés à des appréciations fort malaisées sur le degré d'influence ou, ce qui revient au même, sur le caractère indirect de la participation ... ». Cf. J. EL-AHDAB, « Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée » : *Rev. sociétés* 2004, p. 18 et s., n°19. Voir égal. M.-C. SORDINO, « Aménagement conventionnels et révocation *ad nutum* des dirigeants de société anonyme », in *Mélanges Christian MOULY*, Litec, t.2, 1998, p. 257.

¹⁵³⁹ Sur l'aléa de ce critère, voir J. EL-AHDAB, « Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée » : *Rev. sociétés* 2004, p. 18 et s., n° 20.

¹⁵⁴⁰ D. POHE TOKPA, « Société anonyme avec conseil d'administration », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1876, n° 145.

en ce qu'elle leur aménage conventionnellement une certaine stabilité professionnelle en cas de révocation.

B- L'aménagement conventionnel de la stabilité professionnelle du dirigeant révoqué

647. La faculté de cumuler un contrat de travail avec le mandat social dans les sociétés anonymes s'est révélée être pour les dirigeants de cette forme social, un moyen de se protéger contre une éventuelle révocation *ad nutum* qui les laisserait sans aucune indemnité et sans aucune perspective professionnelle. A travers l'usage ingénieux que peuvent en faire les praticiens, « *le contrat de travail, devient ainsi par lui-même le filet de sécurité recherché notamment en cas de révocation* »¹⁵⁴¹.

648. La réglementation des sociétés anonymes permet en effet aux salariés de postuler au poste de dirigeant social mais aussi au dirigeant social de prétendre à un contrat de travail avec la société dont il exerce le mandat. Il ressort ainsi des dispositions de l'article 426 de l'AUSC que si les statuts l'autorisent, un salarié peut être nommé administrateur et qu'un administrateur peut conclure un contrat de travail à condition que ce contrat corresponde à un emploi effectif. De même, le président directeur général ou le président du conseil d'administration peut être lié à la société par un contrat de travail¹⁵⁴².

649. D'abord, quand les statuts permettent à un salarié exerçant un emploi effectif dans la société anonyme d'en devenir administrateur, ce dernier est censé cumuler mandat social et contrat de travail¹⁵⁴³. Ce qui lui permet avant tout de profiter de la réglementation du droit de travail en cours de mandat. En cas de révocation *ad nutum* de son poste d'administrateur, l'intéressé conserve son emploi dans la société. Mais, comme cela peut être envisagé, si la révocation s'accompagne d'un licenciement, l'administrateur bénéficiera de la protection inhérente à toute procédure de licenciement.

¹⁵⁴¹ J. EL-AHDAB, « Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée » : *Rev. sociétés* 2004, p. 18 et s., n° 27.

Voir aussi A. SAYAG, « Mandat social et contrat de travail : attraits, limites et fictions » : *Rev. sociétés* 1981, p. 1 s.

¹⁵⁴² Voir respectivement les articles 466 et 481 de l'AUSC.

¹⁵⁴³ En France, la chambre sociale de la Cour de cassation a quant à elle jugé que, « *sauf disposition contraire, le contrat de travail est suspendu pendant la durée du mandat social* ». Voir Cass. soc., 11 juin 1997, : *JCP E* 1998, p. 510, n° 8, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN cité par A. AKAM AKAM, « La cessation des fonctions des dirigeants de sociétés commerciales en droit Ohada », publié en mars 2009, disponible sur <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/>, n° 26.

650. Par ailleurs, la conclusion du contrat de travail peut être postérieure¹⁵⁴⁴ à l'acquisition de la qualité de dirigeant. Certes, la loi exige comme dans l'hypothèse précédente que le contrat de travail corresponde à un emploi effectif, mais elle impose tout particulièrement dans le cas présent que la conclusion du contrat de travail soit autorisée par le conseil d'administration conformément à la procédure des conventions réglementées¹⁵⁴⁵.

651. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence veille, en cas de cumul de mandat social et de contrat de travail, à ce que ce dernier corresponde à un travail effectif. Ce qui suppose d'une part que dans l'exécution de ses fonctions de salarié, le dirigeant doit se trouver dans un rapport de subordination hiérarchique à l'égard de l'autorité de la société employeuse. D'autre part, la jurisprudence constante entend par travail effectif du dirigeant salarié, l'exercice de fonctions nécessitant une technicité particulière¹⁵⁴⁶ qui distingue l'objet du contrat de travail des actes entrant dans l'exécution du mandat social¹⁵⁴⁷. En clair, pour être valablement conclu au profit d'un dirigeant social, le contrat de travail doit avoir pour objet, l'exercice de fonctions techniques autres que l'exercice du mandat social, qui suppose pour sa part, une autonomie incompatible avec l'état de subordination¹⁵⁴⁸.

652. Dès lors que dans les conditions sus rappelées, le dirigeant social cumule régulièrement le contrat de travail avec son mandat social, l'intervention de sa révocation *ad nutum* laisse survivre son contrat de travail, ce qui lui assure une certaine stabilité professionnelle. Il est vrai que, dans certaines hypothèses, il peut être prévu que la révocation du dirigeant social emportera rupture de son contrat de travail. Mais même dans ces cas, la pratique peut manifester sa sensibilité à la situation du dirigeant en lui aménageant conventionnellement une indemnité de

¹⁵⁴⁴ Ainsi que le précise l'alinéa 2 de l'article 426 de l'AUSC, « un administrateur peut conclure un contrat de travail avec la société si ce contrat correspond à un emploi effectif ». En droit français, contrairement à la position constante de la Cour de cassation qui considère qu'un administrateur en poste ne peut pas devenir salarié, une loi a, en 2012 (Loi n° 2012-387 du 23 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives), autorisé au sens du droit européen, les administrateurs de PME à devenir salarié de la société.

¹⁵⁴⁵ L'article 426 de l'AUSC dispose relativement au contrat de travail à conclure par un administrateur que « Dans ce cas, le contrat est soumis aux dispositions des articles 438 et suivants » de l'AUSC se rapportant en ce qui les concerne aux conventions réglementées. Cette dernière procédure est prévue par la loi pour s'appliquer en cas de signature d'un contrat de travail à une personne occupant déjà dans la société, le poste de président directeur général (art. 466 AUSC) ou de président du conseil d'administration (art. 481 AUSC). Voir par exemple M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2010, 21^{ème} éd., p. 256, n° 529 : « La conclusion du contrat, par hypothèse antérieure à la prise de fonctions, n'est pas soumise à la procédure des conventions réglementées ».

¹⁵⁴⁶ Cass. com., 7 juin 1988, n° 86-17.229 *Bull. Civ.*, IV, n° 191 ; Cass. soc., 5 juill. 1989 : *Rev. sociétés* 1989, p. 715, note Y. GUYON ; *BJS* 1990, p. 278, note P. LE CANNU ; *Petites Aff.* 19 janv. 1990, n° 9, p. 16, note D. GIBIRILA ; Cass. soc., 30 juin 1993 : *BRDA* 1993, n° 19, p. 10.

¹⁵⁴⁷ CCJA, 3^e Ch., n° 013/2012, 8/3/2012, Pourvoi n° 043/2009/PC du 24 avril 2009, Aff. Elton Oil Company C/ Papa Mactar Sarr.

¹⁵⁴⁸ Cf. V. THOMAS, « L'aménagement contractuel de la révocation du dirigeant » : *Rev. sociétés* juin 2014, p. 390, note sous Cass. Com., 26 novembre 2013, n° 12-25-004.

licenciement. Dans l'ensemble de ces cas, le contrat de travail place le dirigeant dans une perspective plus ou moins correctrice des effets induits par le système de la révocation *ad nutum* institué par le droit des sociétés en aménageant des garanties professionnelles au dirigeant révoqué¹⁵⁴⁹. Le cumul ainsi envisagé « présente l'atout majeur d'offrir au dirigeant-salarié la protection du droit du travail qui est sans commune mesure avec celle du droit des sociétés »¹⁵⁵⁰. En tant que telle, la doctrine Ohada n'exclut pas que puissent être imaginées des modalités de cumul du mandat social et du contrat de travail pour « atténuer le principe de la libre révocation »¹⁵⁵¹ et rendre le statut du dirigeant plus « attractif »¹⁵⁵².

653. Certains auteurs vont même plus loin et pensent que la législation pourrait – ou même devrait – davantage évoluer dans le sens de la protection du statut des dirigeants de société anonyme en faisant des modalités de la révocation de ceux-ci, un attribut exclusif de la volonté des actionnaires à exprimer librement dans les statuts¹⁵⁵³. Ainsi, GUYON s'interrogeait-il dans les termes suivants : « ne conviendrait-il pas de franchir une étape supplémentaire en décidant que, au moins dans les sociétés anonymes dont les titres ne sont pas négociés sur un marché réglementé, les conditions de la révocation des dirigeants sont fixées par les statuts ? »¹⁵⁵⁴. La meilleure solution consisterait selon un autre auteur « à supprimer la règle [de la révocation *ad nutum*] au bénéfice de la contractualisation du régime de la révocation des dirigeants sociaux (...), ceci permettrait une plus grande souplesse dans l'organisation de la société et favoriserait, à terme, une stabilité accrue des dirigeants sociaux ; à supposer que l'on maintienne la validité des diverses conventions relatives à la protection des dirigeants que l'on vient d'évoquer »¹⁵⁵⁵. L'opportunité d'une telle option législative se justifie par le fait que, soumise aux forces créatrices de la pratique contractuelle, « la jurisprudence semble opérer un rapprochement des régimes de la révocation pour juste motif et de la révocabilité *ad nutum* des

¹⁵⁴⁹ J.-C. GROSLIERE, « Les garanties professionnelles des dirigeants de sociétés commerciales » : *D.* 1963, chron. p. 184

¹⁵⁵⁰ M.-H. De LAENDER « La révocation des dirigeants sociaux » : *Dr. sociétés* 2000, n° 5, chron. 9, n° 14.

¹⁵⁵¹ B. MEUKE, « Brèves réflexions sur la révocation des dirigeants sociaux dans l'espace Ohada », in *Revue juridique tchadienne*, n° 12, p. 1, disponible sur www.ohada.com, Réf. Ohadata D-05-51.

¹⁵⁵² D. POHE TOKPA, « Société anonyme avec conseil d'administration », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1857, n° 19.

¹⁵⁵³ F.-X. LUCAS, « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 15e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 837.

¹⁵⁵⁴ Cass. com., 4 juin 1996, n° 94-15238 : *JCP E* 1996, II, 849, note Y. GUYON.

¹⁵⁵⁵ M.-H. De LAENDER « La révocation des dirigeants sociaux » : *Dr. sociétés* 2000, n° 5, chron. 9, n° 16. L'auteur écrit par ailleurs que : « Participant au mouvement de contractualisation du droit des sociétés, le recours à un système de révocation éminemment conventionnel, et comme tel, extrêmement souple, favoriserait une unification du régime de la révocation des dirigeants sociaux tout en assurant aux dirigeants un minimum de garanties aujourd'hui jugées essentielles ».

dirigeants sociaux »¹⁵⁵⁶. Au sein de la seule société anonyme, les frontières de ces deux régimes normalement distincts deviennent « *d'autant plus difficiles à cerner qu'elles tendent désormais à s'effacer* »¹⁵⁵⁷.

654. Cette tendance à la confusion des genres trouve notamment sa source principale dans la libéralisation croissante des règles relatives à la révocation des dirigeants sociaux¹⁵⁵⁸. C'est dire, une fois de plus, l'importance qu'a prise le contrat dans la vie des sociétés commerciales contemporaines et plus particulièrement l'utilité que peuvent revêtir les aménagements contractuels dans l'organisation et le fonctionnement des sociétés anonymes de l'Ohada. Dans un tel contexte et en conformité à notre objectif de départ, nous rechercherons à présent, si et dans quelle mesure, l'élément contractuel peut affecter l'organisation légale des pouvoirs dans une société anonyme non cotée.

¹⁵⁵⁶ Selon J. EL-AHDAB, l'extraordinaire contentieux relatif à la révocation abusive des dirigeants sociaux tend à unifier le régime de la révocation *ad nutum* et de la révocation pour justes motifs : J. EL-AHDAB, « Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée » : *Rev. sociétés* 2004, p. 18, n° 13. Adde K. ADOM, « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales » : *Rev. sociétés* 1998, p. 488.

¹⁵⁵⁷ S. FREMEAUX, « L'avenir du régime de révocation des dirigeants sociaux » : *Petites aff.* n° 253, 20 déc. 2000, p. 6, n° 1.

¹⁵⁵⁸ C'est ainsi que la révocation pour juste motif aussi se libéralise. Par exemple, la jurisprudence a autorisé que l'exigence d'un juste motif puisse être purement et simplement supprimée par les statuts. Voir en ce sens, J.-F. BARBIERI, « La révocation des dirigeants sociaux, Pour la liberté statutaire ! », in *JCP E* 2001, n° 3, p. 5.

655. « *Friand de détails* »¹⁵⁵⁹ à l'image de son homologue français, le législateur Ohada « *n'a pas retenu sa plume en définissant la compétence et le fonctionnement propre à chacun des organes de la société anonyme* »¹⁵⁶⁰. Qui plus est, la répartition des pouvoirs opérée par lui dans la loi est protégée par certaines dispositions légales et plus largement par les principes fondamentaux de la hiérarchie et de la spécialisation des organes sociaux. En réalité, « *les pouvoirs des dirigeants sont strictement encadrés par la loi* »¹⁵⁶¹ et par conséquent, « *la cohérence de l'organisation de la société commerciale repose donc sur la primauté de la loi* »¹⁵⁶². Ainsi que l'affirme la doctrine, le droit des sociétés définit ce que l'on pourrait appeler « *les règles constitutionnelles du fonctionnement des sociétés et désigne nommément les organes par lesquels va s'exprimer la personne morale, définissant, avec plus ou moins de bonheur, les fonctions respectives et la hiérarchie* »¹⁵⁶³.

656. Dès lors, un organe ne devrait pas valablement pouvoir priver tel ou tel autre organe des attributions que la loi lui confère expressément. Il ne devrait pas non plus empiéter ne serait-ce qu'occasionnellement sur une compétence expressément attribuée à un autre organe. En conséquence, le contenu du mandat social exercé par les dirigeants de la société anonyme est presque exclusivement défini par la loi¹⁵⁶⁴. Une telle organisation des pouvoirs, particulièrement pointilleuse dans la société anonyme est, selon la plupart des auteurs, l'une des expressions de la nature institutionnelle de cette forme sociale. C'est ainsi que, pour nier la nature contractuelle de la société anonyme, un auteur expliquait que cette dernière était devenue « *une institution de droit privé, c'est-à-dire un groupement de personnes réunies dans un intérêt commun, en vue*

¹⁵⁵⁹ Ph. BISSARA, « Interdépendance et coopération des organes sociaux de la société anonyme classique », in *Aspects actuels du droit des affaires-Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Dalloz 2003, p. 115, n° 1.

¹⁵⁶⁰ Ph. BISSARA, « Interdépendance et coopération des organes sociaux de la société anonyme classique », *idem*. En réalité, selon la doctrine relative au droit Ohada « *sur le point précis des pouvoirs du dirigeant de société commerciale, l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au GIE n'a pas innové, il paraît globalement avoir repris les solutions de la loi française du 24 juillet 1966 précitée* » : Cf. F. K. DECKON, « Les pouvoirs du dirigeant de sociétés commerciales en droit OHADA » : *Rev. sociétés* 2013, p. 467 et s., n° 6.

¹⁵⁶¹ M. A. FOLLY, *Le statut des dirigeants sociaux en droit de l'Ohada*, thèse, Université de Montpellier-Université de Lomé, 2014, p. 37, n° 50.

¹⁵⁶² F. K. DECKON, « Les pouvoirs du dirigeant de sociétés commerciales en droit OHADA » : *Rev. sociétés* 2013, p. 467 et s., n° 9.

¹⁵⁶³ B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés » : *RTD com.* 1987, p. 488, n° 82.

¹⁵⁶⁴ Voir P. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 71 et 72, n° 2. Dans le système mis en place par la loi, écrit-il, « *la représentation de la société se caractérise par trois éléments. Le premier élément est la désignation de la société par la loi elle-même (...). Le deuxième élément est la détermination légale de l'étendue du pouvoir de représentation du représentant de la société (...). Enfin le troisième élément est que la loi organise la publicité de la désignation du représentant légal* ».

de réaliser une idée mère – l’objet social - par le moyen d’une organisation permanente, dans laquelle, en vertu d’une réglementation légale, chacun des organes sociaux a une fonction déterminée, dont on ne peut le priver et à laquelle il ne peut renoncer »¹⁵⁶⁵. Pour un autre auteur, la société anonyme a une nature institutionnelle qui se caractérise notamment par l’existence en son sein d’une organisation des pouvoirs empreinte d’autorité¹⁵⁶⁶ puisqu’il est notamment démontré depuis longtemps que « *l’autorité [de la loi] est le principe de base de l’institution* »¹⁵⁶⁷. La même opinion a été exprimée en droit Ohada par Fatima TAGOURLA¹⁵⁶⁸ qui écrivait qu’à l’examen des dispositions relatives à l’organisation des pouvoirs, on peut « *affirmer que (...), l’OHADA entérine et fait sienne l’institutionnalisation de la SA, entamée en France par les lois du 16 novembre 1940 et 4 mars 1943 et poursuivie par celle du 26 juillet 1966* ».

657. En effet, la consécration du principe de la répartition des pouvoirs entre les différents organes légaux de la société anonyme et la règle de la hiérarchie comme base des rapports entre ces derniers, résultent notamment de l’arrêt Motte¹⁵⁶⁹ dont la solution a été reprise par la loi du 24 juillet 1966. En considérant ces principes – hiérarchie et séparation des pouvoirs entre les différents organes sociaux – qui découlent dudit arrêt, il était devenu courant d’admettre que « *les aménagements conventionnels des pouvoirs entre les différents organes de la société demeurent prohibés* »¹⁵⁷⁰. Les pouvoirs des dirigeants seraient inflexibles et leur encadrement par la loi ne saurait « *fléchir devant aucune influence provenant des volontés privées* »¹⁵⁷¹. Ainsi que l’a écrit un auteur, « *les accords extra-statutaires qui limitent les pouvoirs légaux des organes d’administration ou de direction suscitent les mêmes réserves que les clauses*

¹⁵⁶⁵ J. LEBLOND, « Les pouvoirs respectifs de l’assemblée générale du conseil d’administration, du président-directeur général et du directeur général adjoint dans la doctrine institutionnelle » : *Gaz. Pal.* 1957, I, Doct. n° 29.

¹⁵⁶⁶ M.-C. MONSALLIER, *L’aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 308, n° 737 et s.

¹⁵⁶⁷ J. BRETHER DE LA GRESSAYE, V° Institution : *D. Civil*, n° 25 ; cité par M.-C. MONSALLIER, *L’aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 308, n° 737.

¹⁵⁶⁸ F. TAGOURLA, « Les pouvoirs des dirigeants sociaux dans l’espace Ohada à l’épreuve des principes de bonne gouvernance » : *Penant* 2013, n° 883, p. 192.

¹⁵⁶⁹ M.-C. MONSALLIER, *L’aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 236, n° 571 ; Par ce célèbre arrêt rendu le 4 juin 1946 (Cass. 4 juin 1946, JCP, 1946, II, 3518, note D. BASTIAN) analysée en doctrine comme l’ « *une des décisions les plus importantes du droit des sociétés anonymes* », la Cour de cassation a décidé que « *la société anonyme est une société dont tous les organes sont hiérarchisés et dans laquelle l’administration est exercée par le conseil élu par l’assemblée générale ; qu’il n’appartient donc pas à l’assemblée générale d’empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d’administration* ».

¹⁵⁷⁰ Voir M.-C. MONSALLIER, *L’aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 236, n° 571.

¹⁵⁷¹ M. A. FOLLY, *Le statut des dirigeants sociaux en droit de l’Ohada*, thèse, Université de Montpellier-Université de Lomé, 2014, p. 37, n° 50.

statutaires qui parviennent à un résultat similaire parce qu'elles créent [notamment] des organes non prévus par la loi qui empiètent sur les prérogatives des dirigeants »¹⁵⁷².

658. Dans un tel contexte, on comprend notamment que les actionnaires ne soient pas habilités à aménager les pouvoirs des organes légaux ou à instituer statutairement des organes de direction non prévus par le législateur. C'est du moins l'avis qu'ont donné les juges de la CCJA en réponse à la question de savoir si les statuts peuvent instituer un poste de vice-président dans les organes dirigeants des sociétés anonymes¹⁵⁷³. Dans le même sens, une opinion doctrinale relative à l'ancien AUSC affirmait que « *l'uniformisation des modes de gestion de la SA [dans l'AUSC de 1997] s'est accompagnée d'une imposition des organes légaux qui doivent diriger la société* »¹⁵⁷⁴. En réalité, l'avis de la Haute juridiction communautaire de l'Ohada s'est notamment fondé sur l'organisation légale dont répond le fonctionnement de la société anonyme de même que le caractère d'ordre public des règles organisant la direction de cette dernière. En tant que tel, et sauf à créer des organes sans la moindre attribution, il semble *a priori* impossible en droit Ohada, depuis ce célèbre avis de la CCJA, de créer statutairement des organes non prévus par l'AUSC.

659. Beaucoup d'auteurs n'ont approuvé ledit avis qu'avec réserve¹⁵⁷⁵. Mais plus spécifiquement, ce sont les principes de la séparation des pouvoirs et de la hiérarchie des organes qui l'ont inspiré, qui vont être généralement critiqués de plus en plus. Pour une partie de la doctrine, les dispositions légales n'établiraient pas un système de stricte séparation des pouvoirs, et ce, même dans la société anonyme. Philippe BISSARA, écrit en ce sens que « *le principe de spécialisation et de hiérarchie des organes sociaux n'a en effet qu'un caractère relatif parce que le législateur s'est lui-même complu à organiser des recouvrements potentiels de compétences ou à créer un entre-lacs de dépendances réciproques des organes les uns par rapport aux autres* »¹⁵⁷⁶. Pour un autre auteur, le principe hiérarchique et celui de la séparation

¹⁵⁷² Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1999, p. 381, n° 278.

¹⁵⁷³ « *Il ne peut être possible, sans dénaturer et violer l'objet de cette mise en harmonie ainsi juridiquement et restrictivement circonscrit, d'instituer dans ce cadre spécifique, un poste de vice-président dans les organes dirigeants des sociétés commerciales...* » : Avis de la CCJA n° 2/2000/EP du 26 avr. 2000, *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° spécial, jan. 2003, p. 73.

¹⁵⁷⁴ F. TAGOURLA, « Les pouvoirs des dirigeants sociaux dans l'espace Ohada à l'épreuve des principes de bonne gouvernance » : *Penant* 2013, n° 883, p. 191.

¹⁵⁷⁵ M. O. SALAH et A. CISSE, « Quelle place pour les vice-présidents dans les sociétés anonymes ? (Avis de la CCJA n° 2/2000/EP du 26 avr. 2000) » : *Africa juris, hebdomadaire d'informations juridiques et d'annonces légales*, n° 19, 6-12 juin 2002, pp. 4-5.

¹⁵⁷⁶ Ph. BISSARA, « Interdépendance et coopération des organes sociaux de la société anonyme classique », in *Aspects actuels du droit des affaires-Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 116, n° 1. Le même auteur affirme par ailleurs que « la loi organise une sorte de concurrence entre les organes sociaux, par exception au fameux principe de la hiérarchisation qui, depuis l'arrêt Motte, interdit théoriquement à un organe social d'empiéter sur les compétences attribuées par la loi à un autre organe » : Ph. BISSARA, *Présentation générale de*

des pouvoirs se trouvent de plus en plus « faussés par l'évolution de la société anonyme »¹⁵⁷⁷. M. Dominique SHMIDT écrit quant à lui que « la hiérarchie des organes et des pouvoirs au sein de la société devient introuvable »¹⁵⁷⁸ car d'après Paul DIDIER, « la dévolution du pouvoir dans les sociétés commerciales est assurément l'un des domaines où la pratique s'écarte le plus, sinon des textes, du moins de l'image qu'ils proposent »¹⁵⁷⁹. Dans cette perspective relativement nouvelle, complète le Professeur Gilbert PARLEANI, « la hiérarchie et la spécialisation des organes sociaux créent par elles-mêmes un risque majeur, qui est la confiscation du pouvoir »¹⁵⁸⁰. La raison en est que « la hiérarchisation des pouvoirs a été malmenée voire abandonnée »¹⁵⁸¹. En tout état de cause, la réalité qui se dégage de ces opinions doctrinales concordantes est qu'il n'est pas rare, que les pouvoirs des dirigeants sociaux soient conventionnellement aménagés. Ce qui n'est pas moins vrai en droit Ohada¹⁵⁸². Sur la question, un auteur a justement écrit que « le droit des contrats demeure un réservoir où le droit des sociétés vient puiser des ressources qui lui manquent. Ainsi, sans être envisagé expressément par le législateur, le pouvoir de direction peut être contractualisé selon les règles empruntés au droit du mandat »¹⁵⁸³.

660. Il convient toutefois de noter que la question de l'adaptation de l'organisation légale de la société anonyme aux besoins de la pratique ne s'épuise pas avec la possibilité d'aménager les pouvoirs des organes de la société. En vue de simplifier le fonctionnement de la société anonyme, on songe souvent à la création par les actionnaires ou la société elle-même, d'organes non expressément prévus par le législateur. Alors qu'une partie de la doctrine Ohada a clairement marqué ses réserves relativement à l'avis par lequel la CCJA s'est opposé à l'institution d'organes nouveaux, il nous semble intéressant de réétudier cette possibilité au

l'ordonnance portant réforme des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions », in *Le droit des sociétés pour 2005*, Dalloz, p. 82, n° 6.

¹⁵⁷⁷ N. ABDELMOUMEN, *Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 11, n° 15.

¹⁵⁷⁸ D. SCHMIDT, « Rapport de synthèse », in Colloque, *La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, *RJ Com*, n° spécial, 1990, p. 180. L'auteur constate en effet que « désormais, c'est le conseil d'administration qui décide, en utilisant une autorisation abstraite votée par l'assemblée, les émissions d'actions et de valeurs composées ; ce même conseil est souvent doublé de comités divers, de direction ou de censeurs, alors que les dirigeants, qui étaient choisis par les actionnaires, s'emploient aujourd'hui à choisir les actionnaires et à composer leur tour de table ».

¹⁵⁷⁹ P. DIDIER, *Les sociétés commerciales*, Collection Que sais-je ?, PUF, 7^e éd. corrigée, 1991, p. 67.

¹⁵⁸⁰ G. PARLEANI, « Multiplication et renouvellement des sources du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 21.

¹⁵⁸¹ URBAIN-PARLEANI (I.), « Le bouleversement des acquis » in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 84.

¹⁵⁸² P. C. EWANE MOTTO, *La gouvernance des sociétés commerciales en droit OHADA*, thèse, Université Paris-Est, 2015, p. 30.

¹⁵⁸³ Voir notamment M. A. FOLLY, *Le statut des dirigeants sociaux en droit de l'Ohada*, thèse, Université de Montpellier-Université de Lomé, 2014, n° 612.

regard du nouvel AUSC et de sa tendance à moderniser le droit des sociétés (**section 2**). Mais au préalable, nous évaluerons les possibilités d'aménagement des pouvoirs des différents organes légaux de la société anonyme en droit Ohada (**section 1**).

Section 1 : L'aménagement conventionnel des pouvoirs légaux des organes sociaux

661. Sous le régime de l'AUSC de 1997 et sans doute en se conformant exclusivement à la lettre de la loi, beaucoup d'auteurs avaient eu une opinion défavorable quant à l'admission du principe de l'aménagement conventionnelle des pouvoirs des organes dirigeants de la société anonyme. Ainsi, avait-il été écrit que « *les dispositions légales spécifiques à cette société énumèrent avec tellement de précision et de manière si impérative les attributions de chaque organe qu'il est difficile voire impossible pour les stipulations contractuelles de les aménager voire les limiter* »¹⁵⁸⁴. Mais en dépit de cette rigidité apparente qui gouverne l'attribution des pouvoirs aux organes de la société anonyme, il n'en demeure pas moins que les textes de loi autorisent, plus ou moins clairement, le recours à des techniques relevant du droit civil pour organiser conventionnellement l'exercice desdits pouvoirs. On a soutenu à cet effet qu'un certain « *réalisme exige que le droit se libéralise en dépit de l'influence de cette nouvelle tendance sur le principe hiérarchique (...) mais également [sur] le principe de séparation des pouvoirs* »¹⁵⁸⁵. Ceci étant, argumente l'auteur, « *l'autonomie du principe de hiérarchie et de séparation des pouvoirs devient de plus en plus relativisée* »¹⁵⁸⁶.

662. En tant que tel, dès lors que ce réalisme juridique¹⁵⁸⁷ qui recommande la libéralisation du droit, emprunte les voies de l'aménagement contractuel, il va notamment se manifester par

¹⁵⁸⁴ F. TAGOURLA, « Les pouvoirs des dirigeants sociaux dans l'espace Ohada à l'épreuve des principes de bonne gouvernance » : *Penant* 2013, n° 883, p. 191, pp. 198-199.

¹⁵⁸⁵ N. ABDELMOUMEN, *Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 468, n° 1072. Pour l'auteur, « *Le réalisme n'est pas une notion propre au domaine de la sociologie. Le droit également, mais surtout le droit des sociétés, se prête au réalisme. A vrai dire, toute règle de droit est destinée à être réaliste* » : cf. N. ABDELMOUMEN, *idem*, spéc. p. 456, n° 1051.

A noter que le réalisme est défini « *En un premier sens, conception (défendue notamment par Platon) selon laquelle les idées abstraites existent réellement, le monde sensible ne constituant qu'une manifestation imparfaite du monde des idées (cette conception s'oppose au nominalisme dans le cadre de la querelle des universaux). En un second sens, conception épistémologique selon laquelle il est légitime et nécessaire de s'interroger sur la valeur de vérité d'une théorie en la confrontant avec une réalité qui existe objectivement. Les théories doivent donc rendre compte du réel, elles ne sont pas de simples conventions choisies pour leur commodité ou leur élégance formelle* » : cf. Y. ALPE, A. BEITONE, C. DOLLO et alii, *Lexique de Sociologie*, Dalloz, 3^e éd., 2010.

¹⁵⁸⁶ N. ABDELMOUMEN, *Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 284, n° 651.

¹⁵⁸⁷ Selon l'auteur en effet, la logique du réalisme juridique permet de contourner des règles de droit pour les adapter à la réalité des choses. Dès lors, écrit-il : « *Dès lors, il est possible, au nom du réalisme, de permettre à un organe d'empiéter sur les pouvoirs d'un autre, chose qui s'associe mal avec le principe de séparation des pouvoirs* ». Cf. : N. ABDELMOUMEN, *Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 284, n° 651.

une limitation convenue de pouvoirs légaux des organes dirigeants de la société ou encore par le mécanisme de la délégation de pouvoirs qui fait appel, en ce qui la concerne, à la technique du mandat. En effet, la doctrine l'affirme clairement, « *les pouvoirs que le mandataire social a reçus de la loi peuvent être délégués ou limités* »¹⁵⁸⁸. Le recours à l'une ou l'autre de ces techniques contractuelles traduit le plus souvent l'impossibilité matérielle des organes de la société d'exercer seuls les pouvoirs que leur reconnaissent les dispositions légales. Ainsi, « *le but commun de la limitation de pouvoirs et de la délégation de pouvoirs est de tendre vers la recherche d'une gestion plus efficace* »¹⁵⁸⁹ afin d'optimiser le fonctionnement de la société¹⁵⁹⁰. De ce point de vue, délégation et limitation de pouvoirs tendent à se confondre. Si leurs finalités respectives se recoupent à plusieurs points de vue et que leur nature contractuelle est l'une de leur caractéristiques communes, de fortes similitudes se dégagent par ailleurs de la mise en œuvre de ces deux mécanismes¹⁵⁹¹. Pour autant, ils demeurent deux instruments juridiques distincts à bien des égards. C'est, du moins, le constat qui semble se dégager au regard des dispositions de l'AUSC¹⁵⁹². C'est notamment pour cette raison que nous étudierons les deux mécanismes, l'un à la suite de l'autre. Ainsi, à l'étude de la limitation des pouvoirs (§1) succèdera celle de la délégation des pouvoirs (§2).

§1- La limitation conventionnelle des pouvoirs légaux

663. Depuis l'arrêt Motte, ce sont les textes de loi qui, par principe, organisent les sociétés anonymes en fixant, « *de manière impérative les pouvoirs et les prérogatives* »¹⁵⁹³ dans la société¹⁵⁹⁴. En ce sens, le système de la dévolution légale des pouvoirs, consacré par le législateur Ohada, postule que « *la loi est l'unique référence. C'est elle qui est la source du*

¹⁵⁸⁸ R. GIANNO et A.-É. COMBES, « La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes » : *Gaz. Pal.* n° 155, 4 juin 2002, p. 4 et s.

¹⁵⁸⁹ *Idem.*

¹⁵⁹⁰ Voir par exemple J. BARTHELEMY, *Droit social, technique d'organisation de l'entreprise*, éd. Liaisons sociales, 2003, n° 260.

¹⁵⁹¹ On a ainsi évoqué « *l'existence de similitudes fortes entre ces deux mécanismes tant dans leur objet d'une part - la réaffectation de prérogatives normalement dévolues à un mandataire social particulier - que dans leurs limites et conséquences juridiques, d'autre part* » ; R. GIANNO et A.-É. COMBES, « La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes » : *Gaz. Pal.* n° 155, 4 juin 2002, p. 4 et s.

¹⁵⁹² En effet, il apparaît clairement dans l'AUSC que le législateur prévoit expressément la possibilité de limitation des pouvoirs des dirigeants sociaux. Aussi a-t-il envisagé certaines hypothèses de délégation de pouvoir. En outre, il ne semble pas s'opposer à la possibilité pour les associés de convenir des modalités de délégation purement conventionnelles des pouvoirs légaux ainsi que nous le verrons dans les développements qui vont suivre.

¹⁵⁹⁴ CA Aix-en-Provence, 28 sept. 1982 : *Rev. Sociétés* 1983, p. 773, note J. MESTRE : « *de même qu'il n'est pas permis à une assemblée générale, fût-elle extraordinaire, d'empiéter sur le rôle dévolu au conseil d'administration, celui-ci ne peut se dépouiller de ses attributions propres* ». Voir aussi P. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 71

pouvoir. C'est également elle qui en détermine le contenu »¹⁵⁹⁵. Ce qui signifie notamment que « *ce pouvoir n'a d'autre limite que celle fixée par la loi* »¹⁵⁹⁶. C'est à ce titre que le législateur a posé un principe général de la limitation conventionnelle des pouvoirs des dirigeants de la société notamment dans l'intérêt des associés. Dans les rapports avec ces derniers, écrit le Professeur DECKON, « *les pouvoirs des dirigeants sociaux peuvent être valablement limités par les statuts* »¹⁵⁹⁷. C'est l'article 123 de l'AUSC, qui consacre cette possibilité commune à toutes les formes de société et qui se réfère aussi bien aux pouvoirs des organes de gestion, de direction et d'administration¹⁵⁹⁸.

664. La liberté d'aménagement qui est ainsi consacrée se justifie, selon la doctrine, par le besoin d'infléchissement de l'organisation légale de la société. On peut comprendre dès lors que, « *ce sont par conséquent les statuts des sociétés à responsabilité limitée et le plus souvent encore ceux des sociétés anonymes qui stipulent des infléchissements* »¹⁵⁹⁹. A ce titre, « *on admettra sans difficulté que leur prévision n'est pas contraire à l'ordre public sociétaire* »¹⁶⁰⁰ notamment parce que ces « *limitations de pouvoir sont explicitement autorisées par les dispositions du droit des sociétés* »¹⁶⁰¹. C'est ainsi que, dans la société anonyme de droit Ohada, le législateur autorise que puissent être limités dans le contrat de société, les pouvoirs du conseil d'administration¹⁶⁰², du président-directeur général¹⁶⁰³, du directeur général adjoint¹⁶⁰⁴, du directeur général¹⁶⁰⁵, de l'administrateur général¹⁶⁰⁶ ou encore de son adjoint¹⁶⁰⁷. D'après une certaine opinion qui nous paraît justifiable sous certaines conditions¹⁶⁰⁸, de telles restrictions

¹⁵⁹⁵ F. K. DECKON, « Les pouvoirs du dirigeant de sociétés commerciales en droit OHADA » : *Rev. sociétés* 2013, p. 467 et s., n° 10.

¹⁵⁹⁶ F. K. DECKON, « Les pouvoirs du dirigeant de sociétés commerciales en droit OHADA », *idem*, n° 16.

¹⁵⁹⁷ *Idem*, n° 17.

¹⁵⁹⁸ L'article 123 de l'AUSC dispose en effet que « *Dans les rapports entre associés et sous réserve des dispositions légales spécifiques à chaque forme de société, les statuts peuvent limiter les pouvoirs des organes de gestion, de direction et d'administration* ».

¹⁵⁹⁹ F. K. DECKON, « Les pouvoirs du dirigeant de sociétés commerciales en droit OHADA » : *Rev. sociétés* 2013, p. 467 et s., n° 18.

¹⁶⁰⁰ D. GALLOIS-COCHET, « L'invocabilité par les tiers des clauses limitant le pouvoir des dirigeants sociaux », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, op.cit., p. 327, n° 3.

¹⁶⁰¹ D. GALLOIS-COCHET, « L'invocabilité par les tiers des clauses limitant le pouvoir des dirigeants sociaux », *idem*.

Pour ce qui est du droit Ohada, voir R. BATAJON, « La gouvernance des sociétés commerciales dans l'espace Ohada », in *"La Lettre de l'Investisseur"*, n°6, fév. 2016, disponible sur <http://aries-investissements.com/la-lettre-de-linvestisseur/>

¹⁶⁰² Art 435 AUSC.

¹⁶⁰³ Art 465 AUSC.

¹⁶⁰⁴ Art 472 AUSC.

¹⁶⁰⁵ Art 488 AUSC.

¹⁶⁰⁶ Art 498 AUSC.

¹⁶⁰⁷ Art 512 AUSC.

¹⁶⁰⁸ Pour notre part, une telle convention extrastatutaire est envisageable et peut être signée par tout ou partie des actionnaires de la société. Toutefois, la société doit, en tant que personne morale, y être partie afin que s'obliger et d'engager valablement ses organes.

conventionnelles de pouvoir peuvent même figurer dans une convention extrastatutaire¹⁶⁰⁹. Mais, qu'elles soient statutaires ou non, les limitations conventionnelles de pouvoir ne doivent pas dépouiller totalement un organe social de ses pouvoirs propres¹⁶¹⁰.

665. Sous cette réserve, la nature contractuelle des limites statutaires aux pouvoirs des organes de la société ne fait aucun doute. D'une part, les modalités desdites limitations sont laissées à la discrétion de l'accord de volontés des actionnaires. D'autre part, et comme pour réaffirmer que la liberté de limiter les pouvoirs des organes de la société est une faculté dont l'emploi est laissé à la discrétion totale de la société et de ses actionnaires, le législateur dispose que les clauses limitatives de pouvoir ne produiront, comme tout contrat, leurs effets obligatoires que dans les seuls rapports entre leurs signataires et à l'égard des organes de la société. Autrement dit, les effets obligatoires des clauses en question ont une vocation exclusive à ne s'imposer qu'à leurs signataires. Ainsi, les clauses statutaires limitant les pouvoirs, notamment de représentation¹⁶¹¹ des dirigeants de la société anonyme sont, selon la loi, « *inopposables aux tiers de bonne foi* »¹⁶¹².

666. Ce faisant, « *en rendant inapplicables aux tiers les clauses statutaires, le législateur de l'OHADA a reconduit une solution ancienne* »¹⁶¹³ déjà consacrée dans la loi française du 24 juillet 1966 et réaffirmée par une directive européenne¹⁶¹⁴. Cette solution est couramment définie comme étant « *destinée à assurer la sécurité juridique des tiers dans leurs rapports avec la société* »¹⁶¹⁵. Mais elle semble aussi faire de la clause de limitation conventionnelle de

¹⁶⁰⁹ Cass. Soc., 18 mars 2009, n° 07-45.212, *BJS* 2009, p. 786, note A. CONSTANTIN ; *RTD com.* 2009, p. 576, note P. LE CANNU et B. DONDERO. Dans cette décision la Cour de cassation a reconnu à une convention extrastatutaire limitant les pouvoirs d'un organe social, des effets de droit. Ce faisant, elle entérine la validité de telles mesures en dehors des statuts. *Adde* D. GALLOIS-COCHET, « L'invocabilité par les tiers des clauses limitant le pouvoir des dirigeants sociaux », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, op.cit., p. 326, n° 2 : « *Si les clauses limitant les pouvoirs des dirigeants sont usuelles dans les statuts, elles ont également investi le champ des conventions extrastatutaires, au gré de l'expansion des pactes d'actionnaires ou d'associés* ».

¹⁶¹⁰ V. Cass. Com., 11 juin 1965, n° 63-10.240, *Bull. Civ.*, 1965, III, n° 361 ; *RTD com.* 1965, p. 861, obs. R. HOUIN.

Voir aussi A.-C. ROUAUD, « Les limitations statutaires au pouvoir d'agir en justice du représentant légal » : *Rev. sociétés* Juil.-Aout 2014, p. 417, n° 9 : « *A condition de ne pas priver le dirigeant de tout pouvoir, les clauses statutaires limitatives sont admises* » ; J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t.1, Dalloz, 1972, p. 826, n° 963.

¹⁶¹¹ En réalité, c'est par le pouvoir de représentation de la société que ses dirigeants entrent en relation avec les tiers. Cf. G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, thèse, Nancy, 1977, p. 7. *Adde* H. MOUBSIT, *La représentation en droit des sociétés*, l'Harmattan, 2013, p. 29.

¹⁶¹² Pour le conseil d'administration, le président directeur général, le directeur général, le directeur général adjoint, l'administrateur général, l'administrateur général adjoint, voir respectivement les articles 435, 465, 488, 472, 498 et 512 de l'AUSC.

¹⁶¹³ F. K. DECKON, « Les pouvoirs du dirigeant de sociétés commerciales en droit OHADA » : *Rev. sociétés* 2013, p. 467 et s., n° 17.

¹⁶¹⁴ Cf. Directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 en son article 10 alinéas 2.

¹⁶¹⁵ D. GALLOIS-COCHET, « L'invocabilité par les tiers des clauses limitant le pouvoir des dirigeants sociaux », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, op.cit., p. 326, n° 2.

pouvoirs, une réelle loi des parties dont les effets obligatoires ne se déploient que dans les rapports internes à la société. Plus précisément, de cette règle de l'inopposabilité posée par le législateur transparaît selon nous l'idée selon laquelle, une société dont les actionnaires décident de recourir à la faculté qui leur est offerte de limiter les pouvoirs légaux des organes sociaux, reste seule avec ses actionnaires, soumis au respect des limites conventionnelles consenties. Il nous semble dès lors évident qu'en imposant cette règle de l'inopposabilité aux tiers, le législateur vise aussi à ressortir le caractère purement contractuel de ces conventions. Il faut que la société commerciale et ses membres soient les seuls à être liés par la loi qu'ils se sont donnée¹⁶¹⁶.

667. L'inopposabilité apparaît ainsi comme un instrument de confinement de l'effet obligatoire des clauses contractuelles dans les seuls rapports entre leurs signataires. Ce qui, à notre avis, ne devrait pas être vu comme enlevant une quelconque efficacité à ces clauses de limitation de pouvoir mais plutôt comme renforçant leur effet obligatoire entre leurs signataires. Dans ce même sens, on pourrait évoquer la possibilité de plus en plus admise en faveur des tiers, aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence, de se prévaloir des aménagements statutaires limitant les pouvoirs des organes de la société.

668. Ainsi donc, amputer les clauses limitant les pouvoirs des organes de la société de toute opposabilité vis-à-vis des tiers de bonne foi et permettre en même temps à ces derniers d'invoquer dans leur intérêt lesdites clauses, sont, à notre avis, deux moyens qui concourent à assurer effectivement le respect par les organes sociaux des limitations de pouvoirs librement consenties.

669. Pour résumer notre propos, il convient de retenir que si la loi permet d'aménager les pouvoirs des organes sociaux, les limitations que consentent les actionnaires devraient, pour autant qu'elles traduisent leur liberté contractuelle, s'imposer à la société et pouvoir lui être opposées par les tiers auxquels elles demeurent néanmoins inopposables. Ainsi, insérées dans les statuts, les clauses limitatives de pouvoirs apparaissent comme de véritables dispositions contractuelles qui se caractérisent par la portée exclusive de leur force obligatoire vis-à-vis de la société, de ses organes et de ses actionnaires (**A**). Dans le même sens et puisque les clauses limitatives de pouvoir de ses organes sociaux ne devraient engager que ceux qui y ont consenti mais surtout les engager totalement, certains auteurs, de plus en plus suivis par la jurisprudence

¹⁶¹⁶ En effet, selon les dispositions de l'article 1134 du code civil français et dans sa version applicable dans les anciennes colonies françaises, les conventions légalement formées ne tiennent lieu de loi qu'à ceux qui les ont faites.

admettent que les tiers puissent se prévaloir desdites clauses contre la société lorsque leur violation par les organes de cette dernière est de nature à leur porter préjudice (B).

A- La délimitation de l'effet obligatoire des clauses de limitation de pouvoir

670. Si l'institution contractuelle vise avant tout à permettre aux parties de se doter de règles librement négociées pour régir leurs relations, la principale raison d'être des dispositions contractuelles réside dans le respect des obligations qu'elles engendrent. Ce respect des obligations contractuelles, qui est une attente légitime des cocontractants, traduit le sens même de la libre expression des libertés contractuelles dont la rencontre génère le contrat. Ainsi, ceux qui ont consenti aux dispositions d'une clause contractuelle et seulement eux, sont les sujets exclusifs des obligations nées de ladite clause. C'est ce que traduit la règle selon laquelle « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »¹⁶¹⁷, les parties étant tenues de se soumettre aux dispositions de l'accord contractuel qu'elles ont négocié. En tant que disposition contractuelle, les clauses limitatives de pouvoir des dirigeants de la société anonyme produisent le même effet obligatoire à l'égard de tous leurs signataires. Ces dernières doivent être entendues, suivant la distinction classique en droit des sociétés entre l'ordre interne et l'ordre externe, comme regroupant la société, ses dirigeants et ses actionnaires¹⁶¹⁸.

671. Contrairement à ceux-ci, à la charge desquels les clauses statutaires dont l'objet est de limiter les pouvoirs des dirigeants sociaux génèrent des obligations, ces conventions ne sauraient point nuire aux tiers ou leur profiter. C'est là l'effet relatif reconnu à toute disposition contractuelle. Ainsi, en raison des conséquences susceptibles d'être tirées de sa force obligatoire et de son effet relatif, le domaine d'efficacité direct des clauses limitant les pouvoirs d'un organe de la société ne s'étend pas aux tiers. A la limite, ceux-ci se retrouveraient soumis aux effets indirects du contrat par son opposabilité. Mais la spécificité des clauses limitant les pouvoirs des dirigeants est leur inopposabilité aux tiers, notamment de bonne foi. Ce qui revient à dire, qu'en plus de la restriction normale de leur effet direct aux seules parties, l'effet indirect que ces clauses devraient, en tant que faits juridiques, produire sur les tiers se trouve neutralisé notamment quand ils sont de bonne foi. Cela n'enlève pour autant rien à la conception contractuelle qu'il faut avoir des clauses ayant pour objet de limiter les pouvoirs des dirigeants sociaux.

¹⁶¹⁷ Voir art. 1134 du code civil français dans sa version applicable dans les anciennes colonies françaises.

¹⁶¹⁸ D. GALLOIS-COCHET, « L'invocabilité par les tiers des clauses limitant le pouvoir des dirigeants sociaux », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, op.cit., n° 2; L'auteur précise en note de bas de page n° 11 que « ces clauses sont assurément opposables au dirigeant qui engage sa responsabilité civile personnelle à l'égard de la société et des associés en cas de violation des statuts ».

672. En réalité, l'opposabilité dont la distinction d'avec la relativité du contrat est aujourd'hui communément admise¹⁶¹⁹, n'est pas comme c'est le cas pour l'effet obligatoire d'un contrat, une conséquence directe et indéniable de toutes conventions. Elle est selon la doctrine, un concept autonome de la théorie générale du droit pouvant « *se définir stricto sensu, comme la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe* »¹⁶²⁰. En tant que telle, l'opposabilité est certes un complément utile à la force obligatoire du contrat mais elle n'est pas, pour ainsi dire, un principe ou une règle générale¹⁶²¹. D'après la doctrine, « *les intérêts des tiers, leur liberté et leur sécurité juridique, s'opposent à ce que les parties puissent leur imposer le respect de tout ce qu'elles peuvent valablement stipuler entre elles. La conciliation des intérêts en présence requiert une appréciation circonstanciée et une protection adaptée des tiers* »¹⁶²². Cela étant, le fait pour le législateur de priver les clauses limitant les pouvoirs des dirigeants sociaux de toute opposabilité relativement aux tiers de bonne foi, n'enlève rien ni à leur nature conventionnelle, ni à leur force obligatoire, entendue comme l'effet direct du contrat entre ses signataires.

673. Pour autant, les dispositions relatives à ces limitations de pouvoirs dans l'AUSC suscitent une interrogation : celle de savoir pourquoi leur inopposabilité n'est relative qu'aux seuls « *tiers de bonne foi* ». En effet, un tiers de bonne foi est une personne étrangère à la société et donc censé ne pas savoir, lors de sa relation avec le représentant de cette dernière, qu'en agissant ainsi que celui-ci le faisait, il agissait au mépris d'une clause statutaire restreignant ses pouvoirs¹⁶²³. Mais étant entendu que lesdites limites sont expressément prévues par le législateur pour figurer dans les statuts, on est *a priori* porté à croire que tout tiers est présumé connaître le contenu de ces derniers, lesquels sont obligatoirement publiés au RCCM. En tant que tel, tout tiers quel qu'il soit ne pourrait-il pas être qualifié de mauvaise foi ? Cela ne paraît pas être l'approche du législateur Ohada d'après lequel, la présomption de la connaissance des statuts de la société fondée sur leur publication au registre du commerce n'est pas suffisante

¹⁶¹⁹ Voir par exemple l'avant-projet de réforme du droit français des obligations établi par la chancellerie en date du 23 octobre 2013 qui distingue l'effet relatif du contrat (art. 108) et l'opposabilité du contrat (art. 109) aux tiers. Pour Dorothee GALLOIS-COCHET, « *l'article 1165 du code civil "interdit seulement aux parties de faire naître, par l'effet de leur seule volonté, des obligations contractuelles au profit ou à la charge des tiers" (c'est la relativité), le contrat n'en constitue pas moins, un fait juridique qui existe à l'égard des tiers (c'est l'opposabilité)* » : cf. D. GALLOIS-COCHET, « L'invocabilité par les tiers des clauses limitant le pouvoir des dirigeants sociaux », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, op.cit., p. 329, n° 8.

¹⁶²⁰ J. DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984, p. 22, n° 2-1

¹⁶²¹ R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004, p. 147, n° 163. Pour lui, à la différence de la force obligatoire, l'opposabilité n'est pas un principe

¹⁶²² *Idem.*, p. 147, n° 163.

¹⁶²³ En tant que tel, le salarié est un tiers : cf. : Cass. Soc. , 15 fév. 2012, n° 10-27.685, *Dr. Sociétés* 2012, note R. MORTIER ; *RTD com.* 2012, p. 345, obs. A. CONSTANTIN ; *BJS*, 2012, p.507, §264, note G. AUZERO.

pour qualifier un tiers de mauvaise foi. Dès lors, on est fondé à s'interroger sur le critère suivant lequel le tiers pourra être qualifié de bonne ou de mauvaise foi afin que les clauses limitant les pouvoirs des dirigeants sociaux lui soient ou non inopposables. Dans ces conditions, on voit les difficultés qui pourraient apparaître à l'occasion de l'application de cette règle de l'inopposabilité aux tiers puisque, la seule publication des statuts ne suffirait aux parties en cause pour prouver la mauvaise foi du tiers.

674. Sur cette question, le droit français a adopté une solution qui a le mérite de prévenir les difficultés sus évoquées¹⁶²⁴. En effet, alors que les dispositions légales sur la question n'étaient pas d'une clarté absolue, c'est un arrêt de cassation en date du 24 janvier 2001 qui a apporté une précision qui présente l'intérêt de soustraire leur application de l'emprise de toutes contestations éventuelles¹⁶²⁵. Ladite décision fut rendue à propos d'une société civile sur le fondement de l'article 1849 al.3 du code civil qui disposait simplement et sans aucune autre précision quant à la bonne ou mauvaise foi du tiers, que les clauses statutaires limitant les pouvoirs d'un gérant ne lui sont pas opposables¹⁶²⁶. Interprétant cette dernière disposition, sans doute dans le sens de la protection des tiers et notamment pour leur éviter d'avoir à procéder à un examen minutieux des stipulations statutaires, la Cour de cassation a affirmé que les clauses statutaires qui limitent les pouvoirs des dirigeants sociaux ne sont jamais opposables aux tiers qu'ils soient de bonne ou de mauvaise foi¹⁶²⁷. Selon la doctrine, la Cour de cassation a, ce faisant, appliqué « *pleinement et fermement le texte. Que le tiers soit de bonne ou de mauvaise foi n'a pas d'importance. La clause limitative ne lui est pas opposable* »¹⁶²⁸. On pourrait

¹⁶²⁴ En ce sens, voir aussi la solution proposée par l'article 10 alinéas 2 de la Directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 qui dispose « *Les limitations aux pouvoirs des organes de la société qui résultent des statuts ou d'une décision des organes compétents sont inopposables aux tiers, même si elles sont publiées* ».

¹⁶²⁵ Cass. 3^e civ., 24 janv. 2001, n° 99-12841 : *BJS*, n° 5, 2001, p. 529, note F.-X. LUCAS ; D. 2001, AJ p. 704, obs. M. BOIZARD ; *JCP* éd. E 2001, p. 713, note F.-X. LUCAS ;

¹⁶²⁶ Il faut noter que la décision rendue dans le cas d'espèce est tout à fait transposable aux sociétés commerciales puisque, la règle posée par l'article 1849, alinéa 3 du Code civil français est affirmée dans les mêmes termes pour toutes les sociétés commerciales. Pour les sociétés par actions, voir notamment C. com., art. L. 225-35, al. 3 (anc. L. 24 juill. 1966, art. 98, al. 3) pour le conseil d'administration ; L. 225-51, al. 4 (anc. L. 24 juill. 1966, art. 113, al. 4) pour le président du conseil d'administration ; L. 225-56, al. 2 (anc. L. 24 juill. 1966, art. 117, al. 2) pour le directeur général ; L. 225-64, al. 3 (anc. L. 24 juill. 1966, art. 124, al. 3) pour le directoire ; L. 226-7, al. 3 (anc. L. 24 juill. 1966, art. 255, al. 3) pour le gérant de société en commandite par actions ; L. 227-6 (anc. L. 24 juill. 1966, art. 262-7, al. 3) pour le président de SAS. « *La règle [article 1849, alinéa 3 du Code civil] étant identique pour les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les SARL et les sociétés par actions, on peut en déduire que ce qui est ici décidé à propos d'une société civile vaut pour n'importe quelle forme de société. C'est donc un arrêt d'une grande portée qui est ici rendu par la Haute Juridiction* » : F.-X. LUCAS, « Le dirigeant social qui contracte au mépris d'une clause statutaire limitant ses pouvoirs engage la société », note sous Cass. 3^e civ., 24 janv. 2001, n° 99-12841, *BJS*, n° 5, 2001, p. 529.

¹⁶²⁷ F.-X. LUCAS, « Violation par un dirigeant social de la clause statutaire limitant ses pouvoirs », in *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 17, 26 avr. 2001, p. 713, comm. sous Cass. 3^e civ., 24 jan. 2001.

¹⁶²⁸ J.-C. HALLOUIN, « Les clauses limitatives des pouvoirs des dirigeants sont inopposables aux tiers » : *D.* 2002, p. 471.

regretter qu'une telle lecture de la loi ne soit pas possible en droit Ohada en faveur de tous les tiers. Ce qui limite la protection que la loi devrait assurer à ces derniers qui, sont dès lors obligés à vérifier à chaque fois les pouvoirs du représentant social avant d'entrer en relation avec la société. Quoi qu'il en soit, en dépit des difficultés latentes d'application de la règle en droit Ohada, les juges pourront aviser au cas par cas de la bonne foi du tiers en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce.

675. Cela dit, la technique des limitations conventionnelles des pouvoirs des dirigeants sociaux interpelle les juges de l'espace Ohada à un autre propos. Celui de l'invocabilité par les tiers des clauses limitant les pouvoirs des dirigeants sociaux. Si l'intérêt premier de cette possibilité est la protection des tiers, elle permet de rappeler à la société et à ses organes, la force obligatoire des limitations en cause qui, faut-il le rappeler, sont le résultat de conventions librement passées dans le contrat de société.

B- L'invocabilité des clauses limitant les pouvoirs des dirigeants sociaux par les tiers

676. « *Les tiers, auxquels les limitations sont inopposables, peuvent-ils en revanche les opposer à la société ?* »¹⁶²⁹. Autrement dit, leur étant déclarées inopposables par le législateur, les limitations statutaires doivent-elles être complètement neutres pour les tiers ? A vrai dire, le législateur ne tranche pas cette question à propos de laquelle les positions des auteurs ne sont pas toujours conciliables¹⁶³⁰. Dès lors, l'interrogation est sans aucun doute réelle ; « *elle est d'autant plus grande que la question de l'invocabilité par les tiers des clauses limitatives de*

¹⁶²⁹ Voilà la question posée, il y a près de cinquante ans en doctrine, et qui demeure à ce jour encore présente dans le contentieux sociétaire. J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz, 1972, p. 827, n° 964.

¹⁶³⁰ Par exemple, sur la question particulière de la possibilité pour le tiers de se prévaloir des limitations statutaires de pouvoirs pour contester l'action en justice formée par un dirigeant, beaucoup d'auteurs se sont montrés favorables à l'invocation par le tiers défendeur des limitations statutaires pendant que bien d'autres y ont marqué une certaine réserve.

Pour les premiers et selon un argument d'opportunité, « *le tiers adversaire de la société doit disposer de toute les armes pour se défendre lorsque l'action en justice le met en cause* ». C'est du moins ce que déclare M. ROUSSILLE, note sous Com. 15 oct. 2013, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 6, 6 Fév. 2014, 1058, p. 21. Voir aussi N. FERRIER, note sous Cass. Com. 10 févr. 2009, n° 07-21216 : *BJS*, 2009, § 120, p. 590 ; R. PERROT, note sous Com. 13 nov. 2013, *Dr. sociétés* 2014, n° 2, comm. 8 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 26^e éd., 2013, n° 270.

Pour les seconds, voir notamment A. CHARVERIAT, A. COURET, B. ZABALA et B. MERCADAL, *Mémento pratique Francis Lefebvre Sociétés commerciales*, 2014, n° 13471 ; J.-F. BARBIERI, note sous Cass. Com. 10 fév. 2009 : *Rev. sociétés* 2009, p. 417, spéc. § 5 et 6 ; B. BOULOC, note sous Cass Civ. 2^e ch., 23 oct. 1985, n° 83-12007, *Rev. sociétés* 1986, p. 408 ; B. DONDERO, note sous Cass. Com. 26 févr. 2008, *BJS*, 2008, § 161, p. 754 : ce dernier auteur écrit par exemple que « *Les tiers ne peuvent invoquer les statuts d'une personne morale pour critiquer la régularité de la désignation de son représentant, en vue de contester le pouvoir d'agir de celui-ci* ».

pouvoir se trouve depuis quelques années au cœur de la jurisprudence »¹⁶³¹. L'un des intérêts de la question se rapporte à la portée du consentement donné par les parties à la clause de limitation conventionnelle des pouvoirs du dirigeant social. En effet, accepter que les tiers dont les intérêts se trouveraient en jeu puissent invoquer contre la société et ses dirigeants, les limitations de pouvoir consenties par eux, est un moyen de rappeler à ces derniers le respect qu'ils doivent aux règles qu'ils se sont librement données dans le contrat de société. Cela participerait à la protection des tiers que justifie aussi la règle légale de l'inopposabilité des limitations de pouvoir.

677. A cette question de savoir si les tiers peuvent se prévaloir d'une clause statutaire limitative de pouvoir pour échapper à leur engagement ou, plus généralement, pour contester l'acte effectué par le dirigeant en violation de la clause, la doctrine est divisée. Pendant que certains affirment que « *le tiers ne peut pas [...] se prévaloir de la clause limitative à l'encontre de la société dont les dirigeants ont violé cette clause* »¹⁶³², une partie de la doctrine estime quant à elle que « *si la société ne peut pas opposer la clause aux tiers, la réciproque n'est pas vraie (...); la règle destinée à protéger les tiers ne saurait leur nuire* »¹⁶³³. Même si les arguments avancés par les tenants de l'opinion défavorable à l'invocabilité par les tiers des clauses limitant les pouvoirs ne sont pas dépourvus de sens, c'est la position de ceux qui soutiennent que les tiers puissent se prévaloir desdites clauses qui nous paraît la plus convaincante et cela pour plusieurs raisons.

678. D'abord, elle a le mérite de rappeler à la société et ses dirigeants, l'obligation qu'ils ont de respecter les limites contractuelles qu'ils se sont librement fixées. Ensuite, on pourrait trouver un certain fondement à une telle possibilité pour les tiers dans la logique jurisprudentielle du droit des obligations dans sa tendance protectrice du tiers. Ainsi, avec le célèbre arrêt *Myr'ho*¹⁶³⁴ où il a été décidé que tout manquement contractuel suffit, sans avoir à prouver une faute distincte, à fonder une faute délictuelle qui engage la responsabilité du cocontractant défaillant et l'oblige à réparer le préjudice subi de son fait par un tiers¹⁶³⁵, on est

¹⁶³¹ D. GALLOIS-COCHET, « L'invocabilité par les tiers des clauses limitant le pouvoir des dirigeants sociaux », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, op.cit., p. 328, n°5.

¹⁶³² A. CHARVERIAT, A. COURET, B. ZABALA et B. MERCADAL, *Mémento pratique Francis Lefebvre Sociétés commerciales*, 2014, n° 13471.

¹⁶³³ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 26^e éd., 2013, n° 287.

¹⁶³⁴ Cass. Ass. Plen., 6 octobre 2006, n° 05-13.255. L'arrêt *Myr'ho* est encore dénommée arrêt *Boot shop*.

¹⁶³⁵ Dans cet arrêt, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* ». Il convient de noter que d'autres décisions postérieures sont intervenues pour préciser le principe ainsi posé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. On peut ainsi citer un arrêt du 17 mai 2017 (Cass. 3^{ème} civ., 18 mai 2017, n°16-11.203) qui semble distinguer la faute purement contractuelle de celle susceptible d'être assimilée à une faute délictuelle. Dans le cas d'espèce, la Cour de cassation a, pour cassé un

légitimement tenté d'y voir la possibilité offerte aux tiers de se prévaloir, dans leur intérêt de l'obligation qui est faite aux parties à un contrat de respecter leur engagement. Dès lors, si on peut se permettre une telle lecture de la jurisprudence de la cour de cassation française, on pourrait raisonnablement admettre en droit des sociétés que les tiers peuvent invoquer contre la société et ses dirigeants des dispositions statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants. Songeant à la transposition de cette décision et de ses interprétations dans le droit des sociétés commerciales, certains auteurs¹⁶³⁶ se sont demandé si les piliers du droit des sociétés pourront résister longtemps à la responsabilité délictuelle pour simple manquement contractuel. Une dernière raison qu'il nous plaît d'évoquer ici relève de la jurisprudence du droit des sociétés qui, dans un certain nombre de cas, n'a pas manqué de se montrer favorable à l'idée de permettre aux tiers de se prévaloir des clauses limitant les pouvoirs des dirigeants sociaux.

679. En effet, face au silence du législateur, divers arguments ont été avancés en faveur de la faculté pour les tiers de se prévaloir des limitations statutaires de pouvoir. Ainsi, peut-on penser que, même si les textes n'évoquent pas l'opposabilité par les tiers des limitations statutaires, ils ne l'excluent pas. Dès lors, le tiers devrait pouvoir invoquer les statuts puisque ceux-ci sont publiés¹⁶³⁷ et en aucun cas, la société et les dirigeants ne sont à même de soutenir qu'ils en ignoraient les détails¹⁶³⁸. En outre, on a soutenu qu'il n'était pas objectivement convaincant de considérer l'inopposabilité par les tiers comme devant être le pendant nécessaire de l'inopposabilité aux tiers ; cette dernière doit être nécessairement appréhendée dans un sens unique¹⁶³⁹. Le Professeur Michel GERMAIN résume bien cette dernière idée quand il écrit que les clauses statutaires limitant les pouvoirs « *sont inopposables aux tiers, qui peuvent toutefois s'en prévaloir dans certains cas* »¹⁶⁴⁰.

arrêt d'une Cour d'appel, considéré qu' « *en statuant ainsi, par des motifs qui, tirés du seul manquement à une obligation contractuelle de résultat de livrer un ouvrage conforme et exempt de vices, sont impropres à caractériser une faute délictuelle* ».

¹⁶³⁶ J. MESTRE et I. ARNAUD-GROSSI, « Les piliers du droit des sociétés commerciales pourront-ils résister longtemps à la responsabilité délictuelle pour simple manquement contractuel ? », in *RLDA*, 2008, p. 24.

¹⁶³⁷ Cass. com. 13 nov. 2013, n° 12-25.675, *Dr. sociétés* 2014, n° 2, comm. 8, note M. ROUSSILLE.

En effet, les textes régissant le Registre du commerce autorisent les tiers à se prévaloir du contenu des statuts. En droit français, voir l'article L. 123-9. Pour le droit Ohada, cf. art 35 AUDCG.

¹⁶³⁸ Selon B. BOULOC, c'est une évidence incontestable que la société et ses dirigeants connaissent les termes des clauses statutaires limitant les pouvoirs de ces derniers. Il faut noter que l'auteur prend néanmoins position contre l'opposabilité par les tiers des limitations statutaires : B. BOULOC, note sous Cass Civ. 2^e ch., 23 oct. 1985, n° 83-12007, *Rev. sociétés* 1986, p. 408.

¹⁶³⁹ Le fondement de cette réflexion est que l'inopposabilité au tiers est une dérogation au droit commun du mandat et ne doit de ce fait, faire l'objet que d'une interprétation stricte. Voir notamment S. MANCIAUX, « La représentation en justice des personnes morales de droit privé », in *RGP*, n° 2, avr.-juin 1999, p. 153 et s., n° 17 et 18.

¹⁶⁴⁰ M. GERMAIN, et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales. Traité de droit des affaires*, t. 2, 21^e éd., 2014, LGDJ, n° 1670.

680. Ces derniers cas sont pour la plupart consacrés par des décisions de justice. C'est ainsi que dans le domaine procédural, deux arrêts en date du 23 octobre 1985¹⁶⁴¹ et du 11 juin 1997¹⁶⁴² rendus respectivement par les chambres civile et sociale de la Cour de cassation française ont consacré la possibilité pour les tiers de se prévaloir des clauses statutaires limitant le pouvoir d'agir en justice du représentant légal de la société anonyme. En substance, la Haute juridiction a décidé dans chacune de ces espèces, que les dispositions du droit des sociétés qui déclarent inopposables aux tiers les aménagements statutaires limitant les pouvoirs du président du conseil d'administration, n'interdisent pas aux tiers de s'en prévaloir pour justifier le défaut de pouvoir de celui-ci à figurer au procès comme représentant de la société. D'après la doctrine, plusieurs décisions récentes donnent à penser que la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est non seulement ralliée à cette jurisprudence¹⁶⁴³ mais aussi qu'elle en a étendu le domaine. Ainsi, le tiers obtient la possibilité d'invoquer la clause statutaire pour établir la nullité d'un acte accompli au mépris de la limitation statutaire des pouvoirs d'un dirigeant de la société. Un arrêt du 4 novembre 2004 en donne l'illustration : la Cour de cassation admet qu'un tiers puisse invoquer les limitations statutaires de pouvoir pour établir la nullité d'une cession de droits sociaux conclue par le dirigeant au nom de la société¹⁶⁴⁴. Par ailleurs, la Cour de cassation a admis que le salarié d'une société commerciale pouvait se prévaloir d'une clause des statuts soumettant les licenciements à une autorisation préalable des associés pour soutenir l'absence de cause sérieuse et réelle de son licenciement¹⁶⁴⁵.

681. Il faut toutefois noter que dans l'un ou l'autre de ces cas, la doctrine insiste sur le fait que, la violation d'une clause de limitation statutaire ne fait pas naître directement un droit au profit du tiers. Cette violation n'est admise à être invoquée par lui qu'à l'appui d'un droit ayant

¹⁶⁴¹ Cass. civ., 2^e, 23 oct. 1985, n° 83-12.007, *Bull. civ.* II, n° 159 ; *Rev. sociétés* 1986, p. 408, note B. BOULOC ; D. 1987. Somm. 32, obs. J.-C. BOUSQUET ; *BJS*, 1986, § 135, p. 510 ; *RTD civ.* 1986, p. 180, note R. PERROT.

¹⁶⁴² Cass. soc., 11 juin 1997, n° 94-43.822, *RJDA*, 1997, n° 1222 ; *JCP E* 1997. I. 710, 9, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *Dr. sociétés* 1997, comm. 143, note D. VIDAL.

¹⁶⁴³ A.-C. ROUAUD, « Les limitations statutaires au pouvoir d'agir en justice du représentant légal » : *Rev. sociétés* Juil.-Août 2014, p. 417, p. 418, n° 11. L'auteur cite notamment les arrêts Cass. Com. 15 oct. 2013, n° 12-24.881, *RTDF* 2013, n° 4, p. 205, note D. PORACCHIA et Cass. Com. 10 févr. 2009, n° 07-21.216, D. 2009, p. 627, obs. A. LIENHARD.

¹⁶⁴⁴ Cass. Com. 4 nov. 2008, n° 07-18.622 : *BJS*, 2009, p. 382, § 75, note P. LE CANNU ; *RTD fin.* 2009, n° 1/2, p. 194, note D. PORACCHIA ; *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 4, 22 janvier 2009, 1090, Bien que la présente décision soit rendue dans le cadre d'une SAS, elle consacre une solution applicable aux sociétés anonymes. En l'espèce, les statuts d'une SAS limitent les pouvoirs de son président en soumettant les conventions conclues entre la société et certains dirigeants à l'autorisation préalable du conseil de surveillance. Ces dirigeants acquièrent des parts du fond de placement géré par la SAS sans l'autorisation requise. Le tiers dépositaire refuse d'inscrire les cessions ainsi intervenues dans ses livres pour cause de violation de la clause statutaire. La cour de cassation approuve la juridiction d'appel qui a prononcé la nullité desdites cessions au motif que la société avait fait de l'autorisation préalable, un élément constitutif de son consentement.

¹⁶⁴⁵ Cass. Com. 15 févr. 2012, n° 10-27.685, *Dr. sociétés* 2012, comm. 96, note R. MORTIER ; *RTD com.* 2012, p. 345, obs. A. CONSTANTIN ; *BJS*, 2012, p. 507, §264, note G. AUZERO ; *Gaz. Pal.* 11 août 2012, n° 224, p. 25, note B. DONDERO, *Rev. sociétés* 2012, p. 369, obs. S. PREVOST.

sa source dans une règle de droit relevant ou non du domaine procédural¹⁶⁴⁶. En effet, selon la Cour de cassation, « *si un tiers peut se prévaloir du contrat en tant que situation de fait, c'est à condition que celle-ci soit de nature à fonder l'application d'une règle juridique lui conférant le droit qu'il invoque* »¹⁶⁴⁷. Ainsi, en matière procédurale, le tiers se fonde sur les dispositions de l'article 117 du code de procédure civil français pour soutenir la nullité d'un acte de procédure¹⁶⁴⁸. Aussi les règles du droit de travail rendent opportune l'invocabilité par un tiers – en l'occurrence un salarié – des limitations statutaires soumettant les licenciements à l'autorisation préalable des associés afin de soutenir l'absence de cause réelle et sérieuse de son licenciement pour en obtenir la nullité.

682. En raison de leur pertinence, les développements qui précèdent sont autant d'arguments favorables à une tendance jurisprudentielle autorisant l'invocation par les tiers des limitations statutaires de pouvoir en droit Ohada. Reste à savoir si les juges permettront à tous les tiers, indépendamment de leur bonne ou mauvaise foi, de se prévaloir desdites limitations à l'encontre de la société et de ses dirigeants. Cette solution serait la plus simple en raison de la difficulté matérielle qu'il pourrait y avoir à différencier les tiers selon qu'ils soient de bonne ou de mauvaise foi.

683. En tout état de cause, il n'existe pas, à notre connaissance, de décision rendue par la CCJA sur la question. En outre, malgré les arguments du droit français ci-dessus rapportés et qui pourraient inspirer les juges de la CCJA, la position qu'ils adopteront éventuellement échappe à toute prévision. Pour cause, il existe, comme nous l'avons évoqué plus haut, en droit français notamment, des opinions doctrinales défavorables à l'opposabilité par le tiers des limitations statutaires et qui sont susceptibles d'être transposées en droit Ohada.

684. Toutefois, il existe aussi dans la jurisprudence française, une décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation française dans laquelle les juges semblent avoir adopté une solution du juste milieu. Tout en reconnaissant, dans son principe, la possibilité pour le

¹⁶⁴⁶ C'est en substance l'opinion de Robert WINTGEN quant aux conditions d'opposabilité par le tiers d'un contrat à ses signataires. Dans son étude critique à la notion d'opposabilité citée précédemment, l'auteur écrit « *que le contrat est un fait, mais un fait ne peut produire des effets de droit que si une règle de droit le prévoit* ». Pour lui en effet, « *si le contrat est opposable comme un fait [par le tiers], alors cette opposabilité signifie simplement que le contrat et les faits liés à sa formation ou son exécution sont susceptibles d'être pris en compte par des règles qui y attachent des conséquences juridiques* ». Cf. R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004, p. 90, n° 96.

¹⁶⁴⁷ Cass. Com. 18 déc. 2012, n° 11-25.567 : *RDC*, 2013/2, p. 533, note Y.-M. LAITHIER et *RDC* 2013/3, p. 915, note J.-S. BORGHETTI ; *Dr. et Patr.*, Juin 2013, p. 71, obs. L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK ; *D.*, 2013, p. 746, note R. BOFFA ; *BJS*, 2013, p. 191, § 86, note H. BARBIER.

¹⁶⁴⁸ L'article 117 du code de procédure civil français dispose en effet que : « *constituent des irrégularités de fond affectant la validité de l'acte : (...) ; le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice* ».

tiers d'invoquer la clause statutaire limitant les pouvoirs des dirigeants, les juges ont admis la validité de la disposition statutaire qui stipulait que le tiers ne pouvait pas se prévaloir des limitations statutaires. La haute juridiction consacre ainsi la validité d'une clause « *de verrouillage* »¹⁶⁴⁹ dont le but est de permettre aux parties à un contrat d'interdire aux tiers de se prévaloir d'une clause de ce contrat. Les juges offrent ainsi aux parties, la faculté « *de moduler l'opposabilité de leur contrat par les tiers* »¹⁶⁵⁰ et manifestent à travers leur décision, une sensibilité tant aux intérêts de la société qu'à ceux des tiers.

685. Voilà autant de questions que posent les aménagements statutaires limitant les pouvoirs des organes dans la société anonyme. Ces préoccupations relèvent pour l'essentiel de la nature conventionnelle desdits aménagements. Autorisés par la loi, les actionnaires ont la faculté d'insérer dans les statuts et dans une certaine mesure dans les pactes extrastatutaires, des clauses limitant les pouvoirs légaux des organes de la société. Ces limitations librement consenties qui engagent et s'imposent exclusivement aux parties signataires, sont inopposables aux tiers qui peuvent toutefois s'en prévaloir contre la société et ses dirigeants. Ainsi, les limitations conventionnelles de pouvoir apparaissent comme une dérogation contractuelle à la règle du pouvoir légal des organes sociaux fondée notamment sur la règle de la spécialisation de ces derniers.

686. Proches des limitations de pouvoir, un autre mécanisme contractuel participe à l'aménagement des pouvoirs dans la société anonyme. Il s'agit de la délégation de pouvoir qui, en dépit de ses similitudes avec la limitation de pouvoir s'en distingue et mérite qu'on en fasse une étude séparée.

§2- La délégation de pouvoir

687. L'idéal démocratique qui inspire le droit des sociétés implique le respect absolu du principe de séparation des pouvoirs des organes sociaux. Pourtant, la pratique révèle l'existence de mécanismes permettant à un organe de la société anonyme d'exercer suivant certaines modalités, des pouvoirs qui relèvent normalement, selon les dispositions de la loi, des compétences d'un autre organe. Dans le même sens, certains dirigeants peuvent décider de transférer une parcelle de leurs pouvoirs légaux à des personnes techniquement compétentes pour les seconder dans leurs attributions légales en vue d'un bon fonctionnement de la société.

¹⁶⁴⁹ Cass. Com. 13 nov. 2013, n° 12-25.675, *D.* 2014, 183, note B. DONDERO ; *RTD com.* 2013. 765, obs. P. LE CANNU ; *RDC*, 2014, n° 2, p. 167, obs. Y.-M. LAITHIER.

¹⁶⁵⁰ Cass. com. 13 nov. 2013, n° 12-25.675, *BJS*, 2014, § 111, n° 9, p. 177, note P. LE CANNU.

Dans la plupart de ces cas, c'est à la technique de la délégation de pouvoir que les dirigeants de la société ont recours.

688. Si, à l'analyse, la notion suppose une réaffectation à autrui d'attributions normalement dévolues à un mandataire social particulier, il faut noter que l'appellation générique de délégation de pouvoir couvre une double réalité. Il y a d'abord, les hypothèses où le législateur, qu'il s'agisse du droit Ohada ou du droit français¹⁶⁵¹, accorde expressément la possibilité à certains organes sociaux de déléguer une fraction de leur compétence à d'autres.

689. En second lieu, il y a les cas de délégations qui se sont développées en droit des sociétés et qui consistent à adapter les principes généraux du mandat de droit commun¹⁶⁵² aux besoins de fonctionnement des entreprises. De plus en plus définies comme entrant dans « *la catégorie des bonnes pratiques en matière de gouvernance d'entreprise* »¹⁶⁵³, il s'agit notamment des hypothèses de délégations de pouvoirs non expressément prévues par la loi mais devenues courantes en raison de leur utilité diversement justifiée. En considérant respectivement ces deux cas de figures, qui procèdent tous de l'aménagement de la répartition des pouvoirs dans la société anonyme, un auteur suggère de distinguer en la matière, l'« *aménagement contractuel légal* » de « *l'aménagement contractuel pur* »¹⁶⁵⁴.

690. Cette clarification étant apportée, il convient de noter par ailleurs que malgré sa proximité avec le mécanisme de la limitation de pouvoir précédemment étudié¹⁶⁵⁵, la notion de délégation de pouvoir ne s'identifie pas substantiellement à celui-là¹⁶⁵⁶. Alors que la limitation de pouvoir est imposée par le contrat de société à l'organe social qui y est assujetti, la délégation

¹⁶⁵¹ Voir par exemple l'art. L. 225-129 du Code de commerce français.

¹⁶⁵² En ce sens, Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^e éd., 2002, n° 279 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, LGDJ, 2002, t. I, vol. 2, 18^e éd. par M. GERMAIN, n° 1681 ; A. SERIAUX, *Les contrats civils*, PUF, 9^e éd., 2001, n° 133 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997, n° 57 et s.

¹⁶⁵³ M. N. MBAYE et B. AMEWUNU, « La délégation de pouvoirs dans les sociétés commerciales : un moyen de prospérité et de bonne gouvernance des entreprises de l'espace OHADA », in *BEPP*, n°2, oct. 2017, p. 4.

¹⁶⁵⁴ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 97, n° 194. Parlant de la délégation des pouvoirs du président du conseil d'administration et de ceux du conseil d'administration, l'auteur écrit notamment ce qui suit : « *Il résulte des délégations de pouvoirs de ces deux organes, que deux types d'aménagement contractuel de la direction se retrouvent face à face. Concernant le président du conseil d'administration, aucune disposition ne prévoit de délégation conventionnelle de ces attributs, il s'agit donc d'un aménagement contractuel pur. En revanche, pour ce qui est du conseil d'administration, l'aménagement contractuel est prévu par les textes ; il s'agit donc d'un aménagement contractuel légal* ».

¹⁶⁵⁵ Selon la doctrine, « *La comparaison entre la limitation de pouvoirs et la délégation de pouvoirs va nous démontrer l'existence de similitudes fortes entre ces deux mécanismes tant dans leur objet d'une part - la réaffectation de prérogatives normalement dévolues à un mandataire social particulier - que dans leurs limites et conséquences juridiques, d'autre part.* » : cf. : R. GIANNO et A.-E. COMBES, « La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes », in *Gaz. Pal.* n° 155, 4 juin 2002, p. 4 et s.

¹⁶⁵⁶ Sur la nature juridique de la délégation de pouvoir, voir Ph. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 76, n° 13.

de pouvoir procède normalement de la volonté de l'organe social qui envisage de transférer certaines de ses attributions en vue de déconcentrer l'autorité qu'il incarne du fait de son mandat social afin d'assouplir le fonctionnement de la société¹⁶⁵⁷. Par ailleurs, la limitation de pouvoir peut simplement consister à modifier les modalités d'exercice d'un pouvoir d'un organe sans pour autant en confier l'exercice à un autre organe. C'est ainsi que l'exercice d'une attribution légale d'un organe peut, au titre de la limitation de pouvoir convenue dans les statuts, être soumis à l'autorisation d'un autre organe de la société. Sur cet aspect, la délégation de pouvoir se distingue en ce qu'elle suppose un transfert du pouvoir délégué à un délégataire qui l'exerce provisoirement et endosse à l'occasion, les responsabilités y afférentes¹⁶⁵⁸. Au surplus, les deux mécanismes apparaissent dans l'AUSC comme deux possibilités distinctes d'aménager l'organisation légale des pouvoirs dans la société anonyme.

691. Toutefois, limitation et délégation de pouvoir peuvent avoir la même finalité et soulever certaines questions similaires à l'occasion de leur mise en œuvre. Comme la limitation de pouvoir, la délégation de pouvoir est un procédé qui manifeste le choix au sein de la société d'aménager les règles légales de répartition et d'exercice du pouvoir. Non définie par la loi, la délégation de pouvoir renvoie selon certains auteurs « à une forme particulière de mandat, moins volatile qu'un mandat ordinaire, qui a pour objet l'exercice d'une fonction participant à l'organisation du pouvoir au sein de l'entreprise »¹⁶⁵⁹. Ce serait plus précisément un acte unilatéral qui ne nécessite pas le consentement exprès du délégataire¹⁶⁶⁰. Mais il nous semble que la nécessité d'un consentement du délégataire ne saurait être écartée surtout dans les cas où l'importance de la délégation est telle qu'elle entraîne un transfert de la responsabilité sur ce

¹⁶⁵⁷ Voir en ce sens R. GIANNO et A.-E. COMBES, « La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes », *idem* : D'après ces auteurs, selon que l'aménagement des pouvoirs légaux du dirigeant social découle d'une limitation ou d'une délégation de pouvoir, il n'a pas la même origine dans les deux cas : « En effet, dans l'éventualité d'une limitation de pouvoirs, l'assemblée générale ou les statuts en sont à l'origine. Par contre, dans le cas d'une délégation de pouvoirs, théoriquement le mandataire social dirigeant lui-même décide un transfert de ses prérogatives vers une autre personne ».

¹⁶⁵⁸ Cf. C. MASCALA, « La délégation : cause d'exonération de la responsabilité pénale des dirigeants », in *BJS*, 1998, p. 93 ; C. YOUEGO, « Délégation de pouvoirs » : *JCl. Sociétés-Formulaire*, Fasc. C-428, n° 20-23 ; M. N. MBAYE et B. AMEWUNU, « La délégation de pouvoirs dans les sociétés commerciales : un moyen de prospérité et de bonne gouvernance des entreprises de l'espace OHADA », in *BEPP*, n°2, oct. 2017, p. 4.

¹⁶⁵⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 2007, 20^e éd., n° 279. Pour une étude approfondie relative à la notion de délégation de pouvoir, voir N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, 2005.

¹⁶⁶⁰ Toutefois, si la délégation n'a pas à être acceptée, elle doit impérativement être connue de son bénéficiaire. Par ailleurs, la nécessité d'un consentement du délégataire ne saurait être écartée surtout dans le cas où l'importance de la délégation est telle qu'elle entraîne un transfert de la responsabilité du délégant sur ce dernier.

dernier. Dès lors, beaucoup d'auteurs manifestent une inclinaison assez naturelle en faveur d'une analyse contractuelle de la délégation de pouvoir¹⁶⁶¹.

692. En droit Ohada, la question de la délégation de pouvoir n'est pas inconnue. Par des autorisations expresses dans l'AUSC, le législateur autorise certains organes à déléguer certains de leurs pouvoirs à d'autres dans le cadre d'opérations déterminées (**A**). En outre, dans le but de rationaliser le fonctionnement des sociétés commerciales, la doctrine envisage désormais la possibilité du recours à la délégation de pouvoirs qui, en dehors des hypothèses expressément prévues par le législateur, permet de déconcentrer l'exercice du pouvoir surtout dans les grandes sociétés. Ainsi, a-t-on écrit de cette forme de délégation notamment fondé sur le mécanisme du mandat que « *sa pratique trouve son fondement dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui, dans sa rédaction actuelle, privilégie grandement l'implication active des managers et autres hommes de l'art dans la gouvernance des entreprises* »¹⁶⁶². Dès lors, il nous semble justifié d'étudier dans le contexte du droit Ohada, les délégations de pouvoir non expressément consacrées par l'AUSC (**B**).

A- Les délégations de pouvoirs prévues par la loi

693. Dans l'AUSC, certaines dispositions évoquent ponctuellement la possibilité pour certains organes sociaux de déléguer certains de leurs pouvoirs à d'autres organes. La question de l'augmentation du capital social dans la société anonyme en donne une illustration topique. Alors que l'article 564 de l'AUSC dispose que « *l'assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour décider ou, le cas échéant, autoriser une augmentation de capital...* » et pose ainsi le principe de la compétence exclusive de l'assemblée générale extraordinaire en la matière ; d'autres dispositions du même Acte uniforme accorde à cette assemblée, la faculté d'aménager cette compétence par le mécanisme de la délégation de pouvoir. Ainsi, selon l'article 567-1, lorsqu'elle autorise cette opération, l'assemblée générale extraordinaire « *peut déléguer au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, la compétence pour décider de l'augmentation du capital* ». C'est d'ailleurs le seul moyen pour l'assemblée générale extraordinaire de transférer ce pouvoir qui lui est propre puisque le procédé des clauses statutaires auquel on aurait pu songer est interdit par le législateur. Ce dernier dispose à l'article 569 de l'AUSC qu' « *est réputée non écrite toute clause contraire conférant au conseil*

¹⁶⁶¹ Voir notamment D. CHILSTEIN, « La délégation de pouvoirs est-elle de nature contractuelle ? », in *BJS*, 1^{er} nov. 2007, n° 11, p. 1256, note sous Cass. crim. , 23 mai 2007, n° 06-87590 ; J. MESTRE, A.-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCHIO-FLORES, *Le Lamy sociétés commerciales*, 2015, n° 705.

¹⁶⁶² M. N. MBAYE et B. AMEWUNU, « La délégation de pouvoirs dans les sociétés commerciales : un moyen de prospérité et de bonne gouvernance des entreprises de l'espace OHADA », in *BEPP*, n° 2, oct. 2017, p. 4.

d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, le pouvoir de décider de l'augmentation du capital ».

694. Il faut toutefois noter que, sous prétexte de rester fidèle à la lettre de l'article 576-1 de l'AUSC, certains auteurs préfèrent parler d'une délégation de compétence¹⁶⁶³. Cette dernière notion serait la plus adaptée chaque fois que l'assemblée générale extraordinaire se sera seulement contentée d'autoriser l'augmentation de capital. En effet, c'est seulement dans les cas où elle-même a décidé de l'augmentation du capital que l'article 568 de l'AUSC parle expressément de délégation de « *pouvoirs* »¹⁶⁶⁴. Mais pour autant que certains auteurs tiennent à les distinguer¹⁶⁶⁵, délégation de pouvoir et délégation de compétence consistent toutes en une faculté laissée à un organe de confier à un autre, une attribution qui lui est en principe exclusivement réservée¹⁶⁶⁶. Mieux, l'intérêt d'une distinction entre la délégation de pouvoir et la délégation de compétence nous paraît négligeable dans le cadre de la présente étude puisque, même quand elle se réfère à la compétence, la délégation assure un réel transfert de pouvoirs au profit du conseil d'administration ou de l'administrateur général¹⁶⁶⁷.

695. En tant que tel, le législateur définit un certain nombre de règles que la délégation doit respecter dans le cadre des augmentations de capital. Ainsi, lorsque conformément à l'article 567-1, le conseil d'administration ou l'administrateur général est fait délégataire de « *la compétence pour décider de l'augmentation du capital* », la délégation fixe le plafond global

¹⁶⁶³ « *L'AUSCGIE consacre une véritable délégation de compétence décisionnelle au conseil d'administration en matière d'augmentation du capital* » : P.-C. DJÉDJÉ, L. YONDO BLACK, et alii, « Simplification des règles de constitution et de fonctionnement des sociétés commerciales en zone Ohada » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 66.

¹⁶⁶⁴ C'est seulement quand l'assemblée générale extraordinaire décide elle-même de l'augmentation du capital qu'elle peut déléguer des « *pouvoirs* » conformément à l'article 568 de l'AUSC. Sur la distinction entre autorisation décision d'augmentation du capital social, voir B. MERCADAL (dir.), *Code Pratique OHADA. Traité, Actes uniformes et Règlements annotés*, éd. Francis LEFEBVRE, 2014, commentaires sous art. 568 AUSC, p. 1230.

¹⁶⁶⁵ Voir notamment N. ABDELMOUMEN, *Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, n° 882. Distinguant la délégation de pouvoir de la délégation de compétence, m'auteur écrit que « *La délégation de compétence est une notion nouvelle en droit commercial* ».

¹⁶⁶⁶ D'après la doctrine, il faut entendre la délégation de compétence « *comme la faculté laissée par l'assemblée générale à l'organe de direction, de partager une compétence concurrente qui lui était précédemment exclusivement réservée* » : cf. : J.-P. MATTOUT, « Les nouveaux pouvoirs financiers des organes de direction » : *Rev. sociétés* 2004, p. 543.

¹⁶⁶⁷ Voir article 576-1 de l'AUSC qui dispose *in fine* qu'à la faveur de la délégation de compétence, « *le conseil d'administration ou l'administrateur général dispose alors de pouvoirs nécessaires ...* ».

On pourrait à la rigueur distinguer les deux notions sur la base de la nature du pouvoir qui est délégué. Ainsi, certains auteurs ont écrit à propos du droit Ohada que les « *dispositions de l'article 568 qui renvoient à une délégation aux fins d'exécution* » alors que l'article 567-1 de l'AUSC permet « *au conseil d'administration de disposer d'une véritable compétence décisionnelle en matière d'augmentation de capital, si tel est le souhait formulé par les actionnaires* » : P.-C. DJÉDJÉ, L. YONDO BLACK, et alii, « Simplification des règles de constitution et de fonctionnement des sociétés commerciales en zone Ohada » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 66.

de l'augmentation et doit doter le délégataire d'un large éventail de pouvoirs pour une durée qui ne peut excéder vingt-quatre mois. Mais il est possible que l'assemblée générale extraordinaire délègue moins de pouvoirs en fixant elle-même tout ou partie des modalités d'émission et ne confie au délégataire que le pouvoir de réaliser l'augmentation et de modifier corrélativement les statuts de la société¹⁶⁶⁸. Dans l'un ou l'autre des cas, l'augmentation du capital doit être réalisée dans un délai de trois ans à compter de l'assemblée générale qui l'a autorisée ou décidée¹⁶⁶⁹.

696. Dans bien d'autres cas, le législateur Ohada prévoit, comme c'est le cas en droit français, la possibilité pour l'assemblée générale de déléguer des pouvoirs, qui lui sont normalement propres, au conseil d'administration ou à l'administrateur général¹⁶⁷⁰. Selon la doctrine, la délégation de pouvoir permet d'assouplir sensiblement le régime des augmentations du capital¹⁶⁷¹ et consacre une réelle « *rétrocession de la faculté de décider* »¹⁶⁷². Elle entame la souveraineté de l'assemblée générale à qui elle retire l'exclusivité de certaines compétences qui lui ont longtemps été réservées¹⁶⁷³. Dès lors, on voit bien que la faculté de délégation de pouvoir, telle qu'elle est prévue par les dispositions légales étudiées ci-dessus, exprime le caractère relatif du principe de la spécialisation des organes sociaux qui peuvent librement décider de déléguer certains pouvoirs qui leur sont propres.

697. Par ailleurs, prenant en compte l'impossibilité matérielle pour les dirigeants d'exercer personnellement l'ensemble des prérogatives attachées à leurs fonctions sociales, le législateur aménage aussi pour certains d'entre eux, la possibilité de se faire assister d'un ou de plusieurs délégués. On peut citer dans cette catégorie, la délégation de pouvoir dont le président-directeur

¹⁶⁶⁸ Voir art. 568 AUSC.

¹⁶⁶⁹ Art. 571 AUSC.

¹⁶⁷⁰ Il en est ainsi dans le cas de la réduction du capital social de la société anonyme (art. 628 AUSC), de l'émission, du rachat et de la conversion des actions de préférences (art. 778-2 AUSC) ou encore du pouvoir de décider ou d'autoriser l'émission d'autorisations (art. 783 AUSC).

¹⁶⁷¹ N. ABDELMOUMEN, *Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 388, n° 875.

¹⁶⁷² Ph. BISSARA, « Interdépendance et coopération des organes sociaux de la société anonyme classique », in *Aspects actuels du droit des affaires-Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 125, n° 7.

¹⁶⁷³ Selon F. DEBOISSY, « L'essentiel des réformes : le renforcement de la démocratie actionnariale » : *Petites aff.* - 02/08/2007 - n° 154 - page 13, n° 20 : « *Un certain nombre de compétences, pourtant essentielles, ne sont plus aujourd'hui des compétences réservées, ce qui signifie qu'elles peuvent être déléguées aux dirigeants* ». L'auteur raffermi son opinion en affirmant par ailleurs que même dans les cas où cette délégation est autorisée par l'assemblée, la souveraineté de cette dernière n'en demeure pas pour autant intacte. Pour elle, penser le contraire, « *ce serait oublier que, chaque fois que le pouvoir de décision est retiré à l'assemblée, les actionnaires minoritaires se trouvent mécaniquement exclus de la prise de décision, sans possibilité de faire entendre leur voix ou de peser sur la décision sociale, ce qui n'est pas pleinement conforme à l'idéal démocratique, spécialement s'agissant de décisions susceptibles d'avoir une incidence sur le montant et la composition du capital social* ».

Voir aussi M. LOY, « Les nouvelles règles de délégation en matière d'augmentation de capital », *JCP*, E, 2004, 1291 ; J.-P. MATTOUT, « Les nouveaux pouvoirs financiers des organes de direction », *Rev. sociétés* 2004, p. 543 ; P. TOURRES, « Augmentation de capital : l'élargissement des délégations », *Rev. Dr. et Patr.* 2004, p. 87.

général prend l'initiative en proposant, à la nomination par le conseil d'administration, une ou plusieurs personnes physiques en qualité de directeurs généraux adjoints¹⁶⁷⁴. Librement choisi par le PDG, ce dernier définit en accord avec le conseil d'administration, l'étendue des pouvoirs à déléguer au directeur général adjoint. Les mêmes règles sont aussi aménagées au profit de l'administrateur général qui peut déléguer certains de ses pouvoirs¹⁶⁷⁵. Dans l'un et l'autre de ces cas, on peut facilement noter que les rédacteurs de l'AUSC ont voulu que la « *délégation de pouvoir soit consensuelle* »¹⁶⁷⁶.

698. En raison de ce qui précède, on peut affirmer que le législateur Ohada n'est pas resté insensible à l'utilité que peut présenter le mécanisme de la délégation de pouvoir pour le fonctionnement de la société commerciale. Mais comme nous l'enseigne la pratique en droit français, les délégations prévues dans la loi par le législateur ne suffisent pas à prévenir toutes les difficultés que peut rencontrer un dirigeant dans l'exercice solitaire et personnel de toutes les prérogatives attachées à sa qualité. Dès lors, les praticiens vont au-delà des prévisions légales pour mettre en place des délégations de pouvoirs non expressément envisagées par le législateur. Ces modalités de délégation qu'on pourrait qualifier de droit commun s'inspirent notamment de la délégation de pouvoir telle qu'elle est conçue en droit public¹⁶⁷⁷ ainsi que du régime juridique du mandat. Très courantes dans la pratique française, ces autres délégations semblent avoir reçu l'onction des juges au fil des décisions de justice qui ont participé à asseoir leur régime¹⁶⁷⁸. En quoi consistent-elles ? A quelles conditions sont-elles possibles ? Sont-elles envisageables en droit Ohada ?

B- Les autres délégations

699. Ces autres délégations sont celles qui ne se fondent sur aucune autorisation légale expresse du droit des sociétés et qui se sont développées sous l'influence favorable de la

¹⁶⁷⁴ Voir art. 472 AUSC.

¹⁶⁷⁵ Voir les dispositions des articles 510 et suivants de l'AUSC.

¹⁶⁷⁶ E. MIESSAN, « L'administration et la direction de la société anonyme de type nouveau issue de la réforme du droit des sociétés commerciales applicable dans la zone Ohada », disponible sur www.ohada.com, réf. Ohadata D-07-06. Cette nature consensuelle de la désignation du dirigeant adjoint n'est pas sans importance. Elle signifie que le délégant consent au même titre que l'ensemble des actionnaires ou le conseil d'administration selon le cas à transférer des pouvoirs dont l'étendu est tout autant défini de commun accord. Ainsi le consentement de délégant qui est important dans le mécanisme de la délégation est clairement exprimé.

¹⁶⁷⁷ Dès 1892, le Conseil d'État décrit la délégation de pouvoirs comme « *l'opération par laquelle l'organe titulaire d'une compétence (délégant) décide qu'un autre organe (déléataire) en disposera pendant un certain temps, sans que soit pour autant abrogée la règle initiale* » ; CE, 2 déc. 1892 : S. 1894, 3, p. 97, conclusions M. ROMIEU et note M. HAURIOU.

¹⁶⁷⁸ A. M. DIKOR, « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux du fait d'infractions non intentionnelles » : *Rev. ERSUMA*, n° 6, nouvelle édition, Jan. 2016, p. 499 : « *En France, la délégation des pouvoirs a été consacrée dès la fin du XIXe siècle, mais ce n'est que progressivement que la jurisprudence va dégager les contours de ce mécanisme que le législateur s'était refusé à consacrer jusqu'à la loi du 13 mai 1996* ».

jurisprudence en l'absence de dispositions légales¹⁶⁷⁹. Normalement, en dehors des cas expressément prévus par la loi, le principe de la spécialisation des organes de la société anonyme voudrait que chaque organe exerce ses attributions telles qu'elles lui sont reconnues par la loi. En effet, les tribunaux ont posé depuis l'arrêt Motte, la règle de la répartition impérative des fonctions sociales de laquelle il ressort que « *la structure théorique* »¹⁶⁸⁰ de la société ne peut être remise en question par des aménagements conventionnels pouvant altérer le modèle légal de l'organisation des pouvoirs¹⁶⁸¹.

700. Toutefois, comme il a été écrit, « *si le principe de répartition des fonctions signifie que les organes sociaux ne peuvent se dessaisir des pouvoirs afférents à leurs fonctions, on ne saurait pour autant en conclure que ces pouvoirs ne peuvent faire l'objet d'aucune délégation* »¹⁶⁸². Pour cet auteur, si chaque organe doit, en application du principe précité, conserver la maîtrise des pouvoirs attachés à ses fonctions, rien n'indique qu'il doive personnellement exercer lesdits pouvoirs : l'exercice du pouvoir peut donc être délégué dès lors que le délégant en conserve la maîtrise. Le contexte actuel de la gouvernance des entreprises est celui d'« *un mouvement favorable à la délégation* »¹⁶⁸³ et, en tant que tel, « *dès lors que ni la loi, ni les statuts n'interdisent expressément la délégation d'un pouvoir, celui-ci peut faire l'objet d'une délégation* »¹⁶⁸⁴. Telle est l'analyse qui justifie le recours à des délégations de pouvoirs non expressément prévues par la loi.

701. En droit Ohada, cette délégation purement conventionnelle semble recueillir les faveurs de la doctrine alors même que le législateur ne l'a pas explicitement consacrée¹⁶⁸⁵. Selon le Professeur Mayatta Ndiaye MBAYE, elle est aujourd'hui « *un signe externe de bonne gestion d'entreprise pour la satisfaction des attentes juridiques, sociales, fiscales et économiques* »¹⁶⁸⁶ et en tant que telle, complète l'auteur, « *elle intègre d'ailleurs la catégorie des bonnes pratiques en matière de gouvernance d'entreprise* »¹⁶⁸⁷. Plus précisément, l'auteur soutient que la

¹⁶⁷⁹ Voir C. YUEGO, « Délégation de pouvoirs » : *JCl. Sociétés-Formulaire*, Fasc. C-428, n° 1.

¹⁶⁸⁰ D. VIDAL, F. MASQUELIER et N. SIMON DE KERGUNIC, « La délégation de pouvoirs dans la société anonyme », in *Actes prat. ing. Sociétaire*, n° 50, mars 2000, p. 7.

¹⁶⁸¹ En ce sens, J. MESTRE et D. VELARDOCCIO, *Lamy Sociétés commerciales*, 2011, n° 37.

¹⁶⁸² L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », disponible sur http://lext.so/S_ED010, n° 180.

¹⁶⁸³ R. MORTIER, « Validité de la délégation de pouvoir à durée indéterminée », in *Dr sociétés*, n° 5, Mai 2012, comm. 75, note sous Cass. com. 17 janv. 2012, n° 10-24.811.

¹⁶⁸⁴ L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », disponible sur http://lext.so/S_ED010, n° 180.

¹⁶⁸⁵ A. M. DIKOR, « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux du fait d'infractions non intentionnelles » : *Rev. ERSUMA*, n° 6, nouvelle édition, Jan. 2016, p. 499. L'auteur écrit à ce propos que dans l'espace Ohada, « *le législateur n'a pas encore consacré le mécanisme de la délégation du pouvoir. Plusieurs dispositions de l'AUDSCGIE fixent des règles relatives à l'empêchement des dirigeants sociaux, qu'il ne faut pas confondre avec le mécanisme de la délégation des pouvoirs, lequel opère en cas d'empêchement ou non* ».

¹⁶⁸⁶ M. N. MBAYE et B. AMEWUNU, « La délégation de pouvoirs dans les sociétés commerciales : un moyen de prospérité et de bonne gouvernance des entreprises de l'espace OHADA », in *BEPP*, n°2, oct. 2017, p. 4.

¹⁶⁸⁷ *Idem*.

délégation de pouvoir est pour les sociétés commerciales, notamment celles de grande taille, un « levier consensuel de gestion dans l'intérêt social » qui doit être systématiquement mis en œuvre toutes les fois où les dirigeants ressentent la nécessité d'optimiser la structure interne de leur entreprise. En effet, sous le régime de l'AUSC de 1997, la lecture et l'interprétation qui primaient dans la doctrine et la jurisprudence semblaient nier toute possibilité de déléguer des pouvoirs en dehors des hypothèses expressément consacrées par le législateur¹⁶⁸⁸. Mais désormais, ainsi que l'affirme le Professeur MBAYE, la pratique de cette forme de délégation de pouvoir trouve son fondement dans l'AUSC de 2014 qui, « privilégie grandement l'implication active des managers et autres hommes de l'art dans la gouvernance des entreprises »¹⁶⁸⁹. Pour cette raison, conclut l'auteur, « sa concrétisation et sa systématisation, même contraires à la centralisation des pouvoirs tant usitée par les entreprises africaines, sont attendues » en pratique¹⁶⁹⁰. A cet effet, pour une pratique efficiente de la délégation conventionnelle de pouvoir en droit Ohada, un auteur suggère aux « jurislatoeurs [de l'espace Ohada] de s'inspirer des solutions ayant déjà fait leur preuve sous d'autres cieux, pour les adapter à leur environnement juridique »¹⁶⁹¹. Dans ce sens, la jurisprudence française a dégagé certaines règles d'encadrement des délégations conventionnelles de pouvoir qu'il est intéressant de rappeler ici à toutes fins utiles.

702. En droit français, sous réserve de conserver certaines prérogatives expressément attachées à sa fonction sociale qui doivent être personnellement exercées par leur titulaire¹⁶⁹², chaque organe de la société, notamment celui qui détient le pouvoir légal de la représentation

¹⁶⁸⁸ Selon Michel Alain DIKOR, cela est particulièrement vrai « s'agissant du juge national ou régional de l'espace OHADA, qui, malgré la pratique réelle du pouvoir de délégation, n'a pas à notre connaissance consacré ce mécanisme » : A. M. DIKOR, « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux du fait d'infractions non intentionnelles » : *Rev. ERSUMA*, n° 6, nouvelle édition, jan. 2016, p. 499.

¹⁶⁸⁹ M. N. MBAYE et B. AMEWUNU, « La délégation de pouvoirs dans les sociétés commerciales : un moyen de prospérité et de bonne gouvernance des entreprises de l'espace OHADA », in *BEPP*, n°2, oct. 2017, p. 4. Voir aussi C. HEURTEUX, « Partage du pouvoir de décision et mécanisme de délégation dans les entreprises » : *Petites aff.* 19 nov. 1997, p. 7, n°139 et s.

¹⁶⁹⁰ M. N. MBAYE et B. AMEWUNU, « La délégation de pouvoirs dans les sociétés commerciales : un moyen de prospérité et de bonne gouvernance des entreprises de l'espace OHADA », *idem*.

¹⁶⁹¹ A. M. DIKOR, « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux du fait d'infractions non intentionnelles » : *Rev. ERSUMA*, n° 6, nouvelle édition, Jan. 2016, p. 500.

¹⁶⁹² A ce propos, certains auteurs parlent de « pouvoirs réservés » (N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, 2005, n° 95) ou de « pouvoirs spéciaux » (D. VIDAL, F. MASQUELIER et N. SIMON DE KERGUINIC, « La délégation de pouvoirs dans la société anonyme », in *Actes prat. ing. Sociétaire*, n° 50, mars 2000, p. 7, spéc. n° 21 à n° 25). Il en est par exemple ainsi du pouvoir de décision du conseil d'administration. En tant qu'organe collégial qui ne délibère valablement qu'en présence d'un quorum suite à la convocation de tous ses membres, il semble exclu que le conseil puisse déléguer son pouvoir de décision à un tiers ou même à un comité d'administrateurs.

de cette dernière¹⁶⁹³, a la possibilité de consentir des délégations de pouvoirs à des tiers. Au début, les juges ont admis la délégation de pouvoirs dans le but d'éviter que la rigueur du principe de responsabilité du chef d'entreprise ne confine à l'absurde¹⁶⁹⁴. Autrefois donc, la délégation de pouvoir « *constituait uniquement un moyen pour faire peser la responsabilité civile ou pénale sur des personnes qui, proches du terrain, ont effectivement la tâche de veiller au respect des règles et usages en vigueur* »¹⁶⁹⁵. Toutefois, sauf les cas où la loi le prévoit, la délégation demeurait exclue pour les actes relevant des fonctions de direction. Il a fallu attendre l'année 1993 pour que la Cour de cassation modifie sa jurisprudence constante par un renouvellement de sa position de principe¹⁶⁹⁶. Désormais, la Haute juridiction française décide que la délégation est admise sauf les cas où la loi l'exclut¹⁶⁹⁷.

703. A cet effet, certaines conditions de validité se dégagent de la jurisprudence. D'abord, la délégation de pouvoir doit porter sur des prérogatives susceptibles d'être déléguées. Elle doit ensuite être limitée dans son objet¹⁶⁹⁸ tel qu'il ressort de plusieurs décisions de la Cour de cassation française¹⁶⁹⁹. Il faut par ailleurs que le délégant, qui peut être un tiers à la société, ait l'aptitude à exercer le pouvoir délégué, c'est-à-dire qu'il ait non seulement la compétence¹⁷⁰⁰

¹⁶⁹³ La représentation de la société est, selon la formule de trois auteurs, « *le domaine d'élection de la délégation de pouvoirs* » : D. VIDAL, F. MASQUELIER et N. SIMON DE KERGUNIC, « La délégation de pouvoirs dans la société anonyme », in *Actes prat. ing. Sociétaire*, n° 50, mars 2000, p. 7, spéc. n° 15.

¹⁶⁹⁴ Cass. crim., 28 juin 1902, *Bull. crim.*, n° 237, p. 425. En effet, avant cette décision, la cour de cassation faisait obligation au chef d'entreprise de veiller personnellement à la stricte et constante observation des lois dans l'entreprise et par conséquent, présumait sa responsabilité pénale chaque fois qu'une infraction était commise dans l'entreprise.

¹⁶⁹⁵ M. N. MBAYE et B. AMEWUNU, « La délégation de pouvoirs dans les sociétés commerciales : un moyen de prospérité et de bonne gouvernance des entreprises de l'espace OHADA », in *BEPP*, n°2, oct. 2017, p. 4.

¹⁶⁹⁶ Cass. crim., 11 mars 1993, n° 92-80.773, *Bull. crim.*, n° 112, arrêts 1,3,4 et 5.

¹⁶⁹⁷ C. HEURTEUX, « Partage du pouvoir de décision et mécanisme de délégation dans les entreprises » : *Petites aff.* 19 nov. 1997, p. 7, n°139.

¹⁶⁹⁸ En effet, Le délégant ne pouvant se dessaisir de l'intégralité de ses pouvoirs, il ne saurait être admis de délégation générale de pouvoirs. Voir en ce sens Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 2002, 5e éd., n° 279 ; Y. GUYON, *Droit des affaires. Droit commercial général et sociétés*, Economica, 2001, t. I, n° 343 ; J. MESTRE ET D. VELARDOCCIO, *Lamy Sociétés commerciales*, 2011, n° 3594 ; D. VIDAL, F. MASQUELIER et N. SIMON DE KERGUNIC, « La délégation de pouvoirs dans la société anonyme », in *Actes prat. ing. Sociétaire*, n° 50, mars 2000, p. 7, spéc. n° 53.

¹⁶⁹⁹ Voir Cass. com., 4 juin 1946 : *JCP G* 1946, II, 3518, note D. BASTIAN ; S. 1947, I, p. 153, note É. BARBY ; Cass. com., 11 juin 1965 : *BJS*, oct. 1965, p. 316, n° 169-I ; D. 1965, jur. p. 782 ; *RTD com.* 1965, p. 861, obs. R. HOUIN ; Cass. com., 6 mai 1996, n° 93-16558 : *Bull. civ.*, IV, n° 111 ; *BJS*, oct. 1996, p. 821, n° 286, note P. LE CANNU ; D. 1996, somm. p. 346, note J.-C. HALLOUIN.

¹⁷⁰⁰ La compétence renvoie à la capacité du délégataire de prendre les décisions opportunes. Elle s'apprécie *in concreto* et, en pratique, aboutit à réserver la délégation aux cadres de l'entreprise. En ce sens, J.-F. RENUCCI, *Délégation de pouvoirs*, Francis Lefebvre, coll. Thémexpress, n° 19.

mais qu'il soit aussi doté de l'autorité¹⁷⁰¹ et des moyens¹⁷⁰² nécessaires à l'exécution de la mission dont il est le délégataire. De fait, dans la plupart des cas, la délégation de pouvoir deviendra caduque en cas de perte par le délégataire de l'un de ses éléments¹⁷⁰³.

704. Plus généralement, la réunion de ces conditions est nécessaire pour que la délégation de pouvoir produise l'effet d'exonération de responsabilité au profit du délégataire. Notons par ailleurs qu'aucune condition de forme n'est expressément exigée pour la validité de la délégation de pouvoir¹⁷⁰⁴. Néanmoins, même si la preuve de la délégation n'est soumise à aucune forme particulière, il est recommandé qu'elle soit établie par écrit pour servir notamment de preuve non seulement de son existence mais surtout de l'étendue précise des pouvoirs délégués¹⁷⁰⁵.

705. Si en raison de ce qui précède, on est fondé à avoir moins d'appréhension quant à la possibilité d'aménager l'exercice des pouvoirs dans les sociétés anonymes par des modalités de délégation non expressément prévues par le législateur, il est à craindre un usage de la technique à des fins contraires à l'intérêt de la société. Pour ce faire, la doctrine recommande à la pratique que la délégation de pouvoir soit « *utilisée à bon escient pour faire office de facteur d'attractivité économique et de prospérité des entreprises* »¹⁷⁰⁶. Elle ne doit pas être qu'un moyen pour le délégant de s'exonérer de sa responsabilité. Dans le même sens, on pense en doctrine, que, même si l'hypothèse d'une subdélégation de pouvoirs peut être envisagée en droit

¹⁷⁰¹ L'autorité suppose que le délégataire dispose d'un pouvoir de commandement qui lui permette de faire respecter les consignes données mais aussi une autonomie dans le pouvoir de décision qui interdit de reconnaître l'existence d'une délégation au profit d'un préposé qui ne serait doté d'aucun pouvoir d'initiative et serait sous la coupe constante d'un supérieur hiérarchique ; Voir en ce sens Cass. crim., 21 janv. 1911, *Bull. crim.*, n° 54 ; T. DALMASSO, *La délégation de pouvoirs*, éd. Joly, coll. Pratique des affaires, 2000, n° 53.

¹⁷⁰² Les moyens visés sont envisagés de manière globale. Le délégataire doit disposer de l'ensemble des moyens humains, matériels et juridiques lui permettant d'exécuter sa mission. Le délégant est à cet égard tenu de faire en sorte que le délégataire dispose effectivement de ces moyens. Voir Cass. crim., 12 mai 2009, n° 08-82.187.

¹⁷⁰³ C. YUEGO, « Délégation de pouvoirs » : *JCl. Sociétés-Formulaire*, Fasc. C-428, n° 25.

¹⁷⁰⁴ Cette non exigence de condition de forme résulte de la proximité de la délégation avec le mandat se fonde dans les dispositions de l'article 1985 du code civil selon lequel « *Le mandat peut être donné par acte authentique ou par acte sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement (...). L'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire* ». En ce sens, voir Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44200 : *BJS*, janv. 2010, p. 20, n° 3, note N. FERRIER ; *Petites aff.* 4 mars 2010, p. 9, note B. SAINTOURENS. La chambre sociale a en effet rappelé qu'il n'est pas nécessaire que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit. Voir aussi Cass. soc., 19 janvier 2005, *Dr. sociétés* 2005, p. 475, obs. J. SAVATIER ; Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095 : *BJS*, n° 12, 2010, p. 981, note M. GERMAIN et P.-L. PERIN : « *cette jurisprudence paraît à vrai dire assez libérale, en admettant les délégations non écrites* » Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-30.215 : *L'Essentiel-Droit des contrats*, n° 1, 2011, p. 4, note D. GALLOIS-COCHET, *BJS*, n° 12, 2010, p. 951, Editorial de F.-X. LUCAS ; *Gaz. Pal.* 9 déc. 2010, p. 9, note A. ZATTARA-GROS ; Cass. soc., 26 janv. 2011, n° 08-43475 : *CSBP*, mars 2011, n° 228, p. 78, note M. FATREZ ; Cass. soc., 18 nov. 2003, n° 01-43608 : *CSBP* févr. 2004, p. 99, obs. F.-J. PANSIER.

¹⁷⁰⁵ C. YUEGO, « Délégation de pouvoirs » : *JCl. Sociétés-Formulaire*, Fasc. C-428, n° 17 et 18.

¹⁷⁰⁶ M. N. MBAYE et B. AMEWUNU, « La délégation de pouvoirs dans les sociétés commerciales : un moyen de prospérité et de bonne gouvernance des entreprises de l'espace OHADA », in *BEPP*, n°2, oct. 2017, p. 4.

de l'OHADA, il semble plus sûr de le déconseiller en raison de l'état actuel des mentalités, et de la cascade des responsabilités que ce mécanisme pourrait entraîner¹⁷⁰⁷.

706. Eu égard aux différents mécanismes d'aménagement du pouvoir qui ont illustré notre propos dans les développements qui précèdent, on peut conclure que l'exercice du mandat social dans la société anonyme aboutit très souvent en pratique à un éclatement des pouvoirs qui le constituent ainsi que des responsabilités attenantes¹⁷⁰⁸. Cela traduit non seulement un assouplissement de la répartition légale des pouvoirs des dirigeants au moyen de mécanismes de nature contractuelle, mais démontre aussi le caractère relatif du principe de la spécialisation des organes sociaux¹⁷⁰⁹.

707. Dans un tel contexte caractérisé par un envahissement du domaine, longtemps jugé impératif, de la gestion du pouvoir dans les sociétés par les aménagements contractuels organisés par la pratique, un autre mécanisme est de nature à assouplir le fonctionnement des organes de la société anonyme et la gestion du pouvoir en leur sein. Il s'agit de la possibilité de créer dans l'organigramme de la société, des organes dont la raison d'être est d'introduire une certaine flexibilité dans la direction de la société anonyme.

Section 2 : La création d'organes complémentaires pour alléger le fonctionnement social

708. La complexité et la rigidité du fonctionnement de la société anonyme longtemps dénoncées sont intimement liées à sa structure interne exclusivement prévue par la loi. Le législateur prévoit les organes pouvant intervenir dans son fonctionnement, les dote de pouvoirs suivant un principe de spécialisation de chacun d'eux et les organise suivant une hiérarchie souvent rappelée en doctrine¹⁷¹⁰. Dans un tel contexte, les actionnaires se retrouvent liés par les

¹⁷⁰⁷ A. M. DIKOR, « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux du fait d'infractions non intentionnelles » : *Rev. ERSUMA*, n° 6, nouvelle édition, Jan. 2016, p. 500.

¹⁷⁰⁸ Dans ce sens, voir R. GIANNO et A.-E. COMBES, « La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes », *op. cit.* Pour ces auteurs, l'exercice du mandat social dans les sociétés anonymes est de plus en plus tributaire de pratiques tendant à adapter le fonctionnement et les attributions des organes sociaux aux besoins organisationnels de l'entreprise. Selon eux, les aménagements des prérogatives des mandataires sociaux conduisent à une dénaturation du mandat social, tel que conçu dans la loi française de 1966.

¹⁷⁰⁹ Sur le caractère relatif du principe de la spécialisation des organes sociaux, voir Ph. BISSARA, « Interdépendance et coopération des organes sociaux de la société anonyme classique », in *Aspects actuels du droit des affaires-Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 116.

¹⁷¹⁰ Selon le Professeur Philippe BISSARA, une analyse de l'arrêt Motte dans lequel la Cour a évoqué la « hiérarchie » des organes sociaux pour censurer un transfert statutaire de compétence, ensemble avec d'autres décisions où les juges révèlent que l'assemblée dispose de « pouvoirs souverains » permet de déduire « une hiérarchie juridique implicite des organes qui correspond d'ailleurs à la perception dominante de la doctrine (...) : au sommet, l'assemblée générale des actionnaires, puis le conseil d'administration, d'ailleurs composé de membres désignés par l'assemblée, enfin, le directeur général, désigné par le conseil » : Ph. BISSARA, « Interdépendance et coopération des organes sociaux de la société anonyme classique », in *Aspects actuels du droit des affaires-Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 118.

dispositions légales et ne sauraient envisager de créer un organe non prévu par le législateur au risque de bouleverser la hiérarchie des organes légaux et le contenu des pouvoirs tels qu'attribués à chacun d'eux.

709. C'est du moins l'interprétation à laquelle peut donner lieu l'avis de la CCJA du 26 avril 2000 qui, rappelant le caractère d'ordre public de l'AUSC, a estimé que, pour n'avoir pas été expressément prévu par la loi, les actionnaires d'une société anonyme ne pouvaient prévoir un poste de vice-président sans violer les dispositions de l'AUSC. En raison du caractère consultatif dudit avis¹⁷¹¹ et des réserves qu'il a suscitées dans la doctrine¹⁷¹², la question qui était soumise à la CCJA ne semblait pas avoir été tranchée. Mais depuis la réforme de l'AUSC dont la faveur pour l'assouplissement des règles de fonctionnement des sociétés ne fait pas de doute, cette interrogation retrouve un terrain favorable à son renouvellement.

710. Avant de revenir sur la problématique de la création, en droit des sociétés anonymes de l'Ohada, d'organes non prévus par la loi (§2), Il sera préalablement traité de la question de la création des comités spécialisés, rendue possible par l'AUSC. Celle-ci traduit aussi la nécessité d'introduire de la flexibilité dans l'organisation de la direction de la société anonyme mais présente la particularité d'être expressément consacrée par le législateur (§1).

§1- Les comités spécialisés

711. Très variés en pratique, les comités spécialisés ont un contenu dont l'unité ne fait pas l'unanimité dans la doctrine. Alors que pour certains les expressions "comité d'études", "comité consultatif" ou "comité directeur" désignent la même réalité¹⁷¹³, d'autres font une

¹⁷¹¹ Conformément à l'article 14 du traité de l'Ohada, la CCJA peut être consultée par tout Etat-partie ou par le conseil des ministres sur toutes questions relatives à l'interprétation et à l'application commune du traité ainsi que des règlements pris en son application, des actes uniformes et des décisions. Il s'agit là, selon les termes du législateur, d'une « *faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour* ».

Cette dernière l'a d'ailleurs clairement reconnu le caractère purement consultatif des avis qu'elle rend. Ainsi a-t-elle affirmé à propos d'un de ces avis que : « *certes, il s'agit d'un simple avis dépourvu de tout effet décisoire découlant de l'autorité de la chose jugée et de la force de chose jugée* » ; cf. CCJA, avis n° 01/99/JN du 7 juillet 1999.

¹⁷¹² « *Bien que le poste de vice président ne soit pas prévu par l'Acte uniforme, la position des juges de la CCJA est fortement critiquable dans la mesure où elle n'indique pas en quoi la mesure préconisée lui est contraire. Le principe de la liberté contractuelle ne s'oppose nullement à la création d'un organe non prévu par la loi...* » : cf. P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales de l'Ohada », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, n°7.

Voir aussi M. O. SALAH, A. CISSE, « Quelle place pour les vice-présidents dans les sociétés anonymes ? (Avis de la CCJA n° 2/2000/EP du 26 avr. 2000) », in *Africajuris, hebdomadaire d'informations juridiques et d'annonces légales*, n° 19, 6-12 juin 2002, pp. 4-5 ; CCJA, avis n° 2/2000/EP du 26 avr. 2000, Observations de J. ISSA-SAYEGH, disponible sur www.ohada.com, Réf. Ohadata J-02-03.

¹⁷¹³ Traitant des comités de direction, un auteur dit notamment qu'ils « *connaissent diverses appellations au gré des entreprises : "comité d'étude", "comité directeur", "comité consultatif"* » : M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 87, n° 166.

claire démarcation entre “comité d’étude” et “comité de direction” qui devraient être distingués à plusieurs égards¹⁷¹⁴. Convaincu que cette dernière approche est plus proche de la réalité du fonctionnement des sociétés anonymes, il nous paraît rationnel d’adopter l’appellation de « *comités spécialisés* »¹⁷¹⁵ pour désigner l’ensemble des mécanismes qui illustrent la technique juridique que nous entendons exposer ici. Cela dit, il faut noter que les comités spécialisés les plus fréquents sont, soit des comités d’étude ou soit les comités de direction¹⁷¹⁶.

712. Essentiellement issus de la création de la pratique, « *les possibilités offertes à la liberté contractuelle de créer des comités de direction sont moins grandes dans la société anonyme que dans la société par actions simplifiée* »¹⁷¹⁷. Dès lors, « *en France, le développement des comités spécialisés s’est fait de façon empirique, sans se fonder sur une définition légale* »¹⁷¹⁸. Ils finiront par faire florès à la faveur des recommandations en matière de gouvernement d’entreprise¹⁷¹⁹. Ainsi, leur création relève non seulement de la nécessité d’introduire une certaine flexibilité dans les sociétés anonymes mais constitue par ailleurs « *une composition essentielle du gouvernement d’entreprise* »¹⁷²⁰.

713. Visiblement sensibles aux arguments de la doctrine favorable aux comités spécialisés, les rédacteurs de l’AUSC, rendent leur création possible dans les sociétés anonymes de droit Ohada. En effet, selon un auteur¹⁷²¹, la création des comités spécialisés vise à satisfaire certains

¹⁷¹⁴ Voir R. GIANNO et A.-E. COMBES, « La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes », in *Gaz. Pal.* n° 155, 4 juin 2002, p. 4 et s.

¹⁷¹⁵ L’appellation de « *comités spéciaux* » a en effet été employée par le Professeur BADJI pour désigner la variété de comités qui participent à aménager l’organisation de la direction des sociétés anonymes. Sur cette notion, voir P. S. BADJI, « OHADA et bonne gouvernance d’entreprise », disponible sur www.ohada.com, Réf. Ohadata D-17-23, p. 10.

¹⁷¹⁶ Pour autant, les comités spécialisés assument d’autres fonctions dans les sociétés anonymes. Dans ce sens, voir notamment : C. PIOT, « Les comités de rémunération et de sélection sont-ils perçus comme des mécanismes de contrôle en France ? », disponible sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00581273>, consulté le 1^{er} aout 2018.

¹⁷¹⁷ M.-C. MONSALLIER, *L’aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 87, n° 165.

¹⁷¹⁸ P. S. BADJI, « OHADA et bonne gouvernance d’entreprise », disponible sur www.ohada.com, Réf. Ohadata D-17-23, p. 11.

¹⁷¹⁹ R. GIANNO et A.-E. COMBES, « La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes » : *Gaz. Pal.* 4 juin 2002, n° 155, p. 4 et s.

¹⁷²⁰ P. S. BADJI, « OHADA et bonne gouvernance d’entreprise », disponible sur www.ohada.com, Réf. Ohadata D-17-23, p. 10. Voir aussi A. COURET, « Le gouvernement d’entreprise, la corporate governance », D. 1995, chron. 163.

¹⁷²¹ M.-C. MONSALLIER, *L’aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 88, n° 167 et s. L’auteur explique que la création de ces comités répond à un besoin des dirigeants d’instaurer un organisme collégial doté de compétence techniques spécifiques pour atténuer les insuffisances du conseil d’administration qui incarne normalement la collégialité dans la société anonyme de type classique. Par ailleurs, l’excès du formalisme qui caractérise le fonctionnement du conseil d’administration rend complexe et pesante l’activité de celui-ci et il faut y pallier. Les comités spécialisés constituent à cet effet un moyen adéquat. En outre,

besoins fondamentaux dont, celui de « *répondre à la technicité accrue des problèmes auxquels la société est confrontée* », de pallier d'une part « *le fonctionnement pesant du conseil d'administration* » et d'autre part « *l'absence de professionnalisme de la plupart des administrateurs* ».

714. Par ailleurs, les comités spécialisés peuvent être définis comme un instrument d'une bonne gouvernance des entreprises notamment dans les sociétés de grande taille ou celles qui sont cotées en bourse. C'est à ce titre qu'il a été rapporté que « *les partisans de la corporate governance font remarquer que les conseils d'administration seraient plus efficaces si leurs délibérations en séance plénière étaient préparées par des comités spécialisés* »¹⁷²². Ainsi, dans son droit commun des sociétés anonymes, le législateur Ohada accorde au conseil d'administration la possibilité de créer des comités composés d'administrateurs. Mais les dispositions de l'article 437 de l'AUSC qui prévoit cette faculté semblent n'être exclusivement consacrées qu'à la création de comités d'études (A). Pour autant, cela n'est pas de nature à empêcher une pratique usuelle des comités de direction (B).

A- La consécration expresse des comités d'études

715. L'AUSC dispose en son article 437 que le conseil d'administration « *peut décider de la création de comités composés d'administrateurs chargés d'étudier les questions que lui-même ou son président soumet, pour avis, à leur examen* ». A la lecture de cette disposition, on peut noter que la mission des comités auxquels référence est faite ici est essentiellement d'étudier des questions qui lui seront soumises par le conseil ou son président. Il s'agit donc de comités qui n'ont aucunement vocation à prendre une quelconque décision¹⁷²³. En effet, « *les attributions des comités d'études sont généralement limitées à un rôle de recherche d'information et de préparation de rapports. Ils ont normalement un but purement consultatif* »¹⁷²⁴ et leur rôle ne porte pas atteinte aux prérogatives des mandataires sociaux¹⁷²⁵.

ces comités sont des espaces d'analyse de certaines questions dont un traitement technique et professionnel préalable est nécessaire à certaines décisions que doit prendre le conseil d'administration.

¹⁷²² P. S. BADJI, « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », disponible sur www.ohada.com, Réf. Ohadata D-17-23, p. 11.

¹⁷²³ Le conseil ou le président qui lui a soumis une question pour étude, n'est par conséquent jamais lié par les conclusions du comité.

¹⁷²⁴ R. GIANNO et A.-E. COMBES, « La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes » : *Gaz. Pal.* 4 juin 2002, n° 155, p. 4 et s.

¹⁷²⁵ R. GIANNO et A.-E. COMBES, « La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes », *idem* : « dans les sociétés anonymes, en ce qui concerne les comités d'étude, l'absence, le plus souvent, d'influence sur la prise de décision des mandataires sociaux explique pourquoi ils ne sont généralement pas perçus par le juriste comme portant atteinte aux prérogatives des mandataires sociaux ». Voir aussi L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », disponible sur http://lext.so/S_ED010, n° 190.

En tant que tels, ils n'existent que pour être des « *auxiliaires naturels du conseil d'administration* »¹⁷²⁶. C'est d'ailleurs ce dernier qui, selon les termes de la loi, décide de créer le comité d'études, fixe sa composition en choisissant librement ses membres dans le rang des administrateurs. En outre, les attributions du comité d'études sont définies par le conseil d'administration.

716. Si, par principe, les comités ne doivent, au risque de s'arroger les prérogatives du conseil d'administration, avoir que des avis consultatifs sur les questions qui leur sont soumises, il convient de nuancer ce propos dans une certaine mesure. En effet, aussi vrai que le comité d'études se retrouve dans un rapport hiérarchique avec le conseil d'administration, il n'est pas moins pertinent de redouter que la marge de décision réelle de l'organe social à qui le rapport ou l'avis du comité est transmis, soit parfois assez faible matériellement¹⁷²⁷. Une prise de décision qui serait contraire à l'avis, quoique consultatif, du comité doit être bien mesurée, car si elle devait s'avérer par la suite désastreuse, la position de son auteur serait difficile à tenir devant les actionnaires. Pour autant, on peut convenir que l'atteinte potentielle du comité d'études aux pouvoirs légaux du conseil d'administration ou de son président est peu flagrante. Mais cette atteinte à l'intégrité des prérogatives des organes légaux de la société anonyme peut être plus forte notamment dans l'hypothèse des comités de direction qui, sans être prévus par la loi, ne sont pas moins courants.

B- La pratique courante des comités de direction

717. Contrairement au comité d'études, la notion de comité de direction renvoie normalement à « *une mission générale de gestion et de direction* »¹⁷²⁸. En effet, alors même qu'en instituant les comités d'études, la loi leur a conféré un rôle purement consultatif, la pratique a quant à elle, souvent tendance à accorder aux comités qu'elle crée, en principe conformément à la loi, un rôle d'assistant de l'organe de direction dans la gestion quotidienne de la société¹⁷²⁹. Ainsi, les comités peuvent se retrouver chargés de « *la gestion journalière de la société* », de « *la définition de la stratégie de production ou de commercialisation* », de « *la prise de mesures utiles à l'obtention de bénéfices satisfaisants et à la conservation des actifs*

¹⁷²⁶ R. GIANNO et A.-E. COMBES, « La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes », in *Gaz. Pal.*, n° 155, 4 juin 2002, p. 4 et s.

¹⁷²⁷ Surtout dans les cas où, tel que la loi le permet, le conseil d'administration a autorisé le comité à recueillir, lors de l'étude de la question qui lui est soumise, l'avis d'experts non administrateurs.

¹⁷²⁸ R. GIANNO et A.-E. COMBES, « La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes », in *Gaz. Pal.* 4 juin 2002, n° 155, p. 4 et s.

¹⁷²⁹ Voir à cet effet, J.-M. CALENDINI, « Les comités de direction », in *BJS*, 1992, § 252, p. 851.

sociaux »...¹⁷³⁰ Cette énumération qui, selon son auteur, n'est pas exhaustive, montre non seulement que les pouvoirs du comité de direction peuvent être en pratique très étendus mais surtout en inadéquation avec le rôle que les textes assignent aux comités d'études¹⁷³¹. La doctrine le révèle d'ailleurs à propos de ces derniers : « à l'image des grandes sociétés américaines, leur pouvoir concurrence, dans certains groupes, celui du conseil »¹⁷³². De cette manière naissent dans la plupart des cas, les comités de direction.

718. A cet égard, le comité de direction apparaît comme un « *pseudo-organe permanent de la société anonyme* »¹⁷³³ qui permet de pallier l'absence de réunions fréquentes du conseil d'administration¹⁷³⁴. Dès lors, le rôle effectif des comités de direction dépasse la mission légale des comités d'études. Alors que ces derniers doivent rester dans leur rôle consultatif, les comités de direction participent dans une certaine mesure à la direction de la société¹⁷³⁵.

719. De la même manière que la pratique des comités d'études a conduit en droit français à confier des missions générales de gestion et de direction à des comités spécialisés, il n'est pas exclu que la mise en œuvre de l'article 437 de l'AUSC conduise au même résultat. En effet, la doctrine affirme qu'une telle « *pratique des comités n'est pas limitée à l'hexagone* »¹⁷³⁶. En outre, la volonté des Etats membres de l'Ohada de s'ouvrir aux investissements étrangers exprime sans doute leur prédisposition à accueillir des pratiques usuelles des droits étrangers. Concernant les comités de direction, il faudra que les praticiens ou le cas échéant les juges, veillent, sans pour autant les interdire systématiquement, à ce que leur validité ne déstructure pas l'organisation interne de la société anonyme¹⁷³⁷. Pour beaucoup d'auteurs en effet, la création des comités spécialisés est un moyen pertinent d'assurer le contrôle de l'exercice du pouvoir dans les sociétés anonymes surtout à l'heure de la *corporate governance*, dont la

¹⁷³⁰ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 92, n° 180.

¹⁷³¹ *Idem*.

¹⁷³² M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 15^e édition, Litec, 2002, p. 289, n° 652.

¹⁷³³ R. GIANNO et A.-E. COMBES, « La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes » : *Gaz. Pal.* 4 juin 2002, n° 155, p. 4 et s.

¹⁷³⁴ R. GIANNO et A.-E. COMBES, « La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes » : *Gaz. Pal.* 4 juin 2002, n° 155, p. 4 et s.

¹⁷³⁵ Pour résoudre le problème posé par l'usage que fait la pratique des comités d'étude en leur permettant d'assister à la gestion effective de la société, on a suggéré que le législateur intervienne pour autoriser, dans certains domaines limitativement énumérés par la loi, que le conseil d'administration puisse déléguer certains pouvoirs aux comités afin qu'ils parviennent à une existence et une autonomie juridique à la hauteur du recours qui leur est fait en pratique. Voir en ce sens M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, n°190 ; Ph. MARINI, *La modernisation du droit des sociétés*, Collection des rapports officiels, La documentation française, 1996, p.123, n° 47.

¹⁷³⁶ R. GIANNO et A.-E. COMBES, « La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes » : *Gaz. Pal.* 4 juin 2002, n° 155, p. 4 et s.

¹⁷³⁷ En tant que tel, on pourrait imaginer que le conseil d'administration qui décide de la création d'un comité ne pourra déléguer à ce dernier, que ses prérogatives à l'exclusion des pouvoirs des autres organes de la société.

doctrine se fonde notamment sur l'idée d'un contrôle de la gestion sociale¹⁷³⁸. C'est ainsi que le Professeur Paul LE CANNU affirmait que « *puisque la légitimité du contrôle est de nature technique, il faut sérier les problèmes selon la nature des techniques qu'ils convoquent, et réunir des experts qui devraient apporter les solutions objectivement les meilleures. Ce dessein se manifeste essentiellement dans la technique des comités* »¹⁷³⁹. Pour le Professeur Alain COURET, de tels comités ont vocation à renforcer l'efficacité du contrôle de gestion, et même à en devenir « *une pièce essentielle* »¹⁷⁴⁰.

720. En tout état de cause, les juges de la CCJA n'avaient pas manqué l'occasion qui leur a été offerte en l'an 2000¹⁷⁴¹, de rappeler leur attachement au respect strict de l'organisation de la structure interne de la société anonyme telle qu'elle est prévue par la loi. Ils s'étaient ainsi montrés défavorable à l'idée de créer au sein de cette forme sociale, un poste ou un organe non prévu par loi.

721. Si leur avis a tout de suite été critiqué par beaucoup d'auteurs, les arguments de ces derniers semblent retrouver un écho particulier dans le contexte actuel caractérisé par le recul de l'ordre public sociétaire et l'admission de la déconcentration du pouvoir dans la société comme participant à une bonne gouvernance de celle-ci.

§2- La possibilité de créer un organe non légal

722. La question du pouvoir dans une société anonyme est étroitement liée au mode d'administration choisi par ses actionnaires. Chaque mode d'administration se distingue avant tout sur la base des organes à travers lesquels il permet d'assurer le fonctionnement de la société, la hiérarchie des organes et la répartition des pouvoirs étant définies par le législateur en fonction de la structure interne propre à chaque mode d'administration. De fait, la théorie voudrait que la volonté individuelle ne puisse pas créer un organe que le législateur n'aura pas lui-même prévu. Auquel cas, ledit organe conventionnel qui est censé avoir des attributions,

¹⁷³⁸ L. BRUNOUW, *Le contrôle du pouvoir dans les sociétés anonymes*, Mémoire DEA-Droit des contrats, Lille 2-Université du droit et de la santé, 2003, p. 64. *Adde*, D. BESSIRE et J. MEUNIER, « Conception du gouvernement des entreprises et modèles d'entreprises », in *Finances d'entreprise – Recherches du CREFIB, Economica*, 2001, p. 185 : le gouvernement d'entreprise est un « *système par lequel les sociétés sont dirigées et contrôlées* ». Pour Alain PIETRANCOSTA, *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs boursiers et financiers*, Paris 1, 1999, n° 158, « *la référence au gouvernement d'entreprise renvoie à un corpus théorique d'origine anglo-saxonne dictant les modes d'exercice du pouvoir et son contrôle* ».

¹⁷³⁹ P. LE CANNU, « Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions », in *BJS*, n° 7-8, 1995, p. 644, n° 23.

¹⁷⁴⁰ A. COURET, « Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance » : *D.* 1995, chron. 163.

¹⁷⁴¹ Avis de la CCJA, n° 2/2000/EP du 26 avr. 2000.

risque de bouleverser la hiérarchie des organes légaux et de bousculer la répartition légale des pouvoirs.

723. C'est justement cette analyse qui semble découler de la réponse de la CCJA à une requête d'avis consultatif introduite par la République du Sénégal en 1999¹⁷⁴². Si les termes dudit avis ont pu imposer une telle compréhension, c'est notamment en fonction du contexte dans lequel il a été rendu (A). Pour autant, l'avis en question n'étant que consultatif, sa portée relative a été davantage atteinte par les critiques doctrinales dont il a fait l'objet. Pour cause, lesdites critiques émanent d'auteurs qui sont plutôt favorables à la possibilité d'instituer dans les sociétés anonymes un poste ou un organe non prévu par la loi (B).

A- L'avis de la CCJA du 26 avril 2000

724. La deuxième question contenue dans la requête enregistrée au greffe de la CCJA quelques mois après l'entrée en vigueur de l'AUSC de 1997 est désormais bien connue. Elle consistait à savoir s'il était « possible dans le cadre de la mise en harmonie des statuts des sociétés anonymes avec les dispositions dudit acte uniforme, d'instituer un poste de vice-président dans les organes dirigeants des banques et établissements financiers ? »¹⁷⁴³.

L'avis de la CCJA sur cette question était dépourvu d'ambiguïté. En se fondant sur les termes de l'article 909 de l'AUSC, qui précise la notion de la mise en harmonie et plus précisément sur le caractère d'ordre public de l'ensemble de l'AUSC de 1997, la CCJA a déclaré « qu'il ne peut être possible, sans dénaturer et violer l'objet de cette mise en harmonie ainsi juridiquement et restrictivement circonscrit, d'instituer dans le cadre spécifique, un poste de vice-président dans les organes dirigeants de la société commerciale visée par la demande ». Pour proscrire totalement cette possibilité, les juges de la CCJA ont motivé leur avis ainsi qu'il suit : « les dispositions de l'acte uniforme étant d'ordre public et ne prévoyant pas la possibilité de créer un poste de vice-président pour l'administration d'une société anonyme, la création d'un tel poste pour les banques et établissements financiers constitués sous cette forme est impossible, fût-ce à l'occasion d'une harmonisation des statuts en application de l'article 909 AUSCGIE ». Il faut noter que, contrairement à ce que pourraient laisser croire les termes de l'avis, le point de vue de la CCJA sur la question ne vise pas que les cas de mise en harmonie

¹⁷⁴² La dite requête en date du 6 décembre 1999 a été introduite par le Sénégal conformément à la disposition de l'article 14 du traité de l'Ohada qui dote tout Etat-partie de l'Ohada, de la faculté de solliciter l'avis consultatif de la CCJA sur toute question relative à l'interprétation et l'application communes du traité, des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions.

¹⁷⁴³ Avis de la CCJA, n° 2/2000/EP du 26 avr. 2000, *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° spécial, jan. 2003, p. 73.

des statuts des sociétés anonymes existantes avant l'entrée en vigueur de l'AUSC de 1997. Il entend servir aussi de conseil dans le cadre de toute nouvelle création de société anonyme postérieurement dans l'espace Ohada.

725. Dès lors, on est censé retenir que, puisque toutes les dispositions de l'AUSC de 1997 sont d'ordre public, il est inadmissible de songer à la création d'un poste de vice-président pour la raison qu'il n'est pas prévu par l'AUSC. Cette position n'étonne guère quand on connaît la place et le rôle qui avaient été attribués à l'ordre public dans l'AUSC de 1997. En effet, refuser la création d'un poste de vice-président au motif que cet organe n'est pas prévu par l'AUSC, revient à affirmer que « *tout ce qui n'existe pas dans l'AUSCGIE est voué au rejet* »¹⁷⁴⁴ ou que toute dérogation ou complément conventionnel aux dispositions légales est interdit.

726. Une position aussi radicale n'a pas convaincu les auteurs qui pensaient qu'en dépit de l'orientation de l'AUSC de 1997 dans le sens d'un ordre public sociétaire prégnant, notamment dans les sociétés anonymes, il était difficile à admettre qu'un tel avis de la CCJA puisse s'imposer. Dès lors, les critiques doctrinales de l'avis en cause méritent d'être rappelées surtout dans le contexte actuel du droit des sociétés Ohada qui est beaucoup plus propice à la manifestation de la volonté des actionnaires dans le fonctionnement de leur société.

B- Les critiques doctrinales favorables à la création d'organes non légaux

727. D'après Pascal NGUIHE KANTE, « *on rencontre souvent dans les statuts de certaines sociétés, des structures non prévues par l'Acte uniforme, à savoir les censeurs, les comités de direction, les dirigeants honoraires, les vice-présidents...* »¹⁷⁴⁵. Néanmoins, la question de leur validité reste posée en pratique et la seule réponse plus ou moins crédible qui y a été, à notre connaissance, donnée en droit Ohada se retrouve être celle que comporte l'avis de la CCJA du 26 avril 2000. Mais cet avis a fait l'objet de plusieurs critiques de la part d'auteurs plutôt favorables à la création d'organes non prévus par la loi pour contribuer à une meilleure administration de la société anonyme. Si les critiques doctrinales se rapportent principalement au poste de vice-président dans les sociétés anonymes, elles semblent traiter de manière générale de l'idée de la contractualisation du fonctionnement des sociétés anonymes. Par ailleurs, les opinions doctrinales auxquelles nous ferons référence ici, jouissent d'une évidente

¹⁷⁴⁴ J. ISSA-SAYEGH, « Le caractère d'ordre public des dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique » : *Penant*, 2009, n° 869, p. 420.

¹⁷⁴⁵ P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales de l'Ohada », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, n°7 spécialement les développements à la note de bas de page n° 17.

légitimité et d'une portée au moins égale à un avis consultatif de la CCJA ¹⁷⁴⁶ par laquelle cette dernière n'est, elle-même pas liée¹⁷⁴⁷. C'est sans doute pour l'une au moins de ces raisons qu'il a été écrit que « *bien que le poste de vice-président ne soit pas prévu par l'Acte uniforme, la position des juges de la CCJA est fortement critiquable* »¹⁷⁴⁸.

728. En ce sens, la critique du Professeur Joseph ISSA-SAYEGH s'attaque à l'interprétation rigoureuse du caractère d'ordre public de l'ensemble de l'AUSC qui semble avoir motivé l'avis de la CCJA. Ainsi, écrit-il qu' « *autant ce qui existe ne peut être rejeté ou modifié que par une clause contraire admise expressément ou par une exception légale, autant s'opposer à la création d'une nouvelle règle, dans l'absolu, suscite réflexion et discussion* »¹⁷⁴⁹.

729. En conséquence, l'auteur conclura que le refus de considérer comme possible la création d'un poste de vice-président ne peut être accueilli qu'avec réserve. Le Professeur Joseph ISSA-SAYEGH est, comme d'autres auteurs, favorable à la création d'un poste vice-président ou plus généralement favorable à la création d'un organe conventionnel¹⁷⁵⁰. Cela étant, si, au plan interne à la société, « *une meilleure organisation commande ou recommande la création d'un tel poste à travers les dispositions statutaires, le caractère essentiellement contractuel de celles-ci ne s'y oppose pas* »¹⁷⁵¹. Une telle création statutaire d'organe nouveau ne sera condamnée que si elle contrarie un autre organe qui, par définition est revêtu du caractère impératif. En outre, la création d'organes non prévus par le législateur ne doit avoir pour objectif que l'organisation interne favorable à un fonctionnement approprié de la société anonyme. De fait, dans les rapports avec les tiers, la société ne peut opposer l'existence d'un tel poste pour

¹⁷⁴⁶ Alors que la doctrine sur cette question peut apparaître comme une source du droit, l'avis consultatif de la CCJA n'est, selon l'article 58 du règlement de procédure de la CCJA, n'est que « la réponse à la question posée à la Cour » et qui est dépourvue de toute force obligatoire. Voir dans ce sens : J. ISSA-SAYEGH, J. LOHOUES OBLE, *OHADA, Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant, Collection Droit uniforme africain, 2002, n° 415.

¹⁷⁴⁷ Selon la doctrine, l'avis consultatif de la CCJA ne lie ni les juridictions nationales des Etats membres (même dans les cas où, tel que la loi le permet, c'est une juridiction nationale qui sollicite l'avis consultatif), ni la CCJA elle-même : cf. S.-P. LOVEA AWONA, « Cour commune de justice et d'arbitrage », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 626, n° 144.

¹⁷⁴⁸ P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales de l'Ohada », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, n°7 spéc. les développements à la note de bas de page n° 17.

¹⁷⁴⁹ J. ISSA-SAYEGH, « Le caractère d'ordre public des dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique » : *Penant* 2009, n° 869, p. 420.

¹⁷⁵⁰ Le professeur François DECKON semble être du même avis : cf. F. K. DECKON, « Les pouvoirs du dirigeant de sociétés commerciales en droit OHADA » : *Rev. sociétés* 2013, p. 467 et s., n° 21.

¹⁷⁵¹ CCJA, avis n° 2/2000/EP du 26 avr. 2000, Observations de J. ISSA-SAYEGH, disponible sur www.ohada.com, Réf. Ohadata J-02-03.

échapper à ses engagements ou les atténuer ; « *le caractère législatif et institutionnel du fonctionnement de la SA devant prévaloir à cet égard* »¹⁷⁵².

730. On voit bien qu'en dépit de la place prépondérante de l'ordre public sociétaire dans l'AUSC de 1997, la majorité de la doctrine Ohada avait pris le contre-pied de l'avis de la CCJA. Les auteurs étaient en effet d'accord pour dire que rien, ni même les exigences liées à la forte réglementation du droit des sociétés par le législateur Ohada ne s'opposent à la création d'un organe non prévu par la loi, dès lors que celui-ci n'empiète pas sur les attributions impératives reconnues aux organes légaux de gestion¹⁷⁵³. Depuis la réforme de l'AUSC qui a offert aux actionnaires des possibilités d'aménagement contractuel pour organiser « *la conduite des affaires de la société* », il semble que les arguments doctrinaux ci-dessus analysés doivent avoir un écho favorable en pratique et en jurisprudence. Ainsi, les praticiens devraient pouvoir adapter la structure interne de leur société en créant des organes non prévus par le législateur sans que l'avis consultatif du 26 avril 2000 ne constitue pour eux un obstacle¹⁷⁵⁴.

¹⁷⁵² CCJA, avis n° 2/2000/EP du 26 avr. 2000, Observations de J. ISSA-SAYEGH, *idem*.

Selon le professeur François DECKON, « *cette organisation interne de la société anonyme sera inopposable aux tiers* » : F. K. DECKON, « Les pouvoirs du dirigeant de sociétés commerciales en droit OHADA » : *Rev. sociétés* 2013, p. 467 et s., n° 21.

¹⁷⁵³ P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales de l'Ohada », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, p. 206, n° 35.

¹⁷⁵⁴ Rappelons que même si la CCJA est saisie ultérieurement de la même question à l'issue d'un recours en cassation, son avis consultatif antérieur ne s'impose pas à elle. Voir B. BOUMAKANI, « Les juridictions communautaires en Afrique noire francophone : la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Ohada, les cours de justice de l'UEMOA et de la CEMAC », in *Annales de la FSJP de l'université de Dschang*, Yaoundé, PUA, t. III, 1999, p. 80.

CONCLUSION GENERALE

731. En raison de l'affirmation expresse dans l'AUSC de 1997 du caractère d'ordre public du droit des sociétés commerciales de l'Ohada, beaucoup d'auteurs ont craint à juste titre que ce droit, qui s'est toujours voulu moderne ne soit en réalité pas en capacité de relever le défi du développement économique du continent. L'une des raisons le plus souvent avancées au soutien de cette affirmation était que les règles d'organisation et de fonctionnement prévues pour s'appliquer aux personnes morales commerçantes ne tenaient pas compte des besoins de ces dernières, ni de la volonté de leurs membres. Ainsi, l'on a pu écrire que « *les modalités d'adaptation de ces règles applicables aux sociétés commerciales souffr[ai]ent d'une rigidité qui risque de conduire à un manque de réactivité, alors que les marchés et opérateurs internationaux sont en constante évolution* »¹⁷⁵⁵. En réalité, affirme Jean-Louis BERGEL, le droit, de par sa nature, « *ne cesse d'évoluer dans un monde qui change* »¹⁷⁵⁶.

732. C'est ainsi que, depuis sa réforme intervenue en 2014 dans le but notamment de répondre aux nécessités contemporaines du monde des affaires et à certaines exigences de la compétitivité internationale, auxquelles sont de plus en plus soumises les sociétés de l'espace Ohada¹⁷⁵⁷, le droit Ohada des sociétés commerciales a changé d'orientation en adoptant une approche beaucoup plus libérale¹⁷⁵⁸ dont la portée peine toutefois à faire l'unanimité. Dans un tel contexte, tout l'enjeu de la présente étude était de prendre position dans le débat plus que jamais actuel en droit Ohada relativement à la place de la liberté contractuelle, son évolution ou encore au rôle et à la portée de l'ordre public en droit des sociétés commerciales. Il était en effet important de s'interroger sur le sens à donner ainsi que sur les conséquences qu'il convient de tirer de la nouvelle formulation de l'article 2 de l'AUSC, dont les dispositions ne font désormais plus expressément référence à la notion d'ordre public. En réalité, il s'est agi, de manière générale, d'apprécier à quel point la tendance à privilégier la flexibilité et à promouvoir la liberté contractuelle des parties est concrètement réalisable désormais en droit Ohada des sociétés commerciales.

¹⁷⁵⁵ B. Le BARS et B. MARTOR, « Management et financement de la société anonyme de droit OHADA », in *Cahier de Droit de l'Entreprise*, n°5, supplément à la Semaine juridique n° 44, 2004, p. 12.

¹⁷⁵⁶ J.-L. BERGEL, « A la recherche des concepts émergents en droit », *Dalloz*, 2012, p. 1567.

¹⁷⁵⁷ Pour beaucoup d'entreprises en effet, la nécessité de se libérer du carcan rigide d'un droit des sociétés hyper-réglementé « *il s'agit d'un enjeu capital, s'adapter ou mourir* » : M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 381, n° 948.

¹⁷⁵⁸ P. S. BADJI, « Les orientations du législateur Ohada dans l'AUSC révisé » : *Rev. ERSUMA*, n° 6, nouvelle éd., Jan. 2016, p. 9 et s.

733. Dans une démarche essentiellement analytique et principalement basée sur une double approche substantielle et systémique, nous avons, en dépit du point de vue de certains auteurs qui restent convaincus qu'une approche contractualiste du droit des sociétés de l'Ohada ne saurait être objectivement déduite de manière univoque des nouvelles dispositions de l'AUSC, démontré dans un premier temps que l'ordre public y connaît un important reflux. Plusieurs raisons attestent en effet du recul des limites de l'ordre public. Outre la disparition de la référence expresse à la notion d'ordre public et la difficulté à identifier les dispositions du droit positif restées d'ordre public, il a été démontré que les règles légales qui étaient encore susceptibles d'être caractérisées comme telles n'ont, à l'épreuve de la pratique, qu'une portée relative. En témoigne le régime des sanctions – notamment celui de la nullité – applicable dans les cas de violation des dispositions de l'AUSC. Par ailleurs, l'importance de la place qu'occupe désormais la faculté de recourir aux modes alternatifs de règlement des litiges sociétaires exprime aussi dans une certaine mesure, le choix du législateur Ohada de sortir les sociétés commerciales du carcan de l'impérativité. Notamment, les conditions de l'arbitrabilité des litiges sociétaires ainsi que les modalités de mise en œuvre des autres modes alternatifs de règlement des litiges en droit OHADA semblent difficilement s'accommoder d'une conception de l'ordre public qui vaudrait une limitation absolue de toutes manifestations de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Dans le même temps, l'AUSC a consacré d'importants moyens de contractualisation du droit des sociétés. L'institution de la société par actions simplifiée et la possibilité de recourir aux conventions extra-statutaires sont quelques-uns de ces moyens qui permettent de repousser les limites de l'ordre public en droit des sociétés et dont l'efficacité de plus en plus renforcée en accroît l'intérêt pratique.

734. A la suite de cette première approche de notre étude qui a fait le point sur les rapports entre l'ordre public et la liberté contractuelle, lesquels rapports s'avèrent être désormais nettement en faveur de la liberté contractuelle, la société anonyme nous a servi de référence pour évaluer, dans un second temps, l'effectivité et l'ampleur du phénomène contractuel dans le droit des sociétés commerciales de l'Ohada. Partant du postulat que la société anonyme est le prototype de la société commerciale dont le caractère institutionnel avéré s'est, de tout temps, exprimé par la prégnance des dispositions d'ordre public dans sa réglementation, il a été question d'apprécier jusqu'où le régime juridique de cette forme sociale pouvait "se prêter au jeu" des aménagements conventionnels et autres montages juridiques destinés à l'adapter aux besoins de ses actionnaires. Les résultats auxquels nous sommes parvenus confirment bien l'évanescence de l'ordre public en droit des sociétés de l'Ohada. En effet, depuis la réforme de

l'AUSC, presque aucun aspect de la société anonyme de droit Ohada n'est plus fermé aux techniques d'aménagement contractuel. Tous les principes et la plupart des règles souvent qualifiés d'ordre public et qui permettaient d'affirmer la singularité de la société anonyme au sein des autres formes sociales sont de plus en plus exposés à divers mécanismes contractuels visant à en adapter le contenu. Les aménagements conventionnels rendus expressément possibles ou simplement envisageables en droit des sociétés de l'Ohada assouplissent considérablement le régime juridique des sociétés à caractère institutionnel. Contribuent notamment à cet assouplissement, les aménagements du régime des valeurs mobilières, les conventions auxquelles les actionnaires ont la possibilité de recourir lors de la désignation ou de la révocation des dirigeants sociaux ou encore la possibilité qui leur est donnée d'assouplir les règles ayant longtemps régi de manière impérative l'organisation et l'exercice du pouvoir dans les sociétés anonymes. Le constat s'impose d'un droit de la société anonyme dont le régime juridique est susceptible de s'assouplir au gré des manifestations de volontés des actionnaires. Ce qui vient ainsi confirmer le recul de l'ordre public sociétaire déjà noté dans le droit commun des sociétés commerciales de l'Ohada. Cela dit, on est en mesure de conclure que le droit des sociétés de l'Ohada a définitivement pris le rendez-vous de la contractualisation¹⁷⁵⁹.

735. Désormais donc, la contractualisation du droit des sociétés de l'Ohada semble irréversible. Tant le bon fonctionnement que l'essor des entreprises africaines en dépendent. Si l'on peut se réjouir de cette avancée vers un droit plus souple et facilement adaptable, son effectivité n'en interpelle pas moins tous les acteurs de la mise en œuvre du droit des sociétés.

736. D'une part, les acteurs du droit Ohada qu'il s'agisse du législateur, des juges ou encore des opérateurs économiques, ont chacun un rôle à jouer pour que l'interaction entre le droit des sociétés et le droit des contrats ait un réel impact positif sur les modalités d'organisation et de fonctionnement des sociétés commerciales et puisse effectivement améliorer le développement des Etats membres de l'Organisation. D'abord, étant entendu que l'efficacité des moyens de la contractualisation du droit des sociétés dépend en grande partie de l'élaboration d'un droit des contrats modernes, il est désormais urgent que l'Acte uniforme de l'Ohada portant sur le droit des contrats soit adopté. Il faut surtout que le processus de son élaboration tienne compte du besoin d'adaptation des outils contractuels aux spécificités du droit positif des sociétés. Par

¹⁷⁵⁹ Beaucoup d'auteurs déploraient en effet le fait qu'« À l'ère de la contractualisation du droit des sociétés, le législateur africain pouvait sembler nager à contre-courant ». Cf. T. S. AMENYINU, « Regards sur l'article 2-1 de l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », in BDE, 2017/1, disponible sur <http://www.droit-economique.org/wp-content/uploads/2017/12/Amenyinu.pdf>

exemple il serait intéressant que la définition du contrat se modernise en droit Ohada et que les règles régissant son exécution ou encore celles sanctionnant son inexécution répondent davantage à l'impératif de la sécurité juridique.

737. Concernant ensuite les juges de l'espace Ohada, ils doivent pour leur part accompagner le mouvement de la contractualisation du droit des sociétés en se prononçant le plus clairement possible sur un certain nombre de clauses d'aménagement aux utilités avérées mais dont le principe de la validité ne ressort pas expressément des termes de l'AUSC de 2014. Plus concrètement, c'est à la jurisprudence qu'il revient de fixer les limites à ne pas franchir par les associés dans l'expression de leur liberté contractuelle dans le but d'aménager les règles du droit des sociétés. En cela, "une œuvre jurisprudentielle raisonnable" recommanderait que, sans pour autant livrer les sociétés commerciales africaines à un "régime juridique libertaire" fondé sur le "bon vouloir" exclusif des associés, les juges interprètent les dispositions de la l'AUSC en ne perdent pas de vue la volonté du législateur de libéraliser la matière et aussi la nécessité de répondre aux impératifs de l'économie moderne.

738. En attendant, les praticiens du droit Ohada notamment les promoteurs de sociétés commerciales doivent laisser libre cours à leur imagination et considérer désormais que tout ce qui n'est pas expressément proscrit est autorisé. C'est en cela que réside la contribution de ces derniers à la concrétisation de l'évolution du droit Ohada des sociétés commerciales dans le sens de la contractualisation. En effet, seule l'audace des acteurs des sociétés commerciales dans la prise d'initiatives quant aux mesures d'aménagements conventionnels amènera les juges de l'espace Ohada à se confronter au contentieux de la validité et de l'exécution des conventions extrastatutaires. Toute chose qui permettra un réel développement de la jurisprudence Ohada sur la plupart des questions que peuvent soulever le recours aux pactes d'actionnaires. Aussi, un recours audacieux de la pratique à toutes les clauses d'aménagement du droit des sociétés envisageables, contribuera à travers l'activité jurisprudentielle qu'il suscitera, à une construction du régime juridique de la plupart de ces clauses. Ce qui, *in fine*, aura pour intérêt d'assurer d'avantage de sécurité juridique auxdits mécanismes contractuels. Le dynamisme actuel dont font de plus en plus preuve les acteurs du droit Ohada nous autorise à croire que chacun d'entre eux jouera pleinement sa partition pour que l'idée de la contractualisation du droit des sociétés, qui a été l'un des piliers centraux de la réforme de l'AUSC de 2014 puisse, au-delà de l'esprit de la loi, effectivement impacter la vie des sociétés commerciales.

739. C'est notamment cet impact du droit des contrats sur le droit des sociétés ainsi que ses conséquences qui sont censés retenir le plus l'attention des milieux universitaires de l'espace Ohada. Ainsi que nous l'avons en effet montré, même si l'incidence de la contractualisation du droit des sociétés sur le débat concernant la nature de la société est plus ou moins relative, elle – la contractualisation – soulève d'autres questions relativement récentes dans la matière. On peut notamment songer à l'hybridation des formes sociales due à l'infiltration de l'élément contractuel dans la réglementation des sociétés dont le régime juridique a presque toujours été réfractaire aux manifestations de la liberté contractuelle des associés. La contractualisation du droit des sociétés est en effet perçue comme l'une des causes principales du nouveau visage que présente la matière et qui se caractérise notamment par la difficulté à identifier chaque forme sociale à un régime juridique propre et aux contours nettement déterminés. Ainsi, en France comme en droit Ohada, la typologie des formes sociales est en crise et le droit contemporain des sociétés présente, un aspect « anarchique » et « désordonné »¹⁷⁶⁰. L'« on ne peut manquer de souligner que le mouvement de contractualisation du droit des sociétés participe (...) de manière tangible au rapprochement des différentes formes sociales par la possibilité de clauses similaires présentes dans l'organisation de plusieurs structures distinctes »¹⁷⁶¹. Dans un tel contexte où « la contractualisation est irréversible »¹⁷⁶², la redéfinition des critères d'identification de chaque forme sociale apparaît comme étant un champ de recherche susceptible d'enrichir la théorie du droit des sociétés de l'Ohada.

740. Au terme de cette étude, il nous semble évident que les vraies conclusions relatives à la question de la contractualisation du droit des sociétés de l'Ohada ne pourront être objectivement tirées qu'avec le temps. Celui-ci éprouvera d'une part l'ingéniosité des associés, permettra d'autre part la maturation d'une réelle politique jurisprudentielle et nous édifiera par ailleurs sur l'apport de la contractualisation au développement économique des Etats membres de l'Ohada.

¹⁷⁶⁰ L. GODON, « L'éclatement des formes sociales », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 45, n° 4. Dans le même sens, le Professeur Gilbert PARLEANI affirmait récemment que « si l'on contemple aujourd'hui le droit des sociétés en s'attachant à ses sources, l'impression est aussitôt celle d'un désordre (...) Il faut aujourd'hui regarder l'ensemble. L'édifice n'est plus cohérent. Des brèches se sont ouvertes. La contractualisation a fait des progrès considérables » : G. PARLEANI, « Multiplication et renouvellement des sources du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 17.

¹⁷⁶¹ L. GODON, « L'éclatement des formes sociales », *idem*, p. 48, n° 6.

¹⁷⁶² M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 386, n° 965.

M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires, T. 2, Les sociétés commerciales*, LDGJ, 21^e éd., 2014, n° 1688.

BIBLIOGRAPHIE

I- TRAITES-OUVRAGES GENERAUX-MANUELS-DICTIONNAIRES

AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.-M.), *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA)*, LGDJ, 2018.

AKAM AKAM (A.) et BAKREO (V.), *Droit des sociétés commerciales Ohada*, éd. L'Harmattan, 1ère édition, 2017.

ALFANDARI (E.), *Droit des affaires*, Litec, 1993.

ALPE (Y.), BEITONE (A.), DOLLO (C.), LAMBERT (J.-R) et PARAYRE (S.), *Lexique de Sociologie*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2013.

AUBERT (J.-L.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^{ème} éd., Sirey, 2014.

BERGEL (J.-L.) :

- *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., Dalloz-Sirey, 2012.
- *Méthodologie juridique*, PUF, 3^{ème} éd., 2018.

BERTHONNET (I.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses Universitaires du Septentrion, 2013.

BULLE (J.-F.) et GERMAIN (M.), *Pratique de la société anonyme*, Dalloz, 1991.

BUSSY (J.), *Droit des affaires*, Presses de sciences Po, 1^{ère} éd., 1998.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, Tome 4, 22^{ème} éd., PUF, 2000.

CHAMPAUD (C.), *Le droit des affaires*, 5^e éd., PUF, 1994.

CHENEDE (F.), *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, 3^{ème} éd. Dalloz, 2018.

CONSTANTIN (A.), *Droit des sociétés. Droit commun et droit spécial des sociétés*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2007.

COPPER-ROYER (E.), *Traité des sociétés anonymes*, 4^{ème} éd., Sirey, 1931.

CORIAT (B.) et WEINSTEIN (O.), *Les nouvelles théories de l'entreprise*, Ed. Librairie Générale Française, 1995.

CORNU (G.) :

- *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014.
- *Linguistique juridique*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2005.

COURET (A.), CHARVÉRIAT (A.) et ZABALA (B.), *Mémento Sociétés commerciales*, 47^{ème} éd. Francis Lefebvre, 2016.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, 31^{ème} éd., Lexis Nexis, 2018.

DIDIER (P.), *Droit commercial*, 1^{ère} éd., PUF, 1970.

DIDIER (P) et DIDIER (Ph), *Droit commercial*, Tome 2, *Les sociétés commerciales*, Economica, 2011.

DONDERO (B), *Droit des sociétés*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2015.

ESCARRA (J.), ESCARRA (E.) et RAULT (J.), *Traité théorique et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales*, Tome 2, éd. Sirey, 1951.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, Tome 1, PUF, 2016.

FENEON (A.) :

- *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*, LGDJ, 2015.
- *Guide de l'administrateur de société anonyme en droit OHADA*, 1^{ère} éd., LGDJ, 2016.

B. FAGES et P. FLEURY (dir.), *Le Lamy Droit des contrats*, Wolters Kluwer, 2016.

GATSI (J.), *Droit des affaires : Droit commercial général et sociétés commerciales*, Presses Universitaires Libres, 2006.

GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.), *Traité de droit des affaires, les sociétés commerciales*, Tome 2, 22^{ème} éd., LGDJ, 2017.

GHESTIN (J.) et DESCHÉ (B.), *Traité des contrats - La vente*, LGDJ, 1990.

GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001.

GRANDGUILLOT (B.) :

- *L'essentiel du droit des sociétés*, 17^e éd., GUALINO, 2019.

- Droit des sociétés. Les points clés pour tout connaître des sociétés commerciales et de chacune de leurs formes, 10^e éd., GUALINO, 2019.

GRIMALDI (C.), *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019.

GUINCHARD (S.), BANDRAC (M.) et alii, *Droit processuel. Droit commun et comparé du procès*, 3^{ème} éd, Dalloz, 2005.

GUYON (Y.), *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, Tome 1, 12^{ème} éd., Economica, 2003.

HAMEL (J.), LAGARDE (G.), et JAUFFRET (A.), *Droit commercial*, Tome 1, vol. 2, *Sociétés, groupement d'intérêt économique, entreprises publiques*, par G. LAGARDE, Dalloz, 1890.

HEMARD (J.), TERRE (F.) et MABILAT (P.) :

- *Sociétés commerciales*, Tome 1, Dalloz, 1972.
- *Sociétés commerciales*, Tome 2, Dalloz, 1974.

HOUPIN (C.) et BOSVIEUX (H.), *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, Tome 1 et Tome 2, Sirey, 1935.

JEANTIN (M.), *Droit des sociétés*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 1994.

LAENDER (de) (M.-H.), *Droit des sociétés. Gestion juridique de l'entreprise sociétaire*, Economica, 2018.

LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2018.

LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *La société anonyme au XIX^{ème} siècle : du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, 1^{ère} éd., PUF, 1992.

LEGEAIS (D.), *Droit commercial et des affaires*, 23^{ème} éd., Sirey, 2016.

LEGEAIS (R.), *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2018.

LE GRAND LAROUSSE ILLUSTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, éd. 2014.

LE PETIT ROBERT, *Dictionnaire historique de la langue française*, éd. 2013.

LOCRE (J.-G.), *Esprit du Code de commerce*, t. 1^{er}, Dufour, 1829.

- LUCAS (F.-X.) et PORACCHIA (D.)**, *Manuel de droit commercial*, PUF, 2018.
- MALAURIE (P.) et AYNES (L.)**, *Cours de droit civil. Les obligations*, éd. Cujas, 1985.
- MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.)** :
- *Les obligations*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2013.
 - *Droit des obligations*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2018.
- MALINVAUD (Ph.)**, *Introduction à l'étude du droit*, 15^e éd., LexisNexis, 2015.
- MARTOR (B.), PILKINGTON (N.), SELLERS (D.), THOUVENOT (S.)**, *Le droit uniforme africain issu de l'OHADA*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2009.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.)**, *Droit civil-Les obligations*, Tome I, Les sources, 2^{ème} éd., Sirey, 1988.
- MATRAY (D.)** (dir.), *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, éd. CUP, 2002.
- MERLE (P.)**, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 14^{ème} éd., Dalloz, 2010.
- MERLE (Ph.) et FAUCHON (A.)** (collab.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 21^{ème} éd., Dalloz, 2018.
- MESTRE (J.) et VELARDOCCHIO (D.)** (dir.), *Lamy Sociétés commerciales*, éd. Wolters Kluwer, 2018.
- MEYER (P.)**, *OHADA. L'arbitrage*, Bruylant, Collection « Droit uniforme africain », 2002.
- MOULOUL (A.)**, *Le régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA : l'exemple du Niger*, LGDJ, 2005.
- NGUEBOU (J.)**, *Le droit commercial général dans l'acte uniforme Ohada*, PUA, 1998.
- PONT (P.)**, *Explication du Code Napoléon, Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, t. VII, Éd. Delamotte, Paris, 1872.
- POUGOUE (P.-G.)**, (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, éd. Lamy, 2011.
- POUGOUE (P.G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU-TOUKAN (J.)**, *Le droit de sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, Yaoundé, PUA, 1998.

POUGOUE (P.-G.), ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), SAMB (M.), OHADA : Sociétés commerciales et G.I.E., éd. Bruylant, Collection Droit Uniforme Africain, 2002.

PRUM (A.), (coord.), *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, éd. Larcier, 2008.

RENAUT (M.-H.), *Histoire du droit des affaires*, Ellipses Marketing, 2006.

RICHARD (E.), (dir.), *Droit des affaires-Questions actuelles et perspectives historiques*, PUR, 2005.

RIPERT (R.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2001.

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit des affaires*, Tome 2, *Les sociétés commerciales*, 21^{ème} éd. LGDJ , 2014, Par Michel GERMAIN et Véronique MAGNIER.

ROBERT (J.), *L'arbitrage. Droit interne et droit international privé*, 6^{ème} éd., Dalloz, 1993.

ROUSSEAU (R.), *Traité théorique et pratique des sociétés commerciales*, éd. A. Rousseau, 1902.

SARRUT (J.), *Dictionnaire permanent du Droit des affaires*, Éditions législatives et administratives Toulouse, 1962.

SERAGLINI (C.) et ORTSCHIEDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013.

SERIAUX (A.), *Les contrats civils*, 9^{ème} éd., PUF, 2001.

TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2015.

TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2018.

THALLER (E.) :

- *Traité élémentaire de droit commercial*, 5^{ème} éd., Éd. A. Rousseau, Paris, 1916.
- *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^{ème} éd., Éd. A. Rousseau, 1931, par J. PERCEROU.

TIGER (Ph.), *Le droit des affaires en Afrique, Que sais-je ?* , 3^{ème} éd., PUF, 2001.

VANDERLINDEN (J.), *Les systèmes juridiques africains*, Collection Que-sais-je ? PUF, 1983.

VIDAL (D.), *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2010.

VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2008.

WAHL (A.), *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Sirey, 1922.

II- OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES ET THESES

ABDEL SAMAD (S.), *Rigidité et faiblesses du droit libanais des sociétés*, Thèse, Université Paris II, Panthéon-Assas, 2013.

ABDELMOUMEN (N.), *Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, Thèse, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2013.

AFANA BINDOUGA (M.), *L'égalité des associés dans l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, Thèse, Nantes, 2010.

AHOUA (D.), *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'Ohada, comparaisons avec le droit français*, Thèse, Université de Bordeaux, 2015.

AKUMBU M'OLUNA (J.-P.), *Libres propos sur les réformes juridiques au Gabon : dans le tourbillon de la mondialisation*, l'Harmattan, 2008.

ALLEGAERT (V.), *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005.

ARCHER (D.), *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (Etudes de conflits de lois)*, Thèse, Université de Cergy-Pontoise, 2006.

ARFAZADEH (H.), *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, LGDJ, 2005, 183.

AYANGMA AYANGMA (J.) :

- *Le dirigeant sociétal*, Thèse, Université de Douala, 2010.
- *Le dirigeant de sociétés commerciales, t. 1, Le dirigeant sociétal officiel ?*, Harmattan, 2014.

BADJI (P. S. A.), *Réforme du droit des sociétés commerciales OHADA*, L'Harmattan, 2016.

BARBIER (H.), *La liberté de prendre des risques*, PUAM, 2011.

BARBIERI (J.-J.), *Vers un nouvel équilibre contractuel, Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution des contrats*, Thèse, Toulouse, 1981.

BARRILLON (C.), *Le critère de la qualité d'associé. Etude en droit français des sociétés*, Thèse, Université Paris Ouest Nanterre-La Défense, 2016.

BARTHELEMY (J.), *Droit social, technique d'organisation de l'entreprise. Inventivité, ingénierie, prévention*, 2^e éd., Liaisons, 2015.

BEAUD (M.), *L'art de la thèse*, éd. La Découverte, 2006.

BECHILLON (de), *Qu'est-ce que la règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997.

BELOT (F.), *Pactes d'actionnaires et mécanismes de renforcement du contrôle*, Thèse, Université Paris-Dauphine, 2010.

BEROLATTI (G.), *Régime juridique des conventions sur le droit de vote*, Thèse, Paris II, 1975.

BILLEMONT (J.), *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, 2013.

BODEN (D.), *L'ordre public : limite et condition de la tolérance : recherches sur le pluralisme juridique*, Thèse, Paris I, 2002.

BODIN (M.), *Les notions relatives en droit civil*, Thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011.

BORGA (N.), *L'ordre public et les suretés conventionnelles*, Thèse, Université Jean Moulin-Lyon 3, 2007.

BOTOE-BI-EVIE (O.), *Pour une promotion de la liberté contractuelle en droit OHADA des sociétés*, Thèse, Université d'Aix-Marseille, 2014.

BUCHER (A.), *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bale, Helbing und Lichtenhahn, 1988.

CAFFIN-MOI (M.), *Cession de droit sociaux et droit des contrats*, Economica, 2009.

CAILLAUD (B.), *L'exclusion d'un associé*, Thèse, Paris, 1966.

CAMERLYNCK (G.), *De l'intuitu personae dans la société anonyme*, Thèse, Paris, 1929.

CARY (W.) et EISENBERG (M.), *Cases and Materials on Corporations*, 5^{ème} éd., New-York. Foundation press, 1980.

CAUSSAIN (J.-J.), *Le gouvernement d'entreprise - Le pouvoir rendu aux actionnaires*, CREDA, LexisNexis, 2005.

CAUSSE (H.), *Les titres négociables-Essai sur le contrat négociable*, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Litec, 1993.

CHAMPAUD (C.), *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise-Sortir de la crise du financialisme*, éd. Larcier, 2011.

CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU (A.-L.), *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité. Etude comparative des droits français et américain des sociétés*, Dalloz, 2010.

CHANHOUN (M. J.), *La mesure des performances financières des entreprises béninoises et ses enjeux*, Thèse, Université de Montpellier I, 2010.

CHAPUT (Y.) et LEVI (A.) (dir.), *La direction des sociétés anonymes en europe. Vers des pratiques harmonisées de gouvernance ?*, Litec, 2008.

CHARREAUX (G.) (Dir.), *Le gouvernement des entreprises : corporate governance. Théories et faits*, Economica, 1997.

CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008.

CHRETIEN (S.), *La notion de liberté contractuelle*, Thèse, Bordeaux IV, 2008.

CHVIKA (E.), *Les clauses limitant la libre disposition des actions*, Thèse, Université Paris II, 1999.

CLAPS-LIENHART (M.), *L'ordre public. Essai*, éd. Rey, 1934.

CLAY (T.) et CADIET (L.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2017.

COIBION (A.), *Les conventions d'actionnaires en pratique. Contraintes juridiques, typologie et application aux opérations de Private Equity*, Larcier, 2010.

COHEN (D.), *Arbitrage et société*, LGDJ, 1993.

CONDE (O.), MICHELOT (S.) et alii, *Les principales questions en droit des sociétés. Règles générales applicables aux sociétés*, Ed. Professionnelle, Octobre 2018.

CONVERT (L.), *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés. Etude de droit comparé. Angleterre-Espagne-France*, LGDJ, 2003.

CORIAT (B.) et WEINSTEIN (O.), *Les nouvelles théories de l'entreprise*, Ed. Librairie Générale Française, 1995.

CORDT (de) (Y.), *L'égalité entre actionnaires*, Bruylant, 2004.

CORNU (G.), *L'art du droit en quête de sagesse*, 1^{ère} éd., P.U.F., 1998.

COUPET (C.), *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, Thèse, Université Paris II, Panthéon-Assas, 2012.

COURET (A.) et Le NABASQUE (H.), *Valeurs mobilières-Augmentation du capital-Nouveau régime- Ordonnances des 25 mars et 24 juin 2004*, éd. Francis Lefebvre, 2004.

COUTURIER (G.), *La confirmation des actes nuls*, Thèse, Paris 2 Panthéon-Asas, LGDJ, 1972.

DAIGRE (J.J.), (dir.), *La modernisation du droit des sociétés. Premières réflexions sur le Rapport Marini*, éd. Joly, 1997.

DAIGRE (J.-J.) et SENTILLES-DUPONT (M.), *Les pactes d'actionnaires*, GLN Joly, Coll. Pratique des Affaires, 1995.

DALMASSO (T.), *La délégation de pouvoirs*, éd. Joly, 2000.

DEDJI (K.), *Les actes uniformes de l'Ohada et la croissance économique des Etats de la zone Franc*, Thèse, Université de Perpignan-Université d'Abomey-Calavi, 2005.

DEKADJEVI (I.), *La volonté individuelle dans les sociétés commerciales de droit OHADA*, thèse de doctorat, Université d'Abomey-Calavi (Bénin), 2018.

DESIDERI (J.-P.), *La préférence dans les relations contractuelles*, PUAM, 1997.

DEXANT DE BAILLIENCOURT (O.), *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Dalloz, 2012.

DIALLO (A.), *Réflexion sur l'arbitrage dans l'espace Ohada*, Thèse, Université de Perpignan via Domitia, 2016.

DIEYE (A.), *Le régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA (Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du GIE (AUSGIE) révisé en 2014)*, éd. Cabinet Aziz DIEYE, 2014.

DIJOUX (D.), *La contractualisation des droits fondamentaux*, l'Harmattan, 2012.

DI MALTA (P.), *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique*, éd. LGDJ, 1961.

DIOUF (M.), *L'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales*, Editions de l'Université Cheick Anta Diop, 2007.

DJAKBA PAGOU (F.), *L'ordre public en droit des affaires de l'Ohada*, Thèse, Université de Yaoundé II-SOA, 2015.

DJIGUEMDE (W. J.), *L'aménagement conventionnel de la société commerciale en droit français et en droit OHADA*, thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2015.

DOGUE (K. O. C.), *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*, thèse de doctorat, Université de Montréal, 2013.

DOM (J.-P.), *Les montages en droit des sociétés*, GLN Joly Editions, 1998.

DUBREUIL (C.-A.), (dir.), *L'ordre public : Actes du colloque organisé les 15 et 16 décembre 2011 par le centre Michel de l'Hôpital de l'Université d'Auvergne*, Collection Actes et Etudes, éd. Cujas, 2013.

DUCARRE (I.), *La notion de valeurs mobilières : Un avenir incertain-Etude de droit privé*, Thèse, Montpellier I, 2014.

DUCLOS (J.), *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984.

DU JARDIN (L.), *Un confort sous-estimé dans la contractualisation des groupes de sociétés : la lettre de patronage*, ed. Bruylant et LGDJ, 2002.

DUPEYRON (Ch.), *La régularisation des actes nuls*, LGDJ, 1973.

DURAN (J.-F.), *Entre liberté contractuelle et intérêt social : le statut conventionnel des dirigeants de société anonyme*, Thèse, Droit privé, Aix-Marseille III, 2001.

EWANE MOTTO (P.C.), *La gouvernance des sociétés commerciales en droit OHADA*, Thèse, Université Paris-Est, 2015.

FAGET (J.), *Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie*, éd. Eres, 2010.

FARJAT (G.):

- *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963.
- *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962.

FAUVARQUE-COSSON (B.), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Thèse, Paris II, 1994.

FERRIER (N.), *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, 2005.

FOLLY (M. A.), *Le statut des dirigeants sociaux en droit de l'Ohada*, Thèse, Université de Montpellier-Université de Lomé, 2014.

FONTAINE (M.) et GHESTIN (J.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1992.

FRISON-ROCHE (M-A.) et BONFILS (S.), *Les grandes questions du droit économique : Introduction et documents*, PUF, 2005.

GAHDOUN (P.-Y.), *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Dalloz, 2008.

GAILLARD (E.) :

- *La société anonyme de demain, la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, Sirey, 2^{ème} éd., 1933.
- *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

GALAL SAYED (M.), *Le pacte d'actionnaires en droit égyptien sous le prisme du droit français*, Thèse, Université Lumière-Lyon II, 2016.

GARAPON (A.), PERDRIOLLE (S.), BARNABE (B.) et (C.) KADRI, *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI^e siècle-Rapport de l'Institut des hautes études sur la justice*, Ed. IHEJ, 2013.

GARINOT (J.-M.), *Le secret des affaires*, LexisNexis, 2013.

GARREAU DE LA MECHENIE (du) (J.), *Les droits propres de l'actionnaire*, Thèse, Poitiers, 1937.

GATSI (J.), *L'effectivité du droit de l'OHADA*, PUA, 2005.

GERARD (P.), OST (F.), VAN DER KERCHOVE (M.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996.

GODON (L.), *Les obligations des associés*, Economica, 1999

GOFFAUX-CALLEBAUT (G.), *Du contrat en droit des sociétés : essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, L'Harmattan, 2008.

GOMEZ (J. R.), *Les Etats d'Afrique francophone à la recherche d'un droit des sociétés*, Thèse, Montpellier, 1989.

GOULANDRIS (A.), *Les perspectives d'utilisation de la SAS dans les stratégies de groupes de sociétés*, Mémoire de DEA, Droit des Affaires, Université Robert SCHUMAN-STRASBOURG III, 2000.

GOURLAY (P.-G.), *Le conseil d'administration de la société anonyme. Organisation et fonctionnement*, Sirey, 1971.

GROSBOIS (E.), *Responsabilité civile et contrôle de la société*, Thèse, Université de Caen Basse-Normandie, 2006.

GROSCLAUDE (L.), *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, Thèse, Paris III, 1997.

GUENGANT (A.), DAVODET (D.) et alii, *Juge et droit des sociétés en 70 thèmes. Textes. Commentaires. Jurisprudence*, LexisNexis-Litec, 2008.

GUYON (Y.), *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2002.

HENRY (M.) et BOUILLET-CORDONNIER (G.), *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, éd. EFE, 2003.

HILAIRE (J.), *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986.

HOUNGBEDJI RAUCH (D.), *Le vade-mecum de l'Ohada*, ed. AIF, 2000.

ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLES (J.), *L'harmonisation du droit des affaires*, éd. Bruylant, Juriscope, 2002.

JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse, Dijon, 1909.

- JEANDEL (P.)**, *L'intuitu personae dans les sociétés commerciales* ; Thèse Nancy, 1932.
- JARROSSON (C.)**, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987.
- JOSSERAND (L.)**, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, éd. Dalloz, 2006.
- KADDOUCH (R.)**, *Le droit de vote de l'associé*, ANRT, 2003.
- KALINOWSKI (G.)**, *Introduction à la logique juridique : éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique*, LGDJ, 1965.
- KALODIKIS (N.)**, *L'ordre public économique sociétaire devant le phénomène des montages : Approche comparée du droit français et du droit grec*, Thèse, Université de Strasbourg, 2014.
- KERHUEL (A.-J.)**, *L'efficience stratégique du contrat d'affaire. Un champ d'application de la liberté contractuelle*, PUAM, 2010.
- KEUGONG NGUEKEN WATCHO (R. S.)**, *Le droit commun des contrats face à l'émergence des droits communautaires africains*, Thèse, Université de Dschang, 2009.
- KIRAT (Th.), SERVERIN (E.)**, *Le droit dans l'action économique*, éd. CNRS, 2000.
- KODO (M.J.V.)**, *L'application des actes uniformes de l'Ohada*, Academia-Bruylant, Publication de l'institut universitaire André RYCKMANS, 2010.
- KOLONGELE EBERANDE (D.)**, *Le pouvoir dans les sociétés à capital mixte : Aspects de droit français, OHADA et congolais*, Thèse, Paris I, 2011.
- KONE (M.)**, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA. Comparaisons avec le droit français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2003.
- KWENO (S.)**, *L'OHADA et le secteur informel, l'exemple du Cameroun*, éd. Larcier, 2012.
- LACROIX-DE SOUSA (S.)**, *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, LGDJ, 2010.
- LAGARDE (P.)**, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959.
- LANZARA (D.)**, *Les modes prétoriens d'aménagement des principes du droit des obligations*, Thèse, Université Nice Sophia Antipolis, 2014.
- LARDEUX (G.) (Dir.)**, *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011.

LASSEHIN (B.), *L'information des actionnaires, instrument de contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de l'espace Ohada*, Thèse, Université d'Abomey-Calavi, 2014.

LAURENT (J.), *Le gouvernement des sociétés par actions*, Thèse, Paris I, 2001.

LAVEFVE LABORDERIE (A.-S.), *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005.

LE CANNU (P.) (dir.), *D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, LGDJ, 2008.

LECENE (M.), *Les parts et actions d'une société commerciale qui appartiennent à plusieurs personnes*, Thèse, Bordeaux I, 1992.

LEGAL (A.) et BRETHER DE LA GRESSAYE (J.), *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938.

LE MAUT (Y.), *Séparation du pouvoir et du contrôle dans les sociétés commerciales*, Thèse, Paris I, 2005.

LEROY (C.), *Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire*, Thèse, Université Paris-Val de Marne, 2010.

LONIS-APOKOURASTOS (V.), *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, PUAM, 2003.

LUCAS (F.-X.), *Les transferts temporaires des valeurs mobilières. Pour une fiducie des valeurs mobilières*, LGDJ, 1997.

MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2008.

MAIRE (G.), *Volonté et exécution forcée de l'obligation*, LGDJ, 2018.

MALAURIE (Ph.), *L'ordre public et le contrat (Etude de Droit civil comparé France, Angleterre, U. R. S. S.)*, Tome I, éd. Reims Matot-Braine, 1953.

MALDONADO (C.), **SOUROU (J. A.)** et alii, *Le secteur informel en Afrique face aux contraintes légales et institutionnelles*, BIT, 1999.

MARIGNOL (R.), *La prévisibilité en droit des contrats*, Thèse, Université Toulouse I Capitole, 2017.

MARINI (P.), *La modernisation du droit des sociétés. Rapport au Premier ministre*, La documentation française, collection des rapports officiels, 1996.

MARTEL (E.), *Les clauses de répartition inégale de résultats sociaux*, Thèse, Rennes I, 2000.

MARTEL (R.) et MARTEL (L.) (collab.), *Les conventions entre actionnaires. Une approche pratique*, éd. Wilson & Lafleur, 1996.

MARTIN (G.), *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, Thèse, Nancy, 1977.

MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, Thèse, Paris XII, 1990

MAZEAUD (H.), *Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1929.

MERLE (Ph.), *L'application jurisprudentielle de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*, Dalloz, 1976.

MIGNON-COLOMBET (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004.

MIKPONHOUE (H.), *L'ordre juridique communautaire "OHADA" et les enjeux d'intégration du droit des affaires*, Thèse, Université de Perpignan via Domitia, 2016.

MILINGO ELLONG (J.J.), *Le civisme contractuel en droit Ohada et en droit européen*, L'Harmattan, 2016.

MOHAMED SALAH (M.), *Les contradictions du droit mondialisé*, PUF, 2002.

MONSALLIER (M.-C.), *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998.

MONSENEPWO MWAKWAYE (J.), BANZA KASEYA (J.) et alii, *L'impact de l'OHADA sur le droit des sociétés commerciales en République démocratique du Congo*, l'Harmattan, 2015.

MORTIER (R.), *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, Dalloz, 2003.

MOULIN (J.-M.), *Le principe d'égalité dans la société anonyme*, Thèse, Université d' Aix-Marseille, 1999.

MOULOUL (A.), *Le régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA : l'exemple du Niger*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2005.

MOUSSERON (P.), *Les conventions sociétaires*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2014.

MOUTHIEU NJANDEU (M. A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, L'Harmattan, 2009.

NAVARRO (J.-L.), *Mémento de la jurisprudence. Droit des sociétés-Le juge et l'associé*, éd. Hachette livre, 2010.

NDIAYE (M.), *L'inégalité entre associés en droit des sociétés*, Thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2017.

NDOYE (D.), *La nouvelle Cour de cassation des pays de l'OHADA*, Editions Juridiques Africaine, 1998.

NJOYA KANGA (B.), *Les dirigeants sociaux*, Thèse, Université de Dschang, 2007.

NKOYOK (J.), *La situation juridique des sociétés commerciales au Cameroun : adaptation ou inadaptation de la loi du 24 juillet 1867*, Thèse, Montpellier, 1985.

NOIREL (J.), *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, Librairies techniques, 1958.

NOTTE (G.), *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, Thèse, Paris I, 1978

NZE NDONG DIT MBELE (J. R.), *Le dirigeant de fait en droit privé français*, Thèse, Université Nancy II, 2008.

ONANA ETOUNDI (F.) et BOUBOU (P.), *La problématique de l'unification de la jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, Ed. Droit au service du développement, 2008.

ONANA ETOUNDI (F.) et (J. M.) MBOCK BIUMLA, OHADA, *Cinq ans de la jurisprudence commentée de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Ohada (1999-2004)*, ama-cenc, Yaounde, 2005.

OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

PERCEROU (A.), *Lois actuelles et projets récents en matière de sociétés par actions*, Éd. A. Rousseau, Paris, 1932.

POIRIER (J.), (dir.), *Etudes de droit africain et de droit malgache*, éd. Cujas, 1965.

PARACHKEVOVA (I.), *Le pouvoir de l'investisseur professionnel dans la société cotée*, LGDJ, 2005.

PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, Thèse, Paris II, LGDJ 2002.

PERES-DOURDOU (C.), *La règle supplétive*, LGDJ, 2004.

PIETRANCOSTA (A.), *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*, Thèse, Paris I, 1999.

PHAM (H.), *Les limites à la liberté contractuelle dans les sociétés par actions simplifiées*, Mémoire de Master 2 Recherche, Bordeaux, 2012.

PEYROUX-SISSOKO (M.-O.), *L'ordre public immatériel en droit public français*, Thèse, Paris1 Panthéon-Sorbonne, 2017.

POITRINAL (F.-D.) :

- *La révolution contractuelle du droit des sociétés. Dynamique et paradoxes*, Revue Banque Edition, 2003.
- *Le capital-investissement-Guide juridique et fiscal*, Revue Banque éd., 4^{ème} éd., 2010.

PORACCHIA (D.), *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, PUAM, 1998.

POUGOUE (P.-G.), KALIEU ELONGO (Y. R.), *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, Yaoundé, 2008.

POULLE (J.-B.), *Réflexions sur le droit souple et le gouvernement d'entreprise : le principe "se conformer ou expliquer" en droit boursier*, L'Harmattan, 2011.

PRAT (S.), *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Litec, 1992.

RAYNARD (J.), (dir.), *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ?*, Actes du colloque national DJCE, 8 et 9 février 2013 à la faculté de Droit de Bordeaux, LexisNexis, 2013.

RAYNAUD (B.)

- *La stipulation d'indisponibilité*, Presse Universitaire de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2004.
- *Droit de l'ingénierie sociétaire*, 2^{ème} éd., Joly, 2016.

RECEVEUR (B.), *La force obligatoire du contrat de société : Contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés*, Thèse, Université de Cergy-Pontoise, 2013.

RENE (T.), *Des avantages particuliers dans les sociétés par actions*, Thèse, Université de Paris, 1936.

REYGROBELLET (A.) :

- *Les vertus de la transparence. L'information légale dans les affaires*, Presse de Sciences Po-CREDA, 2001.
- *La notion de valeurs mobilières*, Thèse, Université Paris 2, 1995.

REYGROBELLET (A.) et HUET (N.) (dir.), *Les sanctions des sociétés cotées. Quelle spécificité ? Quelle efficacité ?*, Etudes du centre de recherche sur le droit des affaires, LexisNexis, 2012.

RIAL (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980.

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2013.

RIVIER (M.-C.) (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits : un objet nouveau dans le discours des juristes français ?*, [Rapport de recherche], Centre de Recherches Critiques sur le Droit, 2001, disponible sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01050858> .

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011.

SANE (C. M.), *La mobilité des sociétés de l'espace OHADA : étude à la lumière du droit européen et international des sociétés*, Thèse, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2017.

SAYER (P.) et De BENTZMANN (M.), *Les 100 mots du capital-investissement*, PUF, Collection Que sais-je ? 2013.

SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, LGDJ, 2002.

SCHILLER (S.) et MARTIN (D.), *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés*, LexisNexis, 2018.

SCHLUMBERGER (E.), *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, Thèse, Paris I, 2011.

SCHRYVE (L.), *L'ordre public et le droit des sociétés*, Thèse, Université Lille II, 2009.

SERE (S.), KABRE (D.), *Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route*, éd. Outils du Management, France, 2005.

SIKORA (J.), *L'exclusion des membres du groupement de droit privé*, Thèse, Université Strasbourg 3, 2007.

SOUMRANI (P.), *Le portage d'actions*, LGDJ, 1996.

TAGUM FOMBENO (H.-J.), *Négocier et rédiger ses contrats au mieux dans l'espace Ohada*, L'Harmattan, 2010.

TANIELIAN FADEL (A.), *L'efficacité des pactes d'actionnaires dans les sociétés non cotées : (étude comparative entre les droits français et libanais)*, Thèse, Université Paris I, 2012

TASCHER (M.), *Le revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation*, Thèse, Université de Franche-Comté – Besançon, 2011.

TEFFO (F.), *L'influence des objectifs gouvernementaux sur l'évolution du droit des sociétés*, Dalloz, 2014.

TERRE (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1956

TIQUANT (O.), *La contractualisation des procédures collectives*, Thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 1999.

TRAORE (A.), *Les incidences de la diversification des valeurs mobilières sur le droit de vote dans les sociétés par actions*, Thèse, Université CLERMONT I-Université d'Auvergne, 2009.

TUNC (A.), *Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, Dalloz, 2008.

VAES (U.), *La hiérarchie dans la structure de l'entreprise*, éd. Dunod, 1953.

VALUET (J.-P.) et LIENHARD (A.), *Code des sociétés et des marchés financiers*, Dalloz, 2009.

VELARDOCCHIO-FLORES (D.), *Les accords extrastatutaires entre associés*, PUAM, 1993.

VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, LGDJ, 1978.

WERY (P.), *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du code civil*, éd. Kluwer, 1993.

WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997.

WINTGEN (R.), *Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004.

YOUNGONÉ (F. N.), *Arbitrage commercial international et développement. Etude du cas des Etats de l'OHADA et du Mercosur*, Thèse, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2013.

ZADI KESSI (M.), *Culture africaine et gestion de l'entreprise moderne*, éd. CEDA, 1998.

III- ARTICLES, CHRONIQUES, RAPPORTS ET COLLOQUES

ABARCHI (D.), « Problématique des réformes législatives en Afrique : Le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », in A. FENEON (dir.), *Les grands articles de la doctrine de l'OHADA parus au Recueil PENANT de 2000 à 2013*, éd. Juris Africa, 2013, p. 37.

ABDOULLAH (C.), « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : L'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie » : *RIDE* 2004/2, t. XVIII, 2, p. 197.

ADAMOU (M.), « La médiation : efficacité et exécution » : *L'Essentiel. Droit africain des affaires* 2018, n° 5, p. 3.

ADIDO (R.), « La notion d'emploi effectif des mandataires sociaux en droit Ohada », in *Les horizons du droit Ohada. Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel SAWADOGO*, Editions du CREDIJ, 2018, p. 56.

ADOM (K.), « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales » : *Rev. sociétés* 1998, p. 488.

AKHOUD-BARRIGA (S.), « Réflexion sur le langage juridique et ses petits exercices d'application au droit de l'arbitrage » : *RTD civ.* 2015, p. 785.

ALGADI (A. S.), « La société par actions simplifiée dans la loi de modernisation de l'économie : vers un dirigisme contractuel » : *Defrénois* 2009, p. 721.

AMENYINU (T. S.), « Regards sur l'article 2-1 de l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique » : *BDE* 2017/1, en ligne, http://www.droit-economique.org/?page_id=2092

AMRANI-MEKKY (S.), « Justice amiable. La question du statut du médiateur », in W. BEN HAMIDA et S. BOSTANJI (dir.), *La médiation dans tous ses états. Actes du colloque organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017*, éd. A. PEDONE, 2018, p. 43.

ANCEL (J.-P.), « Le contrôle de la sentence », in Ph. FOUCHARD (dir.), *L'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruylant, 2000, p. 189.

ANOUKAHA (F.) :

- « Le recours en annulation contre la sentence arbitrale rendue dans l'espace Ohada à la lumière de la jurisprudence Ohada », in *Les horizons du droit Ohada. Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel SAWADOGO*, Ed. du CREDIJ, 2018, p. 547.
- « Société anonyme avec administrateur général », in P.-G. POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, éd. Lamy, 2011, p. 1847.

ANSAULT (J.-J.) : « Les pactes extrastatutaires sous la surveillance de l'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LGDJ, 2015, p. 1.

ARNAUD-GROSSI (I.), « La paix peut-elle être l'objet d'ingénierie sociétaire ? », in J. MESTRE (dir.), *La paix, un possible objectif pour les juristes de droit des affaires*, LGDJ, 2016, p. 205.

ASSONTSA (R.), « L'implantation des sociétés étrangères dans l'espace Ohada à l'ère du nouveau droit des sociétés commerciales » : *RRJ* 2015-2, p. 827.

AYEWOUADAN (A.), « La médiation : définitions et principes directeurs » : *L'Essentiel. Droit africain des affaires* 2018, n° 5, p. 2.

AYISSI-MANGA (E. B.), « L'exécution forcée d'une obligation de faire » : *RJO* 1999, n° 3, p. 331.

AZAVANT (M.), « La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial » : *Rev. sociétés* 2003, p. 441.

BA (I.), « Observations sur l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique du traité de l'OHADA » : *Rev. EDJA*, Oct.- déc. 1997, n° 35, disponible sur www.ohada.com , Réf. Ohadata D-06-42.

BABADJANG (B.), « Réflexions sur les conventions de portage » : *Petites aff.* 2001, n° 14, p. 4.

BABAY YOUSSEF (S.), « L'articulation : médiation/arbitrage », in W. BEN HAMIDA et S. BOSTANJI (dir.), *La médiation dans tous ses états. Actes du colloque organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017*, éd. A. PEDONE, 2018, p. 55.

BABONGENO (U.), « De la sanction de défaut d'entente entre copropriétaires d'une part sociale et les autres associés dans la pratique du droit des affaires en république démocratique du Congo » : *Rev. EDJA*, Octobre-Décembre 1997, n° 35, disponible sur www.ohada.com , Réf. Ohadata D-07-25.

BADJI (P. A.) :

- « La mise en cohérence des règles relatives à la sanction de l'inexécution des obligations » : *RRJ* 2018-2, p. 819.
- « L'évolution des règles du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales » : *BDE* 2017/1, disponible sur http://www.droit-economique.org/?page_id=2092
- « Les orientations du législateur dans l'AUSCGIE révisé » : *Rev. ERSUMA* 2016, n° 6, p. 9.
- « Les enjeux de la "flexibilisation" des règles des sociétés commerciales dans l'AUSCGIE révisé » : *RRJ* 2014-4, p. 391.
- « Réflexions sur l'attractivité du droit OHADA » : *BDE* 2014 /2, p. 50.
- « Ohada et bonne gouvernance d'entreprise » in J. MESTRE (Dir.), *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Vol. 6, PUAM, 2013, p. 233.

BAKLOUTI (W.), « La procédure dans la médiation », in W. BEN HAMIDA et S. BOSTANJI (dir.), *La médiation dans tous ses états. Actes du colloque organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017*, éd. A. PEDONE, 2018, p. 71.

BANDRAC (M.), DOM (J.-P.) et Le BARS (B.), « Arbitrage » : *J.-Cl. Société-Traité*, fasc. 29-30.

BARAOUI (S.), « Les sociétés commerciales et le droit pénal ou les sociétés commerciales entre droit pénal économique et droit pénal des affaires » : *RIDP* 1987, 1^{er} et 2^e semestres, Edition Erès, p. 9.

BARBIERI (J.-F.) :

- « L'inaliénabilité affectant des droits sociaux » : *BJS* 2008, p. 450.
- « Le droit de participer à l'élaboration des décisions collectives face au droit de contribuer à leur adoption », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LGDJ, 2015, p. 91.
- « La révocation des dirigeants sociaux, Pour la liberté statutaire ! » : *JCP E* 2001, n° 3, p. 5.

BARREAU (C.-T.), « La société par actions simplifiée entre conjoints », in *Aspects organisationnels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Jean PAILLUSSEAU*, Dalloz, 2003, p. 1.

BARRIERE (F.), « Ordre public et impérativité. Observations en droit pénal des sociétés anonymes » : *Rev. sociétés* 2007, p. 713.

BARSI (G.), LAROCHE-GISSEROT (F.), « Offres publiques » : *JCl. Sociétés*, Fasc. 1725.

BATTAJON (R.), « La gouvernance des sociétés commerciales dans l'espace Ohada » : *La Lettre de l'Investisseur*, n° 6, fév. 2016, disponible sur <http://aries-investissements.com/la-lettre-de-linvestisseur/>

BAUER-BERNET (H.), « Notions indéterminées et droit communautaire », in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 269.

BAYO BYBI (B.), « L'efficacité de la convention d'arbitrage en droit Ohada » : *Rev. ERSUMA* 2013, n° 2, p. 61.

BEBOHI EBONGO (S. I.), « L'ordre public international des Etats parties à l'OHADA » : *Rev. Cam. Arb.*, Juil.-Août-Sept. 2006, n° 34, p. 3.

BEN HAMIDA (W.), « Rapport introductif : l'état de la médiation », in W. BEN HAMIDA et S. BOSTANJI (dir.), *La médiation dans tous ses états. Actes du colloque organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017*, éd. A. PEDONE, 2018, p. 3.

BERANGER (G.) :

- « De la simplification du droit », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul le CANNU*, LGDJ, Lextenso Editions, 2014, p. 3.
- « De la théorie à la pratique : petit abécédaire de droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur et à la mémoire de Philippe BISSARA*, Ed. A.N.S.A., 2013, p. 13.

BERGEL (J.-L.), « Typologie des définitions dans le code civil » : *RRJ* 1986, n° 4, p. 31.

BERNARD (A.), « L'avenir de l'ordre public » : *RRJ* 2017-4, p. 1327.

BERTREL (J.-P.) :

- « La SAS : bilan et perspectives » : *Rev. Droit et Patr.* 1999, n°74, p. 40.
- « Le débat sur la nature de la société », in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain SAYAG*, Litec, 1997, p. 131.
- « L' "ingénierie juridique" : dimension émergente du droit des affaires » : *Rev. Dr. et Patr.*, Sept. 1997, p. 3.
- « La position de la doctrine sur l'intérêt social » : *Rev. Dr. et Patr.* Avril 1997, p. 42.
- « Liberté contractuelle et sociétés - Essai d'une théorie du "juste milieu" en droit des sociétés » : *RTD com.* 1996, p. 595.
- « Clauses de préemption dans les cessions entre actionnaires » : *BRDA* 1991, 31 mars, p. 2.
- « Les sociétés de capital risque » : *Petites aff.* Jan. 1986, n° 7, p. 22.

BESNARD GOUDET (R.), « Clauses statutaires d'agrément, de préemption et d'exclusion dans les cessions d'actions » : *JCl. Sociétés Traité* - Fasc. 1792.

BESSIRE (D.) et MEUNIER (J.), « Conception du gouvernement des entreprises et modèles d'entreprises », in H. DE LA BRUSLERIE (coord.), *Finances d'entreprise – Recherches du CREFIB*, Economica, 2001, p. 185.

BIBOUM BIKAY (F.), « Les situations de fait en droit des sociétés de l'Ohada » : *RDUS* 2013/43, p. 827.

BIEGALA (M.), « Le pouvoir des actionnaires peut-il et doit-il s'exercer à travers le conseil d'administration : l'exemple britannique » : *Petites aff.* 1995, n° 116, p. 35.

BILE KANGAH (E.J.), « Quelques considérations sur l'avant-projet d'Acte Uniforme sur le droit des contrats » : *Rev. Dr. Unif.* 2008, n° 1-2, p. 481.

BI OULA (K.), « Le recul de la nullité dans l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE » : *Penant* 2004, n° 848, p. 252.

BISSALOUÉ (S.), « L'informel et le droit Ohada », in *Les horizons du droit Ohada. Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel SAWADOGO*, Editions du CREDIJ, 2018, p. 847.

BISSARA (P.) :

- « De la société contractante à la contractualisation de la société » ; in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, p. 53.
- « Présentation générale de l'ordonnance portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions », in *Le droit des sociétés pour 2005*, Dalloz, p. 79.
- « Interdépendance et coopération des organes sociaux de la société anonyme classique », in *Aspects actuels du droit des affaires-Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 115.
- « L'influence de la professionnalisation de l'actionnariat des sociétés cotées sur le fonctionnement de ces dernières », in *Mélanges en l'honneur de Michel VASSEUR*, Banque éditeur, 2000, p. 11.
- « Au seuil d'un nouveau millénaire : quelles perspectives d'évolution pour le droit des sociétés ? » : *Rev. sociétés* 2000, p. 69.
- « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas de solution » : *Rev. sociétés* 1990, p. 553.

BISSARA (P.) et BOUERE (J.-P.), « Les propositions du CNPF de modernisation du régime des émissions de titre de capital » : *BJS* 1994, n° 1, p. 9.

BLANC (G.), « L'OHADA : esquisse d'un bilan d'étape », in *Droit civil, civilité des droits-Mélanges en l'honneur de Jean-Louis MOURALIS*, PUAM, 2011, p. 29.

BLENSAN (P.) et SISTERON (M.), « Ohada : vers une modernisation du droit des affaires », in *Magazine des affaires*, n° 89, mars 2014, p. 144.

BOITELLE-COUSSAU (M.), « Comment choisir entre la conciliation et la médiation ? » : *Gaz. Pal.* 2015, n° 163 à 164, p. 9.

BOIZARD (M.), « Vers la simplification, l'unification et la libéralisation du régime des valeurs mobilières par l'ordonnance du 24 juin 2004 », in *Le droit des sociétés pour 2005*, Dalloz, 2005, p. 94.

BOLMIN (M.), BOUILLET-CORDONNIER (G.) et MEDJAD (K.), « Harmonisation du droit des affaires dans la zone franc », in *Journal de droit international*, Clunet, 1994, p. 375.

BONAFE- SCHMITT (J.-P.), « La médiation : du droit imposé au droit négocié », in P. OST, P. GERARD et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé*, Publications des facultés universitaires Saint Louis, 1996, p. 419.

BONDIL (F.), « Permanence et évolution du concept de société : du contrat à l'institution ? », in G. BIRASSAMY (dir.), *L'entreprise face au bicentenaire du Code civil*, L'Harmattan, 2005, p. 87.

BONNARD (J.), « L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pactes d'associés », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec M. JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 139.

BONNEAU (Th.), « Le règlement intérieur de la société » : *Dr. sociétés* 1994, p. 1.

BORDE (D.), PONCELET (A.), « Coopération inter-entreprises : La société par actions simplifiée (SAS) » : *RDAI* 1994, p. 221.

BORGHETTI (J.-S.), « A la recherche d'une sanction méconnue de l'inexécution contractuelle : la correction de la mauvaise exécution », in *Mélanges en l'honneur de François COLLART DUTILLEUL*, Dalloz, 2017, p. 131.

BOROUMAND (A.) et VANDERSTRAETE (L.), « L'accroissement du pouvoir décisionnel de l'actionnaire minoritaire d'une société anonyme de droit OHADA par le renforcement des conditions de majorité des assemblées générales dans un pacte extrastatutaire (et autre alternatives) », disponible sur www.ohada.com, Réf. Ohadata D-15-08.

BOUERE (J.-P.), « Dirigeants sociaux et retraites chapeaux », in *Mélanges en l'honneur et à la mémoire de Philippe BISSARA*, Ed. ANSA, 2013, p. 63.

BOUMAKANI (B.) :

- « Le juge interne et le droit OHADA » : *Penant* 2002, n° 839, p. 133.
- « Les juridictions communautaires en Afrique noire francophone : la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Ohada, les cours de justice de l'UEMOA et de la CEMAC », in *Annales de la FSJP de l'université de Dschang*, Yaoundé, PUA, t. III, 1999, p. 80.

BOURCART (G.), « De l'intuitu personae dans les sociétés » : *Journal des sociétés* 1927, p. 513.

BOULISSET (P.), « L'émergence des modes alternatif de règlement des conflits » : *Annales des loyers* 2002, n° 4, p. 605.

BOULOC (B.), « L'ingérence étatique récente dans le droit des sociétés commerciales », in *Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, 2012, p. 67.

BOUREL (P.), « A propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique » : *D.* 2007, n° 14, p. 969.

BOYE (M.), « La formalisation de l'informel : des systèmes financiers décentralisés à l'entrepreneur » : *Penant* 2014, n° 886, p. 58.

BROCHIER (E.), « L'exécution en nature des pactes entre actionnaires : observations d'un praticien » : *RDC* 2005, n°1, p. 125.

BUCHBERGER (M.), « L'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LGDJ-Lextenso Editions, 2015, p. 181.

BUREAU (D.) :

- « Nullité sans frontières ? A propos du domaine des articles L. 235-1 et s. du code de commerce », in *Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, 2012, p.79.
- « L'altération des types sociétaires », in *Mélanges offerts à Paul DIDIER. Etudes de droit privé*, Economica, 2008, p. 57.

CACHIA (M.), « Le déclin de l'anonymat dans les sociétés par actions », in *Etudes offertes à Pierre KAYSER*, PUAM, 1979, p. 213.

CADIET (L.) :

- « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français » : *RLR* 2011, p. 148.
- « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges » : *Petites Aff.* 2000, p. 30.
- « Civil Justice Reform : Access, Cost and Delay. The French Perspective », in A. ZUCKERMAN, *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford University Press, 1999, p. 290.

CAFFIN-MOI (M.), « Pour un cantonnement de l'exigence de contribution aux pertes », in *Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, 2012, p. 101.

CALENDINI (J.-M.), « Les comités de direction » : *BJS* 1992, p. 851.

CANIVET (G.) et MOLFESSIS (N.), « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges en l'honneur de Jacques BORE*, Dalloz, 2007, p. 79.

CANNARD (R.), « Comment et sous quelque forme constituer un holding? » : *Rev. Dr. et Patr.*, nov. 1993, p. 24.

CARBONNIER (J.) :

- « La part de l'angoisse contemporaine » in *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 202.
- « Les renoncements au bénéfice de la loi en droit privée », *Rapport général-Travaux de l'Association Henri Capitant, pour la culture juridique française (Paris-Strasbourg-Dijon, 24-31 mai 1960)*, Dalloz, 1963, p. 283.

CARTWRIGHT (J.), « Regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats » : *RDC* 2015, p. 691.

CASILE (J.-F.), « Retour sur les conditions d'existence de revirement de jurisprudence en droit privé » : *RRJ* 2004-2, vol. I, p. 639.

CATALA (P.), « Rapport de synthèse », in *L'ordre public - Travaux de l'association Henri CAPITANT*, t. XLIX/1998, LGDJ, spéc. p. 1.

CAUSSAIN (J.-J.) :

- « Corporate governance : l'approche française » : *RDAI* 1995, n° 8, p. 903.

- « La précarité de la fonction de mandataire social (Révocation et modes de protection) » : *BJS* 1993, p. 523.

CERVETTI (P. D.), « Du bon usage de la contractualisation en droit de la propriété littéraire et artistique » : *RIDA* 2013, p. 111.

CHAHOUNKA TOLOMÈ (E.), « L'inexécution précontractuelle et contractuelle en droits français et américain : une instructive comparaison » : *Gaz. Pal.* 2007, n° 118, p. 13.

CHALOTTON (C.), « La force d'attraction économique du droit », in C. THIBIERGE, *La force normative. Naissance d'un concept nouveau*, LGDJ, Lextenso Editions, 2009, p. 635.

CHAMPAUD (C.) :

- « Sources et nature épistémologique de la Doctrine de l'entreprise », in *Liber amicorum en l'honneur du Professeur Joël MONEGER*, LexisNexis, 2017, p. 57.
- « Fondement sociétaux de la "doctrine de l'entreprise" », in *Aspects organisationnels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Jean PAILLUSSEAU*, Dalloz, 2003, p. 117.
- « Révocabilité *ad nutum* des dirigeants sociaux. Sens et portée du principe. Principe supérieur du respect des "droits de la défense" » : *RTD com.* 1999, p. 429.
- « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires », in *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 161.
- « Le contrat de société existe-il encore ? », in L. CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 132.

CHANTEPIE (G.), « L'efficacité attendue du contrat » : *RDC* 2010 /1, p. 347.

CHAPUT (Y.), « La liberté et les statuts » : *Rev. sociétés* 1989, p. 361.

CHARVERIAT (A.), « Naissance de la SAS, instrument attendu pour les rapprochements d'entreprises » : *Magazine Option Finance* 17-1-1994, p. 23.

CHAZAL (J.-P.), « Repenser le gouvernement des sociétés commerciales » : *Cah. dr. entr.*, mars-avril 2013/ 2, p. 21.

CHASSAGNARD-PINET (S.), « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel. Contrat et convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Philippe Le TOURNEAU. Libre droit*, Dalloz, 2008, p. 225.

CHIFFLOT BOURGEOIS (F.), BEN KEMOUN (L.) et THOUVENOT (S.), « Pérenniser le succès de l'OHADA : Pistes de réflexion » : *RDAI* 2006, p. 229.

CISSE (A.), « Le nouvel élan du droit Ohada » : *Rev. Dr. et Patr.* 2011, n° 281, p. 47.

CLAUDEL (E.), « Clauses léonines extrastatutaires - les voies d'un compromis », in *Prospectives du droit économique. Dialogue avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 183.

CLAVEL (S.), « La reconnaissance et l'exécution des accords issus de la médiation », in W. BEN HAMIDA et S. BOSTANJI (dir.), *La médiation dans tous ses états. Actes du colloque organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017*, éd. A. PEDONE, 2018, p. 117.

CLAY (Th.) :

- « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges » : *D.* 2018, p. 2448.
- « Les différents types de médiation », in W. BEN HAMIDA et S. BOSTANJI (dir.), *La médiation dans tous ses états. Actes du colloque organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017*, éd. A. PEDONE, 2018, p. 23.

COHEN (D.), « La légitimité des montages en droit des sociétés », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRE*, 1999, p. 261.

COMBET (M.), « Des nouvelles clauses compromissaires dans les contrats du XXI^e siècle » : *Revue Lamy droit des affaires* 2017, n° 126, p. 19.

CONAC (P.-H.), « La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales et le juge : la Cour de cassation prisonnière d'un fantôme ? » : *Rev. sociétés* 2018, p. 97.

CONSTANTIN (A.), « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001.

CORNU (G.) :

- « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse » : *RIDC* 1997, Vol. 49, n° 2, p. 313.
- « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiées au doyen Jean VINCENT*, Dalloz, 1981, p. 77.

CORVEST (H.), « L'inaliénabilité conventionnelle » : *Défrénois* 1979, art. 32126, p. 1377.

COSTA-LASCOUX (J.), « La lutte contre les comportements anti-économiques », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. X, Les Nouvelles Editions Africaines, 1982, p. 137.

COURET (A.) :

- « L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 » : *BJS* 2016, p. 433.
- « Le transfert temporaire du droit de vote : retour sur une question taboue » : *BJS* 2015, p. 153.
- « La conciliation des mécanismes de garantie dans les cessions de droit sociaux », in *Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, 2012, p. 121.
- « Réflexions sur le bureau de l'assemblée générale », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, mélange en l'honneur du Professeur Paul le CANNU*, Economica, 2008, p. 242.
- « L'équilibre économique des pactes d'actionnaires », in *Les Échos*, 14 fév. 2005, p. 12.
- « La contrainte du dividende dans les sociétés par actions », in *Aspects actuels du droit des affaires-Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 239.
- « Mondialisation et droit des sociétés. La structure juridique des entreprises (*corporate governance*) » : *RIDE* 2002, t. XVI, 2-3, p. 339.
- « Le désintéret social », in *Le juge et le droit de l'économie, Mélanges Pierre BEZARD*, Montchrestien, 2002, p. 63.
- « Les apports de la théorie microéconomique moderne à l'analyse du droit des sociétés » : *Rev. sociétés* 1984, p. 243.
- « Prudence dans l'application du droit des sociétés », https://www.lesechos.fr/16/06/2008/LesEchos/20194-073-ECH_prudence-dans-l-application-du-droit-des-societes.htm
- « Le gouvernement d'entreprise, la *corporate governance* » : *D.* 1995, chron., 163.
- « Les conventions de portage », in J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO, Ph. PETEL et alii, *Éléments d'ingénierie sociétaire. Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence*, PUAM, 1994, p. 81.

COURTIÈRE (J.), « Pour une réforme du droit de la société anonyme non cotée » : *Rapport de la CCIP adopté le 23 octobre 2003*, disponible sur www.ccip.fr

COUTURIER (G.), « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à Jacques FLOUR*, éd. Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 95.

CUMYN (M) :

- « L'ordre public » in B. MOORE (dir.), *Les grands classiques du droit civil. Les grandes notions*, Thémis, 2015, p. 33.
- « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité » : *Revue juridique Thémis*, 2007 / 41, p. 1.

DAI DO (V.), « L'amiable composition, une voie à privilégier dans l'arbitrage ? », in J. MESTRE (dir.), *La paix, un possible objectif pour les juristes de droit des affaires*, LGDJ, 2016, p. 257.

DAIGRE (J.-J.) :

- « Loi PACTE : ni excès d'honneur, ni excès d'indignité » : *BJS* 2018, p. 541.
- « La financiarisation du droit des sociétés », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 61.
- « Actions privilégiés, catégories d'actions et avantages particuliers », in *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 213.
- « Le gouvernement d'entreprise, feu de paille ou mouvement de fond » : *Rev. Dr. et Patr.* juil.-août 1996, p. 21.
- « Le droit de vote est encore un attribut essentiel de l'actionnaire ? » : *JCP E* 1996, p. 575.
- « Les pactes d'actionnaires accompagnant les opérations de capital-investissement » : *Magazine Option finance* 1993, n° 258, p. 32.

DAILLE-DUCLOS (B.), « L'application extensive du principe du contradictoire en droit des affaires : le développement du devoir d'information, du devoir de loyauté et du respect des droits de la défense » : *JCP E*. 2000, n° 50, p. 1990.

DAMY (G.), « La remise en cause de la notion classique d'associé : vers une atteinte aux fondements du droit des sociétés » : *Petites aff.* 2007 n° 149, p. 3.

DANET (D.), « Dirigeants sociaux. Révocabilité « *ad nutum* », clause limitative, nullité » : *RTD com.* 1993, p. 521.

DAUNER-LIEB (B.), « La liberté statutaire : L'état du droit positif allemand », in M. MENJUCQ et B. FAGES (dir.), *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*, Dalloz, 2010, p. 35.

DAVID (R.), « Le caractère social du droit de vote » : *Journal des sociétés* 1929, p. 401.

DAVID (R. G.), « Investissements internationaux et procédures collectives internationales », in *Les horizons du droit Ohada. Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel SAWADOGO*, Editions du CREDIJ, 2018, p. 619.

DE BOISSESSON (M.), « Le mini-trial, un procès fictif » : *Petites aff.* 1987, n° 126, p. 134.

DE LAENDER (M.-H.), « La révocation des dirigeants sociaux » : *Dr. sociétés* 2000, n° 5, chron. 9, p. 4.

De SCHUTTER (O.) et **RINGELHEIM (J.)**, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », in H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 441.

DEBOISSY (F.), « L'essentiel des réformes : le renforcement de la démocratie actionnariale » : *Petites aff.* 2007, n° 154, p. 13.

DECKON (F. K.), « Les pouvoirs du dirigeant de sociétés commerciales en droit OHADA » : *Rev. sociétés* 2013, p. 467.

DEDESSUS-LE MOUSIER (N.), « La responsabilité du dirigeant de fait » : *Rev. sociétés* 1997, p. 499.

DELABRE (B.), « Regard d'un praticien sur les clauses extrastatutaires dans l'organisation patrimoniale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean PRIEUR*, LexisNexis, 2014, p. 195.

DELEBECQUE (Ph.), « L'état de la perception de la sécurité juridictionnelle dans l'espace OHADA : regard à partir des modes (alternatifs) non juridictionnels de règlement des conflits », in L. CADIET (coord.), *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA*, IRJS éd., 2013, p. 129.

DELGA (J.) :

- « L'administrateur indépendant : un personnage juridiquement contestable ! » : *Actes prat. ing. sociétaire*, juillet-août 2007, p. 26.
- « Les indemnités de révocation des PDG de SA en France sont interdites : propos sur les golden parachutes » : *JCP E* 2007, n° 25, p. 34.
- « Révocation sans indemnités des PDG de SA en France : Mythe ou réalité ? » : *D.* 1996, p. 763.

DERIEUX (B.), SWINBURNE (D.), et alii, « La réforme du droit des sociétés de l'Ohada : une évolution majeure du régime du droit des sociétés en Afrique subsaharienne », *Linklaters*, fév. 2014, p.1, disponible sur <http://www.ohada.com/content/newsletters/2110/Linklaters-La-reforme-du-droit-des-societes-OHADA.pdf>

DESDEVISES (Y.), « Brèves remarques sur l'issue des modes alternatifs de règlement des différends », in *Mélanges en l'honneur de François COLLART DUTILLEUL*, Dalloz, 2017, p. 309.

DIAKHATE (M.), SAMBE (I.), « Regards croisés sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales » : *Revue sénégalaise de droit des affaires* 2003, n° 1, p. 111, disponible sur www.ohada.com , Ohadata, D-04-34.

DIALLO (B.) :

- « Vaincre la résistance des juridictions suprêmes nationales : les pistes possibles de réforme » : *Rev. Jurifis info*, 2009, n° 5, p. 7.
- « Réflexions sur le pouvoir d'évocation de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans le cadre du Traité de l'OHADA » : *Penant* 2007, n° 858, p. 40

DIALLO (B.), KONATE (M.) et MEUKE (B.), « Gestion de crise en Ohada : anticipation conventionnelle et statutaire-Gestion négociée et règlement des conflits internes » : *Rev. Jurifis info*, 2009, n° 4, p. 2.

DIAWARA (K), LAVALLEE (S), « La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace OHADA : Pour une ouverture aux considérations non économiques » : *RIDE* 2014/4, t. XXVIII, p. 431.

DIDIER (P.) :

- « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 71.
- « Les origines de la représentation légale en droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LGDJ-Lextenso Editions, 2015, p. 273.
- « La théorie contractualiste de la société » : *Rev. sociétés* 2000, p. 95.
- « La publicisation du droit des sociétés », in *Le droit des affaires, demain ; Actes du colloque du 5 juin 1985*, p. 38, disponible sur <http://www.creda.ccip.fr/colloques/pdf/1985-droit-affaires/droit-affaires-demain-actes.pdf>

DIEDHIOU (P.), « L'article 10 du traité de l'OHADA : quelle portée abrogatoire et supranationale ? », disponible sur www.ohada.com, Ohadata D-08-05.

DIENG (A.), « Approche culturelle des ARD en Afrique » : *JADA* 2011, n° 1, p. 25.

DIEUX (X.), « L'exercice du pouvoir au sein de la société anonyme-Observations sur quelques incertitudes », in *Mélanges Jean PARDON*, Bruylant, 1996, p. 251.

DIKOR (A. M.), « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux du fait d'infractions non intentionnelles » : *Rev. ERSUMA* 2016, n° 6, p. 499.

DIONE (A.), « La révocation des dirigeants des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée à la lumière de l'acte uniforme relatif au droit commercial et des groupements d'intérêt économique » : *Rev. EDJA*, n° 54, juil-août-sept 2002, p. 55.

DIOUF (N.), « Droit pénal des affaires entre l'indulgence et la sévérité », Communication donnée à la formation continue des auxiliaires de justice, ERSUMA, 10 au 21 Nov. 2003, disponible sur www.ohada.com

DJAHA (K. F.), « L'exercice du contrôle dans les sociétés anonymes en droit OHADA » : *Actualités juridiques*, Ed. Economique, n° 2, 2011, p. 133.

DJÉDJÉ (P.-C.), **YONDO BLACK (L.)**, et *alii*, « Simplification des règles de constitution et de fonctionnement des sociétés commerciales en zone Ohada » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 66.

DOM (J.-P.), « Le statut des dirigeants », in J. RAYNARD (dir.), *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ? Actes du colloque national DJCE, 8 et 9 février 2013 à la faculté de Droit de Bordeaux*, LexisNexis, 2013, p. 43.

DONDERO (B.):

- « La société sans statut » : *Gaz. Pal.* 2016, n° 30, p. 51.
- « L'actionnariat orienté, ou la prise en compte des mobiles de l'actionnaire », in E. LE DOLLEY (dir.), *Concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010, p. 263.
- « Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations » : *BJS* 2008, p. 245.

DOUVRELEUR (O.), « Enquête sur les utilisations de la SAS » : *Petites aff.* 1997, n° 47, p. 7.

DRIDI (D.), « La convention de médiation », in W. BEN HAMIDA et S. BOSTANJI (dir.), *La médiation dans tous ses états. Actes du colloque organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017*, éd. A. PEDONE, 2018, p. 29.

DROSS (W.), « Ordre public et transaction », in B. MALLET-BRICOUT et C. NOURISSAT (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, Actes coll. 2006, p. 63.

DRUMMOND (F.), « Un nouveau principe : la liberté d'émettre "toutes valeurs mobilières" » : *RD bancaire et fin.* 2004, p. 361.

DUBOUCHET (P.), « Théorie normative du droit et le langage du juge » : *RRJ* 1994, n° 2, p. 660.

DUBOUT (H.), « Les clauses de durée dans les pactes extrastatutaires entre actionnaires » : *BJS* 1997/1, p. 5.

DUCOULOUX-FAVARD (C.) :

- « Propos autour de la société anonyme simplifiée et de l'autonomie statutaire » : *Petites aff.* 24 janv. 2001, p. 3.
- « Actionnariat et pouvoir » : *D.* 1996, Chron., p. 177.

DUMAS (R.) :

- « Les interactions entre le renouvellement des sources et des pratiques encadrées en Droit des affaires » : *RRJ* 2017, n° 3, p. 45.

- « Les droits fondamentaux ; source nouvelle de la matière commerciale » : *J.-Cl. Commercial*, fasc. 30, 2007.

DUPICHOT (P.), « Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats » : *Rev. Dr. et Patr.* 2015, n° 247, p. 32.

DUPICHOT (Ph.), « SAS en zone Ohada » : *BJS* 2014, p. 421.

DURAND-LEPINE (G.), « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées » : *Petites aff.* 1995, n° 88, p. 7.

DUVAL-HAMEL (J.) et GERMAIN (M.), « Gouvernement des entreprises : qui dirige ? », in *Mélanges en l'honneur de Daniel TRICOT*, Dalloz, 2011, p. 657.

ECK (C.), « Les nouveaux types d'actions et de valeurs mobilières » : *Bulletin Gide*, 14 mai 2004, disponible sur https://www.gide.com/sites/default/files/gide_afrique_alerteclient_reformeohada_fr_14mai2014.pdf

EL-AHDAB (J.), « Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée » : *Rev. sociétés* 2004, p. 18.

EL-HAKIM (J.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats » : *RIDC* 1997, n° 2, p. 347.

ETOULA ESSOH (C.), « Regard sur le statut du dirigeant social en droit OHADA » : *RASJ* 2016, n° 1, p. 113.

EVELAMENOU (S.K.), « Le droit commun des affaires OHADA » : *RTSJ* 2015, n° 7, p. 48.

EYANGO DJOMBI (D.), « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'OHADA » : *Penant* 2015, n° 893, p. 433.

FABRE-MAGNAN (M.), « Le mythe de l'obligation de donner » : *RTD civ.* 1996, p. 85.

FADIKA (K.), « La clarification du régime des nullités » : *Rev. dr. et patr.* 2014, n° 239, p. 89.

FAVARIO (T.) :

- « L'intérêt social, reflet d'une éthique libérale » : *Cah. dr. entr.* 2013, n° 2, p. 48.
- « Regards civilistes sur le contrat de société » : *Rev. sociétés* 2008, p. 53.
- « La clause statutaire d'inaliénabilité » : *BJS* 2010, p. 100.

FAYE (A.), « L'égalité des associés (Acte uniforme sur le droit des sociétés et du GIE) » : *Droit écrit, Droit sénégalais* 2003, n° 2, p. 9.

FAYE (B.), ESSOMBÈ MOUSSIO (J.-J.) et alii, « La modernisation du régime des valeurs mobilières pour les sociétés par actions » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 86.

FAYE (B.) et NYEMB (J.), « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 68.

FAYE (S.), « Des accords de coopération à la société par actions simplifiée », in *Éléments d'ingénierie sociétaire. Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence*, PUAM, 1994, p. 57.

FAYT (A.) et PELTZER (P.), « L'organisation du pouvoir dans les sociétés anonymes » in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme. Séminaire en hommage à Madame BENOÎT-MOURY*, Bruylant, 2004, p. 1.

FENEON (A.) :

- « La société par actions simplifiée : un bouleversement du droit Ohada des sociétés commerciales » : *Penant* 2014, n° 887, p. 256.
- « La participation à l'arbitrage des personnes morales de droit public (L'exemple de l'Ohada) », in H. BENCHENITI et A. FALALI (dir.), *Les annales de l'Université d'Alger I, Série spéciale - Colloques et Séminaires*, n° 3/ 2014, p. 155.
- « La mésentente entre actionnaires dans les sociétés anonymes régies par l'acte uniformes Ohada », in FENEON (A.), (dir.), *Les grands articles de la doctrine de l'OHADA parus au Recueil PENANT de 2000 à 2013*, éd. Juris Africa, 2013, p. 132.
- « Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA » : *Penant* 2002, n° 839, p. 153.

FERRY (C.), GERSCHEL (C.) RIZO SANCHEZ, (S.) KHAU et CASTELLE (K.), « Validité, portée et efficacité des clauses d'inaliénabilité statutaires et extrastatutaires portant sur les actons », *Actes prat. ing. Sociétaire* 2011, n° 115, p. 4.

FOCHE (R.) et OUAFO BEPY ASSI (V.), « Le droit de l'Ohada : un capital vital pour le redressement de l'économie africaine », in J. GATSI (dir.), *L'effectivité du droit Ohada*, PUA, 2006, p. 49.

FONE NDONTSA (A. M.), « Le secteur informel camerounais au regard du droit commercial », in *Annales de la FSJP*, PUA, 1998, t. II, p. 119.

FORTIER (V.), « La fonction normative des notions floues » : *RRJ* 1991, n° 3, p. 755.

FOSSEREAU (J.), « Le vote au conseil d'administration des sociétés anonymes » : *RTD com.* 1965, p. 327.

FOUCHARD (Ph.), « Arbitrage et modes alternatifs de règlements des litiges du commerce international », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle : A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn – Université de Bourgogne – CNRS, Litec, 2000, Vol 20, p. 108.*

FOMETEU (J.), « Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Ohada et les juridictions nationales de cassation », in A. AKAM AKAM (Dir.), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, L'Harmattan, 2009, p. 37.

FONTAINE (M.) :

- « Note explicative à l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats » : *Rev. dr. unif.* 2008, n° 1-2, p. 561.
- « Le projet d'Acte uniforme Ohada sur les contrats et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international » : *Rev. dr. unif.* 2004-2, p. 253.

FOULON (A. D.) et DEBOSQUE (B.), « La nouvelle médiation dans l'espace Ohada, pour un meilleur accès à la justice », disponible sur <https://afrique.latribune.fr/think-tank/tribunes/2018-01-16/la-nouvelle-mediation-dans-l-espace-ohada-pour-un-meilleur-acces-a-la-justice-tribune-764746.html>

FOYER (J.), « Quel droit des sociétés pour le millénaire qui s'avance ? » : *Rev. sociétés* 2000, p. 101.

FRANÇOIS (B.) :

- « Révision de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », *Rev. sociétés* 2014/3, p. 142.
- « Femmes administratrices » : *Rev. sociétés* 2014, p. 466.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « La portée de la réglementation de l'ordre public dans le domaine de la construction et du bâtiment » : *Gaz. Pal.* 26 juin 2001, doct., p. 2.

FROMENT (J.-C.), « L'autorité et la sanction. Sous l'angle de la philosophie du droit » : *Revue Informations sociales* 2005, n° 127, p. 60.

FRUMER (P.), « L'encadrement supranational de la solution contractuelle : l'impact des garanties du procès équitable », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 114.

GALLOIS-COCHET (D.) :

- « L'invocabilité par les tiers des clauses limitant le pouvoir des dirigeants sociaux », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LGDJ Lextenso Editions, 2015, p. 325.
- « L'obscurité clarté du régime d'exclusion statutaire » : *Dr. sociétés* 2014, Etude 23.
- « Les montages en droit des sociétés » : *RDC* 2007, p. 1022.

GARANT (P.), « Quelques réflexions sur l'ordre public dans le droit processuel québécois » : *Les cahiers de droit* 1999, vol. 40, n° 2, p. 367.

GASTINEAU (P.), « Distributions de dividendes et décision régulière » : *Dr. sociétés Actes prat. ing. sociétaire*, Nov.-déc. 2001, p. 3.

GATCHOUP TCHINDA (D.), « L'émergence de la société par actions simplifiée en droit Ohada » : *RASJ* 2016, n° 2, p. 101.

GATSI (J.), « La jurisprudence, source du droit Ohada » : *RIDC* 2012, n° 2, Vol. 64, p. 477.

GAUDEMET (A.) :

- « L'opposabilité et la transmission des obligations », in RAYNARD (J.), (dir.), *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ?*, LexisNexis, 2013, p. 17.
- « La portée des pactes de préférence ou de préemption sur des titres de société » : *Rev. sociétés* 2011, p.139.

GAUTHIER (F.), « État des lieux sur la direction et l'administration de la société anonyme à conseil d'administration » : *Gaz. Pal.* 2000, n° 60, p. 8.

GEENS (K.) et WICKAERT (M.), « Les espaces de liberté dans le droit des sociétés à responsabilité limitée : entre rapprochement et palliation », in CAPRACE (O.), MATRAY (D.), MARCHANDISE (P.) et alii, *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruylant, 2007, p. 139.

GERMAIN (M.) :

- « La contractualisation du droit des sociétés », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 33.
- « Pactes, statuts et ordre public », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, 2013, p. 305.
- « Questions nouvelles et anciennes sur l'égalité entre actionnaires », in *Mélanges en l'honneur et à la mémoire de Philippe BISSARA*, Ed. ANSA, 2013, p. 197.
- « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », in *Etudes de droit privé : Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 189.
- « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les actions de préférence » : *Rev. sociétés* 2004, p. 597.
- « Les manifestations en droit des sociétés » : *Petites aff.* 2003, n° 237, p. 10.
- « Le droit de vote » : *Petites aff.* 4 mai 2001, p. 8.
- « La renonciation aux droits propres des associés : illustration », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz, 1999, p. 401.
- « La société par actions simplifiée » : *Rev. sociétés* 1994, p. 207.
- « Le transfert du droit de vote » : *Journal des agrégés*, nov. 1990, n° spécial, p. 135.

GHESTIN (J.):

- « L'ordre public, une notion à contenu variable en droit privé français », in PERELMAN (C.) et VANDER ELST (R.), (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Collection-Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984, p. 77.
- « Les effets pervers de l'ordre public », in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian GAVALDA*, Dalloz, 2001, p. 123.

GIANNO (R.) et COMBES (A.-É.), « La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes » : *Gaz. Pal.* 4 juin 2002, n° 155, p. 4.

GODON (L.), « L'éclatement des formes sociales », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 41.

GOLDSMITH (J.-C.), « Les modes de règlement amiable des différends (RAD) » : *RIDA* 1996, n° 2, p. 222.

GONCALVES (W. E.), « La rupture de l'égalité dans les souscriptions prioritaires d'actions en droit OHADA », disponible sur www.ohada.com , Réf. Ohadata D-13-38.

GORE (M.), « La médiation : champ d'application et articulation avec d'autres modes de résolution des conflits » : *L'Essentiel. Droit africain des affaires* 2018, n° 5, p. 3.

GOYET (Ch.), « Les limites au pouvoir majoritaire » : *RJ com.* 1990, numéro spécial, p. 58

GRANIER (T.) :

- « Le renouvellement du droit des valeurs mobilières » : *Journal des sociétés* 2014, n° 120, p. 38.
- « Définition des avantages particuliers » : *Dr. sociétés* 2003, n° 12, p. 3.

GRANOTIER (J.), « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres » : *JCP G* 2012, doct. 653.

GRELON (B.), « Le nouveau droit des valeurs mobilières donnant accès au capital » : *Rev. sociétés* 2004, p. 579.

GRIMALDI (C.) :

- « Le pacte de préférence : comment le rédiger, le sécuriser ou le neutraliser ? Pièce en quatre actes » : *D.* 2018, p. 1529.
- « Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA » : *D.* 2016, p. 648.
- « Nouvel espoir pour l'efficacité des promesses unilatérales de vente » : *D.* 2011, p. 2838.
- « Regard civiliste sur la cession ou le rachat forcé de droits sociaux » : *JCP G* 2009, p. 11.

GROSLIERE (J.-C.), « Les garanties professionnelles des dirigeants de sociétés commerciales », *D.* 1963, chron. p. 184.

GUINCHARD (S.) :

- « L'évitement du juge civil », in G. MARTIN (dir.), *Les métamorphoses de la régulation juridique*, LGDJ, 1999, p. 221.
- « Petit à petit, l'effectivité du droit au juge s'effrite », in *La création du droit jurisprudentiel ? Mélanges en l'honneur de Jacques BORE*, Dalloz, 2007, p. 275.

GUTMANN (D.), « L'associé, investisseur ou entrepreneur ? Réflexion fiscale sur le statut de l'associé de société », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul le CANNU*, LGDJ, Lextenso Editions, 2014, p. 315.

GUYON (Y.) :

- « La société anonyme, une démocratie parfaite ? », in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian GAVALDA*, Dalloz, 2001, p. 133.
- « Les aspects communautaires et internationaux de la société par actions simplifiée » : *Rev. sociétés* 2000, p. 255.
- « Présentation générale de la société par actions simplifiées » : *Rev. sociétés* 1994, p. 207.
- « L'inaliénabilité en droit commercial », in *Droit et vie des affaires. Etudes à la mémoire d'Alain SAYAG*, Litec, 1997, p. 267.

HANNOUN (C.) :

- « Le droit des sociétés et la création de valeur », in *Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, 2012, p. 349.
- « Méthodologie d'un droit des montages contractuels » : *RDC* 2007, p. 1036.
- « La société par actions simplifiée : essai de prospective juridique », in *Droit et vie des affaires. Etudes à la mémoire d'Alain SAYAG*, Litec, 1997, p. 283.

HAUSER (J.) et LEMOULAND (J.-J.), « Ordre public et bonnes mœurs », in *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit civil*, t. VII, 1993, p. 2.

HEINICH (J.) :

- « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social » : *Rev. sociétés* 2018, p. 568.
- « Le sort du pacte extrastatutaire d'associés lors d'un événement affectant l'un de ses signataires » : *Rev. sociétés* 2014, p. 475.

HELOT (S.), « La place de l'intuitu personae dans la société de capitaux » : *D.* 1991, p. 143.

HENNEBEL (L.) et LEWKOWICZ (G.), « La contractualisation des droits de l'homme : De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », in G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 221.

HERVIEU (A.), « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle » : *RRJ* 1989-2, p. 257.

HEURTEUX (C.), « Partage du pouvoir de décision et mécanisme de délégation dans les entreprises » : *Petites aff.* 19 nov. 1997, p. 7.

HOANG (P.), « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, mélange en l'honneur du Professeur Paul le CANNU*, Economica, 2008, p. 205.

HOLLARD (V.), « La contractualisation du droit des sociétés », Rapport au nom de la Commission juridique de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, novembre 1989.

HONORAT (J.), « La société par actions simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés » : *Petites aff.* 1996, n° 99, p. 4

HOUNKPE (J.-C.), « Pacte d'actionnaires et prévention des conflits dans les sociétés anonymes de l'espace OHADA », disponible sur www.ohada.com, Réf. Ohadata D-11-100.

HORSMANS (G.), « Les nouveaux rivages de la liberté sociétaires », in *Mélanges en l'honneur de Daniel TRICOT*, Dalloz, 2011, p. 669.

HORSMANS (G.) et **DE CORDT (Y.)**, « La recherche arbitrale de l'efficacité sociétaire », in *Mélanges offerts à Pierre VAN OMMESLAGHE*, Bruylant, 2000, p. 541.

ISSA-SAYEGH (J.) :

- « Réflexions sur les raisons et la manière d'observer le droit uniforme des affaires : l'exemple de l'Ohada », in *Les horizons du droit Ohada. Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel SAWADOGO*, Ed. du CREDIJ, 2018, p. 461.
- « Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des Etats parties avec les Actes uniformes de l'Ohada et réciproquement », in FENEON (A.), (dir.), *Les grands articles de la doctrine de l'OHADA parus au Recueil PENANT de 2000 à 2013*, éd. Juris Africa, 2013, p. 53.
- « Le caractère d'ordre public des dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) : *Penant* 2009, n° 869, p. 393.
- « Le bilan jurisprudentiel du Droit uniforme OHADA (Incertitudes législatives et turbulences jurisprudentielles) », communication délivrée au 31^e congrès IDEF, Lomé 2008, disponible sur www.ohada.com, Ohadata D-08-65.
- « Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des états parties avec les actes uniformes et réciproquement » : *Penant* 2005, n° 850, p. 6.

- « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : L'exemple des actes » : *Rev. dr. unif.* 1999, p. 5.
- « Présentation des dispositions sur le fonctionnement des sociétés commerciales. », disponible sur www.ohada.com , Réf. Ohadata D-06-13.
- « Présentation des dispositions particulières sur les sociétés commerciales. », disponible sur www.ohada.com , Réf. Ohadata D-06-11.
- « Réflexions sur l'émission d'obligations convertibles en actions dans le droit OHADA », disponible sur www.ohada.com , Réf. Ohadata D-03-08.

JAMIN (C.), « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, D. 2009, p. 177.

JARROSSON (C.) :

- « Réflexions sur les sanctions applicables à la sentence arbitrale » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, 2015, p. 331.
- « L'intensité du contrôle de l'ordre public », in LOQUIN (E.) et MANCIAUX (S.) *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 161.
- « L'intérêt de la médiation pour la résolution des litiges entre entreprises », in *Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, 2012, p. 365.
- « Présentation générale de la conciliation : définition, historique, objectif » : *Gaz. Pal.* 1998, 4-6 oct., p. 11.
- « Les modes alternatifs de règlement des conflits, présentation générale » : *RIDC* 1997, Vol. 49, n°2, p. 325.

JEANDIDIER (W.), « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire » : *RTD civ.* 1976, p. 700.

JEANTIN (M.) :

- « Droit des obligations et droit des sociétés », in *Mélanges dédiés à Louis BOYER*, PUSS, 1996, p. 317.
- « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Dalloz, 1996, p. 149.
- « Les conventions de vote » : *RJ com.* 1990.
- « Observation sur la notion de catégorie des actions » : *D.* 1995, Chron., p. 88.

JESTIN (K.), « Vers un renforcement de l'arbitrage comme mode de résolution des conflits en droit fiscal ? Analyse comparé France-Etats-Unis » : *Jurisdiction-Revue doctorale de droit public comparé et de théorie juridique*, 2009, n° 2, p. 73.

JOBERT (L.), « La notion d'augmentation des engagements des associés » : *BJS* 2004, p. 627.

JOSSERAND (L.), « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal » : *D.* 1940, chron., p. 5.

KAMIN KASSON (C.), « L'analyse critique de la compétence du législateur Ohada dans la construction d'un droit pénal communautaire » : *Le Nemro-Revue Trimestrielle de Droit Economique*, Août-Oct. 2018, p. 25.

KAMTA FENDOP (M.), « Associés », in P.-G. POUGOUE, (dir.), *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 368.

KARIM (V.), « L'ordre public économique : contrat, concurrence, consommation » : *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n° 2, 1999, p. 410.

KASSIA (B. O.), « Le recul de la nullité dans l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique » : *Penant* 2004, n° 848, p. 352.

KAZADI MPIANA (J.), « La problématique de l'existence du droit communautaire africain. L'option entre mimétisme et spécificité » : *Rev. libre de Droit* 2014, p. 38.

KENDERIAN (F.), « La contribution aux pertes sociales » : *Rev. sociétés* 2002, p. 617.

KENFACK (H.), « La médiation dans les droits "africains" », in W. BEN HAMIDA et S. BOSTANJI (dir.), *La médiation dans tous ses états. Actes du colloque organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017*, éd. A. PEDONE, 2018, p. 355.

KENFACK DOUAJNI (G.), « La conciliation et la médiation dans les pratiques contractuelles », in *Actes du colloque internationale de Libreville sur « Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux »*, Publication de l'ERSUMA, 2012, 1^{ère} éd., p. 258.

KERE (I.), « L'OHADA et l'harmonisation du droit des contrats : Propos et questions préliminaires » : *Rev. dr. unif.* 2008, n° 1-2, p. 197.

KERKOVIAN (A.-J.), « Quelques critiques pragmatiques de la loi française sur les sociétés commerciales » : *Gaz. Pal.* 1968/2, p. 97.

KEUTGEN (G.), « Le comité de direction, un nouvel organe sociétaire », in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme. Séminaire en hommage à Madame BENOÎT-MOURY*, Bruylant, 2004, p. 57.

KHALED (S.), « La médiation en droit commercial », in W. BEN HAMIDA et S. BOSTANJI (dir.), *La médiation dans tous ses états. Actes du colloque organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017*, éd. A. PEDONE, 2018, p. 179.

KHAN (Ph.), « Les investissements étrangers dans les pays en voie de développement » : *Penant* 1971, p. 163.

KINSCH (P.), « L'arbitrage des litiges en matière de sociétés », in PRÜM (A.), *Cent ans de droit luxembourgeois des sociétés*, Ed. Larcier, 2016, p. 367.

KIRSSCH (M.), « Historique de l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) », in FENEON (A.), (dir.), *Les grands articles de la doctrine de l'OHADA parus au Recueil PENANT de 2000 à 2013*, éd. Juris Africa, 2013, p. 12.

KITAMURA (I.), « L'avenir de la "justice conciliationnelle" », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz, 1999, p. 801.

KLEIN (J.), « L'Etat et les sociétés commerciales », in *Mélanges en l'honneur de Didier R. MARTIN*, LGDJ, Lextenso Editions, 2015, p. 361.

KONGATOUA KOSSONGO (A.), « Le droit de vote dans les sociétés commerciales tel que prévu par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE » : *Penant* 2010, n° 873, p. 462.

KUATE TAMEGHE (S. S.), « Actes uniformes », in P.-G. POUGOUE, (dir.), *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 14.

KULLMANN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites » : *D.* 1993, Chron. p. 59.

LAFAY (F.), « Le pacte en droit privé, convention autonome ? » : *RRJ* 2006, n° 4, p. 2265.

LAFORTUNE (D.), « La convention d'actionnaires » : *Revue juridique Thémis* 2002, n° 36, p. 197.

LAGARDE (X.), « Transaction et ordre public » : *D.* 2000, Chron., p. 217.

LAHANE (N.), « L'inflexion nécessaire du principe d'intangibilité du contrat : étude comparée entre droit des sociétés et droit commun des contrats » : *AJ Contrat* 2017, p. 475.

LAITHIER (Y.-M.), « Le droit comparé et l'efficacité économique », in S. BOLLEE, Y.-M. LAITHIER et C. PERES (dir.), *L'efficacité économique du droit*, Economica, 2010, p. 49.

LAMAZEROLLES (E.), « L'efficacité des stipulations, le régime de l'exécution », in J. RAYNARD (dir.), *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ? Actes du colloque national DJCE, 8 et 9 février 2013 à la faculté de Droit de Bordeaux*, LexisNexis, 2013, p. 25.

LANGLAIS (J.-P.) et De KERVILER (G.), « Les nouvelles "actions de préférence" » : *Les Echos*, 16 juil. 2004.

LAOUENAN (O.), « Les golden parachutes dans les sociétés anonymes » : *Petites aff.* 2004, n° 150, p. 12.

LAPEYRE (C.), « La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques » : *BJS* 2004, p. 21.

LARDEUX (G.), « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011 p. 2.

LARRIEU (P.), « L'interprétation des pactes extrastatutaires d'associés » : *Rev. sociétés* 2007, p. 697.

LASCOUMES (P.) et SEVERIN (E.), « Théorie et pratique de l'efficacité du droit » : *Rev. Droit et Société* 1986, n°2, p. 101.

LE BARS (B.) et MATTORS (B.), « Management et financement de la société anonyme », la *Semaine juridique*, 28 Octobre 2004, n°44, Supplément n° 5, p. 12.

LEBEN (C.), « Impératif juridique, dérogation et dispense » : *Droits*, 1997, n° 25, p. 35 et s.

LEBLOND (J.), « Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale du conseil d'administration, du président-directeur général et du directeur général adjoint dans la doctrine institutionnelle » : *Gaz. Pal.* 1957, I, Doct. n° 29.

LEBOULANGER (Ph.), « L'arbitrage et l'harmonisation du droit en Afrique » : *Rev. Arb.* 1999, n° 3, p. 541

LE CANNU (P.) :

- « La loi de 1966, porte ouverte sur l'avenir », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 5.
- « La différenciation des actionnaires de société anonyme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LGDJ-Lextenso Editions, 2015, p. 423.
- « Le reflux de l'article 1843-4 : hommage à la liberté contractuelle, sécurisation des promesses et des pactes » : *BJS* 2014, p. 360.
- « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », in *Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, 2013, p. 443.
- « Effectivité et ineffectivité du droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 337.
- « L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 », in *Le droit des sociétés pour 2005*, Dalloz, p. 131.
- « La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés », in *Le juge et le droit de l'économie, Mélange Pierre BEZARD*, Montchrestien, 2002, p. 113.
- « L'évolution de la loi du 24 juillet 1966 en elle-même » : *Rev. sociétés* 1996, p. 485.
- « Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions » : *BJS* 1995, p. 644.
- « Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée » : *Défrénois* 1994, p. 1345.
- « Le règlement intérieur des sociétés » : *BJS* 1986, p. 723.

LECAT (J.-J.), « Les actions de préférence dans le nouvel acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE » : *Penant* 2014, n° 887, p. 196.

LECERF (M), « Rapide survol de deux siècles d'évolution du droit francophone des sociétés commerciales », in *Aspects organisationnel du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Jean PAILLUSSEAU*, Dalloz, 2003, p. 325.

LECLERC (F.), « L'avancée des MARC : ordre ou désordre ? Contribution à une théorie générale des MARC », in H. BENCHENITI et A. FALALI (dir.), *Les annales de l'Université d'Alger I, Série spéciale - Colloques et Séminaires*, n° 3/ 2014, p. 7.

LECOURT (A.), « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques » : *RTD com.* 2016, p.767.

LECOURT (B.) :

- « Parité hommes-femmes dans les conseils d'administration : vers un texte européen de compromis ? » : *Rev. sociétés* 2016, p. 126.
- « Réflexions sur la simplification du droit des affaires » : *RTD com.* 2015, p. 1.

LECUYER (H.), « A la recherche de la notion de médiation », in W. BEN HAMIDA et S. BOSTANJI (dir.), *La médiation dans tous ses états. Actes du colloque organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017*, éd. A. PEDONE, 2018, p. 17.

LEDAN (J.), « Nouveau regard sur la notion d'associé » : *Dr. sociétés* 2010, étude n° 17.

LEDOUX (P.), « La nature de la préférence » : *BJS* 2006, p. 1219.

LE NABASQUE (H.), « La liberté d'émettre des valeurs mobilières », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul LE CANNU*, LGDJ, Lextenso Editions, 2014, p. 325.

LENDONGO (P.), « Statistiques de la CCJA en matière contentieuse, arbitrale et consultative en dix ans de fonctionnement », in *Actes du colloque international d'évaluation de la jurisprudence sur le thème : « Tendances jurisprudentielles de la CCJA en matière d'interprétation et d'application du traité Ohada et des actes uniformes »*, Lomé, 24 et 25 sept. 2010, disponible sur www.ohada.com, Réf. Ohadata : D-11-16.

LE FEVRE (A.), « Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspectives d'une société par actions simplifiée » : *RJ com.* 1992, p. 89.

LE FUR (A.-V.), « Concilier l'inconciliable : réflexion sur le droit de vote de l'actionnaire » : *D.* 2008, n° 29, p. 2015.

LE NORMAND-CAILLERE (S.), « L'exclusion statutaire d'un associé » : *RJ com* 2015, n°6, nov.-déc., p. 552.

LEPARGNEUR (J.), « l'exclusion de l'associé » : *Journal des sociétés* 1928, p. 257.

LE POMMELEC (A.), « La signification de l'ordre public en droit des obligations », in C.-A.DUBREUIL (dir.), *L'ordre public. Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011*, Ed. CUJAS, 2013, p. 73.

LEROY (Y.), « La notion d'effectivité du droit » : *Rev. Droit et Société* 2011/3, n° 79, p. 715.

LEVEL (P.), « L'arbitrabilité » : *Rev. arb.* 1992, p. 219.

LEVESQUE (F.), « La libération progressive de l'octroi de l'exécution forcée en nature (à propos de l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Joli- Coeur c. Joli-Coeur Lacasse* de 2011) » : *RJTUM* 2014, 47-3, p. 407.

LEVI (A.), « L'apport du droit comparé à la recherche juridique prospective », in *L'entreprise et le droit comparé*, ed. Société de législation comparée, 2004, p. 217.

LIBCHABER (R.), « L'exception d'ordre public en droit international privé », in T. REVET (coord.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 65.

LIKILLIMBA (G.-A.), « Innovation en matière d'ingénierie sociétaire : variabilité du capital social ou consécration de la société à capital variable ? » : *Journal des sociétés* 2014, n°120, p. 29.

LOQUIN (E.), « Arbitrage » : *J.-Cl. Procédure civile*-Fasc. 1038, 2009.

LOUIT (J.-F.) et **LACARELLE (A.)**, « Remarques sur l'efficacité des pactes d'actionnaires » : *RTDF* 2008/2, n° 65.

LOUKAKOU (D.), « L'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales : aspects de droit des marchés financiers », disponible sur http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/10L_acte_uniforme_OHADA_relatif_au_droit_des_societes_commerciales_aspects_de_droit_des_marches_financiers.pdf

LOVEA AWONA (S.-P.), « Cour Commune de Justice et d'Arbitrage », in P.-G. POUGOUE, (dir.), *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 626.

LOY (M.), « Les nouvelles règles de délégation en matière d'augmentation de capital » : *JCP E* 2004, 1291.

LUBY (M.), « Le droit communautaire des sociétés : au carrefour des normes » : *Petites aff.* oct. 2004, n° 200, p. 36.

LUCAS (F.-X.) :

- « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE » : *BJS* 2018, n° 9, p. 477.
- « L'acquisition du pouvoir dans les sociétés en France », in *Le pouvoir dans les sociétés, Travaux de l'association Henri CAPITANT*, Journées Chiliennes 2012, Bruylant, 2014, p. 139.
- « L'exécution forcée des conventions de vote » : *BJS* 2011, p. 625.

- « Femmes... Je vous aime... Réponse à la réponse de Philippe Reigné au sujet de la proposition visant à assurer la parité dans les conseils d'administration », in *JCP E* 2010, 1170.
- « Les libertés d'organisation et de transmission. La liberté des associés », in *Entreprise et liberté. Journées nationales-Association Henri CAPITANT*, Tome X, Dalloz, 2008, p. 73.
- « La “modernitude” s’invite dans les conseils d’administration » : *BJS* 2009, p. 945.
- « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 15^e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 837.
- « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d’associé ? Brefs propos discursifs autour du thème de l’associé et de l’investisseur » : *RD bancaire et fin.* 2002, n°4, étude 100035, p. 216.
- « Retour sur la notion des valeurs mobilières » : *BJS* 2000, p. 765.

LUCAS (F.-X.) et CAFFIN-MOI (M.) « Théorie des bénéfices et des pertes-Clauses léonines » : *JCl. Sociétés Traité*, fasc. 15-30.

LUCAS (F.-X.) et MARTIN (D.), « Propos introductif » : *BJS* 2011, p. 614.

LUCAS (F.-X.) et MARTIN (D.) (dir.), « L’effectivité des pactes d’actionnaires » : *BJS* 2011, p. 615.

MACKAAY (E.), « L’efficacité du contrat-une perspective d’analyse économique du droit », in G. LARDEUX (Dir.), *L’efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 31.

MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.), « Introduction à l’analyse économique du droit », in G. LEFEBVRE et S. ROUSSEAU (dir.), *Introduction au droit des affaires*, Editions Thémis, p. 29.

MAGNIER (V.), « Réception du droit américain dans l’organisation interne des sociétés commerciales », in F. TERRE, *L’américanisation du droit*, Dalloz, 2001, p. 213.

MAGNIER (V.) et PLACOT (Y.), « Les nouveaux modes d’élaboration des règles commerciales », in *Quel code de commerce pour demain ? Bicentenaire du code de commerce*, LexisNexis Litec, 2007, p. 3.

MAGNIER-MERRAN (K.), « Observations sur la portée du préambule des statuts d'une société » : *AJ Contrat* 2018, p. 452.

MAINGUY (D.), « Annulation et substitution, les deux mamelles de la préférence ? » : *D.* 2006, p. 1861.

MALECKI (C.) :

- « L'irréversible montée en puissance de la RSE : les impulsions européennes et françaises de l'année 2013 » : *BJS* 2013, p. 594.
- « Attribution des actions de préférence aux dirigeants » : *BJS* 2006, p. 1275.
- « Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 », in *Le droit des sociétés pour 2005*, ed. Dalloz, p. 296.
- « Le nouveau visage de la SA non cotée : une lente mutation vers une société d'actionnaires » : *Dr. Sociétés-Cahier de l'actualité*, 2004/2, p. 4.

MALLET-BRICOUT (B.) :

- « Les modes alternatifs des différends dans la loi "Justice du XXIe siècle" : un nouveau souffle » : *RTD civ.* 2017, p. 216.
- « Arbitrage et droit de la famille » : *Rev. Dr. et Patr.* 2002, n° 104, p. 59.

MANCIAUX (S.) :

- « Que disent les textes de l'Ohada en matière d'investissement ? » : *Rev. ERSUMA*, n°1, Juin 2012, p. 268.
- « La représentation en justice des personnes morales de droit privé » : *RGP* 1999, n° 2, avr.-juin, p. 153 et s.

MARTENS (P.), « Réflexions sur le liberté, le droit et les affaires », in CAPRACE (O.), MATRAY (D.), MARCHANDISE (P.) et alii, *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruylant, 2007, p. 1.

MARTIN (D.), « L'exclusion d'un actionnaire » : *RJ com.* 1990, n° spécial, p. 94.

MARTIN (D.) et BUGÉ (G.), « L'efficacité des clauses relatives au transfert de titres » : *BJS* 2011, p. 617.

MARTOR (B.) et FEHRI (J.), « Panorama de la réforme du droit des sociétés OHADA » : *JCP E* 2014, 1099.

MASAMBA (R.), « Le régime des nullités issu de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commercial et du GIE » : *Journal des sociétés* 2014, n°120, p. 21.

MASCALA (C.), « La délégation : cause d'exonération de la responsabilité pénale des dirigeants » : *BJS* 1998, p. 93.

MASSAMBA (J. I.), « Réflexions sur les attributions juridictionnelles de la CCJA » : *Bulletin OHADA*, 2001, Numéro spécial, p. 3.

MASSON (F.), « Les métamorphoses de l'associé » : *Rev. sociétés* 2016, p. 84.

MATOUSSI (M. S.), « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux : Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation » : *RIDE* 2001/3 (t. XV, 3), p. 251.

MATSOPOULOU (H.), « La dissolution pour mésentente entre associés » : *Rev. sociétés* 1998, p. 21.

MATTOUT (P.), « Les nouveaux pouvoirs financiers des organes de direction » : *Rev. sociétés* 2004, p. 543.

MAY (J.-C.), « La société : contrat ou institution ? », in B. BASDEVANT-GAUDEMET (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 122.

MAYER (P.) :

- « Le droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada dix ans après l'Acte Uniforme » : *Rev. arb.* 2010, n° 3, p. 467.
- « L'arbitre et la loi », in *Etudes offertes à Pierre CATALA. Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Litec, 2001, p. 226.
- « La sentence contraire à l'ordre public au fond » : *Rev. arb.* 1994, p. 615.

MAZEUD (D.), « Regards positifs et prospectifs sur "le nouveau monde contractuel" » : *Petites aff.* 2004, n° 92, p. 47.

MAZEUD (D.) et MARTIN LAPRADE (F.), « L'ordre public en droit des sociétés ... cotées » : *Rev. sociétés* 2012, n° 1, p. 290.

MBAYE (K.), « L'histoire et les objectifs de l'Ohada » : *Petites aff.* n° 205, 13 oct. 2004, p. 4.

MBAYE (M. N.) et AMEWUNU (B.), « La délégation de pouvoirs dans les sociétés commerciales : un moyen de prospérité et de bonne gouvernance des entreprises de l'espace OHADA » : *BEPP* oct. 2017, n°2, p. 4.

MBOTAINGAR (A.), « Le régime OHADA du bail professionnel : un modèle de simplification et de champ de contractualisation du droit », in *Liber amicorum en l'honneur du professeur Joël MONEGER*, LexisNexis, 2017, p. 279.

MERCADAL (B.), « Que faire des actions de préférence ? » : *RJDA* 7/2006, p. 67.

MERLE (P.) :

- « La révocation des mandataires sociaux » : *RJ com* 2017, p. 2.
- « Le nouveau droit des sociétés de l'OHADA », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LGDJ Lextenso, Editions, 2015, p. 565.
- « Une grande nouveauté : l'introduction de la SAS dans l'espace OHADA » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 55.

MESTRE (J.) :

- « *Rapport de synthèse* », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 91.
- « Regards contractuel sur le droit Ohada » : *Rev. Lamy Droit civil*, 2010, n° 67, p. 72.
- « La société est bien encore un contrat », in *Mélanges Christian MOULY*, Litec, Tome II, 1998, p. 131.
- « Vingt cinq ans de droit des sociétés », in *Eléments d'ingéierie sociétaire. Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence*, PUAM, 1994, p. 7.
- « L'égalité en droit des sociétés » : *Rev. sociétés* 1990, p. 399.
- « Les clauses d'avenir », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 170.
- « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés » : *RJ com.* 1985, p. 81.

MESTRE (J.) et ARNAUD-GROSSI, (I.), « Les piliers du droit des sociétés commerciales pourront-ils résister longtemps à la responsabilité délictuelle pour simple manquement contractuel ? » : *RLDA* 2008, p. 24.

MEUKE BERENGER (Y.) :

- « De l'intérêt social dans l'AUSCGIE » : *Penant* 2007, n° 859, p. 338.
- « Observation sur le démembrement des droit sociaux dans l'espace OHADA » : *Penant* 2007, n° 858, p. 97.

- « Brèves réflexions sur la révocation des dirigeants sociaux dans l'espace OHADA » : *Revue juridique tchadienne* 2006, n°12, p. 1.
- « De la validité en OHADA d'un pacte d'actionnaires précédant les statuts et la constitution de la société », disponible sur www.ohada.com , Réf. Ohadata D-11-99.
- « Expertise et prix des titres sociaux dans l'OHADA. Etude de l'article 59 de l'AUSCGIE », disponible sur www.ohada.com , Réf. Ohadata D-05-58.

MEYER (P.), « L'avant-projet d'acte uniforme Ohada sur le droit des contrats : innovations et débats » : *RDAI* 2008, n° 3, p. 292.

MIESSAM (E.), « L'administration et la direction de la société anonyme de type nouveau issue de la réforme du droit des sociétés commerciales dans la zone OHADA » : *Penant* 2008, n° 864, p. 261.

MIMBE (P.), « Le contrat de société », in P.-G. POUGOUE, (dir.), *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 541.

MODI KOKO BEBEY (H. D.) :

- « La réforme du droit des sociétés de l'OHADA » : *Rev. sociétés* 2002, n° 2, p. 255.
- « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : Regard sous l'angle de la théorie générale du droit », *Revue d'Actualité Juridique Etrangère*, disponible sur http://www.juriscope.org/actu_juridiques/index.htm/

MONEBOULOU MINKADA (H. M.), « La question de la définition du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionnelle » : *Rev. ERSUMA* 2016, n° 6, Nouvelle édition, p. 89.

MONNET (J.) et GALLOIS-COCHET (D.), « Sociétés anonymes. Conseil d'administration. Statut des administrateurs » : *JCl. Commercial*, Fasc. 1377.

MONSERIE-BON (M.-H.) :

- « Le contrôle des mouvements d'associés », in *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ? Actes du colloque national DJCE, 8 et 9 février 2013 à la faculté de Droit de Bordeaux*, LexisNexis, 2013, p. 75.
- « La rénovation des structures sociétaires », in G. JAZOTTES (dir.), *La modernisation du droit des affaires*, Litec, 2007, p. 18.

MONTCHO AGBASSA (E. C.), « Les droits fondamentaux de l'associé en droit Ohada » : *RTSJ* 2015, n° 7, p. 66.

MOREAU (J.), TERRE (F.), « La simplification du droit », in *Droit et Actualité, Études offertes à Jacques BEGUIN*, Litec, 2005, p. 533.

MORIN (A.), « Intuitu personae et sociétés cotées » : *RTD com.* 2000, p. 299.

MORTIER (R.) et BUY (G.), « Droit des sociétés et nouveau droit des contrats : contrainte ou souplesse ? », in B. BRIGNON et I. GROSSI (dir.), *Les nouvelles contraintes des sociétés*, ed. JOLY, 2018, p. 147.

MOUBSIT (H.), « Les clauses d'inaliénabilité en droit des sociétés » : *RLDA*, oct. 2013, n° 86, p. 91.

MOUHAMED SALAH (M.), « La place des principes et des techniques civilistes dans le droit des affaires », *RJ com.*1998, p. 1.

MOULIN (J.-M.) :

- « L'incidence du droit boursier sur les pactes d'actionnaires » in J. RAYNARD (dir.), *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ? Actes du colloque national DJCE, 8 et 9 février 2013 à la faculté de Droit de Bordeaux*, LexisNexis, 2013, p. 95.
- « Les actions de préférence » : *Petites aff.* 22 sept. 2005, n° 189, p. 24.
- « Société anonymes-Pacte d'actionnaires » : *J.-Cl. commercial*, fasc. 1486.

MOULIN (J.-M.) et COLLIOT (S.), « La vie des délégations de pouvoirs dans l'entreprise » : *BJS* 2012, n° 10, p. 745.

MOULY (C.), « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? » : *Petites aff.* 18 mars 1994, p. 15.

MOURJI (M. A.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits. “ Un procédé séduisant, mais d'une efficacité incertaine », in H. BENCHENITI et A. FALALI (dir.), *Les annales de l'Université d'Alger I*, Série spéciale - Colloques et Séminaires, n° 3/ 2014, p. 57.

MOURRE (A.) :

- « Arbitrage, conflits de juridictions et ADR dans la résolution des litiges entre actionnaires » : *RDAI* 2004, p. 287.
- « L'impact de la réforme de la clause compromissoire sur les litiges relatifs aux sociétés » : *Cah. arb.* 2002/2, p. 125.

MOURY (J.),

- « La sanction de la violation d'une clause statutaire de préférence » : *D.* 2014, p. 2156.
- « Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions » : *RTD com.* 1989, p. 187.

MOUSSERON (P.) :

- « Le renouveau des usages en droit des sociétés », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul le CANNU*, LGDJ, Lextenso Editions, 2014, p. 390.
- « A propos des résolutions d'associés », in *Mélanges Christian MOULY*, t.2, éd. Litec, 1998, p. 224.

MOUSSERON (J.-M.), « Un principe de départ : la liberté contractuelle » : *JCP E* 1995, p. 5.

MOUTHIEU (M.), « Notion de société commerciale » in P.-G. POUGOUE, (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 1264.

NAJAR (J.-C.), « Le mini-trial, chimère ou panacée ? » : *DPCI* 1988, vol. 14, n° 3, p. 451.

NDEKE (L.), LEMA (M.) et MBONGO (M.), « Rapport synthèse de l'atelier de partage sur l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique révisé », disponible sur www.ohada-rdc.cd

NDIAYE (Y. I.), « L'art de mal légiférer (propos irrévérencieux sur certains textes de lois) » : *Revue de l'Association Sénégalaise de Droit pénal*, 1995, n° 2, juil.-déc., p. 53.

NDJAMONO ONGUILA (F.), « Les critères fondamentaux de la société anonyme en droit Ohada » : *Les cahiers de droit*, mars 2012, vol. 53, n° 1, p. 77.

NDJOLO VODOM (F. E.), « Réflexions sur la SAS de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) » : *RJTUM* 2016, n° 50-1, p. 35.

NELISSEN GRADE (J.-M.), « Les aménagements statutaires et contractuels », in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme. Séminaire en hommage à Madame BENOÎT-MOURY*, Bruylant, 2004, p. 249.

NEVRY (R.), « la révocation des dirigeants des sociétés commerciales : droit Ohada, droit français » : *Revue de droit international et de droit comparé*, 2007, vol. 84, p. 105.

NGAMALEU DJUIKO (S.), « Les prérogatives non pécuniaires de l'associés dans le droit Ohada » : *BDE*, 2017/1, disponible sur <http://www.droit-economique.org/wp-content/uploads/2017/12/Ngamaleu-1.pdf>

NGOM (M.), « Société anonyme faisant appel public à l'épargne » in P.-G. POUGOUE, (dir.), *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1901.

NGOUMTSA ANOU (G.), « Actes uniformes et conflits de lois » in P.-G. POUGOUE, (dir.), *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 174.

NGUIHE KANTE (P.), « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », in A. AKAM AKAM (Dir.), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, L'Harmattan, 2009, p. 181.

NGWANZA (A.), « Les MARC en Ohada » : *JADA* 2011, n° 1, p. 6.

NJANDEU (M. A.), « L'intuitu personae au regard de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique » : *Juris périodique*, Jan.-Mars 2000, n° 41, p. 127.

NJEUFACK TEMGWA (R.) :

- « Assemblée des sociétés et décisions collectives » in P.-G. POUGOUE, (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 321.
- « L'acte social irrégulier en droit des sociétés commerciales OHADA », in J. MESTRE (Dir.), *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, vol I, PUAM, 2010, p. 179.
- « Les titres sociaux assortis de droits particuliers en droit Ohada » : *Juridis Périodique*, janv.-fév.-mars 2009, n° 77, p. 83.
- « Les règles de la majorité dans les sociétés commerciales OHADA » : *Revue de droit africain*, 2006, Vol. 10, p. 5.

NJOYA NKAMGA (B.), « Dirigeants sociaux » in P.-G. POUGOUE, (dir.), *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 634.

NOUVION (F.), « Révision du droit des sociétés Ohada : les valeurs mobilières composées et les valeurs mobilières subordonnées » : *Penant* 2014, n° 887, p. 221.

NOUVION (F.) et BERNARDINI (J.), « Les pactes d'actionnaires dans l'espace Ohada : enjeux et perspectives », disponible sur <http://www.magazine-decideurs.com/news/les-pactes-d-actionnaires-dans-l-espace-ohada-enjeux-et-perspectives>

NURIT-PONTIER (L.) : « Vers un nouvel ordre sociétaire ? », in E. LE DOLLEY (Dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*. Mélanges, LGDJ, 2010 p. 147.

OHL (D.), « Aspects de la réforme du droit des valeurs mobilières » : *Bull. Joly Bourse* 2004, p. 689.

OHL (D.) et MARTIN LAPRADE (F.), « Pactes et sociétés cotées : étude de certains effets perturbateurs du droit boursier sur le droit des contrats » : *Rev. Dr. et Patr.* 2009, p. 90.

OPETIT (B.) :

- « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », in *Justices-RGDP*, 1995/1, p. 53.
- « Justice étatique et justice arbitrale », in *Mélanges offerts à Pierre BELLET*, Litec, 1991, p. 415.

OUATTARA (A.), « Prolégomènes pour une épistémologie du droit en Afrique », in J. MESTRE (Dir.), *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, vol VI, PUAM, 2013, p. 27.

OUM (J. S.), « Appréciation critique des devoirs de l'arbitre : regard sous l'angle de l'éthique de la justice arbitrale, depuis l'adoption de l'acte uniforme ohada relatif au droit de l'arbitrage, et le nouveau règlement d'arbitrage de la CCJA » : *Le Nemro-Revue Trimestrielle de Droit Economique*, Août-Oct. 2018, p. 144.

OUSMANOU (S.), « Arbitrabilité » in P.-G. POUGOUE, (dir.), *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 226.

OUTIN ADAM (A.), « Les mutations des types sociétaires », in *Mélanges en l'honneur de Daniel TRICOT*, Dalloz, 2011, p. 713.

OUTIN ADAM (A.) et SCHLUMBERGER (E.), « Soft law et droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur et à la mémoire de Philippe BISSARA*, ANSA, 2013, p. 287.

PAILLOT-PERUZZETTO (S.), « Ordre public et droit communautaire » : *D.* 1993, p. 177.

PAILLUSSEAU (J.) :

- « La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés », in *Droit et Actualité, Études offertes à Jacques BEGUIN*, Litec, 2005, p. 567.
- « L'acte uniforme sur le droit des sociétés » : *Petites aff.* 13 oct. 2004, n° 205, p. 19.
- « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIe siècle » : *D.* 2003, p. 260.

- « La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés » : *D.* 1999, p. 333.
- « La contractualisation de la société anonyme fermée » : *Gaz. Pal.* 1998, doct. p. 1257.
- « La modernisation du droit des sociétés commerciales : reconception du droit des sociétés commerciales » : *D.* 1996, Chron., p. 287.
- « Les contrats d'affaires », in L. CADIET (Dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 168.
- « Les fondements du droit moderne des sociétés » : *JCP N* 1985, 100740.

PANSIER (F.-J.), « De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier » : *Gaz. Pal.* n° 64-65, mars 1999, 1, doct., p. 5.

PARACHKEVOVA (I.), « La rétroactivité des sanctions en droit des sociétés » : *JCP E* 2013, 1511.

PARLEANI (G.) :

- « Multiplication et renouvellement des sources du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 17.
- « Les pactes d'actionnaires » : *Rev. sociétés* 1991, p. 1.

PASCUAL (I.), « La prise en considération de la personne physique en droit des sociétés » : *RTD com.* 1998, p. 273.

PASQUALINI (F.) :

- « Les conventions extra-statutaires, outils de modulation de la rémunération des associés » : *Rev. sociétés* 2010, p. 79.
- « Le choix de la forme sociale », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, mélange en l'honneur du Professeur Paul le CANNU*, Economica, 2008, p. 363.
- « La validité des pactes d'actionnaires », in *Mélanges en l'honneur de Philippe MALAURIE*, Defrénois, 2005, p. 353.

PEILLON (B.), « Les pactes visant à prendre et/ou à conserver le pouvoir dans les sociétés anonymes cotées » : *JCP. E* 1992, n° spécial, p. 10.

PERRIN (P.-L.), « Les mystères de la SAS ou vingt ans après », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, op.cit., p. 669.

PIEDELIEVRE (S.), « La nouvelle clause compromissoire » : *JCP N* 2017, n° 4, act., p. 182.

PIETRANCOSTA (A.), « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses « léonines » : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844- 1 du Code civil » : *Rev. Lamy dr. aff.* : 2006, p. 67.

PIGNARRE (G.), « Et si on parlait de l'ordre public (contractuel) » : *RDC* 2013, n°1, p. 251.

PINSON (A.), SOUKPRASEUTH (D.), « Retour sur l'ordre public en droit du travail et son application par la Cour de cassation » : *Bulletin d'information de la cour de cassation*, Editions des journaux officiels, avril 2011, n° 740, p. 6.

PIOT (C.), « Les comités de rémunération et de sélection sont-ils perçus comme des mécanismes de contrôle en France ? », disponible sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00581273>

PLACOT (Y.), « La gouvernance d'entreprise pour quoi faire ? », in V. MAGNIER (dir.), *La gouvernance des sociétés face à la crise*, LGDJ, 2010, p. 279.

POITRINAL (F.-D.) :

- « Les pactes d'actionnaires », in *Le juge et le droit de l'économie, Mélanges Pierre BEZARD*, Montchrestien, 2002, p. 127.
- « L'exécution forcée en nature en matière de promesse de cession d'actions » : *BJS* 1995, p. 21.
- « Clauses statutaires de répartition des bénéfices » : *Rev. Dr. et Patr.* avr. 1998, p. 32.

POHE TOKPA (D.) :

- « Société anonyme sans conseil d'administration » in P.-G. POUGOUE, (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 1853.
- « Personnalité morale des sociétés », in P.-G. POUGOUE, (dir.), *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 1354.

POLI (C.), « La médiation : une technique juridique au service de la paix en droit des affaires », in J. MESTRE (dir.), *La paix, un possible objectif pour les juristes de droit des affaires*, LGDJ, 2016, p. 281.

PONTHOREAU (M.-C.), « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique » : *R.I.D.C* 2001, Vol. 57, n° 1, p. 7.

PORACCHIA (D.) :

- « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions-Questions contemporaines », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LGDJ Lextenso Editions, 2015, p. 679.
- « Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée » *Rev. sociétés* 2000, p. 223.

PORACCHIA (D.) et BRIGNON (B.), « Aspects contractuels de la réforme : Statuts et pactes extrastatutaires » : *Journal spécial des sociétés* 2014, n°120, p. 15.

PORACCHIA (D.), LECUYER (H.), RAYNOUARD (A.), « Relativité et opposabilité des pactes extrastatutaires » : *Rev. dr. et patr.* 2009, n°186, p. 64.

POUGOUE (P.-G.) :

- « Notion de droit Ohada », in P.-G. POUGOUE, (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 1203.
- « Présentation de l'encyclopédie », in P.-G. POUGOUE, (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, XIV.
- « Les sociétés d'Etat à l'épreuve du droit OHADA », *Juridis Périodique*, Janvier-Février-Mars 2006, n° 65, p. 99.

POUGOUE (P.-G.) et ISSA-SAYEGH (J.), « L'OHADA : défis, problème et tentatives de solutions » : *Rev. dr. unif.* 2008, n° 1-2, p. 455.

POUGOUE (P.-G.), JAMES (J.-C.) et alii, « Actes uniformes Ohada » : *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 19.

POUGOUE (P.-G.) et MASAMBA (R.), « Attractivité économique du droit Ohada », in P.-G. POUGOUE, (dir.), *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 376.

PRIEUR (J.) :

- « Les clauses abusives et le droit des sociétés », in Y. PICOD, D. MAZEAUD et E. LAUROBA (dir.), *Les clauses abusives. Approches croisées franco-espagnol*, éd. Société de législation comparée, 2013, p. 105.
- « Droit des contrats et droit des sociétés » in *Droit et vie des affaires. Etudes à la mémoire d'Alain SAYAG*, Litec, 1997, p. 371.

PRIEUR (C.-E.) et TAZI (M.), « Les actions de préférences » : *Journal des sociétés* 2004, n° 13, p. 8.

PUTMAN (E.), « Recherche sur les définitions dans les lois commerciales » : *RRJ* 1986-4, p. 47.

RABANI (A.), « La nouvelle société par action simplifiée de l'OHADA » : *BDE* 2014, n°2, p. 39.

RACINE (J.-B.), « L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits ? (Contribution à la définition du terme "alternatif" » : *Petites aff.* 28 mai 2001, n° 105, p. 16.

RANDOUX (D.) :

- « Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre » : *Rev. sociétés* 2000, p. 105.
- « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la société par actions simplifiée (S.A.S) » : *JCP N* 1994, n° 8, p. 76.

RANGEON (F.), « Réflexions sur l'effectivité du droit », in D. LOCHAK, D. MEMMI, C. SPANOU et *alii*, *Les usages sociaux du droit*, CURAPP-PUF, 1989, p. 130.

RAYMOND (C.), « Réflexion sur quelques problèmes de l'arbitrage international. Faiblesses, menaces et perspectives », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz, 1999, p. 778.

RAYNAUD (P.), « La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en droit civil » : *RTD civ.* 1936, p. 733.

REIGNE (P.) :

- « Les femmes et les conseils d'administration, Réponse à un éditorial de M. François-Xavier LUCAS » : *JCP E* 2010, p. 1048.
- « Les clauses statutaires éliminant ou restreignant le jeu de la démocratie dans les associations » : *Rev. sociétés* 1990, p. 377.

REIGNE (P.) et DELORME (T.), « La nature nécessairement pécuniaire des avantages particuliers » : *BJS* 2002, n° 11, p. 1117.

REINER-SACAU (L.), « Les protections des dirigeants d'entreprise » : *Rev. Dr. et patr.* 1995, p. 23.

REINHARD (Y.), « La société par actions simplifiée » : *RTD com.* 1994, p. 300.

REMY-CORLAY (P.), « L'exécution en nature », in F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, p. 263.

REMET (T.), « L'ordre public et les relations de travail », in T. REMET (coord.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 57.

REYGOBELLET (A.), « Les titres – la diversification des valeurs mobilières », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 231.

REYMOND (P.), « Quelques réflexions sur les conventions d'actionnaires », in *Aspects actuels du droit de la société anonyme*, Ed ; CEDIDAC, 2005, p. 191.

RICHARD (G.) et GRILLON (B.), « Comment renforcer la force obligatoire des pactes d'associés ? », in *Actes pratiques & Ingénierie sociétaires-Revue Bimestrielle LexisNexis-Juriscasseur*, Mars-Avril 2014, p. 31.

RIPERT (G.), « Les forces créatrices du droit » : *RIDC* 1955, Oct.-déc., Vol. 7, n° 4, p. 877.

RIVES-LANGE (J.-L.), « La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juil. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens) » : *D.* 1975, chron., p. 41.

RIVIER (M.-C.), « L'efficacité de la solution contractuelle », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 135.

ROBE (J.-P.), « Au-delà de la doctrine de l'entreprise » : *Cah. dr. entr.* 2013, n°2, p. 23.

ROBITAILLE (D.), « L'interprétation judiciaire en théorie du droit comparée : entre la lettre et l'esprit, discussion autour d'auteurs américains, anglais, belges, canadiens et français » : *RRJ* 2007, n° 3, p. 1151.

ROBLOT (R.), « L'agrément des nouveaux actionnaires », in *Mélanges en l'honneur de Daniel BASTIAN. I-Droit des sociétés*, éd. Librairies techniques, 1974, p. 283.

RODRIGUEZ (K.), « L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés » : *BJS* 2004, p. 330.

RONTCHEVSKI (N.), « Droit des sociétés, le mouvement perpétuel » : *D.* 2002, p. 2594.

ROUAUD (A.-C.), « Les limitations statutaires aux pouvoirs d'agir en justice du représentant légal » : *Rev. sociétés* 2014, p. 415.

ROULAND (N.), « Problématiques de la RSE : aspects juridiques et anthropologiques » : *RRJ* 2017-3, p. 893.

ROULIN (G.) et LABEDAN (J.), « Le pacte d'actionnaires dans la SAS : une utilité toujours d'actualité ? » : *Mag. Opt. Fin.* 22 oct. 2012, p. 29.

ROUS (J.), « La contribution aux pertes est-elle un élément essentiel de la formation du contrat de société ? » : *Quot. jur.* 1958, n° 28, p. 2.

ROUSSEAU (M.), « L'intuitu personae dans les sociétés par actions » : *RJO* 1995-1, p. 23.

ROUSSEAU (S.), « L'acquisition du pouvoir dans les sociétés : rapport général », in *Le pouvoir dans les sociétés, Travaux de l'association Henri CAPITANT*, Journées Chiliennes 2012, Bruylant, 2014, p. 23.

ROUVILLOIS (F.), « L'efficacité des normes. Réflexion sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », Étude, Fondation pour l'innovation politique, nov. 2006, disponible sur www.fondapol.org, consulté le 8 sept. 2018.

RUBINO-SAMMARTANO (M.), « Un dernier pas vers un libre accès au grand potentiel de l'arbitrage ? » : *Petites aff.* 7 fév. 2017, n° 27, p. 6.

RUMEAU-MAILLOT (H.), « Les délais de prescriptions en droit des sociétés » : *Rev. sociétés* 2012, p. 203.

SAKHO (A.) :

- « L'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférence dans les cessions d'action », série de documents de recherche du CRES, 2014/59, http://www.cres-sn.org/sites/default/files/execution_forcee_pacte_de_preferance.pdf
- « La modernisation et l'efficacité du droit des sociétés. A propos de la révision en 2014 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales », disponible sur http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Pr_Abdoulaye_SAKHO_Melanges_Dominique_SARR.pdf

SAINTOURENS (B.) :

- « Le nouveau droit des clauses d'agrément » : *Rev. sociétés* 2004, p. 611.
- « La flexibilité du droit des sociétés » : *RTD com.* 1987, p. 457.

SAMB (M.) :

- « A propos de la médiation comme mode alternatif de résolution des conflits en Afrique », in *De l'esprit du droit africain. Mélanges en l'honneur de Paul Gérard POUGOUE*, p. 637.
- « La réforme du droit des sociétés de l'Ohada : aspects généraux et transitoires » : *BDE*, 2014/2, p. 2, disponible sur http://www.droit-economique.org/?page_id=2092

SAVATIER (R.) :

- « L'inflation législative et l'indigestion du corps social » : *D.* 1977, Chron., p. 43.
- « L'ordre public économique » : *D.* 1965, chron. p. 37.

SAWADOGO (F.M.) et IBIRIGA (L.M.), « Le juge national et le droit communautaire dans les Etats francophones ouest africain » : *Les cahiers de l'AOA-HJF*, Ouagadougou, Juin 2003, p. 69.

SAYAG (A.), « Mandat social et contrat de travail : attraits, limites et fictions » : *Rev. sociétés* 1981, p. 1.

SCHAPIRA (J.), « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme » : *RTD com.* 1971, p. 957.

SCHIER (G.), « Capital-risque : le mode d'emploi de la négociation » : *L'Expansion Management Review* 2006/1, n° 120, p. 66 ; disponible sur <https://www.cairn.info/revue-l-expansion-management-review-2006-1-page-66.htm>

SCHILLER (S.) :

- « Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ? » : *Rev. sociétés* 2011, p. 331.
- « L'influence de la nouvelle économie sur le droit des sociétés » : *Rev. sociétés* 2001, p. 47.

SCHLUMBERGER (E.), « Réflexions sur la liberté contractuelle dans la SAS », in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian GAVALDA*, Dalloz, 2001, p. 767.

SCHMIDT (D.) :

- « La loi pacte et l'intérêt social » : *D.* 2019, p. 633.
- « *Empty voting* et cession de droit de vote » : *RTDF* 2011/4, p. 90.

- « Les opérations de portage de titres de société », in *Les opérations fiduciaires*, colloque de Luxembourg, Feduci-LGDJ 1985, p. 29.

SCHOLASTIQUE (E.), « Arbitrage et droit des sociétés » : *Rev. Dr. et Patr.* 2002, n° 105, p. 52.

SELINSKY (V.), « Les limites à la liberté de fixer le montant du prix », in *Mélanges Christian MOULY*, t.2, éd. Litec, 1998, p. 161.

SEVE (R.), « L'avenir libéral du droit », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz, 1999, p. 58.

SIBONY (A.-L.), « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique Nouveau vecteur de légitimité*, Bruylant, 2012, p. 61.

SIMON (J.), « Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires », in *Le juge et le droit de l'économie*, Mélanges en l'honneur de Pierre BEZRAD, éd. Montchrestien, p. 148

SIMONART (V.), « La contractualisation des sociétés ou les aménagements contractuels des mécanismes sociétaires » : *Revue pratique des sociétés civiles commerciales*, 1995, p. 75.

SLIM (V. H.), « Une nouvelle loi relative à l'arbitrage au Proche-Orient : la loi syrienne n° 4 du 25 mars 2008 » : *Cah. arb.* n° 2, avr. 2010, p. 551.

SMALLHOOVER (J.) et CANO (C.), « Capital-risque : quels sont les outils dont dispose un investisseur pour entrer dans votre capital ? » : *Mag. Opt. Fin.* 1999, n° 562, p. 35

SORDINO (M-C), « Aménagements conventionnels et révocation *ad nutum* des dirigeants de société anonyme », in *Mélanges Christian MOULY*, Litec, Tome II, 1998, p. 245.

SOSSA (D.) :

- « La protection des investissements étrangers au regard du droit Ohada : d'une "internationalisation" rectifiée à une "internationalisation" consentie », in *Les horizons du droit Ohada. Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel SAWADOGO*, Ed. du CREDIJ, 2018, p. 107.
- « Pour une harmonisation du droit des contrats dans les pays membres de l'OHADA » : *JCP G* 2016, n° 4, p. 101.

STORCK (J.-P.), « La validité des conventions extrastatutaires » : *D.* 1989, p. 267.

STOUFFLET (J.), « Aménagements statutaires et actionariat de la société par actions simplifiée » : *Rev. sociétés* 2000, p. 241.

STUCKI (D.), « Pacte d'actionnaires et réforme du droit des contrats » : *Dr. Sociétés* 2018, p. 1.

TADROS (A.), « La délégation de pouvoirs en droit des sociétés : aspects de droit civil après la réforme du droit commun des contrats » : *D.* 2017, p. 1662.

TAGOURLA (F.), « Les pouvoirs des dirigeants sociaux dans l'espace Ohada à l'épreuve des principes de bonne gouvernance » : *Penant* 2013, n° 883, p. 198.

TAGUM FOMBENO (H.-J.), « Regard critique sur le droit de l'arbitrage OHADA », http://www.tagumjoel.com/document/doc/regar_arb.pdf?8a5f82d7d95452317e518309eea91055=1b1cb316b2a2f1f4d9133d91e649a487

TCHAKOUA (J.-M.) :

- « Une pièce importante dans la construction du droit OHADA : l'Arrêt Planor Afrique SA C/ Atlantique Télécom SA du 31 janvier 2011 », in *De l'esprit du droit Africain, Mélanges en l'honneur de Paul Gérard POUGOUE*, Edition CREDIJ, 2014, p. 719.
- « L'arbitrabilité des différends dans l'espace OHADA », in FENEON (A.), (dir.), *Les grands articles de la doctrine de l'OHADA parus au Recueil PENANT de 2000 à 2013*, éd. Juris Africa, 2013, p. 334.
- « La volonté de recourir à l'arbitrage : retour sur quelques difficultés de la pratique de l'arbitrage au Cameroun », in Jacques MESTRE (Dir.), *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, vol I, PUAM, 2010, p. 535.

TCHOTOURIAN (I.) :

- « La prise de pouvoir dans les sociétés par actions au Québec » in *Le pouvoir dans les sociétés, Travaux de l'association Henri CAPITANT*, Journées Chiliennes 2012, Bruylant, 2014, p. 187.
- « Doctrine de l'entreprise et école de Rennes : la dimension sociétale, politique et philosophique des activités économiques affirmée – Présentation d'un courant de pensée au service de l'homme », in C. CHAMPAUD (dir.), *L'entreprise dans la société du 21^e siècle*, éd. Larcier, 2013, p. 131.

TERRE (F.), « Défense et illustration d'une réflexion juridique intégrant la sociologie », in *1968/1988-Vingt ans de recherches pluridisciplinaires à propos des structures juridiques de*

l'entreprise. Colloque du 23 novembre 1988, p. 79, disponible sur <http://www.creda.cci-paris-idf.fr/colloques/pdf/1988-20-ans-recherches/vingt-ans-de-recherche-pluridisciplinaire-actes.pdf>

THIBIERGE (C.), « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Dalloz, 2006, p. 525.

THIOYE (M.), « L'utilisation des standards juridiques par le juge » : *RRJ* 2014/4, p. 1669.

THOMAS (V.), « L'aménagement contractuel de la révocation du dirigeant » : *Rev. sociétés* 2014, p. 387.

TOIKADE (T.S.), « La conciliation en droit judiciaire privé camerounais », 2016, disponible sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01333621> , p. 22.

TOMASINI (L.), « La société par actions simplifiée : une structure pour tous ? », disponible sur http://www.creg.ac-versailles.fr/IMG/pdf/La_Societe_par_actions_simplifiee.pdf

TOURRES (P.), « Augmentation de capital : l'élargissement des délégations » : *Rev. Dr. et Patr.* oct. 2004, p. 87.

TRAORE (A.), « La promotion d'une meilleure gouvernance des sociétés commerciales » : *Rev. Dr. et Patr.* 2014, n° 239, p. 73.

TREBULLE (F.-G.), « Les valeurs : La RSE et l'éthique », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 289.

TRICOT (D.), « Les critères de la gestion de fait » : *Rev. Dr. et Patr.* janv. 1996, p. 24.

TSAKADI (K.), « Quelle place pour les MARC dans l'harmonisation du droit Ohada des contrats ? » : *Rev. dr. unif.* 2008, n° 1-2, p. 511.

TSHIBENDE (L.-D.) :

- « La réforme du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'OHADA. Mise en perspective de la réforme » : *Journal des sociétés* 2014, n°120, p. 9.
- « Le renouveau de la gouvernance d'entreprise » : *Journal des sociétés* 2014, n° 120, p. 10.

TSHIBENDE (L.-D.) et GRANIER (T.), « L'exportation du modèle français : la SAS consacrée en droit Ohada » : *Journal des sociétés* 2015, n° 126, p. 46.

TUNC (A.) :

- « Le gouvernement des sociétés anonymes, le mouvement de réforme aux Etats-unis et au Royaume-Uni » : *RIDC* 1994, p. 49.
- « L'effacement des organes légaux de la société anonyme » : *D.* 1952, Chron., p. 73.
- « Les conventions relatives au droit de vote et l'organisation des sociétés anonymes » : *RGDC* 1942, p. 97.

TUSSEAU (G.), « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" » : *RFDA* 2009, p. 641.

URBAIN-PARLEANI (I.), « Le bouleversement des acquis » in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 81.

VALDELIEVRE (G.), « La clause compromissaire à l'aune du "J21" » : *RLDC* 2017, n° 3, p. 41.

VAN CANEGHEM (L.), « L'exécution forcée en nature des conventions de vote dans la société anonyme » : *Rev. Prat. Soc.* 1996, p. 36.

VASSEUR (M.), « Une création de la pratique : les censeurs dans les sociétés anonymes » : *D.* 1974, chronique, p. 64 et s.

VATINET (R.), « Le rapport Marini et l'évolution du droit des sociétés : vers une contre-réforme de l'entreprise ? » : *Droit social*, juin 1997, n° 6, p. 608.

VAUGON (I.), « La médiation commerciale : une alternative au système judiciaire » : *JADA* 2011-1, p. 8.

VAUTROT-SCHWARZ (C.), « L'ordre public économique », in C.-A.DUBREUIL (dir.), *L'ordre public. Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011*, Ed. CUJAS, 2013, p. 187.

VEDEL (G.), « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein » : *JCP I* 1948, p. 668.

VERT (F.), « La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement » : *Gaz. Pal.* 31 jan. 2015, p. 8.

VIANDIER (A.) :

- « Les actions de préférence (Ord. n° 2004-604 du 24 juin 2004, art. 31) » : *JCP E* 2004, n° 1440, p. 1529.
- « Le règlement intérieur du conseil d'administration » : *RJDA*, 2003, p. 1003.
- « Après l'article de Michel JEANTIN sur les conventions de vote », in *Prospectives du droit économique - Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 311.
- « Observations sur les conventions de vote » : *JCP G* 1986, n° 28, doct. I 3253.
- « La loi 82-915 du 28 octobre 1982 et le droit des sociétés » : *JCP* 1983, I, 3116.

VIDAL (D.), MASQUELIER (F.) et SIMON DE KERGUNIC (N.), « La délégation de pouvoirs dans la société anonyme », in *Actes prat. ing. Sociétaire*, mars 2000, n° 50, p. 7.

VINEY (G.), « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Bruylant/LGDJ, 2001, p. 167.

VIVIER (J.-L.), « La réforme de la conciliation et l'introduction de la médiation » : *Petites aff.* 1996, n°142, p. 11.

VOIRIN (P.), « Les revirements de jurisprudences et leurs conséquences » : *JCP G* 1959, I, 1467.

WAMBO (J.) :

- « Brèves sur le jurisprudence de la CCJA pour l'année 2011 » : *Rev. ERSUMA* juin 2012, n° 1, p. 468.
- « La mise en œuvre juridictionnelle du droit Ohada : la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage », Communication donnée à l'occasion du colloque Ohada des 24 et 25 avril 2014 à Lyon sur le thème : *L'Ohada : un passé, un présent, un avenir-Emergence d'un nouveau pôle de développement*, disponible sur <http://wambojt.blogspot.com/2014/05/la-mise-en-oeuvre-juridictionnelle-du.html>

WANE (D. Y.), « La réforme du droit Ohada des sociétés commerciales : modernisation du droit applicable ou conformisme législatif ? », disponible sur http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Dieyla_Yaya_Wane_modernisation_droit_des_societes_ohada.pdf

WRIGHT (M.), « Le capital-investissement » : *Revue française de gestion*, 2002/5, n° 141, pp. 283-302, disponible en ligne <http://www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2002-5-page-283.htm>

YAWAGA (S.), « Regard sur l'émergence d'un droit pénal des affaires en Afrique : le cas du droit pénal OHADA », in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, L'Harmattan, 2009, p. 71.

YONDO BLACK (L.), « Les enjeux de la réforme : une volonté de favoriser la création d'entreprises, les échanges commerciaux et la confiance dans la zone OHADA » : *Rev. Dr. et Patr.* mars 2011, n° 281, p. 47.

YONDO BLACK (L.) et TRAORE (A.), « Les enjeux de la réformes de l'AUSCGIE » : *Rev. Dr. Patr.* Sept. 2014, n° 239, p. 48.

YOUEGO (C.), « Délégation de pouvoirs » : *JCl. Sociétés-Formulaire*, Fasc. C-428, n° 20-23.

IV- NOTES, CONCLUSIONS ET OBSERVATIONS DE JURISPRUDENCE

A- DECISIONS RENDUES DANS L'ESPACE OHADA

CCJA, Avis n° 002/2017/JN du 16 févr. 2017 : *L'Essentiel-Droit africain des affaires*, n° 6, juin 2018, p. 2, Note O. BUSTIN et V. DE ALMEIDA.

CCJA, 2^e Ch., 26 janv. 2017, n° 003/2017 : *L'essentiel-Droit africain des affaires*, 2017, n° 2, Obs. M. GORE.

CCJA, arrêt n° 013/2012, 08 mar. 2012 : Ohadata J-14-90.

CCJA, 1^{ère} Ch., arrêt n° 001, 4 fév. 2010, M. B c/ 1° Intertrans trading limited GABON Sarl ; 2° Intertrans Trading Limited NIGER Sarl ; 3° S.A.T.A Sarl : Ohadata J-11-45 ; J-12-21 ; J-13-196.

CCJA, Arrêt n° 3, 31 jan. 2011 : *Le Juris Ohada* 2011/2, p. 8 ; Ohadata J-12-136.

CCJA, arrêt n° 045/2008, 17 juil. 2008 : *Recueil CCJA*, n° 12, 2008, p. 66.

CCJA, Arrêt n° 028/2007, 19 juil. 2007 : Ohadata J-09-104, note B. DIALLO.

CCJA, Arrêt n° 43/2005, 7 juil. 2005 : *Penant* 2007, n° 860, p. 305, note F. M. SAWADOGO.

CCJA, Avis n° 001/ 2004/JN du 28 janvier 2004, *Recueil de la cour*, n° 3, Janvier-Juin 2004, p. 151.

Cour Suprême de la Côte d'Ivoire, Arrêt n° 404/04, 11juil. 2004 : *Actualités juridiques*, n° 47/2005, p. 87, note KASSIA BI Oula ; Ohadata J-05-344.

CCJA, Arrêt n° 010/2003, 19 juin 2003 : Ohadata J-04-108.

CCJA, Avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001.

CCJA, Avis n° 002/2000/EP du 26 avr. 2000, Obs. de J. ISSA-SAYEGH, Ohadata J-02-03.

CA Ouagadougou, Arrêt n° 037/09, 19 juin 2009 : Ohadata J-10-214.
TRHC Dakar, Jugement n° 2301, 27 oct. 2004 : Ohadata J-05-103, note W. J. NGOUE.
TRHC Dakar, Jugement n° 327, 19 fév. 2003 : Ohadata J-03-180.
CA Abidjan, Arrêt n° 1435, 2 juil. 2003 : Ohadata J-04-177, obs. J. ISSA-SAYEGH
CA Abidjan, Arrêt n° 967, 26 juill 2002 : Ohadata J-03-26.
CA Abidjan, Arrêt n° 1157, 19 nov. 2002 : Ohadata J-03-300.
TGI Ouagadougou, 10 jan. 2000 : *RBD* 2002, n° 42, 2^e semestre ; Ohadata J- 05-248.
CA Littoral-Douala, Arrêt n° 38, 10 fév. 1999, inédit, cité par M.-A. NGWE et S. P. KAKOU,
« Le dirigeant social dans l'acte uniforme révisé » : *Penant* 2014, n° 887, p. 161.
CA Ouagadougou, 17 décembre 1982 : *Revue voltaïque de droit* 1983/4, p. 172, note F. M. SAWADOGO.

B- DECISIONS ETRANGERES A L'ESPACE OHADA

Cass. com., 11 mars 2014, n° 11-26.915 : *Rev. Lamy droit des affaires*, 2014, n° 94, p. 13,
Note M. CAFFIN-MOI.

Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-18024 : *BJS* 2012, p. 715, Notes T. FAVARIO.

Cass. 1^{ère} Ch. civ., 12 juil. 2012, n° 11-18.453 :

- *Bull. civ. I*, n° 172 ;
- *D.* 2012, p. 1884, obs. A. LIENHARD ;
- *RTD com.* 2012, p. 577, note M.-H. MONSERIE-BON ;
- *Deffrénois* 2012, 1074, note A. RABREAU.

Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855 : *JCP E* 2010, 1562, note A. COURET et B. DONDERO.

Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855 : *Dr. des sociétés*, Août 2010, n° 8-9, p.10, comm. M.-L. COQUELET.

Cass. Com., 18 mai 2010, n° 09-14.855 :

- *RTD civ.* 2010, p. 553, note B. FAGES ;
- *D.* 2010. 1345, obs. A. LIENHARD ;
- *Rev. sociétés* 2010, p. 374, note P. Le CANNU ;
- *BJS* 2010, p. 651, note H. Le NABASQUE.

Cass. Civ., 3e Ch., 27 mars 2008, n° 07-11.721.

Cass. 1^{ère} Ch. Civ., 31 Octobre 2008 : *Rev. société* 2008, p. 322, note S. SCHILLER.

Cass. 1^{ère} civ., 31 oct. 2007, n° 05-14238 :

- *RDC*, 1^{er} avr. 2008, n° 2, p. 248, note Y.-M. LAITHIER ;
 - *BJS* 2008, p. 121, note A. COURET.
- Cass. 1^{ère} ch. civ., 31 oct. 2007**, n° 05-14.238, *La Semaine Juridique-Notariale et Immobilière*, n° 5, 1^{er} fév. 2008, 1064. Comm. R. MORTIER,
- Cass., mixte, 26 mai 2006**, n° 03-19376 :
- *D.* 2006, p. 1861, note P.-Y. GAUTIER et D. MAINGUY ;
 - *JCP*, éd. G, 2006, n°36, II.10142, p. 1652, note L. LEVENEUR ;
 - *Deffrénois* 2006, p. 1206, obs. E. SAVAUX ;
 - *JCP E* 2006, p. 2378, note Ph. DELEBECQUE ;
 - *Petites aff.* 11 janv. 2007, p. 13, note A. PAULIN ;
 - *RDC* 2006, p. 1131, obs. F. COLLART-DUTILLEUL ;
 - *RTD civ.* 2006, p. 550, obs. J. MESTRE et B. FAGES ;
 - *BJS* 2006, p. 1072, note H. LE NABASQUE.
- Cass. com., 16 nov. 2004**, n° 00-22713 : *BJS* 2005, p. 270, Note N. MATHEY.
- Cass. com., 9 juin 2004** : *BRDA*, juin 2004, n° 12, § 1.
- Cass. com., 26 mai 2004**, n° 03-11.471 :
- *Rev. sociétés* 2005, p. 169, note H. LE NABASQUE.
 - *BJS* 2004, p. 1100, note J.-F. BARBIERI.
- Cass. Civ. 3e, 28 oct. 2003, n°02-14.459**
- Cass. 3^e civ., 3 déc. 2003**, n° 02-18033 :
- *Bull. civ.* 2003, III, n° 221 ;
 - *RDC* 2004/2, p. 280, note P. STOFFEL-NUNCK.
 - *RTD civ.* 2004, p. 295, obs. P. JOURDAIN ;
 - *JCP G* 2004, I, 163, n° 2, obs. G. VINEY
- Cass. Civ., 3^{ème} Ch. 10 juillet 2002**, n° 00-13669 :
- *Petites aff.* 1^{er} avr. 2003, n° 65, p. 10, note S. BERNHEIM-DESVAUX ;
 - *AJDI* 2003, p. 461, obs. F. COHET-CORDEY.
- CE, 3^e et 8^e ss sect. réunies, 26 févr. 2001**, n° 219834 :
- *RJDA* 2001, p. 771
 - *Rev. sociétés* 2001, p. 375, note O. FOUQUET ;
 - *BJS* 2001, p. 913, note C. NOUEL
- Cass. civ., 1^{ère} Ch., 15 juillet 1999** : *BJS* 1999, n° 11, p. 1115, § 261, note A. COURET.
- Cass. com., 24 févr. 1998** : *RTD com.* 1998, p. 610, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ;
- Cass. Com. 15 fév. 1994**, n° 92-12. 991 : *BJS* 1994, p. 508, note D. VELARDOCCHIO.

Cass. 1^{ère} Civ., 22 nov. 1994, n° 92-21.792 : *JCP E* 1995, I, 447, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

Cass. com., 18 oct. 1994, n° 92-18.188 :

- *Bull. civ.* 1994, IV, n° 300 ;
- *Dr. sociétés* 1994, comm. 205, obs. H. Le NABASQUE ;
- *Rev. sociétés* 1995, p. 44, note P. DIDIER ;
- *RTD com.* 1995, p. 789, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ;
- *BJS* 1995, p. 157, § 40, note P. Le CANNU.

Cass. com., 13 déc. 1994 :

- *JCP E* 1995, II, 705, note Y. PACLOT ;
- *Dr. sociétés* 1995, comm. n° 37, note D. VIDAL ;
- *Rev. sociétés* 1995, p. 298, note D. RANDOUX ;
- *BJS* 1995, p. 152, note P. LE CANNU.

Cass. Civ., 3e Ch., 15 déc. 1993, n° 91-10.199

Cass. 2^{ème} Ch. Civ., 16 juin 1993 : *JCP I* 1993, p. 3723, Obs. L. CADIET

CJCE, 10 mars 1992, Aff. C-214/89 :

- *BJS* 1992, n° 7-8, p. 767, § 247, note J.-B. BLAISE;
- *JCP*, éd. E, 1994, I, p. 369, obs. Y. REYNARD.

Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 1990, n° 87-15467, *BJS* 1990, p. 1029, note P. Le CANNU.

Cass. Com., 7 mars 1989 : *RD Bancaire et fin.*, 1989, p. 175, Note M. JEANTIN.

Cass.com., 2 juin 1987 : *Bulletin Joly* 1987, p. 501 note P. LE CANNU.

Cass. com., 3 mars 1975 : *Rev. Sociétés* 1975, p. 454, note D. RANDOUX

Cass. com. 22 octobre 1969 : *JCP* 1970, II, 16197, note J. PAILLUSSEAU ;

Cass. com., 22 mars 1955 : *Bull. civ.* III, n° 104, p. 83.

Cass. Com., 29 nov. 1950 :

- *JCP* 1951.IV. p. 5.
- *D.* 1951, p. 170,
- *RTD. Civ.* 1951, p. 106, obs. P. HEBRAUD,
- *RTD. Com.* 1951, p. 275, obs. M. BOITARD.

Cass. Req., 9 avr. 1941 :

- *DA* 1941.275, S. 1941, 1, p. 141.
- *JCP* 1941, II, n° 1762, note D. BASTIAN.
- *Gaz. Pal.* 1941, 2, p. 40.

Cass. civ., 6 mars 1935 : *Journal des Société* 1936, p. 614, note P. CORDONNIER ;

Cass. Civ., 7 avril 1932 : *DH* 1933, p. 153, note P. CORDONNIER

Cass. req., 25 juin 1902 : *DP* 1902, 1, p. 395.

Cass. civ., 30 mai 1892, *D.* 1893, 1, p. 105, Note E. THALLER.

Cass. Civ., 30 mai 1892, *DP* 1893, 1, p. 107, Note E. THALLER.

Cass. civ., 27 mars 1861 :

- *DP* 1861, 1, p. 161 ;

- *Sirey* 1861, 1, p. 315.

CA Lyon, 1^{ère} Ch. Civ., 30 nov. 2011, n° 09/08204, note F. PONSONNET.

CA Paris 3^e ch. A 1^{er} juillet 2008 : *Rev. sociétés* 2008, p. 786, note D. PORACCHIA,

Trib. Com. Paris 25 juin 2007 : *BJS* 2007, p. 1203, note F.-X. LUCAS.

CA Aix-en-Provence, 5 déc. 2003 : *BJS* 2004, p. 1077, note A. CERATI-GAUTHIER

CA Paris, 21 déc. 2001 : *RDC* 2003, n° 1, p. 165, Comm. F.-X. LUCAS.

CA Paris, 16 juin 2001 : *RJDA* 6/2001, n° 690.

CA Versailles, 7 sept 2000 : *BJS* 2000, p. 1175, note F.-X. LUCAS.

CA Paris, 28 nov. 1996 : *Rev. arb.* 1997, p. 380, note E. LOQUIN.

CA Paris, 17 avril 1996 : *Dr. sociétés* 1996, comm. n° 172, note D. VIDAL.

CA Paris 30 juin 1995, *JCP*, éd E., 1996, n°795, p. 69, note J.-J. DAIGRE.

Trib. Com. Nanterre, 1^{ère} Ch., 26 février 1993 : *Dalloz*, 1993, p. 337, note A. COURET et F. PELTIER

C.A. Orléans, 26 septembre 1989 :

- *Dr des Soc.* Juin 1990, n° 163 ;

- *Rev. soc.* 1990, p. 644, note Y. GUYON.

CA Montpellier, 17 déc. 1992, n° 91/5925 : *BJS* 1993, p. 649, note A. COURET et P. LE CANNU.

C.A. Paris 7 juin 1988 : *Rev. soc.* 1989, p. 251, note S. DANA-DEMARET

CA Paris, 1^{ère} ch., Section A, 9 oct. 1985 : *BJS* 1986, p. 761.

CA Metz, 5 janvier 1977 : *RTD Com* 1977, p. 478, Note B. BOULOC.

CA Paris, 30 oct. 1976 : *Rev. Sociétés* 1977.

C.A. Rouen, 8 février 1974 :

- *Rev. soc.* 1974, p. 507, note R. RODIERE ;

- *RTD Com.* 1974, p. 291, note R. HOUIN,

Rev. Banque 1974, p. 674, note L. MARTIN **CA Orléans, 15 fév. 1966** : *D* 1966, p. 340.

CA Paris 12 fév. 1963 : *JCP* 1963.II.13281, note P. LEVEL.

CA Paris 9 jan. 1962 : *JCP*, 1962.II.12478 ;

CA Paris, 15 juin 1956 : *JCP* 1956.II.9419, note H. MOTULKY,

Trib. Civ. Seine, 9 févr. 1950 : *JCP* 1950, II, n° 5799, note D. BASTIEN.

CA Angers, 10 mai 1897 : *Journal des sociétés*, 1898, p. 164.

INDEX ALPHABETIQUE

A

Action de préférence : 452 et s.

Actionnaire :

- Droit de rester actionnaire : 514 et s.
- Droits propres : 104, 504, 505, 506 et s.
- Exclusion : 168, 170, 514 et s.
- Notion : 442.

Affectio societatis : 118, 195, 444, 520, 525

Aménagements conventionnels statutaires : 250 ; 251

- Sécurité juridique : 25, 53, 57, 76, 179, 330.

Arbitrabilité : 142.

- Relativité de l'ordre public : 194 et s.
- Libre disponibilité des droits : 200 et s.

Arbitrage : 190, 191.

- Arbitrage interne et arbitrage international : 214, 215.
- Clause compromissoire : 195.

Associé : 120, 512.

Attractivité économique : 25, 115, 117.

Autonomie de la volonté : 4, 7 ; 10, 18, 26, 42, 43, 252, 267, 275, 304, 583.

C

CCJA : 12, 100, 123.

- Pourvois mixtes : 128, 129 et s.
- Pouvoir d'évocation : 124.

Clause

- Clause d'agrément : 297, 352, 485, 486 et s.
- Clause d'exclusion de l'actionnaire : 521 et s.
- Clause d'inaliénabilité : 474 et s.
- Clauses de limitation des pouvoirs légaux : 663 et s.
- Clause pénale : 543.
- Clause de préemption : 352, 473, 481 et s.
- Clause léonine : 555, 556, 558, 559, 566, 568.
- Clause des statuts jugée essentielle : 153, 154, 155, 362 et s.

Comités :

- Comité d'étude : 711, 715 et s.
- Comité de direction : 717 et s.

Contractualisation : 1, 2, 6, 13, 14, 15, 19, 33, 36, 45, 131, 188.

Contrat de société : 118, 248, 252, 255, 266.

- Caractéristiques : 332 et s.

Convention extrastatutaire : 287 et s.

- Notion : 26.
- Validité : 21 ; 303 et s.
- Efficacité : 321 et s., 361 et s.
- Causes de l'inefficacité : 373 et s.
- Clause d'exécution forcée : 391, 392, 393.
- Domaine de validité : 292 et s.

- Conventions relatives au capital social : 295 et s.
- Conventions relatives à l'organisation du pouvoir : 299 et s.

Conciliation : 191, 192, 226, 227, 229.

Contribution aux pertes (aménagements) : 567 et s.

D

Délégation de pouvoirs : 687 et s.

Dirigeants sociaux :

- Notion : 586 ; 587.
- Dirigeants de droit et dirigeants de fait : 588.
- Désignation conventionnelle (SA) : 595 et s.
- Cessation de fonctions : 588, 623, 624 et s.
- Cumul de mandats : 651.
- Indemnité conventionnelle de départ : 639 et s.
- Aménagement conventionnelle de la stabilité professionnelle : 647 et s.

Droit de vote : 533 et s.

- Aménagement des modalités d'exercice : 537 et s.
- Cession : 545 et s.

Droit aux bénéfices (aménagements) : 560 et s.

E

Effectivité du droit : 24, 169, 323.

Egalité entre actionnaires : 443, 444, 445 et s.

Exécution forcée en nature.

- Interdiction : 382.
- Admission : 383, 384, 397, 399, 400 et s.

G

Golden parachute : 639.

Gouvernement d'entreprise : 9, 601, 712.

H

Hybridation des formes sociale : 411 ; 739.

I

Impérativité : 4, 17, 29, 44, 55, 57 et s .

Intérêt social : 318, 319, 320, 539, 540, 616, 617, 631, 644, 645.

Investisseur : 118, 119, 120, 420, 421, 579, 580.

L

Liberté contractuelle :

- Définition : 18, 19.
- Mécanismes d'expression en droit des sociétés : 257 et s.

Litige sociétaire : 142, 143, 185, 186, 197.

M

Modes alternatifs de règlement des conflits : 222 et s., 231.

- Autonomie de la volonté : 192, 225 et s.
- Mini-trial : 227.
- Finalités : 234 et s.

Médiation : 191, 192, 229, 230.

N

Nullité : 77, 83, 93, 95.

- Action en nullité : 172.
- Causes : 148 ; 149.
- Effets : 178.
- Régime juridique (assoupli) : 141, 144 et s.
- Régularisation des causes de nullité : 159 et s.

O

Ordre public :

- Notion : 21 ; 42 ; 45.
- Définition : 16.
- Définition substantielle : 62 et s.
- Finalités : 34 ; 110 et s.
- Nature fonctionnelle : 63.
- Ordre public de protection et ordre public de direction : 13.

Organes sociaux : 655 et s.

- Organisation légale : 655 ; 656.
- Spécialisation et hiérarchisation : 104, 414, 655, 657, 659, 708.
- Aménagement des pouvoirs légaux : 661, 662.
- Limitation conventionnelle des pouvoirs légaux : 663 et s.

Obligations (convention extrastatutaires) :

- De faire : 376, 377.
- De ne pas faire : 378 ; 379.

P

Pacte d'actionnaires : 290, 330, 379, 479.

Préambule : 256, 258, 261, 262.

Projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : 398 et s.

Promesse d'achat à prix minimum garanti :

- Notion : 570, 571, 572.
- Validité : 574 et s.

R

Règle d'ordre public sociétaire :

- Détermination : 53 et s.
- Définition énumérative : 76 et s.
- Détermination par la jurisprudence : 97 et s.
- Juge communautaire OHADA : 100 et s.
- Juges nationaux : 122 et s.
- Portée relative : 137 et s.
- Sanction de la violation : 150 à 158

Règlement intérieur : 256 et s. , 260, 263.

Renonciation : 188, 201, 202 et s.

Réparation par équivalent : 382

Révocation ad nutum :

- Sens : 626, 627, 628 et s.
- Domaine : 632 et s.
- Assouplissement de la règle : 638 et s.

S

Société commerciale :

- Nature contractuelle : 7, 416.
- Nature institutionnelle : 8, 9.
- Société coopérative : 225.
- Société à capital variable : 518, 519,
- Sociétés de capitaux : 29, 30, 267, 406, 429.
- Sociétés de personnes : 29, 36, 267, 290.

- Garante de la bonne exécution de la convention extrastatutaire : 394 ; 395.

Société anonyme :

- Notion : 30
- Dirigeants de droit : 589 et s.
- Importance dans l'espace OHADA : 31.
- Recul de l'analyse institutionnelle : 411, 412.

SAS :

- Autonomie de la volonté : 275.
- Liberté contractuelle : 274 et s.
- Impact économique : 283 et s.

Sentence arbitrale : 206 et s.

- Exéquatur : 208.
- Recours en annulation : 210 ; 215.
- Ordre public international : 209.

Simplification du droit : 2, 60, 502.

Statuts de sociétés :

- Notion : 255 et s.
- Autonomie de la volonté : 252 ; 267

V

Valeurs mobilières : 419 et s.

- Liberté d'émission : 420 ; 423 et s.
- Circulation : 466.
- Valeurs mobilières composées : 436 ; 461 ; 462 ; 463

TABLE DES MATIERES

| | |
|---|-----|
| Introduction | 1 |
| 1^{ère} PARTIE : Le reflux de l'ordre public sociétaire dans le droit commun des sociétés commerciales | 32 |
| Titre 1 : Le caractère évanescent de l'ordre public sociétaire en droit OHADA | 37 |
| Chapitre 1 : La difficile détermination des règles d'ordre public | 40 |
| Section 1 : Les limites légales à la détermination des règles impératives | 41 |
| §1- Le défaut de définition légale de l'ordre public sociétaire | 43 |
| A- Le manque de définition substantielle | 43 |
| B- Le manque de définition énumérative | 48 |
| §2- L'incertitude du caractère d'ordre public tiré de la formulation légale | 50 |
| A- Les théories doctrinales tirant la nature d'ordre public de la formulation de la règle | 51 |
| B- Les limites des méthodes doctrinales fondées sur la formulation de la règle impérative --- | 52 |
| Section 2 : Les obstacles à la délimitation jurisprudentielle de l'ordre public sociétaire | 57 |
| §1- L'imprévisibilité de la détermination des règles d'ordre public par le juge communautaire | 68 |
| A- L'étendu du pouvoir du juge, critère d'instabilité du contenu de l'ordre public sociétaire- | 59 |
| B- L'ambiguïté des finalités de l'ordre public dans l'esprit de la loi, obstacle à une politique jurisprudentielle fiable | 63 |
| §2-L'influence de l'activité des juges nationaux sur le périmètre de l'ordre public sociétaire- | 70 |
| A- L'influence des cas de compétence exclusive des juges nationaux | 71 |
| B- Les pourvois mixtes | 73 |
| Chapitre 2 : La portée relative des règles d'ordre public identifiables | 79 |
| Section 1: La portée de l'ordre public contrariée par un régime assoupli des nullités | 82 |
| §1- Les entraves aux causes de nullité | 84 |
| A- La violation de l'ordre public comme cause légale de nullité dans l'AUSC | 85 |
| B- La couverture des violations des dispositions d'ordre public sociétaire | 89 |
| §2- Les entraves à l'action en nullité | 93 |
| A- La précarité de l'action en nullité en l'absence de régularisation | 94 |
| B- La restriction des effets de la nullité en cas de prononcé de la sanction | 95 |
| Section 2 : La portée de l'ordre public contrariée par la faculté de règlement alternatif des litiges sociétaires | 98 |
| §1- La relativité de l'ordre public fondée sur les modalités de l'arbitrabilité | 102 |

| | |
|---|-----|
| A- L'incidence du critère de la libre disponibilité sur la portée de l'ordre public sociétaire -- | 104 |
| B- L'incertitude de la prise en compte de l'ordre public sociétaire lors du contrôle de la sentence arbitrale ----- | 107 |
| §2- La relativité de l'ordre public, tirée de la mise en œuvre des autres modes de règlement amiable des conflits sociétaires ----- | 113 |
| A- La consécration de la liberté de recourir au règlement amiable des litiges sociétaires ---- | 114 |
| B- L'assouplissement de la portée de l'ordre public par la mise en œuvre des modalités de règlement amiable ----- | 120 |
| Titre 2 : Le développement des mécanismes d'expression de la liberté contractuelle ----- | 126 |
| Chapitre 1 : Un large périmètre d'expression de la liberté contractuelle ----- | 130 |
| Section 1 : Une possibilité avérée des aménagements conventionnels statutaires ----- | 131 |
| §1- L'accroissement de la dimension contractuelle des statuts dans les sociétés commerciales préexistantes ----- | 132 |
| A- La notion de statuts de société en droit Ohada ----- | 134 |
| B- Le rétablissement de la dimension conventionnelle des statuts en droit Ohada ----- | 139 |
| §2- La célébration de la liberté contractuelle statutaire par l'instauration de la SAS ----- | 144 |
| A- La forte dimension contractuelle des statuts de la SAS Ohada ----- | 146 |
| B- L'impact de la souplesse statutaire de la SAS sur l'économie de la zone Ohada ----- | 150 |
| Section 2 : Une liberté consacrée de recourir aux conventions extrastatutaires ----- | 153 |
| §1- Une approche large du domaine de validité des conventions extrastatutaires ----- | 155 |
| A- Les conventions relatives au capital social ----- | 156 |
| B- Les conventions relatives à l'organisation du pouvoir ----- | 158 |
| §2- Des conditions de validité souples ----- | 160 |
| A- La simplicité des conditions relevant du droit des contrats ----- | 161 |
| B- La souplesse de la condition de validité relevant du droit des sociétés ----- | 165 |
| Chapitre 2 : Le renforcement de l'efficacité des conventions sociétaires ----- | 170 |
| Section 1 : Une sécurité juridique acquise pour les conventions statutaires ----- | 174 |
| §1- Les caractéristiques du contrat de société : gage de la sécurité des clauses statutaires ---- | 175 |
| A- L'opposabilité des clauses d'aménagement statutaire ----- | 176 |
| B- La pérennité des clauses d'aménagement statutaire ----- | 179 |
| §2- La sanction de la violation des statuts : gage de l'efficacité des clauses statutaires ----- | 182 |
| A- La nullité, sanction légale des aménagements statutaires envisagés par l'AUSC ----- | 184 |
| B- La nullité, sanction jurisprudentielle des aménagements statutaires imaginés par la pratique ----- | 188 |

| | |
|---|-----|
| Section 2 : Vers le renforcement de l'efficacité des conventions extrastatutaires ----- | 191 |
| §1- Les obstacles à l'efficacité des conventions extrastatutaires dans les pays de l'Ohada --- | 192 |
| A- L'objet des obligations de la convention extrastatutaire ----- | 193 |
| B- L'inefficacité de la sanction légale de l'inexécution des conventions extrastatutaires ---- | 196 |
| §2- Les perspectives du renforcement de l'efficacité des conventions extrastatutaires ----- | 200 |
| A- Les alternatives développées par la pratique ----- | 200 |
| B- Les perspectives portées par le droit prospectif de l'Ohada ----- | 205 |
| <u>2^{ème} PARTIE</u> : L'assouplissement du régime juridique des sociétés à caractère institutionnel--- | |
| ----- | 210 |
| Titre 1 : Les aménagements conventionnels des règles relatives à l'actionnariat de la SA -- | 217 |
| Chapitre 1 : Les aménagements conventionnels relatifs aux valeurs mobilières ----- | 220 |
| Section 1 : La libéralisation des modalités d'émission des valeurs mobilières ----- | 222 |
| §1- La liberté d'émission des valeurs mobilières ----- | 224 |
| A- Le principe de liberté d'émission des valeurs mobilières en droit Ohada ----- | 226 |
| B- Les incidences de la diversité des valeurs mobilières ----- | 229 |
| §2- Les manifestations de la libéralisation des valeurs mobilières ----- | 236 |
| A- L'émission d'actions assorties de droits particuliers ----- | 237 |
| B- Les valeurs mobilières composées ----- | 243 |
| Section 2 : La contractualisation du régime de la circulation des valeurs mobilières ----- | 246 |
| §1- La faculté de recourir aux clauses d'inaliénabilité ou de préemption ----- | 250 |
| A- La clause d'inaliénabilité ----- | 250 |
| B- La clause de préemption ----- | 253 |
| §2- Le mécanisme des clauses d'agrément ----- | 255 |
| A- La validité des clauses d'agrément extrastatutaires ----- | 256 |
| B- La souplesse des clauses d'agrément statutaire ----- | 261 |
| Chapitre 2 : Les aménagements contractuels des droits inhérents à la qualité d'actionnaire- 265 | |
| Section 1 : L'exercice conventionnel des droits permettant la participation à la vie de la société | |
| ----- | 271 |
| §1- L'état du « droit de rester actionnaire » ----- | 271 |
| A- Le caractère fondamental du droit des actionnaires de rester dans la société ----- | 272 |
| B- La possibilité d'une exclusion conventionnelle de l'actionnaire ----- | 275 |
| §2- Les conventions relatives au droit de vote ----- | 284 |
| A- La validité des conventions relatives à l'exercice du droit de vote ----- | 286 |
| B- Les conventions relatives à la cession du droit de vote ----- | 289 |

| | |
|---|-----|
| Section 2 : Les aménagements des droits pécuniaires de l'actionnaire ----- | 292 |
| §1- La validité des aménagements conventionnels ne supprimant pas la vocation aux résultats ----- | 295 |
| A- L'aménagement de la vocation des actionnaires aux profits ----- | 297 |
| B- L'aménagement statutaire de la contribution aux pertes ----- | 299 |
| §2- Les aménagements conventionnels exonérant l'actionnaire de toute contribution aux pertes ----- | 301 |
| A- Le caractère <i>a priori</i> léonin des promesses d'achat à prix minimum garanti ----- | 302 |
| B- Les critères jurisprudentiels de validité des promesses d'achat d'actions à prix plancher ----- | 304 |
| Titre 2 : Les aménagements conventionnels relatifs au fonctionnement de la SA ----- | 312 |
| Chapitre 1 : La volonté des actionnaires dans la détermination du statut des dirigeants sociaux ----- | 315 |
| Section 1 : La désignation conventionnelle des dirigeants sociaux ----- | 320 |
| §1- La désignation des administrateurs ----- | 321 |
| A- Les aménagements conventionnels envisageables ----- | 321 |
| B- Les limites légales ----- | 327 |
| §2- La désignation du président du conseil d'administration ----- | 329 |
| A- L'invalidité présumée des conventions de votes entre administrateurs ----- | 330 |
| B- Les conditions de validité des conventions de vote relatives à la désignation du président du conseil d'administration ----- | 332 |
| Section 2 : La cessation de fonction des dirigeants sociaux ----- | 335 |
| §1- La règle de la révocation <i>ad nutum</i> ----- | 337 |
| A- Le sens de la règle ----- | 337 |
| B- Le domaine de la règle ----- | 340 |
| §2- L'assouplissement de la règle de la révocation <i>ad nutum</i> ----- | 343 |
| A- La validité des indemnités conventionnelles de départ ----- | 344 |
| B- L'aménagement conventionnel de la stabilité professionnelle du dirigeant révoqué ----- | 350 |
| Chapitre 2 : L'organisation conventionnelle des pouvoirs des organes sociaux ----- | 355 |
| Section 1 : L'aménagement conventionnel des pouvoirs légaux des organes sociaux ----- | 359 |
| §1- La limitation conventionnelle des pouvoirs légaux ----- | 360 |
| A- La délimitation de l'effet obligatoire des clauses de limitation de pouvoir ----- | 364 |
| B- L'invocabilité des clauses limitant les pouvoirs des dirigeants sociaux par les tiers ----- | 367 |
| §2- La délégation de pouvoir ----- | 372 |
| A- Les délégations de pouvoir prévues par la loi ----- | 375 |

| | |
|---|-----|
| B- Les autres délégations ----- | 378 |
| Section 2 : la possibilité de créer des organes complémentaires pour alléger le fonctionnement social ----- | 383 |
| §1- Les comités spécialisés ----- | 384 |
| A- La consécration expresse des comités d'études ----- | 386 |
| B- La pratique courante des comités de direction ----- | 387 |
| §2- La possibilité de créer un organe non légal ----- | 389 |
| A- Sens de l'avis du 26 avril 2000 ----- | 390 |
| B- Les critiques doctrinales favorables à la création d'organes non légaux ----- | 391 |
| Conclusion générale ----- | 395 |
| Bibliographie ----- | 401 |
| Index alphabétique ----- | 480 |
| Table des matières ----- | 485 |