



HAL
open science

L'entrepreneuriat en droit OHADA : analyse comparative à la lumière du système français

Lalla Aicha Oumoul Makhtoum Toure

► To cite this version:

Lalla Aicha Oumoul Makhtoum Toure. L'entrepreneuriat en droit OHADA : analyse comparative à la lumière du système français. Droit. Université de Perpignan, 2019. Français. NNT : 2019PERP0044 . tel-02901775v1

HAL Id: tel-02901775

<https://theses.hal.science/tel-02901775v1>

Submitted on 17 Jul 2020 (v1), last revised 20 Jul 2020 (v2)

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.

THESE

En vue de l'obtention du grade de Docteur délivré par
l'UNIVERSITE DE PERPIGNAN VIA DOMITIA

Préparée au sein de l'école doctorale INTER-MED (ED 544)

Et de l'unité de recherche CRESEM - EA 7397

Axe Normes et Droit comparé

Spécialité : Droit Privé

Présentée et soutenue le 28 novembre 2019

par Mme TOURE Lalla Aicha Oumoul Makhtoum

**L'ENTREPRENEURIAT EN DROIT OHADA :
ANALYSE COMPARATIVE À LA LUMIERE DU
SYSTÈME FRANCAIS**

Membres du jury :

M. David MARRANI, Professeur des universités, Institut de droit de Jersey,
Rapporteur

M. Souleymane TOE, Maître-Assistant en droit privé, Université de Ouaga 2,
Burkina Faso, Rapporteur

M. Christophe JUHEL, Maître de conférences HDR, Université de Perpignan
Via Domitia, membre du jury

Mme Evelyne MICOU, Maître de conférences HDR, Université de Perpignan
Via Domitia, Directrice



AVERTISSEMENT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

« Toute réforme du droit des sociétés repose nécessairement sur une certaine vision de l'organisation juridique, de la place du droit et des équilibres fondamentaux qu'il entend consacrer »

Sénateur MARINI

« La création d'entreprise est probablement l'une des formes les plus élaborées des dernières grandes aventures ».

Bernard Maître.

DEDICACES

Cette étude est dédiée à mon père, pour tous les sacrifices et efforts consentis.

Ce que je lui dois se situe au-delà de toute ma gratitude.

REMERCIEMENTS

Ma profonde gratitude s'adresse à mon professeur **Madame Evelyne MICOU**, qui malgré ces multiples occupations, a sacrifié une partie de son temps pour assurer la direction de cette thèse.

Elle a su par sa disponibilité, sa bienveillance, et sa rigueur, m'encourager et m'encadrer jusqu'à l'aboutissement de ce travail. Son parcours fut également une grande source de motivation et d'inspiration pour moi.

A mes amies sans qui je n'aurais pu être là ce jour, qui chaque jour ne cessent de m'encourager et de me donner des conseils. Elles ont été d'un grand soutien, puisse Dieu le tout puissant leur accorde une réussite totale dans tout ce qu'elles entreprennent.

A mes frères et sœurs, qui m'ont toujours exprimé leurs souhaits de me voir réussir particulièrement dans les moments de dures épreuves et à tous les membres de ma famille, je vous dis à tous merci.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Al.	Alinéa
Art.	Article
AERC	African economic research consortium
AFTU	Association pour le financement des transports urbains
AFIC	Association française des investissements en capital
AG.	Assemblée générale
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
AMF	Agence des marchés financiers
APE	Accord de partenariat économique
APIE	Agence du patrimoine immatériel de l'Etat
AUPCAP	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives
AUSGIE	Acte uniforme relatif au droit des sociétés
AUS	Acte uniforme relatif au droit des sûretés
AUDCG	Acte uniforme sur le droit commercial général
AUHOC	Acte uniforme OHADA sur le droit comptable

AUSDC	Acte uniforme sur le droit des sociétés coopératives
AUSCOOP	Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives
Anti-OPA	Offre public d'achat
Banq.	Revue banque
BAD	Banque africaine de développement
BCEAO	Banque centrale des Etats de l'Afrique de l'ouest
BEC	Banques des Etats islamiques
BERD	Banque européenne pour la reconstruction et le développement
BEI	Banque des Etats islamique
BIC	Bénéfice industriel commercial
BIS	Banque islamique Sénégalaise
BIRD	Banque internationale pour la construction et le développement
BM	Banque mondiale
BNDE	Banque nationale pour le développement économique
BRVM	Bourse régionale des valeurs mobilières
BSO	Bon de souscription d'obligations
BSA	Bon de souscription d'actions
Bull. Civ	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin Joly Sociétés
BVMAC	Bourse des valeurs mobilières de l'Afrique centrale

c/	Contre
CA	Cour d'appel
CAA	Chiffre d'affaire annuel
Cac 40	Cotation assistée en continue
Cass.civ.	Chambre civile de la cour de cassation
Cass.ch.mixte	Chambre mixte de la cour de cassation
Cass.com	Chambre commerciale de la cour de cassation
Cass.soc.	Chambre sociale de la cour de cassation
CCA	Compte courant d'associé
CCI	Chambre de commerce internationale
CCJA	Cour commune de justice et d'arbitrage
CDC GROUP	Common wealth developpement corporation
CE	Conseil d'Etat
CEDEAO	Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'ouest
CEEAC	Communauté économique des Etats de l'Afrique centrale
CEMAC	Communauté économique et monétaire des Etats de l'Afrique
CETELEM	Compagnie pour le financement des équipements
CGU	Contribution globale unique
Ch. Jud.	Chambre judiciaire
Chron.	Chronique
CIMA	Conférence interafricaine des marchés d'assurance
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends

CMF	Conseil des marchés financiers
Coll.	Collection
COCC	Code des obligations civiles et commerciales
Com.	Commerciale
COSUMAF	Commission de surveillance des marchés financiers
CPC	Cadre permanent de concertation
CREPMF	Conseil régional de l'épargne publique des marchés financiers
CREA	Consortium pour la recherche économique en Afrique
CSI	Contribution de sécurité immobilière
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Doctr.	Revue doctrinale
D. Rec.	Dalloz périodique
Dr. Et Pat.	Revue droit et patrimoine
Dr. et proc.	Revue de Droit et procédures
DRS/SFD	Direction de la réglementation et de la supervision des systèmes
Ed.	Edition
EIRL	Entreprise individuel à responsabilité limitée
ERSUMA	Ecole supérieure de la magistrature
FADEV	Fond Afrique développement
FCFA	Franc de la communauté financière africaine
FMI	Fond monétaire internationale

FCP	Fond commun de placement
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GIE	Groupement d'intérêt économique
Ibid.	Idem
Id.	Idem
IDEF	Institut international de droit et d'expression française
IFC	International finance corporation
IP	Investissement patrimonial
JCP	Juris-classeur périodique, Semaine juridique
Jurispr.	Jurisprudence
LBO	Leverage buy ouy
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LME	Loi sur la modernisation et l'économie
LPA	Les petites Affiches
MEDEF	Mouvement des entreprises de France
MIF	Marché d'instruments financiers
N°	Numéro
NAUPOS	Nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés
NFI	Nouvelle formes d'investissements
NINEA	Numéro d'identification national des entreprises
NRE	Nouvelles régulations économiques
OAPI	Organisation Africaine de la propriété intellectuelle

OBSA	Obligations avec bon de souscription d'actions
Obs.	Observations
OBSO	Obligation avec bon de souscription d'obligation
ORA	Obligation remboursables en actions
OCA	Obligations convertibles en action
OCEANE	Obligations convertibles ou échangeables en actions nouvelles
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des nations unies
Op.cit.	Opere citato (ouvrage déjà cité)
p.	Page.
PDG	Président directeur général
PECAO	Programme d'augmentation du capital par exercice
PIB	Produit intérieur brut
PME	Petites et moyennes entreprises
PMI	Petites et moyennes industries
PMU	Pari mutuel urbain
PSI	Prestataire de service d'investissement
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUL	Presse universitaires libre
RCCM	Registre du commerce et du crédit mobilier
RD	Revue de droit bancaire et de la bourse
RDDA	Revue de droit des affaires

RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	République démocratique du Congo
RDI	Revue de droit international
Req.	Chambre des requêtes de la cour de cassation
Rev.	Revue
Rev. Proc.	Revue des procédures collectives
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
RJ	Revue juridique
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTD, Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD, Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey
SA	Société anonyme
SABER	Société africaine des biocarburants et des énergies
SARL	Société à responsabilité limitée
SARLU	Société à responsabilité limitée unipersonnelle
SAS	Société par actions simplifiée
SASU	Société par actions simplifiée unipersonnelle
SAU	Société anonyme unipersonnelle
SCA	Société en commandite par action
SCOOPS-CA	Société coopératives

SCS	Société en commandite simple
SIG	Société de gestion et d'intermédiation
SIG	Société de gestion et d'intermédiation
SICAV	Société d'investissement à capital variable
SNC	Société en nom collectif
Soc.	Social
SODECI	Société de distribution d'eau de côte d'Ivoire
Somm.	Sommaire
Suiv.	Suivant
T. com	Tribunal de commerce
Tom.	Tome
TPE	Très petites entreprises
TSS	Titres super subordonnés
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
UBA	United Bank for Africa
UCEP	Union de coordination et d'exécution des projets
UDEAC	Union douanière économique de l'Afrique centrale
UEAC	Union des Etats de l'Afrique centrale
UEMOA	Union économique monétaire ouest africaine
UMAC	Union monétaire d'Afrique centrale
UMOA	Union monétaire ouest africaine
UMC	Union des marchés de capitaux

UNCEFS

Union nationale des coopératives des exploitants forestiers

UPI

Union paneuropéenne internationale

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE. LE MODELE DE STRUCTURATION JURIDIQUE DES ENTREPRISES EN DROIT OHADA

Chapitre 1. L’OHADA un droit au service de la viabilité financière des entreprises

Section 1. Les structures favorisant le développement économique par la limitation du risque d’investissement

Section 2. L’attractivité économique des structures favorisant le partenariat d’entreprise

Chapitre 2. Les limites à la viabilité économique des structures d’entreprises des pays de l’OHADA

Section 1. Les structures inadaptées au droit OHADA

Section 2. La relative attractivité du cadre juridique de l’entrepreneuriat individuel

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

DEUXIEME PARTIE. LE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DROIT OHADA

Chapitre 1. La complexité des modes de financement des entreprises en droit OHADA

Section 1. La nécessité d’un cadre juridique propice aux besoins de financement des entreprises

Section 2. La marche vers l’intégration financière : Les solutions aux conflits entre les organisations concurrentes.

Chapitre 2. Les alternatives à l’attractivité des investissements en droit OHADA

Section 1. Elargissement des mécanismes de financement des entreprises OHADA

Section 2. La mise en place de garanties efficaces de financement en droit OHADA

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

CONCLUSION

INTRODUCTION

« Tous ceux qui adoptent le projet d'une grande entreprise doivent examiner si ce projet est utile, glorieux pour eux-mêmes, d'une exécution facile, ou du moins praticable. On doit considérer aussi celui qui le donne, s'il partage les dangers de l'entreprise qu'il conseille, et en cas que le succès, la couronne, à qui en reviendra le plus d'honneur »¹.

L'entrepreneuriat peut se définir comme l'action de créer, ce n'est pas la faculté de disposer d'une entreprise, ou d'un quelconque statut pour se catégoriser, mais la volonté d'une entité physique ou morale à concrétiser une idée ou un projet et peu importe le résultat final. Les valeurs de cette notion sont la créativité, l'autonomie, le sens de la responsabilité, le leadership et la solidarité. La notion n'est pas juridique, mais sa définition permet en termes d'objectif de développement économique de comprendre l'impact de la culture et de l'esprit entrepreneurial. L'entrepreneuriat est un moyen destiné à trouver des solutions aux crises économiques que connaissent les Etats, elle permet de lutter contre le chômage et promouvoir le développement des activités économiques. Elle englobe la création et la stabilisation des entreprises, afin d'accroître leur compétitivité au niveau national et international.

La dimension est plus large, « elle n'implique pas nécessairement, mais peut comprendre la création de nouvelles entreprises »². Par exemple, elle peut se « produire au sein d'une organisation existante »³ et impliquer « toutes les fonctions ou actions associées à la

¹ Citation de Tacite, Historien, Homme d'état, Scientifique, Sénateur (58-20) ; Les fragments- II siècle.

² Scott SHANE et Sankaran VENKATARAMAN, « The promise of entrepreneurship as a field of research », *Academy of management. The Academy of Management*, jan 2000 ; 25, 1 ; p.217.

³ Alain FAYOLLE, *Entrepreneuriat, Apprendre à entreprendre*, ed. Dunod, 2012, P. 40.

perception des opportunités et à la création de quelque chose de nouveau pour les développer »⁴.

Le domaine de l'entrepreneuriat selon Scott Shane et Sankaran Venkataraman comprend : «

- L'étude des sources des opportunités ;
- De leur processus de découverte, d'évaluation et d'exploitation ;
- L'étude de l'ensemble des personnes⁵ qui les découvrent, les évaluent et les exploitent⁶.

Les économistes sont les premiers à se pencher sur la définition de ce concept, Richard Cantillon explique le rôle de l'entrepreneur et démontre son importance dans le développement économique d'un Etat. Il définit l'entrepreneur comme « Un preneur de risque qui s'engage de façon ferme vis-à-vis d'un tiers sans garantie de ce qu'il peut attendre ». « L'entrepreneuriat est un système de prise de risque »⁷.

Selon Jean Baptiste SAY, « le rôle de l'entrepreneuriat va au-delà de l'achat et de la vente de marchandises pour intégrer la production des produits. L'entrepreneur d'industrie est « celui qui crée pour son compte, à son profit, et à ses risques, un produit quelconque ».

L'économiste Frank H. KNIGHT nous explique que, « l'entrepreneur est certes celui qui prend le risque mais tout en étant sûr de recevoir un profit pur, représentant sa rémunération, en contrepartie de l'incertitude qu'il supporte. L'entrepreneur est donc un preneur de risque calculé dans un environnement incertain ».

Joseph SCHUMPTER considère « la capacité à innover comme une caractéristique propre de l'entrepreneur et la considère comme l'essence de l'entrepreneuriat ». Cette optique, repose sur le concept de l'innovation.

Les premiers travaux réalisés dans le domaine de l'entrepreneuriat concernent l'entrepreneur en tant qu'individu. Ces travaux portent sur l'étude des critères déterminants les objectifs qui les animent à entreprendre.

⁴ Frank Janssen et Laurent Taskin, « Quelles spécificités pour l'étude du changement entrepreneurial ? », *Revue Interdisciplinaire Management, Homme et Entreprise*, 2012, N°3, p.87-95.

⁵ Entrepreneurs.

⁶ Selon Israël KIZNER et Robert BARON, « L'entrepreneur est quelqu'un qui saisit des opportunités et crée quelque chose de nouveau ; c'est-à-dire un nouveau produit, un nouveau service, un nouveau marché, un nouveau processus de production, une nouvelle matière première ou de nouveaux moyens d'organisation de la technologie existante en vue de créer de la valeur ».

⁷ Ce risque se justifie par les aléas qui peuvent contraindre l'aboutissement du projet.

Pour William B. GARTNER, l'entrepreneuriat favorise l'émergence de l'activité économique, c'est « un phénomène complexe et multidimensionnel qui ne peut être expliqué que par les seules caractéristiques de l'individu et ne peut pas être simplifié à l'acte de l'entrepreneur. Les créations d'entreprise imposent certes, la nécessité de considérer dans l'étude de l'entrepreneuriat les actes des entrepreneurs, mais aussi de prendre en compte les situations dans lesquelles se trouvent ces entrepreneurs qui agissent. Il est plus important de concentrer les recherches en entrepreneuriat sur l'étude du processus entrepreneurial plutôt que sur l'entrepreneur ». Plus tard la notion a été considérée comme « un processus d'émergence de nouvelles organisations et ne se réduit pas à elle »⁸.

Les Etats africains particulièrement ceux de l'OHADA devraient par la création d'un système juridique efficace inciter les populations à entreprendre, créer des sociétés et soutenir les populations. Le continent africain est confronté à d'énormes difficultés, mais derrière ces problèmes se trouvent de gigantesques opportunités de *business*.

L'entrepreneuriat est la solution choisie par les gouvernements africains pour relancer leur croissance économique⁹. En effet, dans la plupart des pays développés, les dirigeants de l'action gouvernementale, la société civile et les investisseurs tant locaux qu'internationaux accordent une place importante au rôle de l'entrepreneuriat dans le développement des activités économiques. Les textes favorisant la création d'entreprise constituent un moyen de réduction du chômage et de renouvellement du tissu économique national.

En Afrique, l'entrepreneuriat n'a pas encore joué efficacement ce rôle, en dépit du taux impressionnant d'activité entrepreneuriale dans divers secteurs¹⁰.

Cependant, afin de l'encourager dans ces pays, les populations doivent clairement comprendre les principes qui le gouvernement et maîtriser les démarches utiles à la création et au développement d'une entreprise.

Une nouvelle vision de l'entrepreneuriat permettrait d'aider les entreprises à se financer et à se développer. La création de nouvelles opportunités économiques est conditionnée par la qualité juridique de la réglementation des affaires en vigueur et l'existence de fonds suffisants pour financer tous les projets et favoriser le dynamisme de l'entrepreneuriat dans ces pays.

⁸ Scott SHANE et Sankaran Vankatarman, *op. cit.*, p.217.

⁹ Dans un contexte de crise économique.

¹⁰ L'entrepreneuriat africain est un entrepreneuriat de nécessité, très présent dans le secteur informel et animé par la lutte contre la pauvreté.

Souvent négligé par une grande masse, le choix de la stratégie juridique de l'entreprise est un élément capital, qui très certainement déterminera l'échec ou le succès de celle-ci. Le droit est indispensable, il permet de réguler les interactions des différentes entreprises, pour pratiquer leurs activités. Les Etats ont besoin de règles pour organiser le fonctionnement des sociétés opérant dans un territoire bien déterminé. Ainsi, il existe de très belles opportunités de développement dans les pays africains parmi lesquelles on peut citer, celles offertes par l'espace OHADA.

L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires a été mise en place par le Traité de Port Louis en 1993, traité révisé au Canada plus précisément à Québec le 17 octobre 2008. 17 Etats font partie de cette organisation, le Burkina Faso, le Cameroun, le Bénin, la République Centre- Africaine, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad, et le Togo rejoint plus tard par la Guinée Conakry, la Guinée Bissau et la RDC du Congo. Ces 17 Etats se sont engagés à élaborer et mettre en place des textes communs et simples adaptés au contexte économique et social de leurs Etats. Pour parvenir à la réalisation de l'ensemble des objectifs définis dans le traité, cette organisation s'est dotée d'un certain nombre d'organes parmi lesquels la conférence des Chefs d'Etats et de Gouvernement, le Conseil des Ministres, la Cour Commune de justice d'arbitrage¹¹ et un Secrétariat permanent¹² rattaché à l'Ecole Supérieure de la Magistrature¹³.

L'OHADA est une organisation supranationale qui a créé un droit des affaires applicable dans 17 pays africains, ce droit a pour principal caractéristique d'être applicable de manière directe. Il va du droit des sûretés au droit commercial, en passant par le recouvrement des créances, le droit des sociétés, la procédure arbitrale, le droit des transports, le droit des procédures collectives. L'OHADA en 25 années a fait beaucoup d'effort au niveau législatif et institutionnel. Cependant, les défis ont évolué, les besoins économiques ont changé, d'où la

¹¹ Son siège se trouve à Yaoundé en Abidjan, c'est la juridiction suprême de l'organisation en vertu de l'article 14 du traité elle a eu pour rôle d'interpréter et appliquer les actes uniformes et règlement pris en application du traité. L'objectif est de parvenir à une uniformisation de la jurisprudence communautaire. La CCJA a une mission double, il s'agit d'une part d'émettre des avis consultatifs et d'autre part statuer comme juridiction de cassation. Cette comporte neuf juges et jusque-là a été gérée par quatre présidents Africains successifs.

¹² Il représente l'exécutif de l'organisation, il est sous la direction d'un secrétaire permanent qui représente l'OHADA et en charge d'assister le conseil des ministres. Il est également chargé de préparer en collaboration avec le gouvernement des Etats parties, les actes uniformes qui sont par la suite soumis pour adoption au conseil des ministres après un avis de la cour commune de justice et d'arbitrage dont le siège se trouve à Yaoundé au Cameroun.

¹³ ERSUMA, créée par l'article 41 du traité OHADA, son rôle est la formation des professionnelles du droit des affaires, son siège se trouve à Porto Novo au Bénin.

nécessité d'améliorer la réglementation applicable et parfaire cette belle intégration juridique¹⁴.

Selon le Professeur Joseph Issa SAYEGH, « Si l'on raisonne par analogie avec l'intégration économique qui consiste en une unification des politiques conjoncturelles, sectorielles et structurelles sous l'égide d'une autorité supranationale, on est incité à dire que l'intégration doit tendre à une unification des politiques conjoncturelles, sectorielles et structurelles sous l'égide d'une autorité supranationale, on est incité à dire que l'intégration juridique doit tendre à une unification des politiques législatives dans les matières juridiques, en relation avec l'intégration économique »¹⁵. Il ajoute, que « l'intégration juridique la plus achevée, strictement entendue se définit comme le transfert des compétences étatiques de deux ou plusieurs Etats pour réaliser un ensemble juridique unique et cohérent, dans lesquels les législations nationales s'insèrent ou se fondent pour atteindre les objectifs économiques et sociaux que les membres se sont assignés »¹⁶. « Un espace économique ne peut être pleinement efficace, s'il n'est tramé dans un espace juridique cohérent »¹⁷.

« Le préambule du traité OHADA ainsi que ses articles 1 et 2, présentent, en termes généraux, son objet et son domaine.

Selon les dispositions de l'article 1^{er}, Le traité « a pour objet l'harmonisation du droit des affaires :

- Par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples et modernes et adaptées à la situation de leurs économies ;
- Par la mise en œuvre de procédures judiciaires adaptées à la situation de leurs économies ;
- Par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ».

Quant à l'article 2, il énumère un certain nombre de matières qui sont incluses dans le champ d'application du traité et dont la réglementation doit faire l'objet d'une harmonisation : « Pour

¹⁴ « La stratégie adoptée pour la promotion de l'intégration et de la coopération régionale est en rupture totale avec les schémas qui ont jusque-là eu cours et introduit, dans le débat sur l'intégration, un jeu d'options originales portées par deux idées forces : un dessein de communautarisation et une volonté de juridisation ».

¹⁵ Joseph ISSA-SAYEGH, « L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc », *Recueil Penant*, n°823, p.5.

¹⁶ Joseph ISSA SAYEGH, *op. cit.*, p.7.

¹⁷ Philippe TIGGER, *Le droit des affaires en Afrique, OHADA, Que sais-je ?*, 1999, n°3526, p.13.

l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports et toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8 ».

Les règles peuvent parfois être contraignantes, mais constituent aussi un véritable atout pour l'entreprise, car l'avenir d'une entreprise dépend obligatoirement de sa performance juridique¹⁸. Cette performance se manifeste par sa capacité à gérer l'ensemble de ses acteurs¹⁹ elle influe sur la stratégie générale de l'entreprise. La combinaison des règles juridiques et de l'esprit entrepreneurial permet de comprendre et gérer la stratégie d'entreprise, d'où l'importance du droit.

Le régime juridique des sociétés commerciales était celui du code civil français de 1804, dans sa version antérieure à l'indépendance²⁰ qui appliquait les lois du 24 juillet 1867 et 07 mars 1925²¹. La réforme du droit des sociétés commerciales issues de la loi du 24 juillet 1966 est intervenue plus tard²², ce texte a été modifié et adapté aux besoins économiques des entreprises²³.

L'analyse effectuée par la doctrine a permis de constater que « dans la plupart des pays, il y avait eu peu de modifications depuis l'indépendance. Seuls certains pays, comme, par exemple, la Côte d'Ivoire et le Sénégal avaient un peu modernisé leur droit. Le Mali avait aussi adopté le Groupement d'Intérêt Economique, mais d'une manière très particulière puisqu'il ressemblait plus à une société qu'à un GIE qui contenait des dispositions fiscales »²⁴.

Les pays étaient confrontés à la nécessité d'adapter leur droit des affaires à un environnement économique et social moderne différent de la période coloniale. « L'Afrique, comme la

¹⁸ Ceci explique le fait que l'on retrouve au sein de chaque entreprise un département spécifiquement dédié aux affaires juridiques.

¹⁹ Dirigeants, actionnaires, etc.

²⁰ Il s'agit du civil d'avant les réformes de 1978 et de 1985.

²¹ Jean PAILLUSSEAU, « l'acte uniforme sur le droit des sociétés », *petites affiches*, 13 octobre 2004, n°205, p.19.

²² *Ibid.*

²³ Ce texte est intégré dans le code de commerce.

²⁴ Jean P AILLUSSEAU, *op. cit.*, p.19.

plupart des pays, est concernée par la mondialisation de l'économie. Sa conséquence est la nécessité d'une intégration régionale, avec partout, le même droit des sociétés, ce qui facilite singulièrement les investissements. Enfin il fallait simplifier, adapter et sécuriser le droit des sociétés »²⁵.

Le rôle du législateur OHADA était de mettre en place un droit adapté aux besoins réels des entreprises en matière de financement. Un droit adapté au particularisme des économies africaines, assurant la sécurité des créanciers, tiers et investisseurs.

Cet objectif est affirmé dans le Préambule du Traité de Port-Louis, indiquant que « la stabilité du droit n'est pas toujours synonyme de sécurité juridique. Dans le cas particulier des pays francophones d'Afrique centrale et occidentale le maintien du droit des sociétés commerciales hérité de la période coloniale était devenu un obstacle au développement harmonieux des activités économiques. Pouvait-on par exemple continuer à appliquer à l'aube du troisième millénaire, dans un contexte de mondialisation de l'économie, un droit des sociétés qui n'assurait pas une information minimale des associés ou des actionnaires et encore moins du public et qui n'organisait pas la coopération entre entreprises ou concentration des entreprises ?

La création d'entreprise en Afrique francophone requiert des conseils juridiques, car les Etats doivent rassurer les investisseurs et leur présenter une situation économique favorable aux investissements²⁶.

Le droit pratiqué en Afrique francophone, par un entrepreneur est celui que l'on retrouve en droit français.

L'Acte uniforme OHADA résulte de la transposition de plusieurs législations, la principale est la législation française. En effet, nombreuses sont les dispositions françaises qui ont été reprises par le législateur communautaire. Cependant, le lien entre l'OHADA et les autres systèmes juridiques demeure un aspect très important dans la construction de ce droit. L'OHADA est une organisation, qui a élaboré plusieurs textes juridiques. Ces textes prennent en considération l'ensemble des systèmes juridiques à l'échelle internationale et européen.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Tel est le cas de la côte d'Ivoire et du Sénégal, ils devraient mettre en évidence leurs atouts de développement.

Dans le contexte de l'entrepreneuriat, le système juridique correspond à l'ensemble des règles juridiques, qui organisent le fonctionnement de la structure. Mais selon le professeur Hervé Magloire MONEBOULOU MINKADA, « Le droit OHADA est exclu du système juridique international pour s'intégrer au système juridique national ». Par système juridique international, il faut entendre le droit international, c'est-à-dire l'ordre juridique international.

La présente analyse se limite à une comparaison entre le droit français et le droit communautaire OHADA. Malgré les nombreux rapprochements avec les autres ordres juridiques, la législation française demeure la source principale d'inspiration du législateur OHADA. Cependant, même si le droit OHADA s'est construit en tenant compte réalités économiques et sociales de chaque Etats, il demeure tout de même un droit d'inspiration civiliste, et uniforme sur un espace regroupant 17 Etats de l'Afrique de l'ouest et de l'Afrique centrale. Ces Etats n'ont pas la possibilité de s'immiscer dans les affaires de leurs voisins, mais ils peuvent modifier le droit de l'OHADA et l'adapter à leurs voisins évoluant dans le système de la *common law*²⁷.

En effet, même si le droit OHADA est principalement d'inspiration francophone, les différences entre les règles de l'OHADA et de la *common law* en droit des affaires ne sont pas très grandes. Néanmoins, il existe quelque petites différences, car le droit OHADA agit par des textes et des structures, tandis que le système anglo-saxon est beaucoup plus flexible²⁸.

Il existe également des différences dans les méthodes d'interprétation des textes. Les juristes anglo-saxons procèdent à une analyse stricte des textes, à la différence des civilistes (droit de l'OHADA) qui analysent l'esprit du texte. Cependant, la pratique a démontré que les techniques d'interprétation que ces deux systèmes utilisent pour le droit des affaires se ressemblent²⁹. Le droit OHADA est pour les juristes anglophones, un droit technique et cohérent.

En droit des sociétés, la *common law* utilise la *fiduciary duty* afin que les dirigeants respectent les textes. Le droit de l'OHADA fait usage des règles et structures pour encourager les dirigeants à informer le public, par le biais d'une immatriculation des sociétés au registre du

²⁷ Claire MOORE DICKERSON, « Le droit de l'OHADA dans les Etats Anglophones et ses problématiques linguistiques », *Revue internationale de droit comparé*, 2008, p.7.

²⁸ Grâce au principe *equity*, qui agit en parallèle avec la *common law* pour renforcer la flexibilité garantit un lien durable entre le droit et la justice. C'est dans ce rôle que la *common law*, se différencie du droit civiliste, y compris du droit de l'OHADA.

²⁹ Claire MOORE DICKERSON, *op. cit.*, p.12.

commerce et du crédit immobilier, et le dépôt des Etats financiers. Le système de la *common law* procède à l'immatriculation des sociétés, mais les structures non cotées révèlent très peu d'information au public.

De plus, en *common law* certaines activités des dirigeants donnent lieu à des sanctions pénales, qui ne sont pas prévues par le droit des affaires. L'AUSGIE, par contre, prévoit les cas dans lesquels la responsabilité pénale du dirigeant est engagée. Il existe également des commissaires aux comptes pour les sociétés ayant un atteint le seuil minimum indiqué ; ces commissaires aux comptes en droit OHADA jouent le même rôle que les *fiduciary duties* en *common law*.

Les juristes de la *common law*, ont une attitude positive vis-à-vis du droit OHADA. Les Camerounais anglophones, sont régis dans leurs affaires par le droit OHADA, ils s'adaptent peu à peu à ce droit³⁰. Le système anglo-saxon et le droit de l'OHADA poursuivent les mêmes objectifs, même si les méthodes sont différentes.

Le droit de l'OHADA est simple est accessible, on pourrait l'enrichir en adoptant certaines notions juridiques anglo-saxonnes. Ceci permettrait aux Etats anglophones voisins de l'OHADA de bénéficier des avantages de cette organisation sans en être membre. Les juristes anglophones pourraient profiter des avantages de ce droit uniforme des affaires dans leurs rapports avec les 17 Etats membres, sans avoir le besoin d'étudier le droit de chaque pays membre. La maîtrise du droit OHADA permettrait par la suite l'adhésion de ces Etats au traité afin de diminuer le coût juridique des affaires avec les pays membres.

Les Etats anglophones connaissent la valeur de l'OHADA, on pourrait par exemple les inviter à participer aux discussions de projets futurs, tel celui portant sur le droit du travail et des contrats. L'adoption de certaines normes de la *common law*, pourrait être envisagée dans le futur. Cependant « Le concept de transparence par le biais des structures, et en général la valorisation des textes juridiques, sont des principes centraux de l'OHADA ; ceux-ci ne peuvent donc pas être modifiés, même pour se rapprocher du droit anglo-saxon »³¹.

Le droit OHADA renvoi à un ensemble de textes comprenant :

³⁰ La seule difficulté réside dans le fait que les registres ne sont pas encore informatisés.

³¹ Claire MOORE DICKERSON, *op. cit.*, p.15.

Le traité qui représente le droit originaire, les règlements, les décisions et les actes uniformes qui représentent le droit dérivé. Le professeur Hervé Magloire MONEBOULOU MINKADA « Le traité OHADA s'assimile au traité de droit interne, parce que ses sujets et son objet sont rattachables à la sphère interne de l'Etat membre de l'OHADA et non à sa sphère internationale ». Cela signifie, que les règlements, les décisions et les actes uniformes ne sont pas une source du droit international, leurs sujets et objets ont un caractère national et non international. C'est un droit également différent du droit de l'union, même s'il pourrait s'en inspirer sur de nombreux points. Le droit communautaire, à la différence du droit international est un droit qui régit les différents ordres juridiques, « c'est le droit des organisations intergouvernementales »³².

Ce droit est fondé sur des valeurs fondatrices telles dans le cadre de l'union européenne, les traités de Maastricht et d'Amsterdam, clarifiées par le traité de Lisbonne. Cependant, certaines valeurs résultent des travaux de la cour de justice de l'union Européenne, d'autres trouvent leurs origines dans des déclarations politiques du conseil européen. Dans la déclaration sur l'identité européenne adoptée par la conférence des chefs d'Etats ou de gouvernement à Copenhague, le 14 décembre 1973, les Etats membre « désireux d'assurer le respect des valeurs d'ordre juridique, politique et moral auxquelles ils sont attachés, soucieux de préserver la riche variété de leurs cultures nationales, partageant une même conception de la vie, fondée sur la volonté de bâtir une société conçue et réalisée au service des hommes ... entendent sauvegarder les principes de la démocratie représentative, du règne de la loi, de la justice sociale finalité du progrès économique et du respect des droits de l'homme, qui constituent les éléments fondamentaux de l'identité européenne ». Ce texte met en avant, le respect de cinq valeurs : la diversité culturelle, le règne de la loi, la justice sociale, le respect des droits de l'homme et le principe de la démocratie.

On retrouve ces valeurs dans le préambule du traité de la CEMAC « Réaffirmant leur attachement au respect des principes de démocratie, des droits de l'homme, de l'Etat de droit, de la bonne gouvernance, du dialogue social et des questions de genre ». Il en est de même du traité de la CEDEAO, l'article 4 sur les principes fondamentaux dispose que « Les hautes parties contractantes dans la poursuite des objectifs énoncés à l'Article 3 du présent Traité, affirment et déclare solennellement leur adhésion aux principes fondamentaux suivants : respect, promotion et protection des droits de l'homme et des peuples ; promotion et

³² Hervé Magloire MONEBOULOU MINKADA.

consolidation d'un système démocratique de gouvernement dans chaque Etat membre tel que prévu dans la déclaration de principes politiques adoptée le 6 juillet 1991 à Abuja ». Ces valeurs doivent être prises en compte par les membres de la communauté.

L'OHADA ne poursuit pas les mêmes valeurs que ces organisations voisines. Le droit de l'OHADA poursuit un objectif d'intégration économique, en s'ouvrant à l'ensemble des pays africains. L'objectif de l'OHADA est économique, tandis que celle des organisations communautaires est politique et économique. Le droit OHADA n'est pas un droit communautaire, mais d'intégration économique.

L'OHADA est une réponse aux difficultés juridiques que rencontrent les Etats membres au niveau économique et social. L'idée de créer un droit un uniforme des affaires est proche du système allemand, qui a reçu le droit romain, vers le XIV^{ème} siècle, afin de faire face aux manquements juridiques du droit allemand, essentiellement constitué par une multitude de coutumes d'application territoriale. Par exemple en Chine, « après la politique de la « Grande révolution culturelle Proletarienne » qui avait dénoncé le droit comme une contrainte bourgeoise sur les masses, lorsqu'elle a lancé la politique des deux mains, joignant le développement économique et le renforcement du système juridique »³³. La Chine s'est alors dotée de nouvelles dispositions dont l'objectif est de créer un ordre juridique créateur de sécurité et d'efficacité juridique pour les opérateurs économiques.

Les actes uniformes sont très proches des lois chinoises. L'ensemble de ces textes relèvent du droit écrit : ils ont les mêmes caractéristiques, remontent pour la majeure partie du XX^{ème} siècle. Par conséquent, on peut dire que le droit africain des affaires, le droit chinois ont en commun la mise en place d'un ordre juridique fiable, valable et maîtrisable. Le droit OHADA est un droit original, il correspond à une tradition historique qui remonte aux âges des lois écrites³⁴. Le droit de l'OHADA est accessible à tous les juristes formés à un modèle de droit écrit. Le système de l'OHADA, requiert le suivi des normes issues de la loi. Cependant, pour la tirer d'une loi, il faut actualiser le texte et l'adapter au contexte économique et social. Ainsi, la découverte de la portée des actes uniformes revient à procéder à la démarche sur un texte de n'importe quelle autre loi, tel le droit chinois.

³³Gilles CUNIBERTI, *Grand systèmes de droit contemporain*, LGDJ, 2007, n°422 à442.

³⁴ C'est dans la haute Antiquité, avant Jésus-Christ, le code d'Hammourabi en Mésopotamie, les hiéroglyphes égyptiens de l'époque pharaonique, puis le « décalogue », et, se rapprochant de nous, en 618 et en 450 avant J-C, d'une part, en Chine les codes de la dynastie impériale (Gilles. CUNIBERTI *op. cit.*) et, d'autre part la loi des 12 tables dans la Rome antique ; c'est après Jésus-Christ, le code Justinien au VI^{ème} siècle, rassemblant le droit romain qui inspirera, à partir du XIII^{ème} siècle la législation occidentale.

Le droit de l'OHADA est un droit aisé et compréhensible. Les actes uniformes traitent de l'essentiel du droit des affaires. Les actes uniformes répondent aux besoins des juristes, dont la mission est de donner des conseils juridiques pour guider une action ou trancher un litige. Les textes de l'OHADA ont une place primordiale, c'est ce qui explique qu'elles sont actuellement connues par un grand nombre de juriste en Afrique et à l'échelle internationale.

En effet, actuellement, 2000 articles environ couvrent de larges domaines du droit des affaires. Il est adapté au contexte économique et social qu'il régit, c'est un droit qui a beaucoup évolué notamment avec les récentes réformes. L'évolution du droit et l'apparition des difficultés requièrent que l'on opère régulièrement des modifications pour le rendre plus efficace.

Selon Barthélémy MERCADAL, « Les contestations relatives à la mise en œuvre des textes étant le lot commun de toutes les lois écrites, des solutions valables pour celles nées du droit OHADA peuvent être trouvées dans les applications jurisprudentielles venant d'autres législations qui ont avec lui une étroite parenté. »³⁵.

Tel est le cas des textes inspirés du droit belge, suisse, luxembourgeois, espagnole, portugais, américain ect. En effet, la jurisprudence de ces Etats peut avoir un impact positif et favoriser une application efficiente des actes uniformes. On peut considérer ces jurisprudences comme des moyens d'expérimentation d'un texte qui se retrouve dans chacune d'elles dans des termes comparables. Ce mécanisme est très avantageux, il favorise l'enrichissement du droit, OHADA car lorsqu'un texte est identique dans deux ou plusieurs législations nationales, la transposition permettrait qu'elle soit adaptée à législation étrangère.

Le droit OHADA a une très grande valeur, selon Barthélémy MERCADAL, « C'est un droit abstrait privé de tout enracinement juridique »³⁶.

Le droit OHADA est un droit identique dans 17 pays. Cela veut dire le droit de millions de personnes, dont le produit intérieur brut ne cesse d'augmenter au fil des années. Un investisseur qui passe au Sénégal, en Guinée, au Gabon, du Mali en Guinée Bissau ou équatoriale, ne devrait pas avoir besoin de s'interroger sur le droit des affaires de chacun de ces Etats.

³⁵ Voir le code IDEF de l'OHADA et les exemples de jurisprudence comparée.

³⁶ Barthélemy MERCADAL, article présentée lors du séminaire international sur « Le droit africain et le développement social » qui s'est tenu à l'université de Xiangtan en Chine du 28 octobre au 2 novembre 2009. www.institut-idef.org www.ohada.com

La Cour commune de justice et d'arbitrage assure une uniformité de la jurisprudence³⁷. Son rôle est d'assurer la clarté des dispositions lors de leurs applications. Par exemple, dans le cadre de la préparation d'un investissement de capitaux par un étranger, en cas de doute entre les parties sur l'interprétation à donner à une disposition d'un quelconque acte uniforme, l'investisseur peut obtenir le droit de saisir la cour pour avoir une clarification sur le sens à retenir.

Les actes uniformes sont d'une très grande fiabilité, ils offrent un droit moderne adapté aux besoins actuels de la vie économique et adoptent des mesures qui renforcent la confiance des investisseurs. Ce sont des textes qui traitent de sujets relatifs aux affaires des législations des Etats membres. Les thématiques abordées répondent aux besoins de la vie des affaires.

L'instauration d'un registre du commerce et du crédit immobilier permet à un investisseur étranger d'accéder à toutes les informations concernant les acteurs locaux en rapport avec lui.

L'implantation dans un pays membre de l'OHADA lui permet de bénéficier de la législation sur le droit des sociétés, adaptée et en conformité avec la plupart des législations étrangères.

Le droit commercial général, à travers la loi sur le bail lui apportera, comme il en est dans la législation française, la sécurité d'un au renouvellement au bail, avec un droit en cas de refus injustifié de bénéficier d'une indemnité d'éviction. L'acte uniforme sur les suretés lui permettrait d'apporter les garanties à ces financements, sécurisant le remboursement de ses emprunts.

Dans le cadre de son activité, en cas de besoin de formalités juridiques relatives à la vente et distribution des marchandises, il pourra recourir à l'acte uniforme sur le transport des marchandises.

Et, comme on le sait, l'activité entrepreneuriale est très aléatoire et risquée, elle peut générer des difficultés économiques par des manquements aux engagements initialement prévus, on pourra en user dans cette situation de l'Acte uniforme sur le droit des procédures collectives et d'apurement du passif, cet acte met à sa disposition des solutions en conformité avec le droit des affaires généralement pratiqué dans le monde sur ce terrain.

³⁷ Blandine BAYO BIBI, *Le rôle de la cour commune de justice et d'arbitrage dans la sécurisation de l'espace OHADA*, thèse, 2009, Université de Caen, France.

Cependant, en dépit de tous ces efforts du législateur OHADA, ces actes uniformes demeurent insuffisants, tels qu'ils sont actuellement, à tous les opérateurs économiques. En effet, les manquements demeurent, notamment, un acte uniforme sur les contrats et un autre sur le droit du travail, pour lesquels des projets ont été élaborés mais dont l'adoption définitive est en attente.

Toutefois², il s'agit d'un droit réaliste, inspiré des textes qui ont fait leurs preuves dans d'autres systèmes juridiques. Par exemple, en matière de recouvrement des paiements, le législateur autorise l'usage de deux procédures en raison de leur rapidité d'exécution: l'injonction de payer de Communauté européenne, la saisie attribution s'effectue par voie d'huissier et l'exécution par provision du titre exécutoire.

En matière de transport, il s'inspire de la convention internationale sur le transport de marchandises par route en application depuis 1956, à l'origine d'une multitude de décisions de justice provenant de l'ensemble des Etats européens, y compris le Royaume Uni.

En matière de procédure collective, il tente à l'image des autres systèmes juridiques, le sauvetage de l'entreprise en difficultés par le biais du concordat établi avec les créanciers.

La plupart des dispositions s'apparentent au droit français et au droit de l'Union européenne, c'est la raison pour laquelle, elle est parfois inadaptée à la réalité économique et sociale de la majorité des pays africains.

Ce constat apparaît dans les rapports *Doing Business* de 2006 et de 2007 de la Banque mondiale³⁸. En effet, les pays de l'OHADA n'ont pas été cités comme ayant eu un impact significatif dans le droit des affaires, ils ne font pas parti des pays où il est aisé de faire des affaires. Contrairement au Ghana et à la Tanzanie qui ne sont pas membres de l'OHADA et qui sont classés parmi les dix meilleurs innovateurs en matière de droit des affaires.

L'un des auteurs du rapport *Doing Business* a indiqué que, « Si une réforme ne profite qu'aux investisseurs étrangers, aux grandes entreprises ou aux bureaucrates devenus investisseurs, elle réduit la légitimité du gouvernement. Les réformes devraient faciliter l'activité de toutes les entreprises, qu'elles soient petites ou grandes, locales ou étrangères, rurales ou urbaines. Ainsi il ne sera pas besoin de conjecturer sur le secteur qui fera le plus progresser l'emploi.

³⁸ Apollinaire Amévi de SABA, « Le nouveau droit des affaires pour attirer les investisseurs en Afrique, est-ce suffisant ? » *Revue cairn info*, n°28-29, 2007, p.98.

Toutes les entreprises auront l'opportunité de prospérer ». Dans cette même logique, on pourrait se prononcer sur l'inadaptabilité de certaines dispositions, telle l'exigence d'un capital minimum lors de la création d'une société, alors que son utilité dans certains Etats comme les Etats-Unis est remise en cause et a conduit à son abandon depuis un siècle³⁹.

Il en est de même pour l'accessibilité au financement, qui connaît quelques difficultés car l'Acte uniforme sur les sûretés répond à cet objectif mais ne propose pas de réelles solutions à une très grande partie de la population africaine qui ne peut apporter ces garanties.

Par conséquent, l'OHADA devrait s'abstenir de transposer des textes qui n'ont aucun impact sur le quotidien des populations africaines.

L'OHADA a beaucoup facilité les affaires en Afrique francophone, mais il y a décalage entre la théorie et la pratique. En effet, certaines pratiques effectuées sur le terrain au niveau local et parfois à l'intérieur d'un pays ne sont pas conformes avec les textes de l'AUSGIE. Cette situation s'explique par les contradictions entre le droit interne et le droit OHADA résultant de la règle de la supériorité des textes supranationaux, c'est une suprématie que l'on peut vérifier à travers des textes ayant le même objet. Cette idée est soulevée par la CCJA⁴⁰ sur la norme édictée par l'article 10 du traité qui consacre la supranationalité du droit OHADA sur le droit national. Ainsi, les règles nationales relatives à une matière traitée par l'OHADA devront automatiquement s'appliquer. Les textes nationaux doivent être mis à jour afin d'éviter des difficultés d'application et conflits de normes.

La seconde raison est que, en dépit des efforts effectués pour utiliser un vocabulaire juridique exact, les rédacteurs sont souvent confrontés à la difficulté d'employer les mots précis appartenant à l'organisation judiciaire des pays concernés. Les particularités nationales donnent lieu, à plusieurs termes pour désigner le même organe judiciaire, elles ont poussé les rédacteurs à utiliser des périphrases ou génériques⁴¹. Ces périphrases et génériques sont sujets

³⁹ *Ibid.*, p.99.

⁴⁰ CCJA, avis n°1/2001/EP du 30 avril 2001, Recueil jurisprudence CCJA, N° spécial, Janvier 2003, p.74. Ohadata J-02-04. Parfait DIEDHIOU, L'article 10 du traité de l'OHADA : quelle portée abrogatoire et supranationale ? Ohadata D-08-05, Joseph ISSA-SAYEGH, « La portée abrogatoire des actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des Etats parties », *Revue burkinabé de droit*, n°39-40, N° spécial, p.51. Ohadata D-02-11.

⁴¹ Joseph ISSA SAYEGH, « Congrès 2008 de Lomé : Le rôle du droit dans le développement économique, le bilan jurisprudentiel du droit OHADA, (incertitudes législatives et jurisprudentielles) », IDEF, institut international de droit, d'expression et d'inspiration françaises. www.institut-idef.org

à confusion et nécessitent de remplacer au plan national les termes génériques par les termes spécifiques.

Le climat des affaires doit être pris en compte par l'entrepreneur qui souhaite s'implanter dans un Etat membre de l'OHADA pour exercer une activité économique. Par exemple au Sénégal, le climat des affaires est un climat adapté, plusieurs réformes ont eu lieu afin d'améliorer le contexte de développement économique de ce pays. Un Code des investissements est destiné à aider les entreprises sénégalaises à réaliser leurs projets⁴².

Les Etats africains ont fait beaucoup de progrès en matière d'investissement, de taxation, de règles juridiques, siège social et font du droit des affaires une priorité au bénéfice des investisseurs notamment étrangers⁴³. La zone OHADA est une zone dans laquelle se développent plusieurs secteurs avec des champs d'action considérables⁴⁴, les investisseurs souhaitant s'y implanter doivent connaître les avantages et inconvénients de la réglementation applicable⁴⁵.

De plus, ils doivent se familiariser avec de nouvelles structures, tels les guichets uniques d'entreprise² qui permettent à l'entrepreneur de créer sa structure en moins de 24h à la condition d'être en possession de tous les documents exigés. Les rapports entre l'administration et les investisseurs sont bons, le législateur OHADA est animé par la volonté de faciliter la concrétisation, l'amélioration et l'optimisation des projets.

Le climat économique et juridique de l'Afrique de l'ouest est favorable aux entrepreneurs. En effet, selon le rapport *Doing Business* de la Banque mondiale⁴⁶, certains pays membres de l'OHADA comme la Côte d'Ivoire sont classés parmi les pays les plus performants en matière d'entrepreneuriat. L'avenir des affaires de ce continent est prometteur, les entrepreneurs sont optimistes à long terme ; ils croient aux perspectives du continent africain et au dynamisme de l'entrepreneuriat. L'accès au financement est l'unique barrière à la réalisation des projets, car les banques en Afrique ne prêtent qu'aux riches. Les micros, petites et moyennes entreprises sont régulièrement confrontées à un manque de financement. La diversification des modes de

⁴² C'est par le financement que les porteurs de projet parviennent à réaliser leurs objectifs.

⁴³ Les investisseurs sont attirés par une réglementation juridique efficace.

⁴⁴ Ceci s'explique par l'existence de nombreuses activités et statuts, le tissu économique des Etats de la zone OHADA est varié. Plusieurs pratiques, et secteurs d'activités se superposent dans cette zone, notamment l'agriculture, l'élevage, le commerce, la pêche, organisés sous formes de coopératives, groupements ou sociétés.

⁴⁵ Ceci permettrait de faciliter la tâche aux entreprises désireuses de s'installer et faire des affaires dans la zone OHADA.

⁴⁶ Ce genre de rapport permet de rassurer les investisseurs de la crédibilité des entreprises.

financement permettrait à toutes les catégories de trouver un financement approprié à leurs activités. L'objectif est de faire du droit des affaires, un droit approprié à l'ensemble des investisseurs et aider les populations africaines à évoluer en matière d'entrepreneuriat.

L'entrepreneuriat est un processus favorisant le développement des activités économiques, lesquelles activités se font au sein d'une entreprise. Cette entreprise peut prendre plusieurs formes selon les formes juridiques autorisées dans la réglementation de l'Etat dans lequel s'exerce l'activité. L'entreprise peut être individuelle ou pluripersonnelle, c'est une personne physique ou morale, qui procure des biens et des services aux clients. Les entreprises africaines sont nombreuses, elles ont pour but la satisfaction des populations, en contrepartie de réaliser des bénéfices leur permettant de se développer, d'innover et de créer des emplois.

L'entrepreneuriat est un élément important pour le développement économique de l'Afrique et la création d'un environnement juridique adapté au développement des entreprises est primordiale pour garantir la pérennité de son activité. Les Etats devraient se mobiliser afin d'améliorer les conditions de développement des entreprises. Les opportunités économiques sont abondantes, mais les règles édictées sont d'une faible efficacité. L'Afrique est un continent riche, les activités économiques doivent prospérer, mais les entrepreneurs africains sont confrontés à de nombreux défis lorsqu'ils souhaitent créer leurs entreprises.

Les objectifs louables visés par le traité OHADA sont, la mise à la disposition des entrepreneurs de structures adaptées aux réalités africaines, par la modernisation de l'environnement juridique des entreprises⁴⁷. La vétusté et l'inadaptation du droit des entreprises dans la plupart des pays africains, nécessitait un nouveau droit des sociétés.

Les économies nationales des pays membres de l'OHADA étant de taille relativement modeste, la réforme du droit des sociétés tend à leur permettre de relever le double défi de l'intégration régionale suivie d'une intégration commune dans le commerce mondial ».⁴⁸

De plus, on assiste à un manque de vulgarisation, du nouveau droit des entreprises. En effet, les chefs d'entreprises, principaux destinataires de cette nouvelle réglementation, n'ont pas encore une maîtrise parfaite du contenu de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales

⁴⁷ L'adoption du nouvel acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

⁴⁸ Henri-Désiré MODI KOKO BEBEY, « La réforme du droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2002, p. 255.

et groupement d'intérêt économique. La société⁴⁹ est l'organisation juridique qui permet d'exercer une activité économique⁵⁰, afin de favoriser le développement des activités entrepreneuriales, les entrepreneurs devraient connaître, les avantages et les inconvénients de chaque structure. Le choix de la structure doit se faire en prenant en compte tous les facteurs destinés à faciliter le développement de l'activité. L'entrepreneur doit analyser toutes les conséquences juridiques lors du choix de la structure qu'il considère la mieux adaptée à l'objet de son activité.

Les formes juridiques sont nombreuses, il existe des sociétés de personnes⁵¹, des sociétés mixtes⁵², des sociétés par actions⁵³, des groupements d'intérêt économique (GIE) et des coopératives. De plus, l'OHADA a intégré dans son ordre juridique deux formes de structures occultes, la société en participation et la société de fait.

« Les dispositions de l'OHADA relatives aux sociétés commerciales sont fortement inspirées du droit français des sociétés, tout en y apportant des réformes adaptées à l'évolution et à l'orientation des affaires sur le continent africain »⁵⁴, elles répondent à l'objectif « d'élaboration et d'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies »⁵⁵.

La nouvelle politique juridique adoptée en droit des entreprises présente d'indéniables avantages pour les petits et moyens entrepreneurs souhaitant se doter d'un statut juridique peu contraignant, les entreprises qui cherchent à organiser leur coopération sans engager leur responsabilité indéfinie et solidaire, les groupes de sociétés soumis à des règles, pour l'essentiel, obligatoires et laissant peu de place à la liberté contractuelle⁵⁶ et celles privilégiant la liberté contractuelle dans les statuts⁵⁷.

⁴⁹ C'est une approche très importante, qui permet l'organisation de l'entreprise en tant qu'entité économique et sociale par le droit des sociétés.

⁵⁰ Jean PAILLUSSEAU, *op. cit.*, p.19.

⁵¹ La société en nom collectif et la société unipersonnelle.

⁵² La société à responsabilité limitée.

⁵³ La société anonyme et la société par actions simplifiées.

⁵⁴ Boris MARTOR, Nanette PILKINGTON, DAVID SELLERS, Sébastien THOUVENOT, *Le droit uniforme des affaires issues de l'OHADA*, édition LITEC, p.86

⁵⁵ Traité de Port-Louis, 17 octobre 1993, art.1.

⁵⁶ SNC, SCS, SARL, EURL, SA, SAU

⁵⁷ SAS, SASU.

Les praticiens et les opérateurs économiques avaient besoin d'une société plus souple que la société anonyme⁵⁸, telle la SAS dont le fonctionnement et l'organisation sont librement prévu dans les statuts⁵⁹, elle permet aux PME de se doter d'un statut juridique peu contraignant⁶⁰.

Cette société a fait l'objet d'un énorme succès en France⁶¹, les entreprises qui opèrent au sein de l'espace OHADA souhaitaient avoir des structures juridiques moins contraignantes que la SA et la SARL et organiser leur coopération sans engager leur responsabilité indéfiniment et solidairement⁶². En effet, dans le souci d'encourager l'adoption de la SAS et de la SAS unipersonnelle, le nouveau texte prévoit que le capital est librement fixé par les statuts et supprime l'obligation d'un commissaire au compte dans les « petites SAS »⁶³. De plus, la proportionnalité entre le capital investi et le droit de vote est écarté comme en France⁶⁴. La société par actions simplifiées est adaptée aux nouveaux entrepreneurs qui n'ont pas suffisamment de capitaux, elle leur permet de dissocier la détention du capital du pouvoir au sein de la société⁶⁵.

La promotion de la SAS et de la SASU en France s'est faite par les professionnels du droit et du chiffre, par les banquiers, ainsi que par les chambres de commerce auprès des entrepreneurs.⁶⁶

Le régime juridique de la SAS est entièrement adapté aux groupes de sociétés, à la différence de la société anonyme, ils peuvent se développer avec une plus grande liberté d'organisation. La société à responsabilité limitée, la société par actions simplifiée, la société par actions simplifiée unipersonnelle sont les structures les plus adaptées aux petites et moyennes entreprises, à l'exclusion de la société anonyme. Cependant, la SA avec administrateur général est connue et bien implantée dans l'espace OHADA, c'est une structure viable.

Les entrepreneurs des PME et PMI sont intéressés par le nouveau droit des sociétés, ils ont trouvé une clarté et une sécurité juridique qui n'existaient pas auparavant dans l'AUSGIE de 1998.

⁵⁸ Philippe MERLE, « Une grande nouveauté : L'introduction de la SAS dans l'espace OHADA », *Droit et patrimoine*, 2014, p. 239.

⁵⁹ Alinéa 1^{ER} de l'article 853-1 l'acte uniforme relatif au droit des sociétés et groupement d'intérêt économique.

⁶⁰ Philippe MERLE, *op. cit.*, p.239.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Philippe MERLE, « le nouveau droit des sociétés de l'OHADA », *recueil Dalloz*, 2014, p.768.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Ceci permet de donner droit à plusieurs voix, sans limitation.

⁶⁵ Philippe MERLE, *op. cit.*, p.768.

⁶⁶ *Ibid.*

La pratique nous démontre, un intérêt grandissant à l'égard des structures unipersonnelles en France et dans certains pays de l'OHADA⁶⁷, « Les entrepreneurs voient en elles la possibilité de se doter de l'organisation juridique nécessaire et la crédibilité indispensable pour obtenir, par exemple la sous-traitance de marchés, dont les marchés publics »⁶⁸.

La société anonyme a fait l'objet d'intéressantes innovations en droit OHADA, elle peut être créée avec un seul associé, le mode d'organisation des pouvoirs est souple⁶⁹. Les pouvoirs du conseil d'administration ont été redéfinis dans la SA, afin conférer aux administrateurs un rôle plus actif, à travers la création de comités spécialisés⁷⁰.

Cependant, l'admission d'une SA unipersonnelle, n'est pas sans conséquences, en raison de l'absence de conseil d'administration⁷¹. L'uni personnalité de la société nécessite une organisation adaptée du pouvoir⁷². De plus, la procédure d'autorisation et d'approbation des conventions conclues entre la société et ses dirigeants ne peut s'effectuer qu'en présence d'un conseil d'administration.⁷³ Les autorisations, avals et garanties données par le représentant légal de la société ne peuvent non plus être autorisées par un conseil d'administration inexistant⁷⁴, d'où la nécessité d'effectuer des aménagements.

En effet, après l'introduction de la SAS, on s'est interrogé sur le maintien de la « petite SA » avec administrateur général, devenu selon les experts inutile. Les experts ont avancé l'idée selon laquelle la SA avec conseil d'administration devait être réservée aux sociétés importantes, capable de mettre en place des organes sociaux jouant pleinement leur rôle dans le cadre de la bonne gouvernance d'entreprise.

⁶⁷En France, selon l'Insee en 2018, le nombre de sociétés unipersonnelles reste stable et majoritaire, il représente 37% des sociétés créées en 2018, comme en 2017. Au Sénégal, selon l'Agence nationale de la statistique et de la démographie (ANSD) en 2019, au rang des sociétés créées en février ont observé en grande majorité les structures unipersonnelles, elles sont de 7864, contre 3862 un mois plus tôt. Les groupements d'intérêt économique sont en deuxième position, elles totalisent 663 en février contre 302 en janvier. www.afrique.latribune.fr

⁶⁸ Jean PAILLUSSEAU, « L'acte uniforme sur le droit des sociétés », *petites affiches du 13 octobre 2004*, n°205, p.19.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ MERLE Philippe *op. cit.*, p.768.

⁷¹ Sauf si les administrateurs peuvent ne pas être actionnaires.

⁷² Organe de direction et de représentation de la société, modalité de prise de décisions qui relèvent normalement des assemblées générales.

⁷³ Jean PAILLUSSEAU *op. cit.*, p.19.

⁷⁴ *Ibid.*

Le nouvel acte uniforme OHADA accorde une place importante à la gouvernance d'entreprise dans les sociétés. Le principe est celui du « *comply or explain* », il sera en vigueur au fur et à mesure de l'introduction des codes de gouvernance dans l'espace OHADA.

Les pouvoirs du conseil d'administration au sein de la société anonyme ont été clarifiés, « les administrateurs devront jouer un rôle plus important et pourront être aidés, dans les sociétés anonymes les plus importantes, par la création de comités spécialisés. De nouvelles dispositions viennent également encadrer les questions de rémunération et révocation des mandataires sociaux ». ⁷⁵ De plus, le droit OHADA autorise sous certaines conditions la validité des pactes d'actionnaires extrastatutaires ⁷⁶.

Enfin, les modalités d'organisation du GIE sont améliorées, ainsi que le régime juridique des valeurs mobilières ⁷⁷, l'acte uniforme était muet « quant à la possibilité d'émettre des valeurs mobilières composées. Ce silence était gênant pour les opérateurs souhaitant disposer d'un espace de liberté en ayant à leur disposition des instruments leur permettant de faire du sur « mesure » financier ⁷⁸.

Cependant, depuis la réforme, le législateur OHADA autorise la création des valeurs mobilières composées et des actions de préférences. Le régime juridique de la société en participation, la société de fait, la société en collectif et la société en commandite simple en raison de leur faible attractivité mérite également quelques aménagements. Ces structures ont un régime juridique proche du droit français, d'où leur faible adaptabilité.

L'objet de la présente étude sera à travers un bilan objectif de montrer dans une perspective comparative, l'impact réel du nouveau droit des sociétés OHADA dans le développement économique des activités des entreprises, en comparaison au droit français. Cela permettrait de déceler les difficultés actuelles de cette matière pour plus de compétitivité au niveau international. Cependant, il faut au préalable une bonne maîtrise du fonctionnement des sociétés en droit OHADA et des implications juridiques des dispositions, au regard des objectifs fixés au moment de leur création.

L'intérêt de cette analyse réside par ailleurs dans la nécessité de redynamiser le droit des entreprises, par le biais des réglementations existantes, des réformes déjà entreprises et des

⁷⁵ www.ohada.com.

⁷⁶ Ils sont admis en France depuis une époque récente.

⁷⁷ Jean PALLUISSEAU, *op. cit.*, p.19.

⁷⁸ *Ibid.*

nouvelles perspectives envisagées. L'analyse comparative des œuvres communautaires est un moyen d'étudier l'efficacité et l'effectivité de l'application des actes de l'organisation régionale.

De plus, dans cette même logique d'analyse de l'effectivité des structures d'entreprises en droit OHADA, il serait intéressant de traiter du processus de création des structures individuelles et coopératives régies par l'acte uniforme sur le droit commercial et les sociétés coopératives récemment réformés. Les actes uniformes constituent : la preuve réelle de la performance des entreprises africaines dans la zone OHADA. L'examen des textes jusque-là adoptés permet d'envisager leur progrès au profit des pays membres et de faire le bilan de l'impact de leur application au niveau de la pratique.

En effet, il est intéressant d'étudier l'effectivité de ces mesures dans la pratique et l'usage fait par les entrepreneurs de ces nouveaux moyens de droit à leurs dispositions. L'impact des nouvelles mesures et techniques sur le choix des entrepreneurs est une des grandes préoccupations des acteurs de l'OHADA, elle constitue un intérêt majeur pour cette étude. Le développement de l'entrepreneuriat, le développement économique, l'attractivité des investissements, la sécurité juridique et judiciaire des investissements sont les principaux objectifs de l'organisation. Cependant, il apparaît judicieux de montrer si en pratique, ces divers objectifs sont atteints.

Cette analyse permettrait de mesurer le niveau de l'OHADA dans sa politique juridique d'amélioration du monde des affaires en Afrique, son efficacité, les nombreuses problématiques que suscitent l'adoption et la création des divers actes uniformes. Ce qui nous conduit à la formulation de plusieurs questions et interrogations soulevées par cette étude.

La dimension de l'OHADA s'inscrit dans le cadre d'une logique d'harmonisation et d'intégration juridique, il est important d'analyser les enjeux de l'ensemble de ces objectifs, les limites et les questions afférentes à la réalisation des diverses améliorations. L'étude portera sur les objectifs de l'OHADA en matière de création, fonctionnement et financement d'entreprise après plusieurs années de travail⁷⁹. Il s'agira également des traiter des difficultés liées à l'existence de plusieurs ordres juridiques communautaires traitant souvent des mêmes questions d'ordres juridiques et économiques des Etats. Les conflits nés de la confrontation des dispositions entre organisations communautaires, l'interprétation au niveau interne des

⁷⁹ De 1997 à 2014.

dispositions communautaires seront aussi traités dans ces travaux, sans oublier une étude des faisabilités sur les solutions possibles pour renforcer et améliorer le cadre juridique des affaires dans toute la sous-région.

La majeure partie des difficultés que rencontre l'OHADA sont liées à une faible crédibilité de sa capacité à rendre effectif les dispositions juridiques au niveau de la pratique⁸⁰. Ce sont les manquements de la réglementation juridique accordant la possibilité aux Etats d'élaborer certaines mesures non prévues par le législateur au niveau interne⁸¹. Enfin, à tout cela s'ajouterait le fait que l'OHADA ne prévoit aucune réglementation spécifique aux investissements des entreprises dans la zone OHADA. L'organisation se trouve à cheval entre quelques dispositions de l'AUS et les celles prévues par le règlement de l'Union économique et monétaire ouest Africaine et la communauté économique et monétaire des Etats de l'Afrique Centrale. La politique juridique visant à développer l'activité des entreprises en droit OHADA répond-elle aux objectifs économiques tels que libellés dans le traité lui-même ?

Le rôle de l'OHADA est d'assurer la sécurité juridique des investisseurs réticents à intégrer et financer les entreprises.

Notre travail consiste à faire un bilan, c'est-à-dire procéder à l'analyse du droit des entreprises dans les pays OHADA, dans une démarche comparative avec le système français, vérifier l'efficacité et l'effectivité des nouvelles dispositions au niveau de la pratique et voir les enjeux de la réforme mise en place par l'OHADA afin d'apporter de nouvelles solutions, redynamiser le modèle entrepreneurial et répondre aux attentes des opérateurs économiques.

En effet, il est question de mesurer les divers atouts de cette organisation dans une perspective d'amélioration et d'identification des contraintes majeures pour proposer des solutions efficaces adaptées aux réalités juridiques et socio-économiques des Etats membres et soulever l'importance d'une intégration juridique pour renforcer la confiance des investisseurs. Les efforts d'harmonisation effectués dans le cadre de l'OHADA sont insuffisants, la collaboration avec les autres organisations communautaires est nécessaire : les liens avec l'UEMOA, la CEMAC, la CEDEAO, l'OAPI, la CIPRES sont incontournables.

⁸⁰ Ceci est à l'origine des nombreux renvois législatifs.

⁸¹ C'est le cas en matière d'élaboration des sanctions relatives aux infractions pénales des affaires, le droit OHADA se limite à énumérer les comportements répréhensibles, en laissant à chaque Etats membres de définir au plan interne les sanctions applicables.

La question de l'harmonisation et l'uniformisation doit être résolue, notamment celles frappées de renvois législatifs au regard des conflits juridiques et désordre communautaires que cela engendre. Une grande partie de ces Etats sont à la fois membre de l'OHADA, de l'UEMOA, la CEMAC, l'OAPI, et de la CIPRES etc. Les entreprises ont besoin qu'on leur garantisse des projets d'intégration viables pour les prochaines années afin d'augmenter leur niveau de croissance économique.

Ce travail vise à apporter des solutions réelles et efficaces qui seraient des atouts majeurs pour cette organisation dans le but de la hisser au plus haut degré atteint par les grandes institutions communautaires à l'image de l'Union Européenne.

Les premiers textes du droit OHADA des sociétés sont entrés en vigueur que depuis 21 ans et leur usage par les entrepreneurs est jusqu'à présent loin d'être parfaite. Une présentation et une analyse des différents textes de la réforme s'imposent, elle consisterait à montrer une par une toutes les innovations ou principalement les plus importantes.

De plus, il paraît également opportun de mettre en place des perspectives prospectives à l'image de celles historiques. Le droit OHADA a connu une évolution notable vers un développement économique des entreprises des pays membres de l'OHADA (**première partie**). Cependant, il n'intègre pas encore toutes les grandes questions que doit résoudre le droit des sociétés commerciales, notamment celles des investissements⁸² (**Deuxième partie**).

⁸² Une entreprise a besoin d'argent pour financer ses activités et réaliser de nouveaux projets. Pour financer ces projets, il lui faut des ressources financières lui permettant de satisfaire ses besoins notamment l'achat du matériel de production. Pour trouver ces investissements les entrepreneurs vont recourir à plusieurs modes de financement. Ces financements sont le plus souvent un emprunt bancaire, un prêt à faible taux d'intérêt provenant des institutions financières, un emprunt obligataire (l'obligation est une somme prêtée à une entreprise par un particulier ou un organisme, en contre partie des intérêts grâce à l'émission d'actions ; lorsque l'entreprise émet des actions, elle vend une partie de son capital. L'acheteur espère que ces actions vont produire des dividendes et les revendre à un prix plus élevé auquel il les a achetées. La vente d'action peut se faire auprès des marchés boursiers, pour y accéder la structure doit veiller à une publication régulière de son état financier. La vente d'actions peut également se faire auprès des investisseurs par le biais de ce que l'on appelle le capital investissement) émis par la société, un *crowdfunding* (c'est un mode spécial de financement permettant aux particuliers de financer des entreprises en actions, prêt ou dons). Les entreprises ont plusieurs moyens pour se financer, selon leur besoin, leur stratégie, ou leur taille.

PREMIERE PARTIE. LE MODELE DE STRUCTURATION JURIDIQUE DES ENTREPRISES EN DROIT OHADA

Harmoniser le droit des affaires en Afrique dans la zone franc c'est l'objectif principal du législateur OHADA. C'est le phénomène le plus marquant de la fin du 20^e et du début du 21^e siècle en Afrique. À travers une variété d'actes uniformes, ont été mis en place les moyens qui permettraient de parvenir à l'harmonisation et plus particulièrement à une réglementation favorable à la viabilité financière des entreprises des Etats membres de l'OHADA. Plusieurs actes sont mis en place pour atteindre cet objectif de développement économique, parmi ceux – ci l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique⁸³.

En effet on ne saurait ignorer l'apport potentiel du droit des sociétés, notamment celui des sociétés de capitaux, au développement économique et social des pays sous-développés⁸⁴. Le législateur veut répondre à toutes les préoccupations susceptibles d'entraver le développement de l'activité des entreprises. C'est en ce sens qu'il adopte une nouvelle définition de la société commerciale, qui fait d'elle à la fois un contrat et une institution⁸⁵. Cette nouvelle définition s'inscrit dans le cadre d'une démarche moderniste et adaptée aux réalités économiques africaines, elle est prévue à l'article 4 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et GIE : « La société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent acte uniforme. La société commerciale doit créer l'intérêt commun des associés ».

⁸³ Il fait partie des trois premiers actes uniformes adoptés à Cotonou le 17 avril 1997.

⁸⁴ Michel Filiga SAWADOGO, « Formation des Formateurs Magistrats Module 1 et 2 : L'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE du 30 janvier 2014 », *ERSUMA*, P.4.

⁸⁵ *Ibid.*

À travers cette disposition, le législateur OHADA met en exergue les éléments clés qui constituent le contrat de société⁸⁶. Cette définition précise que la création d'une société requiert l'existence d'au minimum deux personnes. L'exception à cette mesure se trouve à l'article 5 de l'AUSGIE précisant que la société peut être créée par une seule personne. La nouvelle législation se veut être au service de la viabilité financière des entreprises, (**chapitre 1**) en dépit de l'existence de structures à faible attractivité (**chapitre 2**).

Chapitre 1. L'OHADA un droit au service de la viabilité financière des entreprises

L'un des principaux objectifs des fondateurs de cette organisation était « La mise en place d'un droit des affaires harmonisé, simple, moderne et adapté, afin de faciliter l'activité des entreprises »⁸⁷. Les actes uniformes répondent parfaitement à cette préoccupation en adoptant des structures favorables au développement économique des entreprises. On retrouve, d'une part, les structures favorisant le développement économique par la limitation du risque d'investissement, (**Section 1**) et, d'autre part, celles favorisant la collaboration et le partenariat d'entreprise (**Section 2**).

Section1. Les structures favorisant le développement économique par la limitation du risque d'investissement

Les structures à risque d'investissement limité ont connu une forte attractivité dans les pays OHADA⁸⁸. La règle de la responsabilité limitée des actionnaires comporte de nombreux avantages parmi lesquelles le droit pour les associés de ne pas être tenus responsable des

⁸⁶ Ce sont les apports, la participation aux bénéfices et aux pertes et l'affectio societatis.

⁸⁷ Préambule du traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

⁸⁸ La création de SA et SARL est devenue de plus en plus remarquable. Selon l'INSEE, en 2016, 40 % des sociétés créées sont des SARL. www.economie.gouv.fr La SARL est la forme de société la plus choisie en France. www.editioneo.com Selon l'agence sénégalaise national de la statistique et de la démographie (ANSD), les sociétés responsabilité limitée créées en février 2019 sont au nombre de 474 contre 246 en janvier 2019. www.latribune.fr

dettes impayées de la société. Ces structures limitent la responsabilité des dettes au seul montant de leurs apports, et se fondent sur la théorie de l'affectation du patrimoine contrairement aux sociétés de personnes prônant la théorie de l'unicité du patrimoine.

La réglementation communautaire concerne l'ensemble des sociétés commerciales, à l'exclusion de la société en commandite par actions (SCA)⁸⁹. Les principales structures à risque d'investissement limité maintenues sont, la société anonyme (SA)⁹⁰, La société à responsabilité limitée (SARL)⁹¹. La société par actions simplifiée (SAS) est nouvellement introduite par la révision de l'acte uniforme⁹². Le législateur OHADA apporte de nombreuses innovations sur chaque type de structures. L'objectif est de favoriser l'essor du capitalisme et le développement des PME par la limitation du risque d'investissement (§ 1), et l'instauration de structure favorisant le libéralisme contractuel dans le développement des activités économiques (§ 2).

§ 1. Les structures favorisant en droit OHADA l'essor du capitalisme et le développement des PME

L'arsenal juridique communautaire africain a pour ambition de promouvoir les sociétés commerciales dans un cadre juridique offrant une sécurité aussi bien aux associés qu'aux tiers. Ces sociétés concernent plus particulièrement, la société anonyme et la société à responsabilité limitée. Ce sont les deux formes sociales les plus connues. En droit OHADA, le législateur y apporte de nombreuses innovations et modernisations nécessaires aux exigences de la pratique. Les structures à risque d'investissement limité sont simplifiées et modernisées, elles possèdent un mode de fonctionnement très efficace favorisant le financement des capitaux des entreprises en droit OHADA à travers l'institution de la SA (**A**), le développement des petites et moyennes entreprises par le biais de la SARL (**B**).

⁸⁹ La société en commandite par actions est supprimée au Sénégal par la loi du 29 juillet 1985, il en est de même de la société en commandite simple. Le Sénégal retrouvera la société en commandite simple avec l'OHADA au travers de l'Acte Uniforme sur le droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

⁹⁰ Art. 385 à 905.

⁹¹ Art. 309 à 1384

⁹² Art 853-1 à 853-24- nouveau Livre 4-1.

A. La société anonyme, un levier puissant de financement de capitaux des entreprises OHADA

La société anonyme, constitue le modèle le plus utilisé pour les investissements. Elle présente un grand intérêt par rapport à la société en nom collectif, la société en commandite simple ou encore les sociétés non immatriculées⁹³. Le risque d'investissement est limité, « Les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports »⁹⁴. Le gage des créanciers se trouve limité aux apports des associés, les créanciers ne pourront pas les poursuivre individuellement pour le paiement des dettes de la société⁹⁵. L'autre particularité de la société anonyme en droit OHADA est qu'il n'est plus obligatoire d'avoir sept actionnaires pour la mettre en place⁹⁶, comme c'est le cas en droit français⁹⁷.

L'OHADA innove en intégrant la SA avec administrateur général, ainsi que la faculté de choix entre la structure de gestion duale⁹⁸ et la structure avec président directeur général assurant les fonctions de conseil d'administration⁹⁹. Le droit de l'OHADA devance le droit français des sociétés sur ce point, malgré les nombreuses réformes issues de la loi NRE¹⁰⁰. Cette structure impose aux entrepreneurs des règles de constitution spécifiques dont le non-respect peut conduire à la nullité de la société.

La société anonyme est réservée aux grosses entreprises, il est normal qu'elle fasse l'objet d'une réglementation minutieuse et contraignante, afin d'éviter de graves conséquences juridiques pour l'ensemble des acteurs de son fonctionnement, d'où la mise en place d'un régime juridique qui lui est spécifique (1), et la nécessité de faire face aux difficultés d'adaptation de cette structure dans les pays OHADA (2).

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Art. 385, de l'acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique du 31 janvier 2014.

⁹⁵ Benoit LE BARS, *droit des sociétés et de l'arbitrage international, pratique en droit de l'OHADA*, Joly éditions, 2011, p.153.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Article L.225-1 du code de commerce.

⁹⁸ Président du conseil d'administration et directeur général.

⁹⁹ Benoît LE BARS, *op. cit.*, p.151.

¹⁰⁰ Loi sur les nouvelles régulations économiques.

1. Un régime juridique sécurisant et garantissant un financement de haut niveau

La constitution de la société anonyme doit répondre aux conditions du droit commun et du droit spécial des sociétés¹⁰¹. L'entrepreneur qui souhaite mettre en place une société anonyme doit respecter un certain nombre de procédures.

La société anonyme au sein de l'OHADA est très réglementée. Cet arsenal juridique en faveur de ce merveilleux instrument du capitalisme comme le disait le doyen Ripert fait d'elle une structure très contraignante. Grâce à ces nombreuses contraintes, elle assure la sécurité juridique de ses partenaires.

La société anonyme en droit OHADA est l'une des sociétés par actions qui présente par rapport aux autres sociétés un avantage double avec une durée indépendante des événements pouvant atteindre les associés, et un mode de financement permettant de grouper les capitaux¹⁰². La société anonyme est un facteur d'emploi efficace de l'épargne, elle constitue également un outil de développement des affaires sur un vaste domaine¹⁰³. Mais son usage est strictement réservé aux grandes structures, car elle peut avoir des conséquences désastreuses lorsque les conditions requises pour sa mise en place ne sont pas réunies¹⁰⁴.

Néanmoins le législateur OHADA ne cesse de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour renforcer la protection des actionnaires qu'ils soient ou non épargnant sans pour autant gêner le fonctionnement de la SA¹⁰⁵. La société anonyme fait partie des structures les plus répandues dans les pays de l'Afrique subsaharienne, traditionnellement elle se compose uniquement d'actionnaires¹⁰⁶.

Même si la loi française n° 99-587 du 12 juillet 1999¹⁰⁷ permet aux sociétés par actions simplifiées d'adopter la forme unipersonnelle, l'admission de la société anonyme peut être considérée comme une évolution par rapport au droit français des sociétés. La société anonyme est la seule vraie société de capitaux qui existe en droit OHADA¹⁰⁸. Ayant choisi de ne pas reconduire la société en commandite par actions de l'ordonnement juridique des

¹⁰¹ Benoît LE BARS, *op. cit.*, p.154.

¹⁰² Hygin Didace AMBOULOU, *Le droit des affaires dans l'espace OHADA*, L'Harmattan, 2014, p.90.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ La liquidation des biens d'une société anonyme peut avoir des conséquences juridiques désastreuses.

¹⁰⁵ Hygin Didace AMBOULOU, *op. cit.*, p.90.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Journal officiel n°160 du 13 juillet 1999, p. 10396.

¹⁰⁸ En réalité la société par action simplifiée n'est pas une société de capitaux, met si elle permet la réalisation de gros projet.

sociétés en droit OHADA, la SA reste la seule structure de capitaux. Toute société de capitaux crée obligatoirement des actions¹⁰⁹. Les titres négociables dans la société anonyme¹¹⁰ offrent de nombreux avantages, ils permettent de percevoir une fraction des bénéfices nets distribués en fin d'exercice¹¹¹, de participer aux prises de décisions en assemblée générale d'actionnaires avec des voix délibérantes, de disposer à la liquidation du remboursement de son apport, moyennant un supplément ou une diminution selon que l'actif net est supérieur ou inférieur au capital social de départ¹¹².

Cependant, il est essentiel lors de la constitution d'une société anonyme de la porter à la connaissance au futur associé souhaitant évoluer sous cette forme juridique. Un des grands avantages de cette structure et qui fait son originalité eu égard aux autres, c'est qu'elle permet de réunir des capitaux supplémentaires sans augmentation du capital¹¹³.

La faculté de s'endetter par voie d'emprunt est désormais possible dans les sociétés anonymes en droit OHADA, la seule condition requise est une libération intégrale du capital¹¹⁴. On peut émettre des valeurs mobilières sous formes d'obligations, qui correspondent à des titres de prêt à long terme¹¹⁵, permettant au porteur d'un droit à remboursement¹¹⁶ et à un intérêt annuel fixe à l'exclusion de toute distribution du bénéfice et de participation à la gestion de la société¹¹⁷.

Le droit OHADA a beaucoup évolué, il réglemente les structures afin de les rendre efficaces et d'assurer leur pérennité. L'acte uniforme a pris le soin de faire une nette distinction entre

¹⁰⁹ Ce sont des titres librement cessibles et négociables attribués à chaque actionnaire en réalisation de son apport, et représentant une part du capital social.

¹¹⁰ Il existe plusieurs catégories d'actions, l'action au porteur remise de main en main, et l'action nominative, dont la propriété est mise en œuvre par une inscription du titulaire sur les registres de la société et qui ne peut être aliéné sans déclaration du vendeur ni acceptation de l'acheteur. On parle d'action en numéraire ou d'action d'apport, selon que le titre est remis en contrepartie d'un apport en numéraire ou d'un apport en nature. Dans cette hypothèse, le titre en question ne sera négociable que deux années après la constitution de la société. Les actions peuvent également être ordinaires et privilégiées, le privilège de cette dernière consistant en un droit de vote double pour certaines actions ou en un droit d'antériorité sur les bénéfices distribués ou le boni de liquidation. L'objectif du privilège est d'écarter de la gestion des personnes concurrentes ou étrangères, soit à attirer de nouveaux actionnaires pour le financement d'une augmentation de capital. Enfin l'action de capital, est l'action dont le capital n'est pas amorti, c'est-à-dire racheté par la société, et l'action de jouissance, qui donne droit à l'intégralité ou à une partie du dividende.

¹¹¹ Ce sont les dividendes.

¹¹² Hygin Didace AMBOULOU, *op. cit.*, p.91.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Id Ibid.*

¹¹⁵ Elles ne peuvent excéder cinq années.

¹¹⁶ Avec prime ou avec le lot.

¹¹⁷ Hygin Didace AMBOULOU, *op. cit.*, p.92.

la société cotée et la société non cotée. Ceci permet de faciliter le choix de la structure la mieux adaptée par les entrepreneurs, les sociétés faisant appel public à l'épargne restent réservées aux grands projets. Cette structure nécessite de gros moyens financiers, le capital social est de 100 000 000 de FCFA. C'est la raison pour laquelle il est possible afin de se limiter à des investissements moins onéreux de recourir à des sociétés ne faisant pas appel à l'épargne publique.

La société anonyme qui n'est pas cotée est moins formaliste, elle devient attractive lorsque le dépôt du projet des statuts, la mise en œuvre d'un bulletin de souscription et la constitution d'une assemblée constitutive sont une faculté. Le législateur a considérablement assoupli les formalités de constitution eu égard aux nombreuses contraintes que connaît une société anonyme classique.

Ces mesures visent à encourager certains entrepreneurs souvent réticents à l'idée de choisir cette forme juridique pour entreprendre. Comme on le sait, la société anonyme constitue la structure la plus contraignante en termes de réglementation, mais l'option d'une SA unipersonnelle non cotée constitue un moyen de renforcer son attractivité vers les entrepreneurs qui la redoutent.

Ainsi, l'entrepreneur d'une SARL qui souhaite intégrer cette forme juridique pourrait en premier lieu choisir la société anonyme non cotée. La société anonyme a fait l'objet de nombreuses innovations, en permettant une option entre le mode de gestion par le conseil d'administration et le président directeur général, et une nouvelle technique d'organisation, inspirée du droit des sociétés français. Cette option peut s'effectuer au cours de la vie sociale. Elle favorise l'unification du droit des sociétés dans le cadre de l'intégration régionale¹¹⁸.

L'une des premières mesures prises lors de la réforme a été la simplification du conseil d'administration. Cette simplification concerne tout d'abord la composition du conseil d'administration et la possibilité de confier au conseil la réalisation d'une augmentation de capital décidée par l'assemblée générale¹¹⁹.

¹¹⁸ *Ibid.* p.95.

¹¹⁹ Pierre DJEDJE CLAVER, Lionel YONDO BLACK, Abdoullah CISSE, Boubacar DIALLO, « Simplification des règles de constitution et de fonctionnement des sociétés commerciales dans la zone OHADA », *Droit et patrimoine* n°239, 2014, p. 8.

Le droit OHADA permet aussi l'aménagement des statuts afin que chaque administrateur¹²⁰, puisse devenir titulaire d'actions de la société qu'il administre¹²¹.

Tout entrepreneur souhaitant créer ou transformer son entreprise en société anonyme doit connaître les avantages, mais également toutes les contraintes que posent les statuts de la société anonyme. Le droit OHADA procède également à un élargissement du champ de compétence du conseil d'administration sur de nombreuses opérations. En matière d'augmentation du capital, un article nouveau est introduit à cet effet « Lorsque l'assemblée générale autorise l'augmentation du capital, elle peut déléguer au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, la compétence pour décider de l'augmentation du capital »¹²².

Des mesures sont mises en place pour encadrer les fonctions, afin de promouvoir l'intérêt social. L'absence de ces mesures pourrait être source d'anarchie et contribuerait à une dévalorisation de la fonction d'administrateur dont la mission principale est la défense des intérêts de la société anonyme. C'est principalement pour l'une de ces raisons que le nombre d'administrateurs liés à la société par un lien de subordination doit obligatoirement être limité au tiers des membres du conseil. De plus, le salarié de la société ne peut être nommé administrateur de la société anonyme qu'au bout de deux ans de travail effectif pour l'entreprise.

Mais le mode de gestion de la société anonyme peut s'effectuer sous la forme d'un directoire et par un conseil de surveillance. Cette formule de gestion classique de la société anonyme pratiquée en droit Français n'a pas été reconduite par le législateur OHADA lors de la réforme pour plusieurs raisons. Les choix du législateur doivent se faire en prenant en considération les besoins des entreprises africaines. La souplesse des modes de fonctionnement est un facteur important pour le développement des activités économiques de l'entreprise.

La société anonyme est une structure dont le suivi normal de la gestion est important. Ce suivi s'effectue à travers des règles de bonne gouvernance prévues dans l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique. Quand on parle de gestion de la société anonyme, il est question de savoir comment est traité l'exercice des pouvoirs.

¹²⁰ A l'exception des salariés.

¹²¹ Hygin Didace AMBOULOU, *op. cit.*, p.95.

¹²² *Ibid.*

Le choix du statut de société anonyme est plein d'enjeux pour les actionnaires et fondateurs de celle-ci. Cette structure est choisie dans le but de réunir des fonds importants, par l'appel à plusieurs actionnaires. Le risque limité constitue un véritable atout pour les actionnaires de la SA et prohibe leur mobilité qui, sans limitation du risque, elle n'aurait jamais obtenu¹²³.

La SA a également connu de nombreuses atténuations, notamment en matière de régime fiscal. La société anonyme est normalement assujettie à l'impôt sur les sociétés mais elle peut dans certaines conditions se rapprocher de la transparence fiscale des sociétés de personnes en optant pour l'impôt sur le revenu. La faculté de faire appel public à l'épargne constitue un grand avantage car elle permet une diversification des modes de financement notamment à travers l'emprunt obligataire.

La SA comprend de nombreux avantages qui constituent un des facteurs déterminants du choix de la forme sociale. Le législateur a bien eu raison de la reconduire parmi les structures d'entreprises du droit OHADA. Le choix de cette forme sociale, résulte de sa compatibilité avec les activités en grandes entreprises, mobilisées dans la recherche de capitaux.

La SA permet d'offrir des titres financiers au public, elle comporte quelques nuances, mais il est indubitable de nier qu'elle est l'une des plus grandes réalisations industrielles. La SA a permis à la France de drainer une grande épargne populaire.¹²⁴ C'est pour ces nombreuses raisons que le législateur OHADA l'a reconduit lors de la dernière réforme. Comme dans les pays de l'OHADA, la France compte un nombre très réduit de SA¹²⁵, dont une faible proportion est cotée en bourse. Cette faible représentation des sociétés faisant appel à l'épargne publique relève d'un constant général au niveau international en raison de la lourdeur des conséquences des engagements auprès des marchés financiers.

La faible proportion de société cotée en droit OHADA ne constitue pas un handicap, l'important est l'admission de cette faculté au sein de la législation des entreprises en Afrique subsaharienne. Les opérateurs économiques devraient au fil des années stimuler cette pratique. Cependant, il faut noter que tout dépend du contexte économique, et de son évolution. Mais, c'est pourtant cette petite minorité de société anonyme qui fait parler d'elle en Afrique, elle favorise la transparence fiscale par son obligation de publication des comptes

¹²³Paul DIDIER, *Les sociétés commerciales*, Presses universitaires de France, 1988, p.22.

¹²⁴ Marie-Hélène MONSERIE-BON, Laurent GROSCLAUDE, *Droit des sociétés et groupement*, Lextenso, 2013, p. 296.

¹²⁵ Environ, 130 000 sociétés anonymes.

et autres documents exprimant le niveau de viabilité financière de l'entreprise. En effet, si l'appel à l'épargne publique constitue une faculté, elle requiert une série de conditions parmi lesquelles un état financier positif. Certaines mentions sont essentielles pour prétendre introduire les titres d'une société en bourse. Ce n'est que par ce moyen que l'entreprise pourrait gagner la confiance des opérateurs économiques extérieurs¹²⁶.

La grande majorité des SA sont des entreprises de taille moyenne, elles pouvaient être à caractère familial afin de limiter le nombre de salariés¹²⁷. La SA une structure dans laquelle un capital minimum est obligatoire, le capital a pris le dessus sur la personne des associés¹²⁸.

En droit de l'OHADA, le législateur a supprimé de nombreuses contraintes, afin de renforcer l'attractivité de cette structure à lourde gestion. La constitution d'une SA est moins contraignante en droit OHADA, qu'en France, ceci requiert rappelons-le sept associés au minimum¹²⁹ et un capital social ne pouvant être inférieur à 37 000 euros. La SA est une structure dans laquelle les actionnaires ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont les associés sont des actionnaires représentés par des actions¹³⁰ représentant les titres négociables¹³¹.

La société anonyme faisant appel public à l'épargne est un levier de financement extrêmement puissant, d'où son admission au sein de l'OHADA. Les grandes entreprises africaines souhaitant « atteindre une masse critique doivent avoir recours aux marchés »¹³². Les opérations économiques au sein des marchés contribuent au développement économique des affaires. Cependant, compte tenu des enjeux, l'ouverture aux marchés appel à une grande vigilance de la part des pouvoirs publics et à une réglementation rigoureuse.

L'OHADA est une organisation à multiples objectifs pour atteindre le développement économique parmi lesquels, l'attractivité des investisseurs locaux et étrangers. Cette attractivité constitue un des moyens les plus efficaces pour renforcer les taux de financement dans cette zone.

¹²⁶ Les investisseurs étrangers.

¹²⁷ Marie-Hélène MONSERIE-BON, Laurent GROSCLAUDE, *op. cit.*, p. 297.

¹²⁸ C'est la raison pour laquelle elle est dite anonyme.

¹²⁹ Certains auteurs ont souligné qu'il s'agit d'une exigence numérique, dénuée d'intérêt, conduisant parfois au recours à des prêteurs noms ou d'associés de paille afin d'atteindre le seuil légal.

¹³⁰ Art. 385 de l'acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

¹³¹ Voir pour des développements Kouassi KOUADIO, la société anonyme (SA), communication au séminaire de l'OHADA, mai 1999, dactylographiée.

¹³² *Ibid.*

Les conditions de mise en œuvre de la SA ne faisant pas appel à l'épargne publique sont moins lourdes et onéreuses. La SA peut souvent être constituée sans offre de titres financiers au public, cette offre s'effectuera en cours de vie sociale. Ceci constitue une très bonne mesure, elle permettrait d'augmenter le nombre de SA par le biais d'une constitution moins onéreuse. Les entrepreneurs pourront par la suite introduire leurs actions sur le marché boursier et contourner les contraintes de la constitution d'une société ouverte à l'épargne publique.

La SA avec appel à l'épargne publique est réservée à une catégorie spécifique d'entrepreneurs en raison de sa complexité. Ce sont les entreprises en quête de croissance et non de subsistance qui sont attirées par ce modèle social. La mise en place des marchés financiers accessibles aux entreprises participe à l'organisation du cadre économique ou elle devrait évoluer, notamment par l'admission aux négociations sur un marché réglementé¹³³. Cependant une société peut offrir des titres au public sans que ces titres soient cotés¹³⁴.

Les relations privées avec les entreprises étrangères peuvent se développer par le biais d'une société anonyme faisant appel public à l'épargne. L'objectif est de répondre aux attentes des acteurs économiques qui se méfiaient du niveau de rentabilité des entreprises, afin de résoudre de nombreuses difficultés, renforçant la confiance des investisseurs. L'appel public à l'épargne par une société comporte l'avantage d'une plus grande transparence financière¹³⁵. La pratique a démontré que l'information financière est plus complète et plus régulière que pour les sociétés sans appel public à l'épargne¹³⁶. Le développement de l'entrepreneuriat africain passe par la sécurisation des investissements en Afrique. Pour faire face au ralentissement les structures doivent être diversifiées, d'où l'admission de plusieurs modèles de société anonyme¹³⁷. C'est donc à juste titre que le législateur OHADA a estimé nécessaire de reconduire cette structure juridique, pour baliser le chemin et construire un avenir meilleur aux entrepreneurs africains.

¹³³ En admettant des titres financiers à la négociation sur un marché, permettant une cotation des titres.

¹³⁴ Marie-Hélène MONSERIE-BON, Laurent GROSCLAUDE, *op.cit.*, p.298.

¹³⁵ Les sociétés ouvertes au sein du marché financier doivent présenter leurs comptes et d'autres documents tels que leurs états financiers de synthèse attestant d'une sincérité, régularité de leurs de compte, ainsi qu'une image fidèle de leurs comptes.

¹³⁶ Marie-Hélène MONSERIE-BON, Laurent GROSCLAUDE, *op. cit.*, p.300.

¹³⁷ Société anonyme faisant appel public à l'épargne, société anonyme non ouverte aux marchés financiers, société anonyme unipersonnelle, société anonyme pluripersonnelle.

L'OHADA présente ainsi l'atout majeur d'être un droit de recherche et d'équilibre en vue de la promotion des investissements ; son objectif est d'attirer au maximum les investisseurs étrangers qui sont des créateurs de richesses à ne pas négliger.

Le capital de la SA ouvert au marché est plus onéreux, mais dans tous les cas la valeur nominale minimale de l'action est fixée à 10 000 FCFA¹³⁸. La libération devra s'effectuer au quart au moins à la constitution, le reste dans un délai de 3 ans alors qu'antérieurement à la réforme ce délai était de 5 ans¹³⁹. Cette nouvelle mesure vise à renforcer la sécurité financière de l'entreprise, le législateur arbitre toujours entre le souci de disposer d'entreprises financièrement viables qui militent pour un capital minimum plus important et la volonté d'encourager la création d'entreprises sous forme de SA.

De plus, le contrôle et la régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA s'est considérablement accru, la notion de régulation est devenue courante dans la plupart des marchés financiers existant dans l'espace OHADA¹⁴⁰. Les activités financières font l'objet d'encadrement rigoureux par les banques, leur objectif est de mieux prendre en charge la politique monétaire commune afin de lutter contre les crises dans ce secteur¹⁴¹. On constate l'existence de plusieurs organisations régionales en Afrique, en raison de leur diversité¹⁴².

Le montant du capital est nettement réduit, contrairement aux sociétés cotées, cette situation est tout à fait normale eu égard aux nombreux enjeux d'une structure soumise à l'épargne publique¹⁴³. Le plus aisé est de monter une société anonyme non ouverte aux marchés financiers, l'appel à l'offre public peut s'effectuer ultérieurement dans une optique d'allègement des frais et formalités de constitution. Le droit OHADA prévoit des catégories structurelles adaptées aux besoins des entrepreneurs.

La société anonyme unipersonnelle, est une modalité sociale très fonctionnelle au même titre que les sociétés pluripersonnelles, elle répond aux attentes des entrepreneurs désireux d'entreprendre de manière unipersonnelle dans le cadre d'une SA. En effet, sauf dans l'hypothèse où la SA ne comprend que deux ou trois actionnaires, il n'y a pas d'option : une SA unipersonnelle sera dans l'impossibilité de constituer un conseil d'administration qui, par

¹³⁸ Michel Filiga SAWADOGO, *op. cit.*, p.31.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Daniel KEUFFI EBENEZER, *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, thèse, université de Strasbourg, 2010, p.32.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Il s'agit entre autre de la bourse régionale des valeurs mobilières dont le siège se trouve en côte d'ivoire.

¹⁴³ *Ibid.*

définition, devra comprendre trois membres au minimum¹⁴⁴ dont deux tiers au moins doivent obligatoirement être des actionnaires de la SA¹⁴⁵. Le conseil d'administration devient alors obligatoire pour les sociétés ayant plus de trois actionnaires¹⁴⁶. Cependant, le droit prévoit des moyens pour avoir un conseil d'administration dans une SA unipersonnelle en la rendant pluripersonnelle¹⁴⁷. L'actionnaire unique aura la possibilité de garder le contrôle de la quasi-totalité du capital, en disposant 99% des actions, l'action restante sera détenue par une filiale de l'actionnaire ou une société sœur si cet actionnaire est une société¹⁴⁸. Si l'actionnaire est une personne physique ou la société qui s'implante n'est pas issue d'un groupe, on pourra procéder à la création d'une autre société détenue à 100% par l'actionnaire unique.

Tout dépend des montages juridiques, des solutions sont envisageables avec les structures disponibles. La SA unipersonnelle a été mise en place pour répondre à de nombreuses difficultés pratiques, son admission au titre de la SA tend à en faire la règle¹⁴⁹. L'objectif du législateur OHADA est de renforcer les possibilités de création de filiales à cent, notamment au profit des groupes de sociétés étrangers¹⁵⁰.

La société anonyme en raison de son caractère contraignant et onéreux est très peu accessible aux petites et moyennes entreprises qui, se tournent le plus souvent vers les SARL¹⁵¹. Mais les avantages de cette structure ont pris le dessus sur les inconvénients. La société anonyme présente des avantages, liés au progrès du droit des sociétés qui vont dans le sens d'une plus grande liberté, d'une plus grande simplicité, d'une plus grande souplesse. L'organisation de la société anonyme s'est considérablement assouplie, notamment à travers la simplification des modalités de constitution et d'augmentation du capital social.

Ces deux modes d'organisations restent pour l'instant, les seules formules d'organisation de la société anonyme. Le législateur OHADA n'a pas souhaité intégrer la société anonyme avec conseil de surveillance et directoire dans son nouvel ordonnancement juridique. Contrairement à la société anonyme française qui reconnaît juridiquement cette formule comme technique d'organisation de la société anonyme.

¹⁴⁴ Art. 416 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

¹⁴⁵ Art. Art. 417 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

¹⁴⁶ Il est impossible de constituer une SA unipersonnelle dans une société unipersonnelle.

¹⁴⁷ Benoit LE BARS, *op.cit.*, p. 161.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Michel Filiga SAWADOGO, *op. cit.*,p31.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Celle-ci a fait l'objet de nombreux aménagements lors de la réforme du 31 janvier 2014, afin de la rendre plus attractive.

La société anonyme avec conseil de surveillance peut paraître inadaptée aux besoins des entrepreneurs. En France ce système a été mis en place avec la loi du 24 juillet 1966, elle concerne aujourd'hui moins de 3% des SA¹⁵². Ce taux est extrêmement faible sans doute une des raisons de sa non reconduction au sein de la législation OHADA.

En dépit de tous les avantages qu'elle comporte, la société anonyme avec directoire et conseil de surveillance ne figure pas parmi les structures organisationnelles autorisées aux entreprises des Etats OHADA. On pourrait apporter quelques éléments de réponse à cette abstraction faites de la société anonyme administrée par un directoire et un conseil de surveillance.

Ce mode organisationnel a tendance à faire diviser la direction et le contrôle¹⁵³, d'où la réticence du droit OHADA par rapport à sa transposition. Cette constatation est cependant à nuancer car en Europe des sociétés composant le CAC 40¹⁵⁴ ont choisi la formule du directoire et du conseil de surveillance¹⁵⁵.

En effet, l'objectif de la réforme du 31 janvier 2014 est animé par un souci de simplification, mais aussi de transparence dans le fonctionnement des sociétés or cette nouvelle technique d'organisation de la SA présente de nombreux inconvénients incompatibles avec cette volonté de renforcer la transparence des sociétés en terme de gestion.

La SA avec conseil d'administration regroupe toutes les possibilités qui peuvent être offertes par la SA avec conseil de surveillance. Pour une législation souple, et moins contraignante il est utile d'offrir aux entrepreneurs des options en matière de technique d'organisation¹⁵⁶. Le législateur OHADA a eu raison de ne pas reconduire la SA avec conseil de surveillance au sein du nouvel ordonnancement juridique. De plus, la responsabilité des membres du conseil de surveillance à tendance à connaître quelques limites. En effet, il s'agit d'une responsabilité très particulière, ces derniers ne sont responsables que des fautes personnelles commises dans

¹⁵² Marie-Hélène MONSERON-BON, Laurent GROSCLAUDE, *op.cit.*, p. 307.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Il permet d'indiquer l'évolution économique des grandes structures françaises. Le CAC signifie cotation assistée en continue, c'est un indice boursier représentant, les 40 plus grandes sociétés de capitalisations boursières françaises cotées à la bourse de Paris.

¹⁵⁵ C'est le cas de VIVENDI MEDIA : Société anonyme à directoire, Président du conseil de surveillance (Yannick BOLLORE), président du directoire (Arnaud DE PUY FONTAINE) et de PEUGEOT AUTOMOBILE, Société anonyme à directoire, Président du directoire (Carlos TAVARES). VIVENDI est une société qui fonctionne depuis plus de 31 ans à Paris, en 2018 son chiffre d'affaire s'élève à 68 300 000 000, son bilan s'est réduit à 4,31% entre 2017 et 2018. PEUGEOT AUTOMOBILE existe depuis 64 ans, en 2018 elle réalise un chiffre d'affaire de 180 700 000, son bilan a augmenté de 1% entre 2017 et 2018. www.société.com

¹⁵⁶ Cette option est plus effective dans le cadre d'une SA avec conseil d'administration.

l'exécution de leur mandat mais n'encourent aucune responsabilité liée aux actes de la gestion et de leur résultat¹⁵⁷.

La société anonyme, c'est donc en ce domaine que l'acte uniforme a innové, plus spécifiquement en autorisant le choix entre l'ancien mode de gestion des sociétés anonymes par un conseil d'administration et un président directeur général, et un nouveau mode de gestion, inspiré du droit français¹⁵⁸. Cette option possible au cours même de la vie de la société a pour objet de favoriser l'unification du droit des sociétés dans un contexte d'intégration régionale¹⁵⁹.

Toutes ces dispositions visent à non seulement à renforcer la protection des droits des associés mais aussi, à répondre aux exigences des pratiques internationales dans le domaine de la gouvernance d'entreprise¹⁶⁰.

La SA est une structure caractérisée par un régime juridique sécurisant, garantissant une gestion claire et, offrant diverses possibilités de financement. Toutefois le choix d'une telle structure devrait être adapté en fonction des objectifs et moyens de financements.

La société anonyme a été introduite au Congo par l'effet du droit OHADA, le droit congolais des sociétés s'est considérablement enrichi, il ne connaissait auparavant que cinq formes de sociétés commerciales¹⁶¹.

Comme on l'a souligné il y a un manque d'engouement pour la formule SA à directoire dans les Etats de l'OHADA¹⁶², les raisons sont nombreuses, le caractère collégial du directoire est difficilement conciliable avec la nécessité d'une unité de commandement en raison du formalisme engendré par la dualité d'organes obligeant à des confections de rapports et de comptes rendus¹⁶³.

L'unique conséquence du choix de la SA faisant appel publique à l'épargne était pour certaines structures maliennes et gabonaises l'obligation de se conformer à ce nouveau mode

¹⁵⁷Marie-Hélène MONSERIE-BON, Laurent GROSCLAUDE, *op. cit.*, p.308.

¹⁵⁸ Hygin Didace AMBOULOU, *op. cit.*, p.95.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ Le législateur OHADA a également introduit de nouvelles dispositions en matière de gouvernance d'entreprise.

¹⁶¹ La société en nom collectif, la société en commandite simple, la société privée à responsabilité limitée, la société par actions à responsabilité limitée et la société coopérative.

¹⁶² Au Sénégal, selon l'Agence de la statistique et de la démographie (ANSD), la société anonyme est placée en dernière position au rang des entreprises créées en février 2019, elles ont atteint 30 contre 10 un mois plus tôt.

¹⁶³ *Ibid.*

de gestion. Cependant, le législateur a su mettre en place un mode de direction de la SA très efficace distinguant les fonctions de directeur général de celles de président.

La société anonyme est une structure très ouverte et flexible¹⁶⁴, le faible nombre de SA en Afrique est une réalité difficile, le recours à ce type de société est souvent peu fréquent. La société anonyme est une société beaucoup plus sollicitée par les « multinationales »¹⁶⁵, d'où l'existence de quelques difficultés d'adaptations.

2. La subsistance des difficultés d'adaptation de la SA dans les pays OHADA

Généralement inadaptée en raison de son statut fiscal lourd à gérer, la principale difficulté se trouve dans le risque d'investissement au sein de la SA. En effet, il se pose généralement le problème de la « confusion entre la propriété de l'affaire et la prise en charge du risque de l'activité qui expliquent que les détenteurs du capital demeurent les véritables détenteurs du pouvoir de l'entreprise »¹⁶⁶. « C'est une technique permettant de drainer l'épargne publique »¹⁶⁷. Cependant, beaucoup d'entrepreneurs hésitent quant au recours à la SA en raison des attraits du statut fiscal et social du président directeur général. En effet, le choix de la SA implique d'assumer les nombreux enjeux du statut personnel de son dirigeant avec, des conséquences au niveau fiscales et sociales. Plusieurs questions se posent notamment, celui de son statut de salarié, de la caisse à laquelle il devra cotiser et de la nature de son imposition fiscale.

Le futur entrepreneur doit connaître les tenants et aboutissants du statut de dirigeant de sa société, son régime social varie selon qu'il est rémunéré ou non et, qu'il cumule son mandat social avec son contrat de travail¹⁶⁸. La SA est généralement soumise à l'impôt sur les sociétés de plein droit. De ce fait, la structure sera imposée par rapport aux bénéfices réalisés et le dirigeant sur la rémunération et les dividendes qu'il reçoit.

Cependant, il est désormais autorisé par le droit OHADA que la société soit exceptionnellement soumise à l'impôt sur le revenu¹⁶⁹. Dans un tel cas, le président directeur

¹⁶⁴ Alioune DIEYE *Régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA*, édition cabinet Aziz Dieye, 2014 p.15.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Alain COURET, *op. cit.*, p.80.

¹⁶⁷ Maurice COZIAN, Alain VANDIER, Philippe DEBOISSY, *droit des sociétés*, lexis nexis, 2017, p.192.

¹⁶⁸ Il existe des dangers pour le dirigeant qui choisit le statut de non-salarié.

¹⁶⁹ En droit français, lorsque l'entreprise à moins de cinq ans. Loi sur la modernisation de l'économie.

général de la SA serait soumis à l'impôt sur le revenu sur la part du bénéfice réalisé en fonction de la part détenue au capital.

En droit français le PDG de la SA ne dispose pas de l'assurance-chômage du pôle emploi, il a la possibilité de souscrire une assurance auprès d'autres organismes. En droit français, les rémunérations sont imposées dans la catégorie des traitements et salaires, les charges sociales sont assimilables à celles d'un salaire, sauf en matière de cotisation au chômage. Les charges sociales varient selon le statut du dirigeant lorsqu'il est non-salarié les coûts sont moindres. Ces différences sont à l'origine des hésitations quant au choix de cette forme juridique, par exemple beaucoup de dirigeants préfèrent le statut personnel de non-salarié. D'une manière générale, on peut dire que la forme juridique a un impact sur le statut juridique du représentant de l'entreprise. Lors de la création de la société, le futur dirigeant de la société a plusieurs options concernant le choix de la structure juridique de son entreprise. Les effets sur la forme juridique influent sur le statut du dirigeant.

Le choix de la structure juridique permet de connaître les limites de la responsabilité du dirigeant par rapports aux dettes de la société. Par exemple la SA limite la responsabilité du dirigeant au seul montant de ses apports. Contrairement, à d'autres structures comme la SNC ou le dirigeant répond indéfiniment et solidairement des dettes sociales. De plus, le choix de la forme juridique influe sur les revenus perçus par le dirigeant. Les bénéficiaires de l'entreprise sont imputés sur les revenus du foyer fiscal du dirigeant. Le choix de la forme juridique permet à l'entreprise d'être imposée à l'IR, afin de diminuer les déficits issus des investissements en début d'activité, et de connaître le régime social auquel est affilié le dirigeant¹⁷⁰.

Le statut personnel du dirigeant de la SA a de nombreuses implications au niveau fiscal et social. Dans certaines situations sa protection sociale peut être abandonnée. On a constaté que lorsque le gérant est soumis au régime non salarié, il bénéficie d'une faible protection sociale en dépit de l'avantage d'être moins coûteux que l'affiliation au régime salarié. Enfin, la forme juridique a également des conséquences en droit du travail, parmi celle-ci la faculté ou non pour le dirigeant de la SA de conclure un contrat de travail avec la société qu'il gère. Le cumul gérant et salarié nécessite de respecter les règles spécifiques et applicables à chaque

¹⁷⁰ En droit français, il s'agit du régime des assimilés salariés ou régime des travailleurs non-salariés. Le régime des salariés est applicable aux dirigeants de la SA, il offre une très grande protection sociale particulièrement en matière de retraite mais les charges sociales sont toujours élevées.

structure juridique. Le président de la SA peut effectivement cumuler le contrat de travail avec son mandat social. La seule restriction posée par le droit OHADA est que pour un administrateur, le nombre de contrat de travail ne peut concerner les tiers administrateurs.

L'avantage de ce cumul est la protection dont bénéficie le dirigeant, tel est le cas pour le versement des indemnités de chômage. En somme, la responsabilité, la fiscalité, le régime social, l'opportunité de conclure un contrat de travail sont des éléments importants pour le dirigeant lors du choix de la forme juridique. Tout dépend de la place que le futur entrepreneur veut donner à son entreprise pour éviter les inconvénients d'une structure juridique inadaptée.

On constate également que dans la SA, les actionnaires ne sont pas toujours égaux, certains sont privilégiés plus que d'autres ce qui n'est pas toujours attrayant pour un tiers qui souhaite faire son entrée dans une SA. La SA en France comme dans les pays OHADA est confrontée aux difficultés des avantages particuliers¹⁷¹.

Trop de faveurs pourraient créer un déséquilibre au sein de cette structure, mais les avantages créés par la loi sont exclus. La notion de gouvernement d'entreprise et d'administration de la SA a également fait l'objet de critiques. Le législateur OHADA comme la France a adopté le modèle de gestion des SA avec administrateur général. On est en droit de se poser la question de savoir si les administrateurs au sein de la SA servent à quelque chose ? Le législateur OHADA a-t-il mesuré l'efficacité de l'action des administrateurs ? La doctrine diverge à ce sujet, certains considèrent qu'ils jouent un rôle très important en matière décisionnelle, mais d'autres considèrent que ce n'est qu'un titre honorifique¹⁷².

Au terme de cette analyse du régime juridique de la société anonyme, il est aisé de reconnaître l'effort de simplification de cette structure très complexe par le législateur OHADA. Les contraintes de la SA subsistent également à travers la rigidité des dispositions statutaires qui s'expriment par l'application des sanctions de leur non-respect. Le législateur OHADA veille à mettre en place des dispositions claires et simples, afin de faciliter le fonctionnement et le développement de cette structure.

¹⁷¹ Il s'agit du droit de préférence sur l'actif social du dividende précipitaire (prélevé en priorité), cumulatif (reportable en cas d'insuffisance de bénéfices distribuables, option

¹⁷² Gérard CHARREAU, Jean Pierre PITOL-BELIN, *le conseil d'administration*, Ed. Vuibert, p.220.

De plus, si la société anonyme est une structure ouverte aux marchés, participant au développement des investissements, on ne devrait pas ignorer les conséquences auxquelles cette ouverture au marché est confrontée.

Il existe des règles propres aux sociétés ouvertes aux marchés, elles se distinguent de la réglementation à laquelle sont soumises les sociétés, lesquelles empruntent encore largement au droit des sociétés ne se finançant pas par le marché¹⁷³.

Les dispositions des actes uniformes et des codes monétaires et financiers ne sont pas toujours très cohérentes car cette réglementation s'appuie parfois sur l'offre au public de titres réalisés par la société, souvent sur la cotation des titres sur un marché réglementé. L'ensemble des opérations relatives au placement de titres est soumis à des normes extérieures au droit OHADA. Cette situation est à l'origine de nombreuses difficultés liées à cette coexistence des normes communautaires et uniformes¹⁷⁴.

Pour faire face à cette difficulté, une uniformisation de l'ensemble des normes en matière d'investissement des Etats d'Afrique subsaharienne serait judicieuse. La disparité des normes est souvent très contraignante en matière de droit applicable. L'OHADA doit disposer d'une réglementation unique en matière d'investissement, afin de renforcer la confiance des investisseurs parfois très soucieux de la sécurité juridique de leurs investissements.

L'adoption de la SA fait souvent l'objet de critiques, surtout dans certains pays car les hommes d'affaires ont du mal à faire la distinction entre leur patrimoine personnel et professionnel¹⁷⁵. Par ailleurs en matière de principes, la société unipersonnelle continue d'être considérée comme une dérogation. Une difficulté se pose également au niveau de cette technique d'organisation, il s'agit de l'option entre le conseil d'administration et l'administrateur général qui n'est pas toujours évidente. La rédaction de l'article 494 de l'acte uniforme pose un certain nombre de difficultés ne facilitant pas sa compréhension¹⁷⁶.

En dépit de toutes ses lourdeurs en matière de gestion, son admission au sein de l'OHADA trouve sa pleine effectivité, elle assure un incroyable attrait aux créanciers. Les tiers qui

¹⁷³Marie-Hélène MONSERIE-BON, LAURENT GROSCLAUDE, *op. cit.*, p. 298.

¹⁷⁴Les entreprises OHADA sont soumises en matière de réglementation des marchés aux dispositions de l'UEMOA, la CEDEAO et l'union africaine.

¹⁷⁵Pour certains spécialistes du droit des sociétés, la constitution d'entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée semble attractive puisqu'elles limitent le risque encouru par l'entrepreneur, sans l'obliger à s'entourer d'associés.

¹⁷⁶Hygin Didace AMBOULOU, *op.cit.*, p.160.

contractent avec une SA « n'ont pas de précaution à prendre, ils n'ont pas à s'inquiéter de l'objet social, ni de l'étendue des pouvoirs du président qui signe l'acte ; le système du pouvoir assure pleine sécurité, sauf dans un domaine, celui des cautions, avals et garanties, lesquels impliquent une autorisation préalable du conseil d'administration. Les créanciers doivent alors se livrer à de minutieuses vérifications, à peine d'amères déconvenues »¹⁷⁷.

La solution adoptée par le législateur consiste à permettre à chaque entrepreneur de choisir la structure qui lui convient le mieux en fonction de ses moyens financiers. Cette structure est une technique d'organisation démocratique du pouvoir et de l'entreprise¹⁷⁸, elle accorde une place importante aux salariés, à travers le développement de l'actionnariat des salariés au sein de la société¹⁷⁹. Le législateur OHADA a fait le choix de structures juridiques pragmatiques organisées autour de quelques formes de structures que l'on retrouve pratiquement dans le système français. La société anonyme reste une structure de grande envergure réservée aux activités de taille moyenne ou importante, avec une ouverture aux marchés boursiers.

Cependant, elle ne constitue pas l'unique modèle sociétaire favorisant le développement économique des entreprises de la zone OHADA. Le législateur OHADA offre d'autres modèles attractifs notamment pour les petites et moyennes entreprises.

B. La société à responsabilité limitée, la structure par excellence des petites et moyennes entreprises

Certaines structures souhaitent se développer mais ne disposent pas de capital important pour prétendre à la constitution de société anonyme. Les entrepreneurs vont très souvent recourir à une forme hybride de société : la SARL est proche des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux, en raison des critères qui la composent.

L'objectif du droit OHADA n'est pas de multiplier les formes de sociétés, afin de proposer aux entrepreneurs une panoplie plus large de formes sociales. Au contraire, le choix a été de se concentrer sur des structures connues, la SA et la SARL, en y apportant des innovations et modernisations jugées utiles au regard des besoins économiques et sociaux. Ces choix

¹⁷⁷ J.-J. BARBIERI « Cautionnement et sociétés : dix ans de jurisprudence : cahiers de droit de l'entreprise, 2/1992, p.16.

¹⁷⁸ Alain COURET, Jean-Pierre CASIMIR, *op.cit.*, p.147.

¹⁷⁹ *Ibid.*

reflètent une image simplifiée de la structure à risque limité facilitant la compréhension des dispositions essentielles au fonctionnement de la société¹⁸⁰.

Le législateur communautaire a souhaité faciliter la création des très petites entreprises et PME en laissant aux Etats membres la faculté de légiférer en la matière¹⁸¹. Il revient aux législateurs nationaux, à l'instar du Bénin, de la côte d'Ivoire, de la Guinée, du Togo, et du Sénégal de mettre en place les modifications nécessaires tout en maintenant leur sécurité juridique¹⁸². Les SARL sont réservées aux activités de petite taille particulièrement pour les petites et moyennes entreprises. L'objectif du législateur est de faciliter aux PME de la zone OHADA, un accès plus facile au financement, notamment à travers le capital investissement, et par cette occasion contribuer à rendre le droit OHADA plus attractif. Cette facilité de financement fait d'elle, la structure par excellence des PME.

La société à responsabilité limitée est une structure à caractère commercial¹⁸³, comme la société anonyme, c'est une structure où les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports. Les dispositions spécifiques régissant la SARL sont contenues aux articles 309 à 384 de l'acte uniforme. La faculté de créer une société à responsabilité limitée a été prévue par le législateur OHADA pour diverses raisons. En effet, malgré qu'elle soit une structure commerciale, les associés ne sont pas commerçants, et leur responsabilité est limitée au montant de leurs apports.

Contrairement aux sociétés de personnes, le décès, la faillite, l'incapacité ne sont pas des circonstances de nature à entraver la suite de son fonctionnement. L'un des grands avantages de la SARL est que les causes de sa dissolution sont moindres, elles sont restreintes comparées à celles des sociétés à risque limité.

La SARL est une structure réglementée en matière d'entrée et de sortie au sein de la société¹⁸⁴. Le législateur OHADA veille à faire respecter les règles d'ordre public dans le

¹⁸⁰ LE BARS Bruno, *op. cit.*, p. 155.

¹⁸¹ Claver DJEDJE, Lionel BLACK YONDO, Abdoullah CISSE, Boubacar DIALLO, *op.cit.*, p.10.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Pour d'autres présentations du régime de la SARL, voir F. ANOUKAHA et a., *Ohadata ; sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, p. 367 s. ; Boris MARTOR et a., *Le droit uniforme africain des affaires issues de l'OHADA, Le droit uniforme africain des affaires issues de l'OHADA*, Litec, 2 éd., p.142 s. ; O. SAMBE et M. Diallo, *Guide pratique des sociétés commerciales*, ECJ éd., p. 61 s.

¹⁸⁴ Lorsque l'autorisation des trois quarts du capital social n'est pas obtenue, l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique prévoit de la cession des parts se fera à un prix fixé par un expert. Cette vente se fera par les soins de la société ou leur rachat par cette dernière avec une diminution de leur capital.

cadre du fonctionnement de cette société¹⁸⁵. La SARL offre de nombreux avantages à ceux qui la choisissent (1), mais présente aussi des inconvénients (2).

1. Les avantages de la société à responsabilité limitée

La SARL est considérée comme l'une des sociétés les plus répandues en Afrique, en raison de nombreux avantages qu'elle offre. C'est la société préférée des petites et moyennes entreprises, l'admission des apports en industrie, l'absence de capital minimum constituent l'une des raisons principales de sa forte attractivité. Les entrepreneurs en début d'activité sont à la recherche d'un modèle de gestion peu contraignant, et mieux adapté à leurs besoins. Les parts des associés de SARL peuvent être considérées comme une garantie suffisante pour les banquiers¹⁸⁶.

Cette situation permet de renforcer la crédibilité des PME dans leur relation avec les investisseurs locaux et étrangers. L'intérêt que présente la SARL a justifié sa prolifération au Congo¹⁸⁷. Cette structure connaît un développement considérable, elle est adaptée aux réalités africaines, elle permet la création d'entreprises à un petit nombre de personnes liées par la parenté ou l'amitié de leur fortune¹⁸⁸. C'est la structure par excellence familiale même si, le législateur tend à réserver cette forme juridique aux petites et moyennes entreprises¹⁸⁹.

La plupart des PME sont familiales, mais elles doivent respecter un seuil au risque de perdre ce statut juridique. En outre, un vote obtenu à la majorité simple du capital social pourrait entraîner la transformation en société anonyme si l'actif net du dernier bilan est supérieur à 100 millions de FCFA.

La SARL peut être unipersonnelle¹⁹⁰, elle est caractérisée par un *intuitu personae*, permettant d'assurer une bonne protection des intérêts familiaux, par la soumission à une procédure d'agrément en cas de cession des titres sociaux à un tiers étranger. La SARL autorise la

¹⁸⁵ Ce sont des dispositions auxquelles, les statuts ne peuvent déroger, ceci est une très grande avancé permettant le renforcement de la protection des associés minoritaires. En effet ils rencontrent souvent des difficultés lorsqu'ils veulent sortir de la société.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ Monique NDAYA MUTOMBO, Fabrice NSHINGU KAZADI, Junior BANZA KASEYA, Justin MWAKWAYE MONSENEPWO, *L'impact de l'OHADA sur le droit des sociétés commerciales république démocratique du Congo*, l'Harmattan, 2015, p.60.

¹⁸⁸ Hygin Didace AMBOULOU, *op.cit.*, 101.

¹⁸⁹ Le nombre d'associé est limité à cinquante, en cas de dépassement de ce seuil la société devient une SA ou est dissoute.

¹⁹⁰ IL s'agit de la SARLU, la société à responsabilité limitée unipersonnelle.

cession des titres suite à une succession ou à la liquidation d'une communauté légale entre époux.

Le régime juridique de la SARL est plus avantageux que celui de la SA en matière de décisions collectives. En matière fiscale, la SARL est soumise à l'impôt sur les sociétés, avec la possibilité pour les SARL familiales de choisir sous certaines conditions le régime fiscal des sociétés de personnes.

La responsabilité des associés limitée aux apports empêche les créanciers de la société de ne pas poursuivre les associés sur leur patrimoine, elle garantit la protection du patrimoine de l'associé. La SARL de par sa souplesse autorise une libération progressive des parts souscrites en numéraire.

Cette structure ne trouve pas ses origines en France, c'est une importation du droit allemand. En raison d'un grand succès qu'elle a connu à cette époque, elle a par la suite été importée en droit français¹⁹¹. Comme on l'a souligné, il s'agit d'une structure dans laquelle les associés ne sont responsables des dettes sociales que dans la limite de leurs apports et dont les droits sont représentés par des parts sociales¹⁹². La SARL est « incontestablement » la structure juridique la plus utilisée dans les pays de la zone OHADA¹⁹³. Ce succès tient à sa nature hybride, « se situant à mi-chemin entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux avec une tendance à se rapprocher de ces dernières »¹⁹⁴.

La nouvelle réforme n'apporte pas beaucoup d'innovations, le législateur OHADA a repris la définition classique de la SARL française¹⁹⁵. La SARL unipersonnelle¹⁹⁶ est admise en

¹⁹¹ La *gesellschaft mit beschränkung* ou GMBH est introduite en France par la loi du 07 mars 1925 instituant la société à responsabilité limitée. Cette loi fut par la suite étendue aux colonies. Genisserlis Jean, *La loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée et ses récents projets de réforme*, thèse, université de paris, p.105-110. Selon RENARD Florence : le 7 mars 1925 les députés français ont voté une loi modifiant la réglementation sur les sociétés anonymes plus adapté aux PME et instituant en France la SARL. En effet, depuis 1867, les SA n'étaient à aucune obligation de l'Etat pour être créés, la seule obligation était d'assurer le respect des règles juridiques, telles que l'organisation d'un conseil d'administration et d'assemblée périodiques des actionnaires, ou la vérification des comptes. Cependant, ces obligations sont difficilement supportables par les petites entreprises. C'est la raison pour laquelle, la nouvelle loi autorise les associés d'une SARL à être moins de sept, en bénéficiant d'une responsabilité limitée et de parts sociales qui ne seront pas librement cessibles comme dans les SA.

¹⁹²*Ibid.*

¹⁹³*Id Ibid.*

¹⁹⁴ Kouassi KOUADIO, « La société à responsabilité limitée (SARL) », *communication au séminaire de formation à l'ERSUMA*, mai 1999, dactylographiée, 30p.

¹⁹⁵ Art. 309 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

¹⁹⁶ Constatant la volonté de créer un instrument juridique permettant la limitation de la responsabilité de l'entrepreneur individuel à travers la communauté, une directive européenne du 21 décembre 1989, la douzième sur les sociétés, pose le principe que les SARL, des états membres peuvent avoir un seul associé.

Allemagne, en France¹⁹⁷ et dans d'autres Etats, comme les Pays Bas¹⁹⁸ et la Belgique¹⁹⁹. Le législateur, afin de la rendre attractive a fixé à un million de FCFA le montant minimum du capital social de la SARL fractionné en parts sociales d'une valeur minimale de 5000 FCFA, en vertu de l'article 311 de l'acte uniforme sur le droit commercial et le groupement d'intérêt économique²⁰⁰.

En matière de réglementation des parts sociales, il n'y a pas de grandes modifications, les dispositions restent communes à celles de la loi française 24 juillet 1966 : le législateur maintient le principe de la transmission des parts sociales, mais une distinction s'impose²⁰¹ en droit OHADA entre les parts sociales et les droits sociaux. Il est intéressant de connaître les obligations du cédant lors d'une opération de cession des parts sociales, les dispositions afférentes à la transmission des parts sociales, les responsabilités du gérant de la SARL dans une opération de cession des parts sociales et les mesures légales et fiscales relatives à une opération de cession²⁰².

L'analyse de l'ensemble des dispositions révèle que l'accès à la SARL est réglementé malgré qu'elle soit une société ouverte²⁰³. Dans une SARL, l'associé ne doit pas être prisonnier de son titre²⁰⁴, en effet on ne peut pas contraindre un associé à rester dans une société contre son gré. Le droit OHADA a prévu des mesures pour ne pas obliger l'associé à être prisonnier de ses titres sans déroger au principe posé par l'article 319 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

La solution est posée à l'article 322 de cet acte uniforme qui autorise un nantissement des parts sociales. Cet article prévoit que la société doit préalablement « donner son consentement qui emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation des parts sociales régulièrement

¹⁹⁷ A travers la loi du 11 juillet 1985.

¹⁹⁸ En 1986.

¹⁹⁹ En 1987.

²⁰⁰ Le FCFA est la monnaie retenue par l'acte uniforme. Les Etats membre ne disposant pas du FCFA comme monnaie, doivent procéder à des conversions en leur monnaie locale.

²⁰¹ Michel Filiga SAWADOGO, *op. cit*, p.27.

²⁰² Session de formation sur les parts sociales dans les SARL en droit OHADA le 25 janvier 2018 à Conakry. www.ohada.com.

²⁰³ La cession des parts à un tiers exige le consentement de la majorité des trois quarts des parts sociales déduction faite des parts de l'associé cédant, sauf si les statuts organisent des modalités différentes. Art.319 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

²⁰⁴ Art. 320 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique du 31 janvier 2014.

nanties, à moins que la société ne préfère, après la cession, racheter sans délai lesdites parts en vue de réduire son capital »²⁰⁵.

La SARL est une structure qui facilite l'entrée et la sortie des associés sans se soumettre à de lourdes procédures telles que la dissolution dans les sociétés de personnes. C'est une structure ouverte favorisant l'entrée de nouveaux investisseurs dans le but de redynamiser le développement des activités économiques. Le législateur OHADA a su mettre en œuvre un régime juridique effectif. Cette effectivité est marquée par la pertinence du modèle de gestion mis en place par les rédacteurs de l'AUSGIE.

De même, le régime juridique des décisions collectives est avantageux, il est moins lourd et contraignant que celui de la société anonyme. Le droit OHADA permet de prévoir dans les statuts, comme en droit français²⁰⁶, que toutes les décisions ou la plupart d'entre elles soient prises par consultation écrite des associés, excepté le cas d'une assemblée générale annuelle²⁰⁷.

Comme dans la société anonyme, les droits des associés sont renforcés. Cette protection s'effectue à travers des conventions²⁰⁸ désormais admises en droit OHADA. Ces conventions peuvent être libres, réglementées ou interdites²⁰⁹. Les conventions interdites sont lourdes de conséquence juridique, elles présentent une certaine gravité pour les intérêts sociaux²¹⁰. C'est le cas lorsqu'un dirigeant de la société veut contracter des crédits pour ses propres intérêts et se faire consentir par elle un découvert en compte courant, se faire cautionner, avaliser, par leurs engagements envers les tiers²¹¹. Cette interdiction s'étend également aux conjoints, ascendants et descendants des gérants et des associés²¹².

Les associés sont protégés par le biais de ces conventions, la SARL offre une grande sécurité à ses associés, elle renforce l'attractivité des investisseurs à la recherche de sécurité juridique et financière de l'ensemble de leurs opérations.

Cette sécurité juridique s'est accrue avec la mise en place de nouvelles techniques de contrôle, l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique innove en

²⁰⁵ Michel Filiga SAWADOGO, *op. cit.*, p.27.

²⁰⁶ Art. L.57 du code de commerce.

²⁰⁷ Art. 333 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

²⁰⁸ Ce sont des conventions entre la société et l'un de ses dirigeants ou associés.

²⁰⁹ Art. 350 à 356 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

²¹⁰ Art. 356 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêts économique.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Id Ibid.*

prévoyant trois cas dans lesquels la désignation d'un commissaire aux comptes²¹³ est obligatoire²¹⁴. Cependant, en l'absence de l'une de ces conditions, elle devient facultative²¹⁵.

La SARL est une structure très adaptée aux PME, en raison de toutes ces règles qui permettent la prise en compte des intérêts patrimoniaux ou familiaux de ses associés dirigeants. Généralement on assiste à la création de PME sous la forme juridique d'une SARL familiale pour les associés souhaitant évoluer dans le cadre d'une SARL sans pour autant être commerçant. Le choix de la SARL est généralement motivé par la volonté pour l'entrepreneur individuel de préparer et faciliter les opérations de transmission d'entreprise, en gardant le caractère familial.

La SARL est la structure par excellence des petites et moyennes entreprises car elle permet le démarrage d'une activité sociale avec un capital social peu élevé. L'objectif du législateur OHADA est de permettre à tout entrepreneur souhaitant entreprendre de démarrer son activité avec les moyens dont il dispose même s'ils sont minimes. La SARL est une structure qui ne nécessite pas obligatoirement un financement par des apports de capitaux extérieurs à court terme ou moyen terme. Contrairement à la SA qui dans certaines situations nécessite l'entrée de nouveaux capitaux à travers l'appel public à l'épargne.

La création de la SARL répond aux besoins des entreprises en marche vers la croissance, avec une importante politique d'autofinancement. Les avantages de la SARL sont nombreux ce qui explique son succès dans plusieurs Etats.

Cette nouvelle flexibilité accordée au capital social de la SARL et à l'intervention du notaire, et au possible levée de la suprématie notariale en matière de constitution de la société est le

²¹³ Article 376 de l'AUSGIE, « Les sociétés à responsabilité limitée qui remplissent, à la clôture de l'exercice social, deux des conditions suivantes :

- 1- Total du bilan supérieur à cent vingt-cinq millions de francs FCFA ;
- 2- Chiffres d'affaire annuelle supérieure à 250.000.000 FCFA ;
- 3- Effectif permanent supérieur à 50 personnes ;

Sont tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes.

La société n'est plus tenue de désigner un commissaire aux comptes dès lors qu'elle n'a pas rempli deux des conditions fixées ci-dessus pendant les exercices précédant l'expiration du mandat du commissaire aux comptes.

Pour les autres sociétés à responsabilité limitée ne remplissant pas ces critères, la nomination d'un commissaire aux comptes est facultative. Elle peut toutefois être demandée en justice par un ou plusieurs associés détenant, au moins le dixième du capital social ».

²¹⁴ Art. 702 de l'AUSGIE pour les SA et 853-13 pour les SAS.

²¹⁵ Art. 376 de l'AUSGIE.

fruit des résultats positifs atteints dans ces Etats²¹⁶. La SARL s'y développe sans difficulté, grâce à une marge de manœuvre accordée aux Etats. Toutefois, les Etats parties peuvent déroger à certaines dispositions, et en prévoir de nouvelles, selon leur environnement économique, juridique et social²¹⁷.

L'environnement des affaires s'est beaucoup amélioré au Cameroun par exemple, le gouvernement a introduit de nouvelles dispositions réduisant la baisse du capital exigé pour créer une société à responsabilité limitée. Ce montant s'élevant à un million de FCFA avant la signature du décret est passé à 100 mille francs CFA. De plus, Le recours à l'acte notarié fixé à 300 mille francs CFA avant la réforme est devenu facultatif. C'est une résolution qui résulte de la volonté du secteur privé de voir tous les entrepreneurs réussir à créer leurs entreprises avec les moyens à leur disposition par la réduction des coûts de constitution. Les réformes effectuées à l'endroit de cette structure constituent une énorme avancée vers la promotion de l'entrepreneuriat. Le développement du secteur privé ne peut se faire sans la création d'une entreprise. On assiste à la création du centre de formalités des entreprises comportant 712 PME en 2015. Ces structures ont une bonne lecture des avantages de leur régime juridique, soumis à un certain nombre d'exigences environnementales, sociétales, juridiques.

La création de la SARL a également été simplifiée au Congo, le décret n°2017-41 du 28 mars 2017 portant forme des statuts et constitution du capital social de la société à responsabilité limitée en République Congolaise est un texte novateur. Ce dernier fixe le contenu obligatoire des statuts de la SARL et vient enrichir la liste des textes internes pris en application de l'Acte uniforme du 30 janvier 2014 relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique. En effet, depuis la mise en vigueur de ce texte, 13 des 17 Etats membres de l'OHADA ont légiféré dans l'objectif de faciliter la création des SARL, il s'agit du Bénin, du Burkina Faso, du Cameroun, du Congo, de la Côte d'Ivoire, du Gabon, de la Guinée, du Mali, du Niger, de la République Démocratique du Congo, du Sénégal, du Tchad et du Togo.

Ainsi, il résulte d'un communiqué du Secrétariat Permanent de l'OHADA²¹⁸ que les modalités de constitution de la SARL, en vertu des renvois législatifs autorisés sont :

²¹⁶Thérèse BETHIKA, « OHADA : SARL Disparate ? 8 », Bulletin publié dans Droit des affaires Entreprendre en Afrique OHADA, www.business-en-afrique.net

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ www.ohada.com

Bénin (Décret N° 2014-220 du 26 mars 2014 portant modalités de création de la SARL) : Le législateur béninois autorise que les statuts béninois de la forme pluripersonnelle ou unipersonnelle de la SARL soit constitué par acte sous seing privé²¹⁹ et que les associés peuvent en toute liberté choisir le montant du capital social en vertu de l'article 6²²⁰.

Sénégal (Loi n°17/2014 du 15 avril 2014 portant fixation du capital social minimum de la société à responsabilité limitée) : La loi Sénégalaise déroge à l'acte uniforme sur le capital social minimal de la SARL, dont le plafond est fixé à cent mille FCFA²²¹.

Côte d'Ivoire, (Ordonnance n°2014-161 du 02 avril 2014 relative à la forme des statuts et au capital social de la société à responsabilité limitée) : Le législateur ivoirien indique que les statuts de la SARL « établis par acte notarié, par tout acte offrant des garanties d'authenticité ou par acte sous seing privé », et laisse aux associés la liberté de fixer le montant du capital du capital social²²². L'intervention du notaire pour la mise en œuvre de la déclaration de souscription et de versement est également devenue facultative.

Togo (Décret n°2014-119/PR du 19 mai 2014 déterminant la forme des statuts et le capital social pour les sociétés à responsabilité limitée) : le législateur togolais, permet aux opérateurs économiques d'avoir l'option entre la formule notarié et l'acte sous seing privé pour la constitution des SARL²²³, et fait également de l'intervention du notaire une option facultative pour la déclaration notariée de souscription et de versement²²⁴. Le capital social minimum est fixé à cent mille FCFA²²⁵.

²¹⁹ Article 2 du décret.

²²⁰ Il est aussi autorisé que les sommes issues de la libération des parts sociales soient déposées en banque ou dans tout autre établissement de crédit ou de micro-finance dûment agréé. Le récépissé du versement suffit à constater la libération des dépôts de fonds (article 7 et 8). Ce décret est entré en vigueur le 05 mai 2014.

²²¹ Article 1.

²²² Article 5.

²²³ Article 2.

²²⁴ Article 6.

²²⁵ Article 3.

Burkina Faso (Décret n°2014-462/PRES/PM/MJ/MEF/MICA du 26 mai 2014 portant fixation des dispositions nationales applicables à la forme des statuts et au capital social pour les sociétés à responsabilité limitée) : Le législateur burkinabé donne le choix entre l'acte notarié et l'acte sous seing privé pour la mise en œuvre ou la réalisation des statuts des SARL, l'article 2 de ce décret fixe à cent mille FCFA le capital minimum²²⁶. L'intervention du notaire afin d'établir la déclaration de souscription et de versement est également facultatif pour les SARL de ce pays²²⁷.

Guinée (Décret D/2014/124/PRG/SGG du 30 mai 2014 portant dispositions applicables à la forme et à l'établissement des statuts et la fixation du capital social d'une société à responsabilité limitée) : Le législateur guinéen pour la mise en œuvre des statuts, offre le choix entre l'acte notarié et l'acte sous seing privé établi par un avocat ou un conseil juridique agréé, et rend non obligatoire le dépôt au rang des minutes du notaire²²⁸. Le montant du capital social est librement déterminé par les associés²²⁹ et la valeur nominale des parts sociales est de cent mille GNF²³⁰.

Les dispositions relatives à la création de la SARL sont simples, elles obéissent pour l'essentiel à des règles ordinaires²³¹.

Le législateur OHADA a prévu des mesures spécifiques, elles ont pour objectif d'assurer l'impératif de sécurité juridique nécessaire au développement des investissements tant locaux qu'étrangers. Avec l'ère de la mondialisation et le développement accru des échanges à l'échelle internationale, les opérateurs économiques exigent de plus en plus une sécurité juridique et financière de leurs investissements.

La SARL peut devenir unipersonnelle, elle prend alors le nom de SARLU²³². Les règles appliquées sont les mêmes, exceptées celles qui s'imposent à l'associé unique. La SARLU est un modèle importé de la loi française. L'objectif du législateur OHADA est de limiter la

²²⁶ Article 3 du décret.

²²⁷ Article 5 et 6.

²²⁸ Article 2.

²²⁹ Article 3.

²³⁰ Article 4.

²³¹ La fusion et la scission obéissent pour l'essentiel à des règles ordinaires.

²³² Société à responsabilité limitée unipersonnelle.

responsabilité de l'entrepreneur, permettre une meilleure gestion des entreprises artisanales et commerciales, faciliter les cessions et transmissions d'entreprises, et diminuer l'existence de sociétés fictives.

La SARLU permet en cas de décès de l'entrepreneur de répartir librement les parts sociales entre les héritiers de l'associé unique et éviter l'indivision de la succession, en permettant la continuité de l'exploitation, elle permet de procéder à une augmentation des fonds propres par l'augmentation du capital social facilitant la transition vers des structures pluripersonnelles.

Le choix de la SARL s'est fait à sa juste valeur par les rédacteurs de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales. La SARL permet d'organiser efficacement une entreprise familiale sans mettre en danger le patrimoine des associés²³³. L'attractivité de la SARL est plus forte que la SNC, car « contrairement à la règle adoptée en matière de société en nom collectif rien ne fait obstacle à la constitution de ce type social entre deux époux »²³⁴. En effet, dans la plupart des SARL, les associés sont des conjoints, permettant la création de la société avec des biens communs et des apports en industrie. L'intuitu personae comme dans la SNC existe dans la SARL, les clauses d'agrément sont admises dans la SARL, alors que de telles clauses sont interdites dans la SA.

La SARL est une bonne technique facilitant la succession²³⁵ et limitant les incidences liées à la transmission d'entreprise²³⁶. Le gérant de la SARL a la possibilité de cumuler ses fonctions avec un contrat de travail. Un entrepreneur peut gérer plusieurs SARL en même temps contrairement aux règles de cumul dans une société anonyme qui sont « drastiques »²³⁷. La SARL en droit OHADA est un mode d'organisation souple, son capital minimum modeste, et ses coûts de fonctionnement sont raisonnables. Cependant, en dépit de l'ensemble des avantages précités, elle connaît quelques inconvénients auxquels il faudrait apporter des solutions.

²³³ Alain COURET, Jean-Pierre CASIMIR, Jean-Jacques BARBIERI, *Droit des affaires gestion juridique de l'entreprise*, Sirey, 1996 p.161.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ Elle permet la succession sans difficulté à travers des clauses la cession de parts à des membres d'une famille.

²³⁶ Alain COURET, Jean-Pierre CASIMIR, *op.cit.*, 162.

²³⁷ *Ibid.*

2. Les inconvénients de la société à responsabilité limitée

Parmi ces inconvénients, on peut souligner le régime des parts sociales qui est plus rigoureux que celui de la SA. La cession des parts sociales entre associés est libre, mais la cession des parts à des tiers n'est possible qu'avec le consentement de la majorité des associés restant dans la société représentant les trois quarts des parts sociales. La cession des parts sociales fait l'objet d'un formalisme très rigoureux par :

« La signification de la cession à la société par exploit d'huissier ou notification par tout moyen permettant d'établir sa réception effective par le destinataire

L'acceptation de la cession par la société dans un acte authentique

Le dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de ce dépôt »²³⁸.

Les conditions d'adhésion sont parfois contraignantes, en raison de la lourdeur des formalités de constitution²³⁹. De plus, les associés d'une SARL ne peuvent céder librement les parts sociales et l'émission des valeurs mobilières est interdite.

L'objectif de l'OHADA, est de renforcer l'attractivité des investisseurs, mais ce n'est pas avec la prééminence d'une telle structure que l'on renforcera son attractivité vers les investisseurs. Les garanties offertes aux créanciers dans une SARL sont faibles, elles n'encouragent pas les prêteurs. L'OHADA attribue au dirigeant la qualité de caution au nom et pour le compte de la société²⁴⁰, mais cette situation ne lui est pas toujours favorable, car il supporte une grande partie du risque d'investissement.

²³⁸ Article 317 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

²³⁹ Obligation de passer par le notaire pour les actes constitutifs, statuts, déclaration de conformité. La nouvelle réforme a cependant réduit cette pratique du recours au notaire en la rendant facultative.

²⁴⁰ La qualité de caution au dirigeant de la SARL n'est pas automatique, le recours au cautionnement donné par un dirigeant en garantie des dettes n'est pas automatique lorsque celui-ci est une caution non avertie. En effet, la caution est avertie lorsqu'il s'agit d'un dirigeant qui possède depuis plusieurs années une bonne maîtrise du marché. En revanche, un dirigeant est considéré comme une caution non avertie, un profane lorsqu'il n'est pas capable de mesurer le risque de son engagement. C'est la raison pour laquelle le prêteur est tenu d'informer et de mettre en garde le dirigeant caution non avertie des risques de son engagement lors de la signature du contrat de prêt. De plus, la cessation de fonction du dirigeant ne met pas fin de manière automatique au cautionnement lorsque aucune durée n'a été indiquée dans le contrat de cautionnement. En cas de cessation de fonction, le dirigeant doit de manière expresse faire connaître sa décision au créancier, sinon il reste tenu des dettes de l'entreprise, sauf s'il a pris le soin de mentionner dans l'acte que le cautionnement prendra fin au terme de son mandat. Le statut de dirigeant caution n'est pas automatique, il requiert de vérifier l'aptitude à rembourser le prêt contracté au regard des capacités financières et des risques de l'endettement provenant du cautionnement. La jurisprudence a rappelé que la caution avertie ne peut résulter de la seule qualité de dirigeant et d'associé de la

De plus, il est impossible d'émettre des obligations au sein d'une SARL, ni prétendre accéder à un marché boursier²⁴¹. La SARL ne peut pas émettre des valeurs mobilières²⁴², d'où l'impossibilité de faire appel à des marchés financiers, à l'image de la SA. Le professeur Alain COURET dans ses écrits avait souligné que « lorsque la SARL est insérée dans un groupe, fut-il un groupe de taille restreinte, une règle paralyse en partie la circulation des fonds : un associé même personne morale ne peut emprunter auprès de la société ».

Les risques de mésentente sont fréquents dans une SARL, ce qui n'est pas sans conséquences pour le destin de la société et les associés minoritaires²⁴³. Le législateur OHADA doit veiller à limiter l'utilisation abusive de la SARL, dans le cas contraire on ne pourrait éviter l'abondance des structures fictives en contradiction avec l'objectif de formalisation recherché. La SARL est souvent utilisée pour dissimuler une activité à travers la cession des parts en blanc. En effet, en droit « qui dit blanc dit fraude »²⁴⁴, cette technique consiste à faire régulièrement parapher le document de cession à l'avance, puis de laisser en blanc la date, le nom du cessionnaire et le prix, il vient dans ce cas de donner effet à l'avance l'acte signé²⁴⁵.

Les contentieux relatifs aux cessions de parts en blancs sont rares, mais il est plus prudent pour le législateur de prévoir des mesures, afin de l'éviter. Cette technique est dangereuse car lorsque la fraude est découverte, la SARL devient une société fictive. « Les prêtes noms n'étaient nullement habités par l'affectio societatis »²⁴⁶. Les entreprises doivent faire attention aux fraudes, et par contrecoups à de fréquentes procédures collectives, inadaptées au contexte de développement économique africain. Cependant, l'admission des SARL unipersonnelles devrait limiter ces pratiques. Le législateur OHADA pourrait par exemple créer des mesures visant à éviter l'abondance de la procédure de redressement et de liquidation judiciaire en procédant régulièrement à un contrôle des structures qui peuvent sembler fictives.

La SARLU peut dans certaines circonstances poser certaines difficultés, les règles relatives à la limitation de la responsabilité sont dans la pratique inefficaces pour les créanciers

société débitrice, l'exercice de fonction de plusieurs années ne suffit pas à caractériser une caution avertie. « La caution avertie n'est pas en droit d'engager la responsabilité de la banque pour non-respect de son devoir de mise en garde » Cass.com., 8 oct.2002 : JCP E 2002, 1730-Cass.ch.

²⁴¹ Alain COURET, Jean -Pierre CASIMIR, Jean-Jacques BARBIERI, *op. cit.*, p.163.

²⁴² Ce sont des titres émis par des personnes morales publiques ou privées, dont la transmission est possible par une inscription en compte ou tradition, qui octroie des droits similaires par catégories et offrent un accès direct ou indirect à une part du capital de la société émettrice, ou à un droit de créance général sur le patrimoine.

²⁴³ Alain COURET, Jean-Pierre CASIMIR, Jean-Jacques BARBIERI, *op. cit.*, p.163.

²⁴⁴ Maurice COZIAN, *op. cit.*, p.419.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Cass.com, RTD com., 2 janvier 1967, p.862.

sollicitant la garantie personnelle de l'entrepreneur unique associé. Les dispositions relatives au fonctionnement de la société à responsabilité limitée unipersonnelle sont plus contraignantes que celles de l'entreprise individuelle, il en est de même pour le régime fiscal, contraignant, lorsque l'associé unique a choisi l'impôt sur les sociétés. La doctrine a également souligné le problème relatif à la dissolution de la SARL, car l'associé unique personne morale reçoit le patrimoine de la société, mais se trouve dans l'incapacité d'effectuer une liquidation, d'où le risque de prendre en charge l'excédent de passif.

Certaines disparités observées au sein de la SARL influent négativement sur le progrès de l'unification des dispositions OHADA.

Le nouveau droit des sociétés OHADA, en matière de création de SARL sans aucun doute a beaucoup contribué à développer la liberté d'entreprendre, en permettant d'avoir plus rapidement une entreprise crédible au regard des objectifs fixés et moyens mis en œuvre.

Cependant, des risques « d'amateurisme »²⁴⁷ ont été constatés dans la préparation des actes juridiques²⁴⁸. Par exemple, la constitution de la SARL implique la tenue obligatoire d'assemblée générale dont sont dispensées les entreprises individuelles, mais il est peu probable que ces nombreuses SARL accomplissent ces formalités.

De plus, dans la SARL, la cession des parts est toujours conditionnée par l'agrément des associés²⁴⁹. La transposition de cette procédure d'agrément à la réalité africaine n'est pas toujours positive en raison de leur appartenance à la communauté familiale, titulaire de la totalité du capital de la société que les tiers veulent intégrer. Certaines PME optent pour le principe de fonctionnement en circuit fermé lorsqu'elles choisissent la SARL.

La majeure partie des SARL sont de type familial, la limitation de l'entrée des tiers au capital est compréhensible. Cependant, le fonctionnement de la forme juridique marquée par des restrictions à l'entrée du capital ne contribue pas au développement et à la pérennité de la structure. En d'autres termes, la pérennité, la stabilité, et l'homogénéité repose sur le droit à l'entrée de nouveaux associés au capital de la SARL. Toutefois, cette faculté s'impose très difficilement dans les SARL familiales.

²⁴⁷ Therese BETIKA, *op., cit.*

²⁴⁸ Statut, procès-verbaux.

²⁴⁹ Les associés sont souvent des héritiers ou des fondateurs.

Il ne s'agit pas d'un pessimisme à l'endroit des travaux du législateur OHADA et de sa volonté de propulser le droit des entreprises OHADA à un excellent niveau, mais plutôt à une rude réalité constatée, après une analyse des relations entre les particuliers et le droit applicable à leurs activités.

Cette situation est à l'origine de la persistance de l'insécurité juridique et judiciaire jusque-là combattue par les acteurs de l'OHADA. Ceci est simplement un avis, contribuant à lever les failles de ce nouvel ordonnancement juridique destiné à promouvoir l'entrepreneuriat dans les Etats d'Afrique francophone.

La SARL est attractive, elle favorise la réalisation d'un projet d'entreprise. Toutefois, sa création doit se faire dans des conditions légales et rigoureuses, elle implique des professionnels spécialisés en droit des affaires.

Toutefois, la SARL peut devenir un tremplin pour les entrepreneurs qui, dès la réalisation de gros chiffre d'affaires, transitent vers de plus grandes structures, généralement la SA.

Cependant, une nouvelle structure est dédiée aux investisseurs et repreneurs : la SAS. Selon le professeur LE BARS cette forme juridique « perd en liberté contractuelle ce qu'elle gagne en sécurité juridique par un régime plus sûr et identifiable ». Le droit OHADA innove par l'instauration de structure favorisant le libéralisme contractuel dans le développement des activités économiques.

§ 2. Les structures favorisant le libéralisme contractuel dans le développement des activités économiques

Les sociétés contractualisées sont désormais admises au sein de l'OHADA, l'introduction de la société par action simplifiée en droit OHADA est « Un vent de liberté en Afrique francophone »²⁵⁰. La révision de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique entrée en vigueur le 05 mai 2014 a introduit la société par action simplifiée. L'AUSGIE non révisé ne prévoyait que deux structures largement inspirée du droit français, la SA et la SAS.

Cependant, afin d'offrir un plus large éventail de structures sociétaires permettant à toutes les catégories d'opérateurs économiques d'intégrer le secteur formel, le législateur a voulu

²⁵⁰ Jean Marie PEDRON, « l'introduction de la SAS en droit OHADA : Un vent de liberté en Afrique francophone », *droit et patrimoine*, septembre 2014, n°239, JCPE E, 27 février 2014, p.1099.

élargir les options offertes aux entrepreneurs en matière de création d'entreprise²⁵¹. Le législateur OHADA crée des structures modernes avec de modalités de constitution et un fonctionnement simplifié²⁵². Contrairement à la SARL la société par actions simplifiée est une société par actions, mais qui s'en distingue par la liberté laissée aux actionnaires de choisir le mode de fonctionnement qui leur convient le mieux. La SAS offre un régime juridique très simple permettant de s'adapter aux besoins économiques et sociaux des entrepreneurs. Le libéralisme contractuel qu'elle offre constitue une grande avancé pour le droit sociétés OHADA (A), mais il comporte toutefois des limites, (B).

A. L'apport du libéralisme contractuel en droit des sociétés OHADA.

La liberté contractuelle occupe une place importante dans les SAS, elle fait d'elle une structure adaptée aux entrepreneurs, à la recherche de statut juridique peu contraignant, et cherchant à organiser leur coopération sans engager leur responsabilité indéfiniment et solidairement. La SAS est utilisée par les groupes de sociétés pour leurs filiales en raison de la simplification de son régime (1), mais la liberté contractuelle dans cette structure comporte quelques limites (2).

1. 1. Un régime juridique simplifié

Après le constat des nombreuses insuffisances de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales de 1998, comme l'interdiction tacite d'émettre des valeurs complexes²⁵³ et l'absence de la société par actions simplifiée, la réforme du droit des sociétés OHADA dans un nouveau cadre marqué par une volonté croissante de donner un rôle important au droit des sociétés dans le progrès économique et social²⁵⁴ est devenue nécessaire.

²⁵¹ Colloque AEDJ, avec la contribution de GONCALVES véronique, « Présentation de la SAS au regard des nouvelles règles envisagées par le projet OHADA relatif au droit des sociétés aspect de droit comparé » Douala, Yaoundé, 2013, p. 3.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ Benoît LEBARS, Boris MARTOR, « Management et financement de la société anonyme de droit OHADA », en ligne : <http://www.ohada.org> ; Lionel BLACK YONDO, Alain TRAORE TIENMFOLTIEN, « Les enjeux de la réforme de l'AUSGIE », *Droit et Patrimoine* 2014, p.48 ; Barthélémy FAYE, Jean-Jacques Essombé Moussio, Jacques Jonathan Nyemb et Didier LOUKAKOU, « La modernisation du régime des valeurs mobilières pour les sociétés par actions », *Droit et patrimoine* 2014, p.83.

²⁵⁴ Abdullah CISSE, « Le nouvel élan du droit OHADA », *Droit et Patrimoine* 2011, p.47.

La France a adopté cette forme juridique depuis plus de 21 ans avant l'OHADA²⁵⁵, et aux Etats unis. La « *limite liability compan* » (LLC) est le modèle juridique le plus proche de la SAS²⁵⁶. La SAS apparaît en 1977 dans l'Etat du Wyoming²⁵⁷, d'où le retard des pays de la zone OHADA.

Cette situation n'était pas rassurante pour les opérateurs économiques, et semait le doute sur l'optimisme et la durabilité du droit OHADA des sociétés²⁵⁸. La vétusté du droit des sociétés OHADA n'était pas seulement théorique, elle l'était aussi au plan pratique²⁵⁹. La prise de conscience des imperfections du droit OHADA des sociétés a conduit les rédacteurs du nouveau AUSGIE à introduire la SAS²⁶⁰.

La nouvelle SAS du droit OHADA est très proche de celle du droit français. « Les statuts prévoient librement l'organisation et le fonctionnement ... »²⁶¹, « cette affirmation sans équivoque de la liberté statutaire rapproche sans détour la SAS du droit OHADA de son homonyme du droit français²⁶². La ressemblance est justifiée, dans la mesure où les rédacteurs se sont inspirés de la SAS française²⁶³. Dans les deux systèmes juridiques, les entreprises ont la faculté d'être toutes les deux constituées par un associé unique²⁶⁴.

Toutefois, la SAS du droit OHADA²⁶⁵ n'est pas une copie conforme de la SAS française. L'identité de ces deux modèles se trouve entre autres, dans la faculté d'être toutes les deux

²⁵⁵ A travers la loi n°94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par action simplifiée, J.O 4 janv. 1994, p.129.

²⁵⁶ En Allemagne, l'équivalent de la société par actions simplifiées telle qu'elle est connue des droits français et OHADA est dénommée l'« *unternehmergesellschaft* ».

²⁵⁷ *Wyoming Limited Liability Company Act of March 4, 1977, Wyo, STAT. S17-15-103.*

²⁵⁸ Anne-Marie CARTON et Boris MARTOR.

²⁵⁹ Approche anglo-saxonne de l'adaptation du droit des sociétés à l'économie, Philip I. Blumberg apporte des éléments intéressants de réflexion dans son ouvrage : *The Multinational Challenge to corporation Law. The search for a new Corporate Personality*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

²⁶⁰ Boris MARTOR, Jawad FASSI FEHRI, « Panorama de la réforme du droit des sociétés OHADA », *JCP E* 2014, 18-24.

²⁶¹ AUSGIE révisé.

²⁶² Etude approfondie de la société par actions simplifiée de droit français disponible dans l'ouvrage de Michel GERMAIN et Pierre-Louis PERIN, *La société par actions simplifiée*, Joly Editions, 2016.

²⁶³ Il est important de noter la ressemblance rédactionnelle entre l'AUSGIE révisé, prec., Conseil Des Ministres de l'OHADA, Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, J.O. de l'OHADA, numéro spécial du 4 février 2014, en ligne : <http://www.droit.afrique.com/upload/doc/OHADA/OHADA-ActeUniforme-2014-Sociétés-commerciales-GIE>.

²⁶⁴ La SASU est prévue par : l'AUSGIE révisé, art.853-2, al. 2 et C.com. Français, art. L227-1 (issu l'art 3 de la loi française n°99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche, J.O, 13 juillet 1999, p.10396 (ci-après « La loi de 1999 »).

²⁶⁵ Jean PAILLUSSEAU, « La nouvelle société par actions simplifiée. Le bigbang du droit des sociétés », D. 1999. Chr.333.

constituées par un associé unique, les différences reposent sur des contextes sociologiques et historiques de leurs réceptions respectives qui tendent à confirmer cette différenciation²⁶⁶.

La création de la SAS française est survenue pour répondre à la crise de l'entrepreneuriat, vers le milieu des années 90 : « à l'atonie du marché de la création des petites et moyennes entreprises (PME) en France, s'ajoutent les difficultés des grands groupes français à rationaliser juridiquement leur organisation »²⁶⁷.

En effet, il se trouve qu'à cette période, aucune des formes sociales proposées par la réglementation en vigueur n'encourage suffisamment la création de filiales susceptible d'aller à la conquête du marché européen²⁶⁸.

La doctrine africaine a, partant donc de ce constat, considéré que le droit des sociétés français a eu le mérite de résoudre les difficultés juridiques posées par les entreprises françaises²⁶⁹, le droit OHADA devrait également être en mesure d'y parvenir. Au cours des années 2000, l'ouverture des marchés publics à la concurrence internationale renverse les données du problème²⁷⁰. La participation des structures étrangères aux projets du continent africain de grande ampleur requiert la mise en place de nouveaux outils de coopération juridique comme la SAS. Cependant, jusqu'à la réforme, aucune des structures prévues par l'AUSGIE ne propose la souplesse offerte par la SAS française.

C'est sans aucun doute le succès rencontré par la SAS du droit français dans les projets de joint-ventures²⁷¹ qui a permis de comprendre que l'introduction de la SAS dans le système juridique de l'OHADA est impérative en raison de sa très grande flexibilité.

- La flexibilité de la SAS

²⁶⁶ Frank VODOM NDJOLO ELVIS, « Réflexions sur la société par actions simplifiée de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit affaires (OHADA) », *RJTUM*, 2016, p.43.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ Joël SIMON, « La société par actions simplifiée et la proposition de création d'une société privée européenne », *Revue soc.*2000.243.

²⁶⁹ « La loi de 1966 a eu le mérite d'aborder avec bonheur les problèmes juridiques posés par la phase primaire des concentrations, identifiée au travers des fusions, elle ne s'est guère préoccupée des questions liées à leurs phases secondaires dites de « croissance externe ». Claude CHAMPAUD Claude, « Le droit français des sociétés à l'aube du XXIe siècle », *Rev. Soc.* 2000.83, n°10.

²⁷⁰ NDJOLO VODOM Elvis Frank, *op. cit.*, p.44.

²⁷¹ Il consiste pour deux sociétés, soit à s'associer au sein d'une filiale commune constituée par la réalisation d'un ou plusieurs projets spécifiques, soit à se mettre d'accord sur la conclusion d'une convention de partenariat d'affaires à durée déterminée. La création de cette filiale commune peut être formelle par le biais d'une SAS ou informelle au moyen d'une société en participation.

Les avantages de la SAS sont indénombrables, du point de vue macro-économique, la Banque mondiale estime que l'inexistence de capital minimum exigé pour les sociétés par actions simplifiées diminuera les délais de constitution dans l'espace OHADA²⁷², ce qui devrait favoriser une amélioration du climat des affaires.

Toutefois, l'analyse des avantages et des inconvénients de la SAS en droit OHADA est intéressante à plusieurs niveaux, car son admission dans le droit OHADA crée un questionnement légitime sur l'intérêt de cette structure dans les économies des Etats membres ayant choisis cette forme juridique.

Au regard de la primauté des stipulations statutaires sur les mesures légales dans la SAS, quelle est sa véritable place au sein des sociétés de capitaux ?

Pour répondre à toutes ces préoccupations, il faut observer la SAS à travers « le prisme » de la théorie générale des contrats²⁷³, appliquée au droit des sociétés²⁷⁴. La SAS occupe une place intéressante au sein des sociétés commerciales de ce droit, aucune autre forme sociale ne semble mieux admettre la liberté contractuelle offerte à ces membres. En effet, l'encadrement des activités économiques est réduit, car la prescription des règles d'ordre public a été aménagée avec celles afférentes à l'ordre public de direction²⁷⁵.

La gestion et le contrôle des activités économiques exercés sur le territoire et dans le ressort territorial des Etats membres de l'OHADA s'efforce de concilier ces deux impératifs²⁷⁶. L'ensemble des sociétés constituées sur le ressort territorial des Etats membres doivent obligatoirement se conformer à l'AUSGIE²⁷⁷. En effet, même si les associés sont sous le contrôle des règles édictées par le législateur OHADA, la société demeure avant tout un contrat²⁷⁸.

²⁷²The world Bank, *Doing Business 2015. Going Beyond Efficiency. Comparing Business Regulations for Domestic Firms in 189 Countries. A world Bank Group Flagship Report*, Washington, D.C., The international Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2014, p.7, en ligne : <http://www.worldbank.org>;

²⁷³ Anat ROSENBERG, « *Contract's Meaning and the Histories of Classical Contract Law* », (2013) 59-1, R.D. McGill 167, 176-181.

²⁷⁴ Elvis Frank VODOM NDJOLO, *op. cit.*, p.45.

²⁷⁵ Alassane KANTE, « L'ordre public économique et la liberté d'entreprendre au Sénégal », Colloque international de Dakar sur le droit d'entreprendre, Dakar, 19-21 avril 2004, en ligne : <http://www.ohada.com/ohadata/D-06-17>.

²⁷⁶ Henri DESIRE MODI KOKO BEBEY, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : regard sous l'angle de la théorie générale du droit », *Revue d'actualité juridique*, Juriscope 2001.2268.

²⁷⁷ AUSGIE, art. all.

²⁷⁸ Jacques MESTRE, *La société est bien encore un contrat*, LITEC, 1998, p.131.

La société étant un contrat, il est de l'obligation du législateur OHADA de laisser les entrepreneurs libres de substituer aux textes non-obligatoires du droit des sociétés OHADA, des dispositions auxquelles ils ont convenu²⁷⁹. Les associés peuvent en l'absence de dispositions à leur convenance compléter les textes du droit commun par des stipulations contractuelles²⁸⁰.

La liberté dont disposaient les associés dans les autres formes juridiques semble très partielle, en comparaison à la SAS actuelle. La SAS offre une large marge de manœuvre en termes d'organisation de la société, mais aussi de mise en place des modalités de son fonctionnement.

En effet, on pourrait penser qu'une trop grande liberté des actionnaires peut engendrer des risques de mésententes entre les actionnaires de la SAS. Cependant, il ne s'agit que d'une illusion. Cette faculté d'être en mesure d'organiser librement le pouvoir est source d'intégrité pour la société. L'organisation sans contrainte de la société permet de garantir à long terme la cohésion du groupe social.

La loi accorde une grande autonomie aux associés en leur permettant de ficeler des liens intra personnels. La SAS est de par ces avantages, une structure à forte originalité tant au niveau de sa constitution que dans la mise en place de l'affectio societatis. La liberté statutaire accordée aux associés favorise des rapports personnels positifs. Contrairement aux autres sociétés de capitaux, il est évident que l'intérêt de la SAS repose au préalable sur la volonté commune des associés de se soumettre au pouvoir souverain des statuts sociaux librement consentis par eux²⁸¹.

D'après l'ensemble de ces analyses, il n'est pas étonnant que le législateur OHADA se soit inspiré du législateur français pour construire sa version africaine de la SAS. Toutefois les deux ordres juridiques reconnaissent comme principe commun la nature contractuelle de la société, ce qui permet aux associés d'intégrer dans le contrat de société toute disposition conforme à l'ordre public²⁸².

²⁷⁹ Elvis Frank VODOM NDJOLO, *op. cit.* p.46.

²⁸⁰ AUSGIE, art.2.

²⁸¹ Didier PORACCHIA, « Le rôle de l'intérêt social dans la société par action simplifiée », *Rev.soc.*2000, p.223.

²⁸² René RODIERE, note sous CA de Rouen, 8 février 1974, *revue social*, 1974, p.513.

L'unique et principale différence entre le droit français et le droit OHADA se trouve dans leurs contextes d'application du contrat de société²⁸³. À la différence du cadre européen, en Afrique subsaharienne « l'entreprise est un bien commun appartenant à la fois aux travailleurs et aux associés »²⁸⁴.

Les sociétés par actions simplifiées françaises et OHADA sont marquées par une redéfinition des aspects contractuels²⁸⁵ des structures commerciales. Dans l'étude des avantages de l'intégration juridique souhaitée par le droit OHADA, un auteur a affirmé que celle-ci serait « Un droit de recherche d'équilibre en vue de la promotion des investissements »²⁸⁶. Cette recherche d'équilibre s'exprime par la possibilité offerte aux actionnaires de choisir le contenu, et l'étendue de leurs obligations²⁸⁷, ils doivent obligatoirement respecter les statuts sociaux reposant sur leur accord quant aux domaines et aux modalités de coopération.

La SAS est une structure dont le caractère contraignant des statuts est renforcé par le fait que les textes accordent aux associés toute liberté pour mettre en place les règles de fonctionnement²⁸⁸. L'avantage de cette étude comparative entre la SAS française et la SAS des pays OHADA se trouve dans son entière dépendance aux statuts, ce qu'on ne trouve ni dans la SA, ni dans la SARL, et encore moins dans la SNC²⁸⁹.

En droit OHADA, la liberté contractuelle de la SAS est un excellent moyen pour propulser ses fondateurs à recourir aux services professionnels pour la rédaction du pacte social, ce que l'on ne trouve pas encore dans la culture de la plupart des Etats africains²⁹⁰. En effet, lorsque les statuts sont établis par acte sous seing privé, les services d'un juriste spécialiste du droit des sociétés sont suffisants, afin de réduire les coûts de constitution des sociétés, réputées très onéreux dans certains Etats membres.

Cependant, il est plus sécurisant que la société soit dotée de moyens financiers, lui permettant de recourir à des conseils spécialisés. De plus, il serait judicieux de procéder à la contre-

²⁸³ Elvis Frank VODOM NDJOLO, *op. cit.*, p.49.

²⁸⁴ Eliot Anani SITTI, « Investir en Afrique pour gagner, l'Entreprise africaine et la mondialisation, l'Harmattan, 2012, p.59.

²⁸⁵ Jacques MESTRE, « Regard contractuels sur l'OHADA », *Rev. Lamy Civil*, 2010, p.72.

²⁸⁶ Propos de Grégoire Bakandeja Wa Mpungu dans son article intitulé « l'internationalisation des échanges et le droit OHADA », *Rev. Lamy Civil* 2010.82.

²⁸⁷ Civ. 1^{ère}, 11 déc. 2008, Bull.civ. 1, n°282 ; Civ. 1^{ère}, 28 janvier, 2010, j.C.P. n°18.516, obs. Loiseau ; Chambéry. 15 janvier 1964.605, note Dauvillier.

²⁸⁸ Jean HONORAT, « La société par action simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés (1^{ère} partie) », LPA 1996.4.

²⁸⁹ Elvis Frank VODOM NDJOLO, *op. cit.*, p.52.

²⁹⁰ *Ibid*, p.53.

signature des statuts par acte notarié en vue d'assurer la sécurité juridique du projet de société, ce qui constitue un véritable gage pour les contractants de la SAS.

La SAS est également la structure par excellence favorisant les opérations de restructurations, elle peut être utilisée en tant que filiale commune pour la restructuration des projets internationaux justifiant l'insertion de clause d'inaliénabilité temporaire²⁹¹.

A l'heure de la mondialisation des capitaux à laquelle n'échappe pas l'Afrique subsaharienne, la suspension temporaire du droit de disposer des actions par la clause d'inaliénabilité aurait le mérite de favoriser la constitution de groupes locaux d'actionnaires, engendrant à terme la culture d'un actionnariat privé au niveau local²⁹².

La libre prévision des conditions de sortie des associés est également un des atouts de la SAS en droit OHADA. Les entreprises ont la possibilité de profiter de la flexibilité de la SAS au moment de sa cession. Les nombreuses potentialités qu'offre la technique contractuelle vont lui permettre d'imaginer plus facilement des clauses de variabilité des prix comme celles dites de « *earn out* »²⁹³. Ces clauses prévoient souvent que le prix d'acquisition d'une société puisse en partie reposer sur les résultats financiers à venir²⁹⁴.

Dans le contexte géographique de l'OHADA, la mise en œuvre d'une telle clause permettrait d'augmenter le niveau de sécurité des opérations d'acquisition de sociétés non cotées, et de diminuer l'influence de la faiblesse des transactions effectuées sur les marchés de capitaux sur le nombre de cession intracontinentales d'entreprises²⁹⁵. L'application de ces clauses dans la SAS permettrait de diminuer le pourcentage d'erreur d'évaluations des sociétés acquises. Les nouveaux utilisateurs de la SAS, et leurs conseils, devraient s'accorder sur les stipulations adaptées à leurs besoins²⁹⁶. L'ensemble de ces analyses montre que la SAS est incontestablement une structure offrant des modalités d'organisation flexible, en raison de sa nature contractuelle.

²⁹¹ déterminés par l'application de l'AUSGIE révisé, art.2-1 et 765.

²⁹² Elvis Frank VODOM NDJOLO, *op. cit.* p.57.

²⁹³ Jacques SALES et David LACAZE, « Les clauses de *earn out* : un avenir promoteur », *Dr. Sociétés* 2000, chr., p.13.

²⁹⁴ Elvis Frank VODOM NDJOLO, *op., cit.* p.57.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ Dans le domaine de la rédaction des actes, il est conseillé de suivre les recommandations de Didier Valette selon lesquelles « Les conseils auront à faire preuve de prudence dans le choix des outils contractuels s'ils ne veulent pas voir leur responsabilité civile professionnelle mise en cause. Le principe de précaution, non assumé par le législateur, devra l'être par les praticiens ». Les propos de Didier Valette son tiré de son article « contexte et méthode de l'adoption du nouveau régime de la société par action simplifiée article 3 de la loi du 12 juillet 1999. Présentation du dispositif », *Rev. Soc.*, 2000, p.215.

La SAS est une opportunité pour les acteurs économiques congolais de mettre en place de petites entreprises sous forme de SASU avec un faible capital. Grâce à la SAS unipersonnelle, beaucoup d'opérateurs économiques de l'informel se sont formalisés en République Démocratique du Congo. Ces derniers peuvent désormais en toute légalité choisir la politique de gestion de la société et contourner les règles édictées par le législateur OHADA par des mesures souples d'organisation.

- La souplesse organisationnelle de la SAS

Un des grands avantages de la SAS est, à la différence de la SA l'absence de capital minimum²⁹⁷. Cependant certaines règles de la SA peuvent s'appliquer à la SAS lorsqu'elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par ledit-livre²⁹⁸. On pourrait appliquer à la SAS toutes les dispositions régissant la SA relatives à la constitution de la société²⁹⁹, le contrôle, la dissolution, la liquidation, et celles afférentes aux valeurs mobilières³⁰⁰. La SAS serait également soumise à toutes dispositions relatives aux sociétés commerciales³⁰¹. Le régime juridique de la SAS n'est pas tout à fait nouveau, car les règles de sa mise en œuvre sont proches de la SA³⁰² sauf les différences relatives au capital social³⁰³. L'acte uniforme prévoit que sont expressément exclues par l'article 853-3, les dispositions sur la SA relatives au montant du capital social³⁰⁴, les règles relatives à son administration, aux assemblées générales³⁰⁵, et au délai nécessaire à sa transformation³⁰⁶.

La SAS a été mise en place par le législateur OHADA en raison des facilités de constitution qu'elle offre. Cependant, à la différence des sociétés commerciales, elle est la seule structure dans laquelle les associés ne sont soumis à aucune contraintes ou barrière statutaire. La SAS est la structure par excellence de la liberté contractuelle, ses règles de constitution reposent sur la volonté des associés³⁰⁷.

²⁹⁷ Loi du 1^{er} janvier 2009.

²⁹⁸ Art.853-3 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

²⁹⁹ Libération, publicité.

³⁰⁰ Art. 694 à 822 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

³⁰¹ Art. 4 et suivant de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

³⁰² Philippe MERLE, « L'introduction de la SAS dans l'espace OHADA », *Droit et patrimoine*, 2014, p.2.

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ Art. 387 al 1^{er} de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

³⁰⁵ Art. 414 à 561 de l'AUSGIE.

³⁰⁶ Art.690 de L'AUSGIE.

³⁰⁷ Ces derniers ne doivent cependant pas porter atteinte aux dispositions d'ordre public auxquelles on ne peut déroger.

La SAS peut également comprendre qu'un seul associé personne physique ou personne morale³⁰⁸, la SASU. En effet, il n'y a pas de nombre minimal d'associés, mais en raison du fort intuitu personae caractérisant la SAS, leur nombre sera par nécessité peu élevé³⁰⁹.

Les statuts prévoient que le capital est variable³¹⁰ lorsque la SAS ne fait pas appel public à l'épargne. La variabilité du capital est un avantage surtout pour les PME qui veulent faire entrer dans leur capital une ou plusieurs sociétés de capital-risque³¹¹. À travers la clause de variabilité, l'investisseur peut disposer d'une liquidité qu'il n'aurait pu avoir si la société avait un capital fixe³¹². Le capital variable permet aux commerçants indépendants de se regrouper pour opérer sous une même enseigne et créer des services communs³¹³, d'où la nécessité de favoriser l'entrée et la sortie des adhérents. Les entrées et sorties des associés au sein de la SAS à capital variable ne sont soumises à aucun formalisme.

Concernant les titres émis au sein de cette structure³¹⁴, ils peuvent être des actions ordinaires ou de préférence³¹⁵. Les apports en industrie sont autorisés dans la SAS³¹⁶, c'est la seule société par actions dans laquelle il est possible de faire des apports en industrie. Cette possibilité de faire des apports en industrie est très importante pour les entrepreneurs qui rencontrent des difficultés pour mobiliser un montant de capitaux élevés mais qui disposent d'un savoir intellectuel et manuel suffisant pour réaliser leur projet³¹⁷. Ces apports ne participent pas à la formation du capital, mais ils peuvent donner lieu à des actions ouvrant droit au partage de dividendes et de l'actif net, à charge d'assurer la contribution aux pertes³¹⁸.

La SAS est une société de capitaux à faible contrainte, elle peut être destinée aux entrepreneurs souhaitant créer une société par actions, mais incapables de réunir l'ensemble des moyens requis pour créer une SA, et faire publiquement appel à l'épargne³¹⁹. La SAS est une structure fermée, l'objectif du législateur est de protéger les entrepreneurs qui ne

³⁰⁸ Art. 853-1 al 1^{er}

³⁰⁹ Philippe MERLE, *op.cit.* p.2.

³¹⁰ Art. 269-1 et suivant de l'AUSGIE.

³¹¹ Philippe MERLE, *op.cit.*, p.2.

³¹² *Ibid.*

³¹³ *Id Ibid.*

³¹⁴ L'article 853-5 al 3 prévoit que ce sont les statuts qui déterminent les modalités de souscription et de répartition des actions qui sont inaliénables.

³¹⁵ Art.778-1 et suivant de l'AUSGIE.

³¹⁶ Art. 50-1 al 2.

³¹⁷ Art. 40 al 3 de l'AUSGIE.

³¹⁸ Philippe MERLE, *op.cit.*, p.2.

³¹⁹ Art.853-4 de l'AUSGIE.

maitrisent pas les rouages et subtilités du droit des sociétés, et pourraient se trouver lésés par certaines dispositions librement initiées par les fondateurs³²⁰.

La création d'une SAS est aisée, elle peut se faire par le biais de transformation d'une société existante³²¹. En effet, certaines sociétés commerciales peuvent créer une SAS par la transformation régulière d'une société existante sans donner naissance à une nouvelle personne morale³²². La transformation d'une société en SAS n'est soumise à aucune contrainte formelle³²³ en raison de la liberté qui existe en matière statutaire.

La SAS est la structure la plus facile d'accès aux fonctions dirigeantes, il est possible de cumuler les fonctions de dirigeants avec un contrat de travail ou non, d'être actionnaire ou non³²⁴. De plus, les rémunérations, ainsi que leur mode de détermination ne sont soumises à aucune réglementation. Les modalités de rémunération des dirigeants sont entièrement libres, il en est de même pour la durée de leurs fonctions et les conditions de cessation de leurs fonctions³²⁵. Les statuts pourront prévoir toutes les révocations possibles³²⁶, celles-ci pourront être accompagnées de « parachute doré »³²⁷. Comme pour les dirigeants, cette liberté s'étend également aux modalités de désignation³²⁸.

L'admission de la SAS au sein de la législation OHADA a pour objectif de promouvoir le développement de l'entrepreneuriat tout en assurant le respect et la protection des droits associés. Le principe de liberté contractuelle³²⁹ au sein de la société par actions simplifiées doit être utilisé avec modération, la loi oblige que certaines mesures importantes soient prises par l'ensemble des associés³³⁰.

Le législateur OHADA a jugé nécessaire que l'adoption ou la modification de certaines dispositions statutaires pouvant fragiliser la stabilité de l'actionnariat soit impérativement

³²⁰ Philippe MERLE, *op.cit.*, p.2.

³²¹ *Ibid.*

³²² Art.181 de l'AUSGIE.

³²³ La rédaction de nouveaux statuts est obligatoire pour la transformation de certaines sociétés commerciales.

³²⁴ Philippe MERLE, *op.cit.*, p.2

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ La révocation pour juste motif ou « ad nutum », c'est-à-dire à moment sans justification.

³²⁷ Il s'agit d'une somme qui sera versée au dirigeant en guise d'indemnité.

³²⁸ Unanimité des associés, majorité renforcée ou simple, nomination authentique de l'associé majoritaire, présidence tournante, etc.).

³²⁹ Ce principe est posé à l'article 853-11 al 1^{er}

³³⁰ Art. 853-11 al 2 de l'AUSGIE.

soumises à la règle de l'unanimité³³¹, afin d'éviter un abus au principe de liberté statutaire de la SAS.

La SAS est « la dernière-née des sociétés commerciales »³³², elle a convaincu plusieurs législations, c'est la raison pour laquelle elle est choisie aujourd'hui par le législateur OHADA³³³, le droit OHADA ne prévoyait qu'une seule société par actions³³⁴, la société anonyme. Cependant, la société anonyme peut s'avérer complexe pour certains entrepreneurs, car elle nécessite la mobilisation des capitaux importants. La SA a un caractère fermé³³⁵, elle ne favorise pas la liberté contractuelle³³⁶. Le législateur OHADA a voulu alléger cette rigueur de la société anonyme, par la société par action simplifiées³³⁷.

La société par actions simplifiées était à l'origine destinée aux « co-entreprises »³³⁸, mais qui avaient cessé d'être un « outil de coopération interentreprises »³³⁹, devenant accessible aux personnes morales et physiques³⁴⁰.

La SAS est l'une des structures les plus utilisées en France³⁴¹, elle a connu une ascension « fulgurante »³⁴² s'expliquant par la pertinence de la réglementation mise en place par le législateur français, et le nombre de société anonyme ou SAS créées dans cet environnement³⁴³. En effet, après sa création en 1994 le législateur a procédé à son élargissement avec la loi n°99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche³⁴⁴, puis

³³¹ Art.853-22 de l'AUSGIE.

³³² Amadou RABANI, « La nouvelle société par actions simplifiées de l'OHADA », *Bulletin de droit économique*, 2014, p.1.

³³³ C'est le législateur français qui l'a institué en 1994, puis l'a généralisé en 1999, ensuite le législateur OHADA vient de la consacrer après son succès en France.

³³⁴ Ce sont la SARL, les SNC, la SCS, et la société coopérative auxquelles il faut ajouter le groupement d'intérêt économique (GIE). Voir Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, 17 avril 1997, J.O. OHADA, 1^{ER} octobre 1997.

³³⁵ Maurice COZIAN, ALAIN VANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Lexis nexis, 2011, p.48.

³³⁶ Amadou RABANI, « La nouvelle société par actions simplifiée de l'OHADA », *Bulletin de droit économique* 2014, p.1.

³³⁷ La société par action simplifiée a été créée en France par la loi n°94-1 du 3 janvier 1994, j.O.R.F. 4 janvier 1994, p.129, qui l'a consacré ; ensuite par le législateur OHADA qui vient par la réforme du droit des sociétés de l'introduire désormais dans son ordonnancement juridique communautaire.

³³⁸ Amadou RABANI, *op. cit.* p.1.

³³⁹ Douada BA, Pierre CALLEDE, « La consécration de la société par actions simplifiée (SAS) par l'acte uniforme révisé : libres propos et quelques idées sur cette nouvelle forme de société en droit OHADA », *Etude du cabinet d'avocat vaughan*, 2014, p.1 en ligne : www.ohada.com

³⁴⁰ Amadou RABANI, *op. cit.*, p.1.

³⁴¹ Voir l'étude de ROUZEAU Laurent, « Etude statistique de la société par actions simplifiée », *bull, Joly Sociétés* 2002.11, p.1263.

³⁴² Amadou RABANI, *op. cit.*, p.1.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ Loi n°99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche, j.O.R.F, 13 juillet 1999, p.10396.

par la loi du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie³⁴⁵, qui a renforcé son attractivité³⁴⁶. On assiste ainsi à une multiplication progressive des SAS en France, de 19% en 2012 à 29% en 2013³⁴⁷, une société créée sur trois est une SAS³⁴⁸. Selon l'Insee, les sociétés par action simplifiées ont confirmé leur attractivité en France, elles représentent aujourd'hui 56 % des sociétés créées³⁴⁹. Cette forte augmentation s'explique par l'admission d'un associé unique dans le cadre des SASU, qui sont passées de 20 % en 2014, à 27 % en 2015 puis 33% en 2016³⁵⁰.

La SAS offre un système managérial original, elle peut avoir comme président ou dirigeant une personne morale³⁵¹. « Une personne morale peut être nommée président ou dirigeant. Il n'est pas prévu que la personne morale désigne un représentant permanent »³⁵².

La nouvelle SAS en droit OHADA devrait beaucoup participer à la promotion de l'entrepreneuriat, elle procède à une extraordinaire extension des responsabilités³⁵³.

Ces extensions pourraient diminuer le pouvoir et l'autorité du président de la SAS, mais la prédominance du président de la SAS ne saurait être remise en cause par ces élargissements de responsabilité. Le président de la SAS est l'unique organe que la loi impose lors de sa constitution, le président est le représentant légal de la société, il dispose de beaucoup de pouvoir entre ces mains.

Cette concentration des pouvoirs à l'avantage de faciliter la gestion, l'efficacité et la rapidité des prises de décisions. Les nouvelles extensions au sein de la SAS peuvent porter atteinte à l'exercice de ces fonctions. En effet, cette grande faculté désormais offerte aux associés n'est pas sans limite à l'égard du président de la SAS. Le président de la SAS représente la société vis-à-vis des tiers³⁵⁴, il est mandataire social et engage la société dans tous ces actes en son nom et pour son compte. Cependant, il arrive que ces pouvoirs soient limités par la liberté des associés dans la rédaction des statuts de la société, des pactes d'actionnaires ou des pactes

³⁴⁵ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, j.O.R.F, 5 août 2008, p.12471.

³⁴⁶ Amadou RABANI, *op. cit.*, p.1.

³⁴⁷ Voir les statistiques 2013 sur l'évolution du nombre de création d'entreprises en France, www.insee.fr

³⁴⁸ RABANI Amadou, *op. cit.*, p.1.

³⁴⁹ www.économie.gouv.fr www.insee.fr

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ Jacques BARTHELEMY, *Société par actions simplifiée et droit social*, J.C.P., 2000.

³⁵² Michel GERMAIN, Véronique MAGNIER, *Traité de droit des affaires, tome 2, les sociétés commerciales*, L.G.D.J., Paris, 2011, p.737.

³⁵³ Amadou RABANI, *op. cit.*, p.42.

³⁵⁴ A l'égard des tiers, il est investi de pouvoirs très étendus.

d'associés. Par exemple, il est possible que certaines mesures importantes pour le fonctionnement de la société soient soumises à l'approbation des associés, elles limitent le président dans l'exercice de ces pouvoirs et fonctions.

Ces limitations du pouvoir du président de la SAS ne sont valables qu'entre les actionnaires, la SAS demeure engagée au nom du président, en dépit de ces limites à l'exercice de son pouvoir, sa responsabilité sera engagée par rapport aux associés et la société, il sera amené à une réparation de tout préjudice subi.

De plus, les tiers sont dans l'impossibilité de se fonder sur cette limitation des pouvoirs. Par exemple, dans le cas où le président de la SAS s'engage dans un acte sans autorisation, alors que les statuts l'avaient prévu, le tiers ne peut s'opposer à cet acte par un dépassement des pouvoirs du président.

La SAS est également une société personnalisée³⁵⁵. En effet en dépit de son appartenance à la famille des sociétés par actions, son caractère hybride a fait d'elle une structure spéciale, elle emprunte certaines caractéristiques à la SARL. Cette personnalisation se manifeste à travers le renforcement de la qualité du mandataire social dans la SAS et la diminution des règles impératives par les prescriptions statutaires³⁵⁶.

Le législateur a bien fait d'introduire la SAS en droit OHADA, elle constitue un outil intéressant pour les jeunes entreprises à l'épreuve de l'innovation. Les entrepreneurs ont la possibilité d'ouvrir le capital de leur entreprise, pour en assurer le développement sans risquer la perte du contrôle, en négociant librement les modalités de direction et de fonctionnement de la société. En France la SAS est utilisée chez les jeunes pousses, les START – UP à leur début, afin d'assouplir leur fonctionnement, tout en équilibrant les droits des fondateurs et des investisseurs. En 2001, le régime juridique de la transformation de la SAS en une autre forme de société commerciale a été assoupli, ceci permet aux jeunes entreprises en quête de croissance de se transformer sans contrainte, et par cette occasion d'offrir au public des titres financiers.

En choisissant la SAS, les entrepreneurs de la zone OHADA vont désigner leur successeur, indépendamment de la répartition du capital. L'admission des clauses va permettre de stipuler de nombreuses mesures voulues par les différents associés. Par exemple il est possible de

³⁵⁵ Amadou RABANI, *op. cit.*, p.43.

³⁵⁶ *Ibid.*

prévoir l'irrévocabilité du président, une présidence à vie, ou même héréditaire, avec son successeur statutairement désigné dans la SAS holding familiale.

La SAS est l'une des structures qui favorise efficacement le développement de l'entrepreneuriat, elle est adaptée aux investisseurs en capital-risque³⁵⁷ voulant s'associer avec des entrepreneurs. La constitution d'une SAS holding³⁵⁸ permet aux investisseurs d'avoir un droit de veto sur toute décision, et de prendre des décisions, telle la distribution de dividendes. Enfin, la SAS favorise la défense des anti-OPA³⁵⁹, grâce au verrouillage du capital qu'elle offre.

Le législateur OHADA a décidé de l'introduire lors de la dernière réforme de l'acte uniforme sur les sociétés commerciale et groupement d'intérêt économique en raison de son succès en France³⁶⁰. L'objectif du droit français était de mettre en place une société plus accessible aux entrepreneurs en faisant des statuts le fondement de la volonté des parties, afin de renforcer l'attractivité des investisseurs et leur confiance par une réglementation souple³⁶¹.

La liberté statutaire est le principal atout de la SAS, mais il faut bien comprendre le sens de cette liberté statutaire, elle ne signifie pas que les associés peuvent mettre toutes les mesures qu'ils veulent dans les statuts, car le droit des sociétés OHADA reste soumis à des limites que l'on ne peut ignorer.

En effet, l'acte uniforme a innové en matière d'actionnariat, en déclarant licites les pactes d'actionnaires³⁶². On peut penser qu'ils seront très peu utilisés dans la société par actions simplifiées, sauf si certains associés veulent profiter de la confidentialité qu'ils procurent³⁶³.

³⁵⁷ Le capital-risque est un investissement, qui se fait le plus souvent en numéraire, apporté au profit d'une jeune entreprise par des investisseurs. Le financement prend la forme d'une prise de participation au capital de ladite entreprise. Pour les investisseurs, le capital-risque permet d'apporter du capital, au profit d'une entreprise naissante, innovante, et au futur entrepreneur.

³⁵⁸ La holding est une société dont l'actif est composé de titres de participations. Elle permet de conserver le contrôle d'une entreprise par la multiplication du nombre d'actionnaires minoritaires. Grâce à la holding, il est possible, d'assurer la remontée de dividendes à faible coût fiscal par le régime mère et fille et le rachat des titres de la société au moyen de revenu ainsi perçu.

³⁵⁹ Ce sont des moyens de défense de l'actionnariat contre une offre considérée comme hostile. On les sépare généralement en plusieurs catégories parmi lesquelles on peut citer séparer le pouvoir du capital, contrôler les changements d'actionnariat, renforcer les actionnaires fidèles, utiliser des dispositions juridiques.

³⁶⁰ Elle était devenue la forme sociétaire la plus répandue en raison de la liberté contractuelle qu'elle consacre et surtout dans la facilité de sa constitution (sans capital minimum et peut être créée par une seule personne).

³⁶¹ Il était reproché à la société anonyme deux maux contradictoires : d'abord, une réglementation pas assez diversifiée ; ensuite cette réglementation était jugée excessive, particulièrement les mécanismes légaux qui étaient trop lourds.

³⁶² Art.2-1 de l'AUSGIE.

³⁶³ Philippe MERLE, *op. cit.*, p.4.

Ceci s'explique par le fait que les statuts permettent d'introduire des dispositions qui facilitent et sécurisent l'organisation de l'actionnariat³⁶⁴. En effet, il est inutile pour les associés d'une SAS de mettre en place un pacte d'actionnaires puisque l'intérêt recherché répond au principe de liberté contractuelle reconnu dans la SAS. On peut introduire plusieurs types de clauses dans les statuts de la SAS comme dans un pacte d'actionnaires. Les principales clauses sont la clause d'inaliénabilité³⁶⁵, les clauses d'agrément et de préemption³⁶⁶, le changement de contrôle³⁶⁷ et les clauses d'exclusion³⁶⁸.

La SASU est souvent sujette à quelques difficultés d'ordre pratique, la limitation de la responsabilité de l'associé unique n'est que théorique, car un banquier de la société va le plus souvent exiger des garanties personnelles. De plus, si la société dépose son bilan, l'associé ne sera pas protégé d'une action lui faisant supporter en tout ou partie l'insuffisance de l'actif³⁶⁹.

Cependant, la SAS peut devenir contraignante, car son capital doit être libéré en totalité dès la souscription contrairement à la société anonyme³⁷⁰. Le seul organe de direction obligatoire, est le président qui peut être une personne physique ou morale³⁷¹. Cette grande flexibilité résulte de la possibilité de désigner un ou plusieurs autres dirigeants³⁷². « Les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autre que le président, portant le titre de directeur général ou directeur général adjoint, pouvant exercer les pouvoirs confiés à ce dernier au présent article »³⁷³.

Toutefois, il est intéressant de constater que même si la SAS est le lieu privilégié des clauses statutaires, leur validité peut être remise en cause³⁷⁴. Ces clauses peuvent être déclarées invalides en raison de leur caractère ou de leur nature³⁷⁵. Le libéralisme est le critère par

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ Art. 853-17 de l'AUSGIE.

³⁶⁶ Art. 853-18 de l'AUSGIE.

³⁶⁷ Art.853-20 de l'AUSGIE.

³⁶⁸ Art.853-19 de l'AUSGIE.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ Art. 853-3 de l'AUSGIE.

³⁷¹ C'est ce qui est prévu à l'article 853-9 faisant cas de la désignation de la personne morale comme président ou dirigeant de la société par actions simplifiée. Ceci est complété par la possibilité de l'existence d'un associé unique qui ne peut qu'être qu'une personne physique.

³⁷² Maurice COZIAN, Alain VANDIER, Florence DEBOISSY, *op. cit.*, p.484.

³⁷³ Art. 853-8 de l'AUSGIE.

³⁷⁴ Amadou RABANI, *op. cit.*, p.46.

³⁷⁵ *Ibid.*

excellence de la SAS de par la force obligatoire de la volonté des parties, il faut veiller à préserver un climat de contrôle des clauses que les parties peuvent introduire³⁷⁶.

Les associés doivent être sensibilisés à toujours se référer au droit commun, plus particulièrement l'article 1844-1 du code civil, traitant des clauses léonines dans les contrats. Ces clauses sont nulles et ont pour conséquence la remise en cause de la validité de la société. « La stipulation attribuant à un associé la totalité des pertes, celles excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites »³⁷⁷.

Selon une décision de la chambre commerciale de la cour de cassation française : « encourt la nullité, la clause par laquelle un associé cède à son coassocié le droit de rémunération forfaitaire, cette clause ayant pour effet d'assurer en toute circonstance à son bénéficiaire la certitude d'un profit quand bien même la société générerait des pertes qui seraient entièrement à la charge de l'autre associé »³⁷⁸.

L'acceptation de l'associé unique dans le cadre de la SAS en droit OHADA est parfois critiquable, elle cause un risque de confusion du patrimoine de la personne morale et de la personne physique, car l'uni personnalité est incompatible avec le concept de société-contrat. En dépit de ces quelques observations critiques, le régime juridique de la SAS est très satisfaisant, il répond au souci d'efficacité du législateur OHADA, qui « libère les forces créatrices des entreprises du carcan étouffant une réglementation trop dirigiste »³⁷⁹. Le basculement du droit OHADA dans la théorie de la liberté contractuelle n'a pas encore trouvé toute sa pertinence. De plus, certains auteurs pensent que l'admission de la SAS risque de causer la disparition de la société anonyme en raison de toutes les possibilités qu'elle offre en tant que société de capitaux. Mais heureusement l'interdiction de faire appel public à l'épargne dans cette forme juridique oblige les entrepreneurs souhaitant souscrire à des capitaux à adopter la société anonyme³⁸⁰. Selon le professeur Yves GUYON, « C'est seulement dans les cas de collaboration complexes, notamment en raison des exigences du commerce international qu'elles paraissent préférables aux SA car elles évitent le recours à des pactes d'actionnaires de validité incertaine et d'efficacité limitée ».

³⁷⁶ *Id Ibid.*

³⁷⁷ Al.2 de l'article 1844-1.

³⁷⁸ Cass.com., 18 octobre 1994, pourvoi n° 92-18188, *revue des sociétés*, 1995, p.44.

³⁷⁹ Maurice COZIAN, Alain VANDIER, Florence DEBOISSY, *op., cit.*, p.6.

³⁸⁰ Art. 227-2 du nouveau code de commerce français ; Mamadou KONE, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA comparaison avec le droit français*, édition LGDJ, p.250.

2. Les limites au libéralisme contractuel

La SAS n'est pas adaptée à toutes les entreprises africaines, même si elle reste ouverte aux grandes entreprises souhaitant développer des relations économiques internationales. Certains pensent que la liberté contractuelle se trouve limitée par l'introduction de la SASU³⁸¹. Les principes, tels la participation des salariés à la gestion de l'entreprise et des règles de renforcement des associés minoritaires sont défavorables à cette conception contractuelle³⁸². Le législateur devait au préalable mesurer son degré d'adaptabilité par rapport aux autres structures. En effet, ce n'est pas parce que la liberté contractuelle se porte bien en droit français qu'elle le sera en droit Africain, il serait intéressant de revoir les conséquences juridiques de cette structure pour la rendre plus adaptée aux entreprises africaines, avant qu'elle ne tombe rapidement en désuétude.

Cependant pour faire face à ces limites, le législateur a encadré cette liberté par des dispositions générales d'ordre public auxquelles on ne peut déroger.

B. La liberté statutaire : Un principe encadré

Cette rigueur est importante, elle a pour objet de garantir la sécurité des opérations juridiques. Une trop grande liberté dans les modalités et le fonctionnement des sociétés pourrait avoir de lourdes conséquences juridiques, et la violation de certains grands principes garants de cette sécurité juridique.

Le droit uniforme OHADA est un ensemble de règles détachées des droits nationaux, et des dispositions civiles et commerciales qui, dans chaque Etat, contribuent à la mise en œuvre du droit des sociétés. L'uniformisation des textes ne doit pas être un frein à la volonté des parties, elle doit être limitée. C'est la raison pour laquelle les statuts seront toujours soumis aux règles d'ordre public et par conséquent le principe de liberté statutaire se trouve également contraint par toutes dispositions d'ordre public.

La SAS est soumise aux principes édictés par les articles 1832 et suivants du code civil en matière civile et commerciale, notamment dans l'intérêt commun, le partage des bénéfices et des pertes, la participation des associés aux décisions collectives etc., d'où les risques lors de la rédaction des statuts (1), l'instabilité de l'actionnariat (2).

³⁸¹ L'autorisation de cette modalité sociale est en contradiction avec la conception contractuelle de la SAS.

³⁸² Mamadou KONE, *op., cit.*, p.255.

1. Les risques de la liberté statutaire

La rédaction des statuts de la SAS peut donner lieu à de nombreux risques, ils peuvent s'observer à travers deux jurisprudences de la cour de cassation française en 2007 relatives aux clauses d'exclusions³⁸³. Dans le premier cas, la chambre commerciale de la cour de cassation a énoncé dans son arrêt du 23 octobre 2007 au visa des articles 1844 al 1^{er} du code civil et L 227-16 du code de commerce :

« Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et voter. Cependant si les statuts d'une société par actions simplifiée peuvent, dans les conditions qu'ils déterminent prévoir qu'un associé peut être tenu de ne pas céder ses actions, ce texte n'autorise pas les statuts, lorsqu'ils subordonnent cette mesure à une décision collective des associés, à priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de participer à cette décision et de voter sur la proposition »³⁸⁴.

La liberté statutaire amènerait l'associé à s'exclure à participer à sa propre exclusion³⁸⁵. Dans la deuxième situation, la cour de cassation avait autorisé l'exclusion des associés dirigeants d'une SAS par les associés à travers un quorum exigé par les statuts des trois quarts des actions sans leur droit de vote³⁸⁶. La liberté statutaire a en encore une fois été fatale pour les associés dirigeants de la SAS³⁸⁷.

La liberté statutaire ne consiste pas à porter atteinte à ces dispositions, mais elle réside dans l'inapplication des dispositions régissant les assemblées d'actionnaires de la société anonyme aux sociétés par actions simplifiées et dans la mise en œuvre d'un régime propre aux décisions collectives et à la gestion de la société³⁸⁸. L'article 853-11 de l'acte uniforme révisé dispose que « les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les conditions et formes qu'ils stipulent ». Contrairement aux sociétés anonymes, cette liberté statutaire s'exprime à travers les décisions collectives, leur contenu et l'information des associés³⁸⁹.

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ Art. 853-3 de l'AUSGIE.

³⁸⁵ Amadou RABANI, *op., cit.*, p.41.

³⁸⁶ Cass.com., 23 octobre 2007, pourvoi n°06-16537, Bull.civ. IV, n°225, D.2008.47. PAILLUSSEAU Jean, « La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote », D.2008.1563.Cass.com., 5 mai 2009, Pourvoi n°08-17831.

³⁸⁷ Amadou RABANI, *op., cit.*, p.41.

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ Michel GERMAIN et Véronique MAGNIER, *Traité de droit des affaires, tome 2*, L.G.D.J, Paris, 2011.

La liberté statutaire est encadrée par l'obligation pour le président de représenter la SAS qui protège les tiers, il est responsable de la société dans les actes qui ne relèvent pas de l'objet social³⁹⁰. A côté des difficultés observées dans le processus de rédaction des statuts de la SAS, on constate un faible et instable actionnariat.

2. L'instabilité de l'actionnariat dans la SAS

L'adaptabilité de la SAS est limitée dans les pays OHADA, car la faculté pour les associés de pouvoir modeler comme il le souhaite les statuts n'a pas encore trouvé sa pleine effectivité dans la pratique. En réalité on n'est pas en présence d'une nouvelle structure de gestion, alors que l'objectif du législateur était de créer de nouvelles structures « dont la conception est dominée par l'idée d'une « société de contrat »³⁹¹.

Le rôle du législateur est de renforcer la promotion et la vulgarisation de la SAS car, elle est adaptée aux PME et aux entrepreneurs individuels. La SAS doit pouvoir atteindre le niveau d'effectivité de la SARL en Afrique, « Depuis 1999, 3000 SAS ont été créées en France et le rythme actuel est de 500 créations par mois »³⁹². Ces statistiques datent de 1999, mais elles sont devenues plus attractives en 2018. En effet, « En 2018, comme en 2017, les sociétés par actions simplifiées SAS, représentent 61% des créations de sociétés. Leur part était de 56% en 2016 et 48% en 2015. Au sein de cette catégorie juridique, la part des SAS à associé unique ou unipersonnelles reste majoritaire et se stabilise (37% des sociétés créées en 2018, comme en 2017. La part des sociétés à responsabilité limitée (SARL) se stabilise également : elle représente 36% des sociétés créées en 2018, comme en 2017 »³⁹³. Le seul risque de la SAS est qu'elle peut diminuer l'attrait de la SA par sa liberté contractuelle, toutes les autres dispositions sont similaires à la SA. Les entrepreneurs africains souhaitant contourner les lourdeurs de la SA peuvent recourir à la société par actions simplifiée.

La SAS doit être l'instrument de coopération entre entreprises, d'association des créateurs et des investisseurs puisque, les premiers ont la maîtrise de gestion quotidienne, mais n'ont généralement pas la maîtrise du capital. Les nouveaux entrepreneurs africains n'ayant pas

³⁹⁰ Amadou RABANI, *op. cit.*, p. 3.

³⁹¹ Maurice COZIAN, Alain VANDIER, Florence DEBOISSY, *op., cit.* p.389.

³⁹² Loi n°99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification.

³⁹³ Hugo GOURDON, division infrastructures et répertoire statistiques, Insee « La création d'entreprises en 2018 », www.insee.fr.

encore la maîtrise de certaines techniques sociétaires pourraient évoluer dans cette forme juridique et bénéficier d'une plus grande liberté d'organisation.

Pour toutes ces raisons, le professeur PAILLUSSEAU s'est penché sur l'analyse de la pertinence de cette structure. De cette analyse découlent plusieurs interrogations, parmi lesquelles « la nouvelle SAS va-t-elle éclipser les autres formes de société commerciale ? Va-t-elle être la société préférée des hommes d'affaires au détriment de la SA, la SARL, et les sociétés de personnes ?³⁹⁴

« La consécration de la société par actions simplifiée apparaît comme une réponse à la situation de non-application de certaines formes sociétaires contenues dans l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales, en raison soit de leur rigidité³⁹⁵, soit du coût de leur capital social³⁹⁶.

La SAS est un modèle de gestion culturellement compatible avec les sociétés traditionnelles africaines dans lesquelles la majeure partie des chefs se concertent volontairement pour des décisions importantes qui engagent la collectivité. Dans ces sociétés la tenue des assemblées générales est assimilée à ce que l'on appelle « l'arbre à palabres ».

La société par actions simplifiées est une solution aux inquiétudes de l'opinion selon laquelle la sécurité juridique n'est pas exclusive de flexibilité dans l'organisation des activités économiques. C'est ce que semble avoir compris les pays membres de l'OHADA lors de la réforme des dispositions applicables aux sociétés commerciales.

Dans un contexte de rude concurrence entre les différents systèmes juridiques, les Etats sont incités à avoir une meilleure connaissance des besoins des entrepreneurs locaux. Sur ce point, la liberté de gestion conférée aux associés de la SAS pour concevoir son aspect juridique constitue une grande avancée.

Beaucoup de structures ont aujourd'hui pris la forme d'une SAS, c'est le cas des sociétés d'économies mixtes. Ces sociétés, sous la forme de SAS, représenteraient un nouvel outil juridique pour la conception d'une industrie locale³⁹⁷. La médiatisation de la SAS, permet aux autorités des Etats membres d'attirer beaucoup plus de jeunes diplômés séduits par

³⁹⁴ La SAS est une structure fortement personnalisée.

³⁹⁵ SNC, SCS

³⁹⁶ Amadou RABANI, *op. cit.*, p.47.

³⁹⁷ Frank Elvis VODOM NDJOLO, *op. cit.* p.76.

l'entrepreneuriat vers le secteur formel³⁹⁸. Dans un contexte d'éradication des entreprises informelles, la société par actions simplifiée est un outil excellent pour la formalisation de l'informel. L'absence de capital minimum est un véritable avantage dans le choix de la SAS pour les entrepreneurs.

Cependant, « l'efficacité et le succès d'une entreprise ne dépend pas que de la poussière de contrats qu'elle a conclu mais plutôt du droit secrété par l'environnement dans lequel elle évolue. Cela est un facteur déterminant de ses performances et de sa réussite »³⁹⁹.

La nouvelle SAS pourrait séduire les créateurs de jeunes entreprises innovantes encore peu connues. En effet, en raison de la réticence des associés à partager le risque de défaillance des entreprises par manque de confiance,⁴⁰⁰ la mutualisation de plusieurs établissements de crédit au sein de la SAS permettrait de réduire l'obligation des établissements financiers dans la contribution aux pertes de la société.

L'originalité de la SAS au sein des typologies des sociétés commerciales du droit de l'OHADA est liée à sa nature contractuelle, ce qui la différencie aussi bien des SARL que de la SA même si elle partage le même régime juridique sur de nombreux aspects. « Le caractère institutionnel de la société y est subsidiaire. Cette subsidiarité découle de la prééminence accordée par l'AUSGIE aux statuts »⁴⁰¹. Cette approche correspond culturellement à l'attachement au consensualisme et à la valeur donnée aux rapports humains en Afrique noire francophone⁴⁰². La société par actions simplifiée est une structure très adaptée aux réalités africaines, cette adaptation devrait favoriser une attractivité rapide. Ce qui explique l'opinion selon laquelle « Le droit est profondément une pratique sociale traditionnelle et doit l'être »⁴⁰³.

Sur la base de l'ensemble de ces critères, on peut espérer que la réception de la SAS augure de nouveaux horizons et nouveautés juridiques dans l'espace OHADA, il incombe désormais aux opérateurs économiques, ainsi qu'aux praticiens de droit d'en faire bon usage.

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ Anani Eliott SITTI, *op. cit.* p.57-58.

⁴⁰⁰ Frank Elvis VODOM NDJOLO, *op. cit.* p.77.

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² Eliott Anani SITTI, *op. cit.* p.58-60.

⁴⁰³ La version d'origine de cette citation en anglaise est la suivante « Law is profoundly traditional social practise, and it must be »: Martin KRYGIER, « Law as tradition » (1986) 5-2 Law and philosophy 239.

La société par actions simplifiées est la structure par excellence de la souplesse et de la commodité dans la gestion, grâce à son capital adapté aux moyens des associés⁴⁰⁴. Tout ce que l'on peut souhaiter, c'est que le succès enregistré dans le monde des affaires en France se transpose dans les pays membres de l'OHADA pour en faire une réforme réussie au profit des entrepreneurs. Ceci semble bien se refléter au niveau des groupements et structures de collaboration, très récurrentes en Afrique en raison de leur forte attractivité.

Section 2. L'attractivité économique des structures favorisant le partenariat d'entreprise

L'Acte uniforme a également créé des sociétés et groupements immatriculés à risques illimités comme le Groupement d'intérêt économique. Cependant, à la différence de la SA et la SARL, le montant du capital n'est pas la limite de l'engagement des associés. C'est la raison pour laquelle il est recommandé d'être très prudent lors du choix de cette structure qui présente néanmoins de nombreux avantages. Le groupement d'intérêt économique est traité sous le livre II de l'Acte uniforme qui traite des dispositions spécifiques aux sociétés commerciales⁴⁰⁵. Mais le droit OHADA régit un mode de groupe à risque limité, permettant d'appréhender un type d'organisation économique répandu dans le monde entier selon des principes démocratiques, il s'agit de la société coopérative. Ces structures contribuent de manière très effective au développement des activités entrepreneuriales (§ 1), il en est de même pour les groupes de sociétés favorisant l'accueil des situations de concentration économique en droit OHADA (§ 2).

§ 1. Une contribution effective des structures d'aide au développement des entreprises

En droit OHADA, les structures d'aide au développement de l'activité des entreprises sont au nombre de deux, nous avons le groupement d'intérêt économique qui constitue un outil efficace de regroupement des entreprises (A) et la société coopérative, un modèle social démocratique de regroupement des activités économiques (B).

⁴⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵ Les règles relatives aux sociétés civiles demeurent prévues, le cas échéant, par le droit national de chaque Etat membre.

A. Le groupement d'intérêt économique, outil efficace de regroupement des entreprises OHADA

Le GIE est une forme juridique particulière, son régime est proche du droit français⁴⁰⁶, il est conçu pour redonner plus de force à l'activité économique de ces membres, car l'union permet d'assurer la viabilité économique des activités. Le GIE a été conçu pour faciliter aux entreprises la collaboration en vue de l'accroissement de leur activité⁴⁰⁷. Les entrepreneurs y trouvent de nombreux avantages en termes de développement économique, à travers son régime juridique (1), mais comporte souvent des limites qui peuvent porter atteinte à cette attractivité (2).

1. Un régime juridique attrayant

L'attractivité du groupement d'intérêt économique s'exprime par sa grande simplicité et ses nombreux avantages. Cette simplicité est souvent apparente, car elle cache une difficulté concernant les personnes susceptibles de mettre en œuvre des groupements d'intérêt économique⁴⁰⁸. En effet, si le législateur donne le droit aux entrepreneurs de constituer un GIE avec deux ou trois personnes, cela n'autorise pas tout le monde à créer un GIE⁴⁰⁹ qui intéresse en particulier les entreprises sociétaires exportatrices. Le GIE permet à ces entreprises d'avoir des antennes à l'étranger et de réduire les frais de prospection, surtout des PME. Le projet de GIE nécessite de la part de l'entrepreneur un accompagnement de la structure par des dispositions législatives d'ordre fiscal accordant le bénéfice de la transparence fiscale au groupement.

La création du GIE a pour objectif de faciliter, développer, améliorer l'activité économique de ses membres⁴¹⁰. Ainsi, des personnes exerçant une profession libérale peuvent être membre d'un GIE⁴¹¹. Le champ d'application des activités autorisées dépasse largement celui des sociétés commerciales.

⁴⁰⁶ Ordonnance n°67-821 du 23 septembre 1967, modifiée par la loi n°89-377 du 13 juin 1989, codifiée sous les articles L.251-1 à L.251-23 du code de commerce.

⁴⁰⁷ François ANOUKAHA, Abdoulaye CISSE, Ndiaw DIOUF, Josette NGUEBOU TOUKAM, Paul Gérard POUGOUE, Moussa SAMB, *Société commerciales et GIE*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.532.

⁴⁰⁸ Eric DEWEDI, « L'attractivité du groupement d'intérêt économique en droit Ohada », *Penant revue trimestrielle de droit africain* n°871, Avril-Juin 2010, juris africa, p.168.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ François ANOUKAHA, Abdoulaye CISSE, Ndiaw DIOUF, Josette NGUEBOU TOUKAM, POUGOUE Paul Gérard, Moussa SAMB, *op. cit.* p.533.

⁴¹¹ Article 871 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

Avec le droit OHADA, les Etats peuvent créer un GIE de deux ou plusieurs personnes physiques ou morales dont l'activité se rapporte à la production, la répartition, la circulation, ou la consommation de richesses⁴¹². Les commerçants, les agriculteurs, les membres de professions libérales, les entreprises publiques peuvent contribuer au GIE⁴¹³. Cette forte attractivité du GIE est liée à l'admission des membres commerçants et non commerçants. Le champ d'application du GIE est large, il regroupe à la fois des activités commerciales et civiles.

L'intérêt de la mise en œuvre de cette structure réside dans la volonté de renforcer la capacité de ses membres à prospérer dans le cadre de leurs activités. Ceci est très vital pour les petites et moyennes entreprises⁴¹⁴. Le GIE représente l'idée de la mise en commun des moyens pour plus d'efficacité⁴¹⁵.

Le GIE est l'outil idéal mis à la disposition des petites et moyennes entreprises pour réaliser des affaires de grande importance⁴¹⁶. Ainsi, dans le cadre d'une durée déterminée, le GIE offre tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres⁴¹⁷. La mise en œuvre d'un GIE a pour objectif l'amélioration du résultat de ses membres⁴¹⁸. En raison de tous les avantages qu'il offre, le GIE est l'une des structures les plus attractives du droit OHADA.

Le droit OHADA a été mis en œuvre pour renforcer l'attractivité des investisseurs à tous les niveaux. Le principal axe de cette attractivité est lié au degré de compétitivité des acteurs économiques par la mise en commun des moyens à travers la constitution d'un GIE. Cette attractivité s'apprécie différemment selon qu'il s'agit de membres du groupement ou de ses créanciers⁴¹⁹. La création du GIE en droit OHADA est une inspiration du droit français que

⁴¹² Eric DEWEDI, *op. cit.* p.169.

⁴¹³ François ANOUKAHA., Abdoulaye CISSE, Ndiaw DIOUF, Josette NGUEBOU TOUKAM, Paul Gérard, Marcel SAMB, *op. cit.* p.535.

⁴¹⁴ En France, le groupement d'intérêt économique a été créé pour permettre aux petites et moyennes entreprises françaises de faire face à la concurrence dans le marché commun européen.

⁴¹⁵ Eric DEWEDI, *op. cit.* p.169.

⁴¹⁶ Pour le professeur GUYON, les besoins de l'économie moderne vont souvent au-delà des moyens dont dispose un commerçant isolé, aussi riche soit-il... A partir d'un certain montant du chiffre d'affaires ou d'un certain effectif de salariés, on ne retrouve plus d'entreprises individuelles ; Yves GUYON, *op. cit.* p.89.

⁴¹⁷ Article 869 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique.

⁴¹⁸ Georges RIPERT et René ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t.2, LGDJ, Paris, 2002, p. 712.

⁴¹⁹ Eric DEWEDI, *op. cit.* p.170.

l'union européenne a également adopté⁴²⁰. Contrairement aux associations, le GIE peut réaliser des bénéfices distribuables entre ses membres.

Les membres du GIE disposent d'une plus grande liberté que les associés d'une société commerciale, ils ont la possibilité de prévoir dans le contrat toutes les règles afférentes à l'organisation du GIE⁴²¹.

Les règles impératives et contraignantes sont rares dans les GIE, d'où leur originalité par rapport aux sociétés commerciales⁴²². Ces règles ont leurs intérêts dans les sociétés commerciales, car elles visent à assurer l'équilibre entre les associés minoritaires et majoritaires⁴²³. Cependant, en dehors des membres, on peut trouver dans le GIE des dispositions destinées à la protection des tiers⁴²⁴. Le GIE est attractif pour les tiers, même les créanciers qui détiennent une créance sur le GIE.

Cependant, en tant que structure d'aide au développement des activités entrepreneuriales, il ne doit pas contribuer à la spoliation des biens de ces derniers, car la responsabilité solidaire des membres du GIE peut parfois avoir un impact négatif. Les membres du GIE sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes, sans distinction entre l'objet civil ou commercial du GIE, c'est la raison pour laquelle le GIE peut être transformé en société en nom collectif. En effet, le GIE peut être créé sans capital, et en cela il est très proche de la SNC⁴²⁵.

Le but du législateur OHADA est de renforcer la confiance des investisseurs, il veut rendre le GIE attractif pour les créanciers.

La pratique révèle l'existence de milliers de GIE qui ont connu un grand succès en France, on peut citer le PMU, créé en 1983 par les sociétés de course, qui sont des associations, ou bien la Carte bancaire, créé en 1984 et qui mobilise plus de 200 institutions financières et établissements de crédit implantés en France, tel le GIE gérant un système interbancaire unique de paiement et de retrait par carte.

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ Eric DEWEDI, *op. cit.* p.171.

⁴²² La personnalité morale n'est acquise pour les sociétés commerciales qu'en contrepartie du respect des règles obligatoires surtout en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes. C'est uniquement dans les structures en nom collectif et en commandite qu'une relative liberté est accordée aux membres.

⁴²³ Eric DEWEDI, *op. cit.* p. 171.

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ Le législateur prévoit même qu'un GIE peut se transformer en société en nom collectif (Art. 882 de l'AUSC).

Le GIE est un moyen d'entreprendre pour les petites et moyennes entreprises qui souhaitent collaborer dans l'optique d'améliorer leurs activités, et d'intervenir sur des marchés extérieurs. Les salariés d'un groupement qui doivent avoir une maîtrise totale de chaque entreprise membre et ses réalisations, seront envoyées à l'étranger.

Le GIE est une opportunité pour les PME de réaliser des performances qu'elles ne peuvent accomplir toutes seules⁴²⁶. L'amélioration du résultat de ces entreprises est conditionnée par la mise en commun de leurs moyens, d'où une problématique également importante, la question des apports nécessaires à la constitution du GIE⁴²⁷.

La création du GIE n'est soumise à aucune contrainte juridique, il n'y a pas de somme minimale exigée, aucun délai n'est fixé pour la libération des apports⁴²⁸. Le GIE est proche de la SNC pour laquelle la loi prévoit uniquement que « le capital social soit divisé en parts sociales de même valeur nominale »⁴²⁹. Le GIE se différencie à ce sujet de la société à responsabilité limitée et de la société anonyme⁴³⁰, car les membres du GIE bénéficient de beaucoup plus d'opportunités que les associés de la SARL ou les actionnaires de la SA⁴³¹.

La loi ne fixe aucune limite aux membres du GIE⁴³², ils ont le choix entre les apports en numéraire, en nature⁴³³ ou en industrie.

Les associés de la SARL et actionnaires de la SA ne peuvent faire des apports en industrie, l'interdiction s'explique par le fait que les apports en industrie ne peuvent être immédiatement

⁴²⁶ Eric DEWEDI, *op. cit.* p.144.

⁴²⁷ La notion d'apport revêt deux sens, d'une part il peut s'agir d'une opération consistant à mettre en œuvre certains biens à la disposition d'une société et d'autre part un bien lui-même mis à la disposition de la société. CAMBASSEDES Marie-Josèphe, « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », *Rev. Soc.*, 1976, p.431. Il existe aussi le quasi-apport : voir même Mirène GENINET, « Les quasi apports en société », *Revue sociale*, 1987, p.25-52.

⁴²⁸ Eric DEWEDI, *op. cit.* p.144.

⁴²⁹ AUSC. Art. 273.

⁴³⁰ En effet, la constitution d'une SARL nécessite un capital social d'un million de francs au minimum divisé en valeurs nominales dont le montant ne peut être inférieur à 5000 francs. Art.311. De plus, les apports doivent être intégralement libérés afin que la SARL soit définitivement créée. Il en est de même pour la SA, le capital social est de dix millions de francs divisé en actions dont le montant minimal ne peut être inférieur à 10 000 francs. L'ensemble des apports doit être libérés dans un délai obligatoire. Art.387-389.

⁴³¹ Eric DEWEDI Eric, *op. cit.* p.56.

⁴³² Selon l'article 40 de l'AUSC, il ya, généralement trois types d'apports, à savoir l'argent par apport en numéraire, l'industrie par apport de main-d'œuvre, les droits portant sur des biens en nature, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels par apport en nature.

⁴³³ Selon l'article 49 de l'AUSC, l'apport en nature est évalué. L'évaluation des apports en nature protège les créanciers contre les surévaluations, principalement dans les sociétés de capitaux. En effet, dans ces structures, les membres ne sont responsables dans la limite de leurs apports. La surévaluation d'un apport en nature augmente artificiellement le capital social ; François ANOUKAHA, *op. cit.* p.57.

libérés, ils correspondent à une prestation qui s'échelonne dans le temps⁴³⁴. De plus, l'apport en industrie est insaisissable⁴³⁵. Les membres des SARL et SA ne sont responsables des dettes sociales que dans la limite de leurs apports, l'apporteur en industrie serait en quelque sorte exonéré de participer au paiement de la dette⁴³⁶. Ces restrictions n'existent pas à l'égard des membres du GIE qui peuvent recourir à tous les moyens susceptibles de participer au développement de leurs activités.

Cette souplesse s'apprécie au niveau des organes de gestion et de contrôle, les membres du GIE sont libres dans l'organisation des conditions de tenue des organes de gestion, ils sont libres de fixer à leur guise les modalités de gestion du GIE. Le choix des administrateurs est libre, ils ont la faculté de nommer les administrateurs en leur sein ou de recourir à des tiers⁴³⁷.

Le GIE permet à ses membres d'avoir une large marge de manœuvre pour prévoir des exonérations au profit des nouveaux membres, il attire les personnes⁴³⁸ à l'intégrer. Par exemple un ancien créancier peut devenir membre du GIE. De plus, un GIE comportant uniquement des personnes morales peut décider d'y faire entrer une personne physique⁴³⁹. L'avantage consiste pour ces nouveaux membres à ne pas être tenus responsables des dettes du GIE sur leur patrimoine personnel⁴⁴⁰. Cependant, une telle pratique peut créer un déséquilibre car on a du mal à justifier qu'un nouveau membre soit habilité à prendre profit de tous les avantages relatifs à l'appartenance au GIE et être exonéré de la responsabilité indéfinie et solidaire des dettes du GIE lors de son entrée. Cette pratique est source d'inégalités car certains bénéficient d'une exonération, d'autres non.

Le refus d'une exonération se justifie par le fait que le nouveau membre connaît la situation de l'entreprise et les conséquences qui en découlent en ce qui concerne les dettes sociales⁴⁴¹. La situation est pareille pour le GIE, elle permet d'éviter d'y trouver des membres traités inégalement dont certains sont exonérés, et d'autre non. On a constaté que certaines personnes physiques ou morales, tentent leur adhésion afin d'obtenir une exonération, causant

⁴³⁴ Eric DEWEDI, *op. cit.* p.145.

⁴³⁵ Jean-Marie RICHARD « A propos de la contribution aux pertes et aux dettes de l'apporteur en industrie », J.C.P 1980.91.57.

⁴³⁶ Eric DEWEDI, *op. cit.* p.145.

⁴³⁷ François ANOUKAHA , Abdoulaye CISSE, Ndiaw DIOUF, Josette NGUEBOU TOUKAM., Paul Gérard POUGOUE, Marcel SAMB, *op. cit.* p. 536.

⁴³⁸ Morales ou physiques.

⁴³⁹ Isabelle PASCUAL, « La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés », *R.T.D.*, com., 1998, p.273.

⁴⁴⁰ Eric DEWEDI, *op. cit.* p.170.

⁴⁴¹ *Ibid.*p.171.

ainsi, de fait, une inégalité au sein des membres. Généralement ces risques peuvent être évités par le biais des avantages que le GIE tire de leur adhésion.

L'exonération des nouveaux membres du GIE des dettes existantes avant leur intégration dans la structure et les conventions avec les tiers destinées à mettre fin à la solidarité constituent deux aménagements contractuels qui peuvent réduire l'attractivité du GIE, particulièrement à l'égard des créanciers. Cependant, elles ne le privent pas entièrement d'attractivité.

La plupart des entrepreneurs préfèrent se lancer dans des affaires à risque limité, le risque illimité est très souvent facteur de faillite, il engendre des conséquences difficiles pour le débiteur. L'objectif du GIE est la promotion de l'activité économique de ses membres, elle nécessite de la part de ses membres des efforts considérables, les membres doivent être actifs comme dans les sociétés en nom collectif.

Le choix du GIE est recommandé dans les pays OHADA, il permet aux sociétés africaines de mieux coopérer et de partager des techniques et savoir-faire leur permettant de faire face à la concurrence à l'échelle régional et international. Le GIE permet aux membres personnes physiques de se partager les frais les plus modestes comme l'embauche d'une secrétaire commune pour différentes professions libérales ou la mise en commun de moyens. Le rôle du GIE est de faciliter le développement de l'activité personnelle de ses membres.

Le Groupement d'intérêt économique en droit OHADA offre un style particulier de fonctionnement basé sur un contrat permettant de bénéficier d'un régime juridique spécifique⁴⁴². L'objectif est de renforcer l'efficacité de l'activité économique de ses membres. Cette efficacité va se construire par les qualités que doivent remplir les membres du GIE, ils sont titulaires de droits politiques et patrimoniaux⁴⁴³.

Le GIE est ouvert rappelons-le, à plusieurs secteurs d'activités, il est plus aisé de devenir membre d'un GIE que d'une société commerciale. Les conditions d'adhésion sont souples pour les entrepreneurs personnes physiques surtout les nouveaux entrepreneurs, ils ont besoin d'adhérer à des groupements, afin de renforcer le suivi de leur activité.

⁴⁴² BENOIT LE BARS, *op. cit.* p.258.

⁴⁴³ *Ibid.* p.259.

Les membres ont également la possibilité de se retirer du groupe dans les conditions prévues dans le contrat, après exécution de leurs obligations⁴⁴⁴. En effet, il est plus simple de se retirer d'un GIE que d'une SNC⁴⁴⁵, les membres doivent juste s'acquitter de leur part en ce qui concerne la dette. Les entrepreneurs, futurs membres doivent toujours prévoir dans la convention une clause relative à la sortie et l'organisation du GIE. Cependant, le législateur devrait inclure la possibilité d'exclusion de l'un des membres dans l'hypothèse, d'un non-respect des obligations financières, des devoirs de contribution à un projet commun, en cas de changement de contrôle ou d'évolution de l'actionnariat d'un membre personne morale⁴⁴⁶.

La mise en place d'une assemblée est plus facile dans un GIE que dans une société, la procédure est moins lourde et contraignante que dans les sociétés commerciales. Le législateur a fait en sorte de faciliter la communication au sein des membres puisque leur objectif est la mise en commun de moyens diverses pour leurs intérêts. Cependant, les membres n'ont pas tous, les mêmes droits. Le contrat peut attribuer à certains membres du GIE un nombre de voix différent de celui attribué aux autres membres⁴⁴⁷.

Le GIE a connu un essor considérable au sein des Etats de l'OHADA, c'est son effervescence qui a conduit le législateur à l'intégrer au sein de sa législation. Le GIE est la structure préférée des micros entreprises, car il peut être constitué sans apport. Le Sénégal fait partie des pays OHADA dans lequel ont été créés de très grands GIE parmi lesquels on peut citer, le GIE AFTU⁴⁴⁸ instauré dans 9 régions du pays, ce sont des propriétaires de bus qui se sont regroupés en GIE à travers tout le Sénégal, il existe quatorze GIE à DAKAR, trois à SAINT LOUIS, trois à Thiès, un à Louga, deux à Kaolack, un à Tambacoundou, un à Ziguinchor. Le secteur du transport est en plein essor au Sénégal grâce à la création du GIE. De plus, l'Etat du Sénégal dans la concrétisation du projet a bénéficié d'un soutien important de la Banque mondiale.

L'AFTU est une association qui réunit quatorze GIE de transporteurs, elle a eu un grand impact sur l'amélioration des conditions de transport des populations sénégalaises, et bénéficie « d'un montant de crédit de 14, 8 milliards CFA dont 14, 6 recouverts à ce jour (un

⁴⁴⁴ Article 876 de l'AUSC.

⁴⁴⁵ BENOIT LE BARS *op. cit.* p.259.

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ *Ibid.* p.260.

⁴⁴⁸ Association de financement des professionnels du transport urbain.

reliquat de 250 millions est en cours de recouvrement) »⁴⁴⁹. « Les sommes recouvrées par l'AFTU sont gérées dans le cadre d'un fond revolving de financement du parc. Au bout de 14 ans d'activités, l'AFTU a réussi à obtenir sur sa signature des financements de 21,7 milliards (pour 700 et 450 minibus) par des banques sénégalaises, dont elle assure une très correcte couverture grâce à un service de renouvellement efficace... Un bon signe de notre maturité reconnue par le marché »⁴⁵⁰.

Le GIE est une structure d'affaires d'une efficacité opérationnelle, liée à la possibilité pour plusieurs structures de diriger des actions communes en conservant chacune son indépendance. Le GIE présente également une efficacité juridique liée à la personnalité morale, car il permet à ses membres de bénéficier des avantages d'une entité autonome distincte, avec adresse, capacité de contracter, d'acquérir des immeubles, de saisir la justice pour défendre ses intérêts.

En effet, à la différence des autres structures d'affaires régies par le droit OHADA, il présente plus de simplicité, il dispose d'un statut légal peu contraignant. Le GIE est conseillé aux entreprises qui veulent se regrouper sans perdre leur indépendance. Le législateur OHADA prévoit un régime fiscal forfaitaire et incitatif, il met fin à certaines rigidités et offre aux entreprises un cadre de coopération plus souple, notamment les entreprises viticoles, l'aviation, le secteur bancaire et la conquête vers les marchés extérieurs.

L'un des plus grands avantages fiscaux du GIE est la possibilité d'opter pour l'impôt sur les sociétés, un régime fiscal forfaitaire incitatif et souple. Les formalités de constitution ne sont pas contraignantes, il suffit de mettre en place un acte sous seing privé pour constituer un GIE, l'intervention du notaire est facultative.

Cependant, on a constaté que la SAS est souvent privilégiée au détriment du GIE, en raison de sa grande souplesse et la liberté qu'elle confère à ses fondateurs.

Le GIE assure l'indépendance juridique des membres, il est adapté à la concurrence internationale au développement des PME et à la conservation de leurs individualités. Le législateur OHADA a apprécié le choix juridique du GIE à sa juste valeur, les pays de

⁴⁴⁹ www.aftu-senegal.org

⁴⁵⁰ *Ibid.*

l'OHADA avaient besoin de renforcer l'intégration de leurs économies et aider les entreprises à satisfaire la demande sur les quatre points du marché⁴⁵¹.

Le GIE marque « une renaissance de la liberté contractuelle »⁴⁵², il permet aux membres de compléter les statuts par des stipulations contractuelles adaptées à leurs besoins et de se constituer sans capital⁴⁵³. La responsabilité indéfinie et solidaire s'étend à une possibilité d'exonération des nouveaux membres des dettes avant leur entrée en vigueur dans le groupement⁴⁵⁴. Cette règle permet d'attirer de nouveaux adhérents qui ne seront responsables que des dettes postérieures à leurs entrées en vigueur.

Le GIE favorise la coopération interentreprises dans l'espace OHADA⁴⁵⁵, il permet la résolution des difficultés liées à la taille réduite des PME. En effet, ces difficultés, les empêchaient auparavant d'être compétitives dans les échanges commerciaux internationaux⁴⁵⁶.

Le GIE possède également un atout psychologique majeur par rapport aux groupes de sociétés tout en permettant aux membres de conserver une indépendance juridique dans le développement de leurs affaires, il peut servir de « cadre transitoire avant une intégration plus poussée dans le cadre d'un groupe de sociétés qui impliquerait une unité de direction⁴⁵⁷. L'efficacité du GIE est remarquable en droit français, l'exemple le plus approprié est celui d'AIRBUS-INDUSTRIE qui constitue un des plus exemplaires GIE au niveau international. Cependant, devenu inadapté, il a été transformé en SAS depuis le 1^{er} janvier 2001, il était impossible pour ses membres fondateurs de le transformer en SA, la transformation en SNC restait l'unique alternative⁴⁵⁸. On pourrait tout simplement transformer le GIE en SNC puis ensuite en SA, mais cela ne serait pas conforme à la loi, car le GIE met en œuvre sa propre structure de décision et de financement⁴⁵⁹.

L'attractivité des investisseurs pourrait se faire par la mise en place d'un groupement d'intérêt économique communautaire à l'image du groupement européen d'intérêt économique. En

⁴⁵¹ Encyclopédie droit OHADA p.59.

⁴⁵² Yves GUYON, Droit des affaires, tome 1, *Droit commercial général des sociétés*, Economica, 2003, p.536.

⁴⁵³ Article 870 de l'AUSGIE.

⁴⁵⁴ Article 873 al.1 de l'AUSGIE.

⁴⁵⁵ Encyclopédie OHADA p.59.

⁴⁵⁶ *Ibid.*

⁴⁵⁷ MODI KOKO BEBEY Henri-Désiré, La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie, Ohada, *IDEF*, www.institut-idef.org

⁴⁵⁸ Il n'y a pas une grande différence entre le GIE et la SNC.

⁴⁵⁹ Maurice COZIAN, *op. cit.* p.501.

effet, il est conseillé aux entreprises des pays de l'OHADA qui veulent coopérer entre elles de créer « un instrument de rapprochement largement harmonisé sur le plan communautaire »⁴⁶⁰. Le groupement fonctionnerait sur le même modèle que celui prévu par l'acte uniforme, l'intégration des membres relevant de plusieurs Etats de l'OHADA va considérablement renforcer l'attractivité des investisseurs. La Capitale économique du Bénin comporte plus de 78 GIE, et plus les années passent, plus le taux de création augmente⁴⁶¹.

En définitive depuis sa création en droit OHADA, le GIE, structure dotée de personnalité juridique, n'est ni une société, ni une association, il constitue un cadre juridique intermédiaire entre la société et l'association. Le GIE est un outil de coopération entre entreprises préexistantes, plus simple et efficace que la société commerciale, qui au surplus voit sa capacité juridique limitée. Il est devenu la solution alternative à la constitution par les entreprises souhaitant collaborer avec une filiale commune, qu'elles ne veulent pas créer, au risque de causer des problèmes de déséquilibre des pouvoirs, et qui reste dans un premier temps tournée vers la recherche et le partage de bénéfices, d'où l'intérêt de comprendre comment le GIE par son attractivité contribue au développement des activités économiques de l'entreprise et dans quelle mesure cette attractivité peut être limitée.

2. Les limites à l'attractivité du GIE en droit OHADA

En droit OHADA, la création d'un GIE est une nouvelle opportunité offerte aux entreprises de mettre en commun leurs ressources matérielles, financières pour développer leurs activités économiques. Cependant, depuis son insertion au sein de la législation OHADA, il fait l'objet de nombreuses critiques conduisant à s'interroger sur son attractivité. En effet, l'objectif de cette structure est souvent compromis, car les membres disposent d'une grande liberté dans sa mise en œuvre. Cette trop grande liberté est souvent contraignante, elle n'a de limites que dans quelques règles obligatoires destinées à la protection des tiers : il s'agira de l'inopposabilité aux tiers des clauses limitatives des pouvoirs de l'administrateur ou des administrateurs et de la responsabilité indéfinie et solidaire des membres par rapport aux

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ Selon les informations dévoilées par le GUFÉ au tribunal d'Abomey-Calavi au Bénin le 21 avril 2015, deux GIE ont été créés en 2013 et un, en 2014.

dettes du GIE⁴⁶². En réalité, cette responsabilité indéfinie et solidaire des membres relative aux dettes réduit fortement l'attractivité du GIE.

- **Limites liées à la responsabilité indéfinie et solidaire des membres du GIE**

Cette responsabilité indéfinie et solidaire est à l'origine de plusieurs difficultés. Par exemple, lorsque la personne morale membre du GIE est une entreprise publique, elle ne peut pas être considérée comme tenue à l'obligation solidaire et indéfinie par rapport aux dettes de ce dernier⁴⁶³. La diversité des statuts des membres du GIE porte atteinte à l'obligation indéfinie et solidaire.

L'impact de la responsabilité définie et solidaire dans le GIE ne doit pas être négligé, il est nécessaire de mesurer l'impact des conventions sur l'attractivité du GIE. L'article 873 de l'AUSC prévoit que les membres du GIE sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales, sauf convention contraire. Une telle disposition peut heurter la volonté des entreprises à se regrouper en GIE. L'expression convention contraire est sujette à discussion, elle s'apprécie de différente manière, mais dans ce contexte il s'agit d'une convention tendant à faire disparaître l'obligation indéfinie et solidaire au paiement des dettes.

Le GIE est une structure qui comporte de nombreux atouts, il serait dommage qu'elle perde sa crédibilité auprès des entreprises. L'usage de convention offrant des privilèges aux nouveaux membres et excluant la solidarité aux dettes par des accords avec les tiers contractants est une limite à l'attractivité du GIE. Le GIE fait partie des structures qui ont beaucoup suscité l'engouement des entreprises. En effet, dans ses écrits, le professeur KEBA MBAYE indique que le droit OHADA « est un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance »⁴⁶⁴.

Le droit OHADA a été conçu pour être attractif, l'attractivité de ce droit est une des plus grandes préoccupations des Etats africains. Les praticiens du droit se fondent toujours sur la volonté suscitée auprès des Etats membres, tel le Nigéria et le Ghana⁴⁶⁵. L'usage de ces conventions a suscité beaucoup d'interrogations. En effet, on se pose la question à savoir si

⁴⁶² Eric DEWEDI, « Réflexion critique sur l'attractivité du groupement d'intérêt économique (GIE) en droit de l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Les cahiers de droits*, vol.57 n°1, mars 2016, p.131.

⁴⁶³ *Ibid* p.158.

⁴⁶⁴ Code Vert OHADA.

⁴⁶⁵ Paul-Gérard POUGOUE, Yvette- Rachel KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'OHADA*, Yaoundé, Presses universitaires d'Afrique, 2008, p.172.

« La grande liberté dont disposent les membres du GIE quant à son organisation et à son fonctionnement ne menace pas l'intérêt des créanciers du GIE ? L'obligation indéfinie et solidaire des membres du GIE par rapport à ses dettes est-elle effectivement une mesure de protection des créanciers ? Pourquoi a-t-on prévu des aménagements à cette obligation ? »⁴⁶⁶.

L'intérêt de toutes ces interrogations est de montrer l'importance du GIE auprès des opérateurs économiques. En effet, il résulte d'une enquête sur le terrain avec certains opérateurs économiques, que parmi les plus solvables, membres d'un GIE⁴⁶⁷, il existe une crainte chez eux d'être les seuls à répondre auprès des créanciers du passif social, pour eux, il est alors meilleur de procéder à la création d'une nouvelle société à responsabilité limitée qui va entraîner de lourdes charges.

L'attractivité du GIE varie en fonction du statut de ces membres, le droit OHADA a voulu faire du GIE une structure attractive pour les Etats membres et les créanciers. Les accords conclus entre les membres ou avec les tiers peuvent, selon les cas diminuer ou augmenter cette attractivité⁴⁶⁸. La volonté du législateur OHADA, se trouve très fortement compromise, mais l'attractivité demeure par le choix de conventions particulières. En dehors des difficultés causées par cette responsabilité indéfinie et solidaire, il existe des limites dans les actes de gestion des administrateurs du GIE.

- **Limites relatives aux actes de gestion des administrateurs du GIE**

Les dettes qui résultent des engagements du GIE sont souvent inquiétantes, il résulte de l'article 879 de l'AUSC, qu'un administrateur n'engage le GIE que dans ses rapports avec les tiers pour les actes qui font partie de l'objet social. En effet, en ce qui concerne la possibilité pour les administrateurs du GIE d'engager ce dernier pour les actes accomplis en dehors de l'objet social, aucun pouvoir ne leur a été conféré⁴⁶⁹. L'objet est le seul critère par lequel le GIE peut être financièrement engagé. Afin de renforcer l'attractivité du GIE à l'égard des créanciers, il est nécessaire que les actes de l'administrateur ou des administrateurs soient en mesure d'engager le GIE lorsque les actes ne relèvent de l'objet social⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ Eric DEWEDI, *op. cit.* p.140.

⁴⁶⁷ Entretiens effectués à Cotonou au Bénin.

⁴⁶⁸ Eric DEWEDI, *op. cit.* p.141.

⁴⁶⁹ *Ibid*, p.151.

⁴⁷⁰ *Ibid*, p.152.

Comme le souligne la doctrine, l'objet perd peu à peu sa valeur⁴⁷¹, les juges devraient procéder à l'interprétation de l'article 879 de l'AUSC dans un sens favorable à l'engagement du GIE possédant un engagement pour les actes des administrateurs, y compris ceux qui se situent à l'extérieur de l'objet social⁴⁷².

Cette mesure permettrait de faciliter, le renforcement de la règle de l'inopposabilité des clauses limitatives des pouvoirs aux tiers⁴⁷³. L'interdiction des actes de gestion externe doit être revue afin d'améliorer l'attractivité du groupement d'intérêt économique. En effet, la responsabilité des membres du GIE étant indéfinie et solidaire dans le cadre du GIE, il est inacceptable que les actes de gestion externe soient interdits.

Cela nécessite de la part de ces derniers un plus grand engagement, comme c'est le cas pour les associés de la SNC⁴⁷⁴. En effet, lorsqu'un membre qui n'est pas administrateur ne peut engager financièrement le GIE, il aura des difficultés pour s'engager à titre personnel pour le fonctionnement du GIE.

La solution à cette difficulté se trouverait dans le fait que le droit OHADA répute l'administrateur membre du GIE, comme pour les SNC, quitte à laisser aux membres du GIE l'option de décider différemment au niveau des statuts⁴⁷⁵.

A défaut de prendre une telle mesure par analogie avec les sociétés en commandite, il faudrait distinguer les membres commerçants et les membres non commerçants du GIE, sauf si les statuts prévoient le contraire.

En ce qui concerne les membres non commerçants du GIE, les actes de gestion externes peuvent être interdits⁴⁷⁶. Dans cette hypothèse, les créanciers traitant avec un membre commerçant du GIE traiteraient avec un administrateur chargé de la gestion du GIE. Cette solution représente, à plusieurs égards, beaucoup plus d'attractivité pour le créancier, car elle élargit le nombre de personnes membres du GIE dont les actes sont assurés par cette responsabilité indéfinie et solidaire de tous les membres.

⁴⁷¹ George RIPERT, R. ROBLOT., *op. cit.* p.78.

⁴⁷² Eric DEWEDI, *op. cit.* p.152.

⁴⁷³ Ceci n'exclut pas les administrateurs qui répondent des fautes qui peuvent leur être reprochées.

⁴⁷⁴ Eric DEWEDI, *op. cit.* p.153.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p.154.

L'unique but d'un groupement d'intérêt économique est d'améliorer l'activité des membres par la réunion des moyens nécessaires. Toutefois, on a constaté que le rassemblement de ces moyens pour le développement des activités des membres peut avoir un impact négatif sur l'attractivité de cette structure.

- **Les limites liées à la crédibilité du GIE**

La mise en commun des moyens peut procurer aux membres des bénéfices de manière indirecte. Dans cette hypothèse, elle peut faire perdre à la structure, les valeurs qui la fondent et la caractérise, car le GIE est destiné à améliorer les capacités de développement et non faire des bénéfices. Dans cette approche, le bénéfice ne désigne plus simplement « tout gain pécuniaire ou gain matériel qui s'ajouterait à la fortune des associés » au sens de la jurisprudence de la cour de cassation française en 1914, mais aussi toute réduction de charges⁴⁷⁷.

Heureusement en termes d'adaptabilité, les difficultés pratiques sont faibles, le GIE est une structure adaptée au droit OHADA mis à part quelques problèmes fiscaux, et l'impossibilité de donner naissance à une entreprise. Une des plus grandes difficultés se trouve dans la transformation du GIE en SA, l'opération est quasiment impossible. Comme le disait le professeur Yves GUYON, « Cette règle ⁴⁷⁸ est regrettable, car l'opportunité de la transformation est évidente lorsque les membres du GIE, satisfaits de leur collaboration limitée à une mise en commun de leurs moyens, souhaitent intégrer plus complètement leurs entreprises, c'est à- dire réaliser en commun des bénéfices. Les membres du GIE sont donc comme des fiancés, à qui la loi interdirait de se marier ».

D'autres limites concernent, la crédibilité vis-à-vis de certains tiers, elle est faible, tel est le cas des banques qui constituent les principaux investisseurs des GIE. A cela s'ajoute l'incapacité du GIE de revêtir une forme unipersonnelle⁴⁷⁹. Les limites du GIE sont nombreuses, elles se présentent à plusieurs niveaux et c'est pour cette raison que la doctrine avance que les GIE devraient être annulés si on se réfère de manière stricte à la définition de l'acte uniforme. Par exemple, il fréquent dans certains pays de l'OHADA que l'on soit

⁴⁷⁷ François ANOUKAHA, *op. cit.* p.66.

⁴⁷⁸ Interdiction de transformer le GIE en SA.

⁴⁷⁹ Article 871 de l'AUSCGIE.

confronté à des difficultés fiscales, car beaucoup personnes considèrent à tort qu'en adoptant la forme du GIE ils n'ont pas à payer l'impôt⁴⁸⁰.

Les membres sont également confrontés à l'impossibilité d'émettre de titres négociables, le capital du GIE ne peut être représenté par des titres négociables. Cette impossibilité à tendance à réduire sa crédibilité auprès de certains tiers. La responsabilité illimitée des associés est l'une des principales causes de la faible crédibilité du GIE auprès des tiers. De plus, en raison de non réalisation de bénéfices, elle attire très peu les institutions financières.

L'engouement des PME vers le GIE est souvent limité⁴⁸¹, car le GIE qui devient une société perd sa personnalité morale, ce qui n'est pas sans conséquence sur sa fiscalité. La principale conséquence est une lourde imposition pour le GIE, car la transmission est assimilée à une cession d'entreprise.

Le législateur OHADA devrait prévoir dans le futur de nouvelles mesures dans le but de réduire ces inconvénients. De plus, il est maintenant possible en droit OHADA pour le GIE d'émettre des obligations et d'être titulaire d'un bail commercial. Cette mesure a été prise à l'image de la loi 89-377 du 13 juin 1989 qui a diminué une partie des inconvénients dans le but de favoriser le développement du groupement.

En définitive l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et au GIE a dans ses articles 869 et suivants introduit le GIE, une structure jusque-là ignorée de plusieurs Etats de l'espace OHADA. Le rôle du GIE et sa structuration juridique sont presque les même en France. Le GIE depuis son intégration a connu un énorme succès au sein des Etats membres, il a permis, par la souplesse de son régime juridique et la liberté conférée aux parties, à des sociétés africaines de mieux collaborer, de partager des moyens matériels, humains, financiers et du savoir-faire afin de faire face à la concurrence sur les marchés africains ou internationaux.

⁴⁸⁰ Les bénéfices réalisés par les membres du groupement doivent être intégrés dans leurs revenus globaux et passibles soit de l'impôt général sur le revenu, soit de l'impôt sur les sociétés pour les personnes qui y sont assujetties.

⁴⁸¹ Il existe des contradictions entre les dispositions de l'art 4 de l'AUSGIE qui traite du partage de bénéfice et de profit de l'économie réalisée.

Le droit uniforme des affaires issu de l'OHADA est en constant développement⁴⁸², le 15 octobre 2010 l'OHADA s'est enrichie d'un nouvel instrument juridique de coopération au côté du GIE, il s'agit de l'acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés coopératives.

Le droit OHADA des sociétés coopératives du 15 octobre 2010 est susceptible à long ou moyen terme, de connaître des réformes en vue de son amélioration⁴⁸³. Cette forme de société constitue un modèle social démocratique de regroupement des activités économiques.

B. La société coopérative un modèle social démocratique de regroupement des activités économiques

Cet acte a été adopté en la matière par le conseil des ministres lors d'une réunion au Togo⁴⁸⁴ en 2011, conformément aux dispositions du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé à Port-Louis le 17 octobre 1993, tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008⁴⁸⁵. En effet, les articles 2, 5 à 10, leur donnent compétence pour légiférer en matière de droit des affaires⁴⁸⁶ ou sur des questions qu'ils trouveront adaptées de rattacher au droit des affaires⁴⁸⁷, il s'agit d'une importante disposition. On est dans le cadre de la poursuite de l'objectif du développement des affaires en Afrique⁴⁸⁸ permettant de compléter les actes

⁴⁸² François ANOUKAHA, « l'OHADA en marche », *Annales de la faculté de droit Dschang*, 2002, p.7, Ohadata D-04-36 ; Jeanne TIETCHEU, « Droit des affaires : l'OHADA avance à petit pas », *Jeune Afrique Economie* n°264 du 18 mai 1998 ; Adde, Paul Gérard POUGOUE et Joseph ISSA-SAYEGH, « L'OHADA ; défis, problèmes et tentatives de solutions », Acte du colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007, *Revue de droit Uniforme, UNIDROIT* ; 2008, p.455 ; Jean GATSI (Sous la direction de), *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Presses universitaires d'Afrique, Yaoundé 2006.

⁴⁸³ Willy TADJUDJE, *Le droit des coopératives et des mutuelles dans l'espace OHADA*, Larcier, 2015, p.341.

⁴⁸⁴ Journal officiel de l'OHADA n°23 du 15 février 2011, p.1 ; publié sur le site www.ohadata.com.

⁴⁸⁵ Claudia Ines FEVILLE-DAWEY, « La révision du traité de l'OHADA », *Revue Congolaise de droit et des affaires*, n°1, oct-déc. 2009, p.35.

⁴⁸⁶ Henri-désiré MODI KOKO BEBEY, « La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie », *Revue d'actualité juridique* www.juriscope.org et www.institut-idef.org.

⁴⁸⁷ Selon l'article 2 du traité de l'OHADA, entrent dans le domaine du droit des affaires, l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, au sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et à la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit comptable, au droit de la vente des transports, et tout autre matière que le conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8.

⁴⁸⁸ Alphonse TCHOFFO et Denis Roger SOH FOGNO, « L'assainissement de la profession commerciale dans l'espace de l'OHADA », *Penant revue trimestrielle de droit Africain* n°862, p.90 ; Henri TEMPLE, « L'OHADA : le droit au service du développement », *Revue ACCOMEX*, mars-avril 2007, n°79, p.56, Ohadata D-07-29.

uniformes relatifs au droit commercial général⁴⁸⁹ et au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique⁴⁹⁰.

Le droit OHADA des sociétés présente une grande consistance, il est le fruit d'un important travail du législateur. Le législateur a su prendre en compte certaines spécificités, particulièrement dans le domaine bancaire et financier, ou le mouvement coopératif évolue depuis très longtemps, par l'effet d'une législation interne et communautaire. L'article 2 alinéa 2 de l'Acte uniforme prévoit que les sociétés coopératives qui ont pour but l'exercice d'activité de banque et de finance⁴⁹¹ demeurent soumises aux dispositions du droit interne ou communautaire⁴⁹² afférentes à ces activités⁴⁹³.

La société coopérative est une structure spécifique dans la mesure où elle est dotée d'un régime juridique défini par la loi pour faire face à des besoins particuliers⁴⁹⁴. Le régime juridique de la société coopérative comporte de nombreux avantages (1), mais il est à parfaire sur certains aspects (2).

⁴⁸⁹ L'acte uniforme portant sur le droit commercial général a été modifié à Lomé au Togo, le 15 décembre 2010.

⁴⁹⁰ Paul Gérard POUGOUE, François ANOUKAHA et J. NGUBOU, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, presses Universitaires d'Afrique, 1998 ; ANOUKAHA et al Ousseyni., *OHADA, Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, Bruxelles 2002 ; Jean GATSI, *Droit des affaires : Droit commercial général et sociétés commerciales*, Presses Universitaires Libres, 2008 ; Alioune DIEYE, *Le régime des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA*, Editions Cabinet AZIZ DIEYE, 2008 ; Joseph ISSA-SAYEGH, « Droit des sociétés commerciales : droit commun et régimes particuliers », Ohadata D-03-09 ; Alioune DIEYE, « L'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique », Ohadata D-04-08.

⁴⁹¹ « Particularisme bancaire et Acte uniforme OHADA relatif aux sociétés commerciales », Communication au séminaire Finances sans frontière, Lomé, 23-27 octobre 2000, Ohadata D-03-12.

⁴⁹² Dans le cadre de la CEMAC, les structures coopératives relèvent de la première catégorie c'est-à-dire qu'elle ne traite pas avec ses membres, pour faire de l'activité de micro finance en matière bancaire et financière, ces Etablissements de micro finance (EMF) après avoir obtenu leur forme juridique, doivent solliciter un agrément auprès de l'autorité monétaire (ministère des finances), qui le délivre après avis conforme de la commission bancaire d'Afrique centrale (COBAC). Ceci avait dans un premier temps été mis en œuvre par décret du premier ministre de 1998 (N°98/300/PM du 9 septembre 1998, fixant les modalités d'exercice des activités des coopératives d'épargne et de crédit, modifié et complété par le décret n°1/02/CEMAC/UMAC/COBAC relatif aux conditions d'exercice de l'activité de micro finance dans la communauté économique et monétaire d'Afrique centrale (règlement qui est en vigueur le 15 avril 2005). A côté de ces textes, la COBAC a publié de nombreux règlements (ou normes prudentielles) qui sont entrés en vigueur pour l'essentiel depuis 2007.

⁴⁹³ En effet, il faut savoir que le règlement EMF 2002/21 relatif aux formes juridiques liées à chaque catégorie d'établissement de micro finance il y a trois phases : la première renvoie aux établissements ne traitant pas avec les membres (coopératives, associations, etc.) ; la deuxième renvoie à un regroupement des IMF offrant des services financiers à des tiers car elles doivent avoir le statut de SA, et la dernière renvoie à des établissements n'offrant que du crédit et ne sont pas autorisés à mobiliser l'épargne.

⁴⁹⁴ Hélène AZARIAN, « Sociétés coopératives, association et groupement d'intérêt économique », thèse Paris V, 2000 ; BERNARD SAINTOURENS, « Sociétés coopératives et sociétés de droit commun », *Revue des sociétés*, 1996, p.1.

1. Les avantages du régime juridique de la société coopérative

Cette société est composée de coopérateurs ayant des liens communs, avec des critères objectifs que possèdent en commun les membres⁴⁹⁵ et sur le fondement duquel ils se regroupent⁴⁹⁶. Le lien en commun peut, être relatif à une profession, une identité d'objectif, d'activité, ou de forme juridique⁴⁹⁷.

Selon Martine BEHAR-TOUCHAIS « La coopérative se différencie de l'association contrairement au GIE qui s'en rapproche beaucoup plus, et dont l'objectif est moins lié aux activités économiques ». La coopérative distingue également associés, clients et usagers⁴⁹⁸, elle se démarque parmi les structures existantes en droit OHADA par ces nombreuses spécificités⁴⁹⁹. L'Acte uniforme portant sur le droit des sociétés coopératives est d'un grand apport à la sécurisation des affaires dans l'espace OHADA⁵⁰⁰.

Le droit OHADA a depuis les années 1990 contribué au renforcement des investissements des entrepreneurs africains par la mise à leur disposition d'instruments juridiques efficaces telle la société coopérative⁵⁰¹. L'article 4 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives dispose que « La société coopérative est un groupement autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs, au moyen d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives et où le pouvoir est exercé démocratiquement et selon les principes coopératifs ».

Les entrepreneurs ont besoin des coopératives pour développer leurs affaires. Les sociétés coopératives exercent leur action dans toutes les branches de l'activité humaine, il existe des sociétés coopératives artisanales, des sociétés coopératives de transport fluvial, des sociétés coopératives de banque, des sociétés coopératives de consommation, des sociétés coopératives de commerçants détaillants, des sociétés coopératives de transport, des sociétés coopératives d'intérêt maritime, des sociétés coopératives ouvrières de production, etc.⁵⁰².

⁴⁹⁵ Roger SAINT ALARY, « Élément distinctif de la société coopérative », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1952, p.485.

⁴⁹⁶ Marc HERAIL, « Le lien coopératif au sein des sociétés coopératives », *Revue internationale de l'économie sociale* n°278, 2000, p.47.

⁴⁹⁷ Jean GATSI, *Le droit des sociétés coopératives*, l'Harmattan, , 2011, p.13.

⁴⁹⁸ Abdoulaye DIEYE, *op.cit.*

⁴⁹⁹ Jean GATSI, *op.cit.* p.13.

⁵⁰⁰ Samuel-Jacques PRISO-ESSAWE, « Les espaces juridiques de sécurisation des investissements en Afrique : entre droits communautaires et droit uniforme », *Ohadata* D-10-16.

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² Jean GATSI, *op.cit.* p.18.

En effet, dans un contexte de mondialisation, les défis mondiaux du développement économique commandent une bonne organisation des structures. C'est dans ce cadre qu'est intervenu le neuvième acte uniforme de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, portant sur les sociétés coopératives. L'un des grands objectifs du législateur OHADA était d'uniformiser le droit coopératif dans l'espace OHADA en vue d'améliorer son environnement juridique pour un développement économique⁵⁰³.

La coopérative est une alternative au mode d'organisation et de fonctionnement de l'activité entrepreneuriale⁵⁰⁴. Les sociétés coopératives ont connu ces dernières années, au niveau international, une fulgurante ascension et l'année 2012 a été considérée comme l'année internationale des coopératives par l'assemblée générale des Nations Unies⁵⁰⁵. Les coopératives favorisent l'intégration sociale, le développement de tous les secteurs économiques dont l'agriculture⁵⁰⁶, qui fait partie des plus importantes activités en Afrique et qui nécessite une meilleure organisation.

La notion de « coopérative » n'existait pas auparavant, elle a joué un rôle important dans le renforcement du pouvoir économique des agriculteurs grâce à la mutualisation des moyens de production et de ressources humaines, avec des résultats inégaux⁵⁰⁷.

Le droit des sociétés coopératives est une innovation, il permet aux coopérateurs de choisir entre deux formes juridiques : La société coopérative simplifiée et la société coopérative avec conseil d'administration. Parmi les avantages de la société coopérative, il y a la liberté accordée aux opérateurs privés de choisir son mode de fonctionnement⁵⁰⁸.

La base du régime juridique des sociétés coopératives est l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives. Le nouveau régime juridique des sociétés coopératives est un moyen pour eux de relancer le développement des activités économiques dans divers secteurs⁵⁰⁹.

⁵⁰³Théo GNING, Fabrice LARUE, *Le nouveau modèle coopératif dans l'espace OHADA : un outil pour la professionnalisation des organisations paysannes*, farm, février 2014, p.5.

⁵⁰⁴ Michel LAFLEUR, « Impact socio-économique des coopératives et des mutuelles. Quand le passé inspire le futur : contribution des coopératives et des mutuelles à un monde meilleur ». Institut de recherche et d'éducation pour coopératives et les mutuels de l'université de Sherbrooke, Québec, 2012.

⁵⁰⁵ Théo GNING, *op. cit.* p.6.

⁵⁰⁶ Site des nations unies sur le thème « 2012, Année internationale des coopératives » disponible à travers le lien suivant www.un.org/fr/events/coopsyear/

⁵⁰⁷ *Ibid.*

⁵⁰⁸ Théo GNING, *op.cit.* p.6.

⁵⁰⁹ *Ibid*, p.9.

Les règles prévues sont strictes et obligatoires dans les coopératives avec les conseils d'administration, le choix juridique de la coopérative doit être fondé sur des critères spécifiques.

Beaucoup d'efforts ont été entrepris pour améliorer la situation des agriculteurs par l'accompagnement des organisations producteurs à la reconnaissance et la valorisation de certaines pratiques actuelles. La conversion de certaines coopératives permettrait une amélioration de leur mode de financement, sans rompre avec leur identité organisationnelle et fonctionnelle.

La société coopérative est de par sa particularité, une organisation économique que l'on trouve dans plusieurs pays à l'échelle internationale.

Le fonctionnement de la coopérative n'est pas limité à un rapport entre associés, il repose sur un travail de communauté entre coopérateurs obéissant au principe d'égalité, qui s'exprime à travers l'expression « Un homme, une voix ». Cette égalité marque l'affectio societatis de la coopérative à l'image des sociétés commerciales, elle constitue un grand avantage en termes de méthodes, car elle permet de rassembler toutes les situations entre associés coopérateurs et permet d'éviter des conflits d'intérêts provenant d'une trop grande disparité au niveau du capital social détenu.

La coopérative présente d'énormes avantages pour ses membres, elle offre la faculté de gérer les exclusions d'associés, par un recul des contraintes formelles liées aux conventions réglementées, aux caractères identiques du statut des associés, tout cela renforce la lutte contre les conflits d'intérêts provenant d'une disparité découlant du montant du capital. Cette façon d'entreprendre permet aux membres de bénéficier des avantages de variabilité du capital social, d'un partage de savoir-faire entre les membres, de la faculté de fixer un seuil dans l'hypothèse d'une rémunération proportionnelle des dirigeants.

La coopérative occupe une place très importante en France, la loi nouvelle n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire a prévu de remettre les principes coopératifs au centre de la gouvernance des coopératives. Un contrôle est organisé par un réviseur indépendant du respect des principes coopératifs. Cependant, lorsque surviennent des difficultés relatives au mode de fonctionnement de la coopérative, des mesures sanctionnatrices sont possibles, elles permettraient le retrait de l'agrément de la coopérative.

L'attractivité de la coopérative en droit français est à l'origine de sa transposition en droit OHADA. S'il est vrai que son efficacité connaît quelques limites, les coopératives demeurent intéressantes, « quel que soit leur objet, les sociétés coopératives se proposent toujours en définitive de supprimer des intermédiaires afin de diminuer une dépense ou d'augmenter un gain. Elle se caractérise par la réunion, en la même personne de deux qualités généralement séparées entre lesquelles il existe une antinomie naturelle et par le rôle effacé et secondaire qu'y rajoute le capital par rapport au concours personnel et au travail des associés »⁵¹⁰.

La nature hybride de l'objet de la coopérative, permet le regroupement de plusieurs activités. L'exploitation de l'activité coopérative à la différence du GIE est génératrice de revenus, elle facilite l'écoulement de production de leur membre.

Le droit des sociétés coopératives est la solution efficace pour réduire la montée en puissance des activités informelles en Afrique. Le secteur informel est très étendu en Afrique, ce qui constitue un frein au développement économique des Etats. L'acte uniforme sur les sociétés coopératives peut devenir un outil précieux de développement économique et social, si les populations s'identifient aux dispositions édictées⁵¹¹.

Le développement des sociétés coopératives s'est accompagné d'une forte éclosion des activités de la micro-finance⁵¹². Les bienfaits d'une entreprise dotée d'une organisation démocratique sont nombreux, elle repose sur le fait que c'est l'homme qui représente la société⁵¹³, le mode de répartition des résultats favorise une parfaite organisation entre l'entreprise et les actionnaires. Le fonctionnement de la coopérative est novateur, elle est différente de celle capitalistique classiquement pratiquée dans les sociétés commerciales.

En effet, contrairement aux sociétés commerciales, il est possible d'avoir un actionnaire majoritaire, qui n'aura pas plus de droits et de pouvoirs que les actionnaires minoritaires. Chaque actionnaire aura une voix quel que soit l'investissement effectué dans la coopérative. C'est une nouvelle technique d'entreprendre avec des valeurs fortement exprimées, mais

⁵¹⁰ Maurice COZIAN, *op. cit.*, p.18.

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² Article 1^{er} du règlement de la CEMAC relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de la micro-finance en tant « qu'activité exercée par des entités n'ayant pas le statut de banque ou d'établissement financier tel que défini à l'annexe de la convention de 1992 et qui pratiquent à titre habituel des opérations de crédit et ou de collecte de l'épargne et offre des services financiers spécifiques au profit des populations évoluant pour l'essentiel en marge du circuit bancaire traditionnel » commandait de procéder à la sécurisation de l'environnement économique.

⁵¹³ Le principe d'un homme une voix au niveau des assemblées générales.

obéissant à des règles identiques applicables à toutes les entreprises. La constitution des coopératives permettrait de contribuer à la diminution du chômage. L'entrepreneuriat par le biais d'une coopérative est un moyen de sauver son entreprise, en permettant de retrouver la crédibilité qu'elle avait perdu.

Les principes de la société coopérative commencent à influencer les structures classiques qui se tournent vers un mode de gestion libéré avec une faible hiérarchie⁵¹⁴. La gestion démocratique et la volonté de donner une plus grande confiance aux salariés dans le déroulement des activités font de la coopérative une structure adaptée aux économies africaines. C'est une sorte d'engagement collectif efficace pour le fonctionnement de la société.

Les coopératives sont nombreuses en Afrique, ce sont des collaborateurs salariés qui se développent sous le modèle coopératif. Cependant, si un grand nombre n'ont pas opté pour entreprendre sous cette forme c'est parce que c'est une structure encadrée, non capitalistique, dans laquelle il est impossible de faire appel à des capitaux extérieurs. En effet, lorsqu'on l'on veut investir, effectuer des placements financiers, on ne le fait pas dans une société coopérative. L'engagement des coopérateurs repose plutôt sur des valeurs et des projets. Les plus grandes coopératives à l'échelle mondiale représentent des puissances économiques. Selon des études menées par les Nations Unies, la vie d'une grande partie de la population mondiale est fondée sur les activités des entreprises coopératives.

En matière de crédit, les banques de coopératives et les mutuelles ont une participation intéressante dans les économies de l'union⁵¹⁵. Les coopératives contribuent à la survie quotidienne de plusieurs milliers de citoyens par les centaines d'emplois créés. Le modèle coopératif en Afrique est une tradition relevant pour la plupart de la gestion de la terre⁵¹⁶. Les coopératives, mettent en œuvre une démarche économique tournée vers la dimension collective de l'entrepreneuriat⁵¹⁷, elles jouent un rôle important dans le secteur primaire et le secteur tertiaire. Cette forme juridique favorise les intérêts du groupe par la conciliation des

⁵¹⁴C'est-à-dire que la hiérarchie continue de reposer sur les missions et rôles attribués à chaque membre de la structure. Mais, une place importante est désormais donnée au salarié pour parler de l'entreprise, donner leur avis, qu'ils soient ou non des actionnaires.

⁵¹⁵ Geneviève SARR, « Les enjeux de la société coopérative : évolution et perspectives », *Revue de l'Ersuma*, n°2, mars 2013, p.1.

⁵¹⁶ Législation foncière issue de la loi du 17 juin 1964 qui classe une grande partie des terres dans le domaine national.

⁵¹⁷ Geneviève SARR, *op. cit.*, p.2.

libertés de la personne et la lutte contre l'individualisme⁵¹⁸. « L'ensemble du dispositif juridique répond à la logique économique du capital et du retour sur investissement ». Ainsi, désormais face aux sociétés de capitaux, se développent dans le tissu économique africain des modèles de structures juridiques regroupant les hommes et les femmes à la recherche d'un bien-être social.

La coopérative est un outil de promotion et de développement de l'entrepreneuriat en Afrique. On assiste à la mise en œuvre de coopérative d'habitats, d'établissements de micro-finance, de coopérative d'encadrement et de promotion de l'activité artisanale. Au Sénégal, la confédération Sénégalaise des sociétés et coopératives mutualistes regroupe 923 597 coopératives membres. De plus, à côté de ces organisations membres de la CSM, il existe d'autres types de coopératives, parmi lesquelles on peut citer l'Union Nationale des coopératives de consommation, l'Alliance de Crédit d'Épargne pour la production, et la Compagnie industrielle des plastiques et alliages moules. Le Sénégal fait partie des pays de l'OHADA où la société coopérative est une réalité économique, financière et humaine⁵¹⁹. L'avènement de l'AUSCOOP dans les pays OHADA correspond à une modernisation de la pensée économique⁵²⁰. C'est un outil économique fondé sur les valeurs de la solidarité et de la démocratie⁵²¹. Grâce à ces valeurs, le législateur OHADA va renforcer la promotion de l'entrepreneuriat, les coopératives offrent aux PME beaucoup d'avantages⁵²².

Contrairement aux coopératives en Europe, le développement de la coopérative dans les pays africains s'est réalisé grâce à l'État⁵²³. En France la coopérative, particulièrement la coopérative agricole est une réponse au besoin de financement des paysans et à l'organisation. Au Sénégal, la coopérative est d'abord un héritage dont l'objectif est de structurer le schéma de distribution des produits. C'est un instrument, un outil au profit du développement économique et de promotion de l'entrepreneuriat. En effet, si dans les Etats européens la coopérative était destinée à aider les populations ouvrières, au Sénégal elle est considérée comme un outil de développement pour l'économie. Les objectifs d'une entreprise coopérative sont fondés sur la rentabilité et la productivité au profit des coopérateurs, tel est la

518 *Ibid.*

519 Genevieve SARR, *op. cit.* p.3.

520 *Ibid.*

521 Mécanisme de décision repose sur le principe « Un homme, une voix », unissant l'ensemble des membres à la gestion de la structure.

522 Elles permettent un accès facile aux marchés.

523 Genevieve SARR, *op. cit.* p.7.

différence entre la coopérative et les sociétés coopératives⁵²⁴. En effet, dans les sociétés de capitaux, les bénéfices sont distribués alors que dans les coopératives, ils sont redonnés aux coopératives sous plusieurs aspects tels la réduction des primes, ou une meilleure prise en considération des besoins des coopérateurs. La pérennisation de ce fonctionnement dépendait de la volonté des coopérateurs à rembourser leurs prêts et à payer leurs participations. Cependant, une telle méthode de fonctionnement ne s'appliquait pas aux coopératives sénégalaises qui n'étaient pas considérées comme des acteurs économiques⁵²⁵.

Selon Geneviève SARR « Cette perception s'explique en partie du fait de la générosité de l'Etat qui, par l'intermédiaire de partenaires financiers essentiellement la Banque sénégalaise d'investissement, va favoriser le développement des prêts aux coopératives. Mais cet investissement de l'Etat dans la coopérative galvanise son fonctionnement jusqu'à faire de la coopérative un outil de promotion sociale pour ses dirigeants au détriment du groupe ».

Les coopératives au Sénégal ont toujours subi une grande influence de l'Etat et ses dirigeants au point de détourner les principes de base du modèle coopératif. On assistait à des détournements de fonds par les présidents de conseil d'administration des coopératives. Afin de promouvoir les principes traditionnels de la coopérative, le législateur OHADA a décidé de procéder à la création d'un régime juridique adapté à ces structures et favorisant les avantages du groupe.

L'avènement de l'AUSCOOP marque la fin de l'implication de l'Etat dans les activités économiques. Ce désengagement fait naître un nouveau mode de gestion et de vulgarisation des valeurs appartenant à la coopérative, elle lui confère un véritable rôle en matière de développement économique. Le nouvel AUSCOOP est différent des législations antérieures, il reprend les principes coopératifs qui gouvernent la solidarité, et met fin définitivement aux implications étatiques. Cependant, afin d'assurer la protection des déposants et la sécurité des opérations, les structures coopératives ayant comme objet la pratique d'activités bancaires et financières continuent d'être soumises à la loi relative aux systèmes financiers décentralisés⁵²⁶.

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ Elles étaient considérées comme des donateurs.

⁵²⁶ Loi adoptée par le conseil des ministres de l'UEMOA en 1993 applicable aux huit pays de l'Union.

Ainsi, le bon fonctionnement de la société coopérative dépendrait désormais de la volonté des membres et de la gestion de leurs entreprises⁵²⁷. La coopérative en Afrique n'a pas fonctionné comme dans le passé sur la base des principes coopératifs. De telles modifications nécessitaient des changements en termes d'organisation par l'attribution de larges pouvoirs au conseil d'administration⁵²⁸. Cette nouvelle organisation réduit les interventions étatiques, mais permet une collaboration fondée sur le respect des privilèges entre l'Etat et les structures coopératives.

La création de la coopérative est motivée par une réduction des coûts des coopérants et la suppression des frais intermédiaires au profit de ses membres.

En effet, « La coopérative doit permettre de réduire, au bénéfice de ces membres et par l'effort commun de ceux-ci, le prix de revient et, le cas échéant, le prix de vente de certains produits ou de certains services en assumant les fonctions des entrepreneurs ou intermédiaires dont la rémunération grèverait ce prix de revient mais aussi améliorera la qualité marchande des produits destinés à leurs membres ou produits par eux-mêmes et livrés aux consommateurs »⁵²⁹.

L'Acte uniforme sur les sociétés coopératives comporte de nombreuses exigences parmi lesquelles la formation des membres⁵³⁰, il est intéressant et conseillé à la coopérative de dédier une partie de son bénéfice à la formation des coopérants par la mise en place d'un programme de formation en continu. Cela permet d'éviter d'avoir des coopératives où les membres n'ont aucune maîtrise des techniques de gestion de la structure. Ces situations sont très fréquentes au Sénégal, par exemple on peut citer l'affaire du Crédit Mutuel du Sénégal.

« Le crédit mutuel du Sénégal a fait l'objet d'une mission conjointe d'inspection BCEAO/Ministère de l'Economie et des Finances en 2008 à la suite de laquelle trente recommandations furent émises. Une deuxième mission de vérification de la mise en œuvre de ces recommandations et sur l'examen de la situation actuelle de l'institution a été effectuée du 19 septembre au 20 octobre 2011. Le rapport de la mission conjointe de la Direction de la réglementation et de la supervision des systèmes financiers décentralisés et de la Banque

⁵²⁷ Par exemple en cas de vente d'un produit, le membre devra privilégier de vendre à la coopérative plutôt que vendre par un autre circuit.

⁵²⁸ Article 308 à 314 de l'AUSCOOP.

⁵²⁹ Géneviève SARR, *op. cit.*, p.13.

⁵³⁰ Article 6 de l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives qui indique la coopérative repose sur les principes coopératifs parmi lesquels « l'éducation, la formation, et l'information ».

centrale des Etats de l'Afrique de l'ouest fut accablant et dénonçait le non suivi des recommandations. Le ministre des Finances de l'époque dénonçait dans une correspondance adressée à l'institution le 1^{er} mars 2012, le manquement des dirigeants à leurs obligations de contrôle au détriment de l'institution et de ses membres. Suite à ces manquements, le président du conseil d'administration a estimé avoir manqué de rigueur et sans doute « trop courbé l'échine » devant le directeur du Groupe CMS. Il a précisé par ailleurs « qu'il n'a pas pu voir les éléments qui lui auraient permis de faire correctement son travail »⁵³¹.

L'affaire du Crédit Mutuel Sénégal met en avant l'obligation de formation des coopérateurs qui est nécessaire pour les responsables qui doivent se soumettre aux recommandations des managers par acceptation ou refus. La solution à ces difficultés se trouverait peut-être dans l'affectation d'une fraction du résultat de la coopérative à la formation des coopérateurs. Par exemple en France, selon les statistiques révélées par les établissements financiers créés sous forme de coopérative, 4% du résultat est dédié à la formation⁵³².

En dépit de ces quelques difficultés rencontrées, le Crédit mutuel du Sénégal est parvenu à la création de structure de micro- finance dans son environnement proche afin d'aider les populations qui n'ont pas accès au système bancaire classique. En effet, en 1988 au sein de la région de Kaolack⁵³³ ont vu le jour de nouvelles Caisses Populaires d'Epargne et de Crédit.

Le droit coopératif OHADA est fondé sur des valeurs très pratiques, le rôle des textes est d'assurer la protection des coopératives par le biais d'un respect du règlement intérieur et des mesures de fonctionnement.

Les Nations Unies ont reconnu que « Les coopératives jouent un rôle majeur dans la lutte contre la pauvreté et la réalisation des objectifs de développement durable »⁵³⁴.

Les coopératives africaines peuvent exceller dans le monde de l'entrepreneuriat à l'image des coopératives françaises. Le Crédit agricole en France⁵³⁵ a permis à ce pays d'avoir un développement local de haut niveau particulièrement en matière d'emploi, il n'embauche que le personnel se trouvant dans son environnement proche.

⁵³¹ Genevieve SARR, *op. cit.*, p.14.

⁵³² *Ibid.*

⁵³³ Région du Sénégal : pays membre de l'OHADA.

⁵³⁴ Martine PERRET/ ONU, « l'humain au cœur de l'action des coopératives en faveur dans la réduction des inégalités dans le monde », *ONU Info*, Journée internationale des coopératives, 1^{er} juillet 2017, www.news.un.org

⁵³⁵ Etablissement bancaire coopératif.

Cependant, la viabilité juridique des coopératives est souvent relative, il appartient au législateur d'y apporter les régulations nécessaires. Le partenariat doit être bénéfique, pour cela le législateur pourrait intégrer les dispositions de l'AUSGIE et celles des sociétés coopératives dans un même acte uniforme⁵³⁶. Le législateur OHADA devrait procéder à la réalisation des dispositions spécifiques aux coopératives⁵³⁷, en allant du particulier au général au lieu du sens contraire⁵³⁸. L'élaboration d'un acte uniforme regroupant l'ensemble des structures y compris les coopératives permettrait une nette amélioration.

2. Un régime juridique perfectible

Le droit OHADA est innovant, il met en avant des conditions strictes de création et de fonctionnement de la coopérative, en insistant sur les formalités de mise en œuvre dont le non-respect peut donner lieu à des sanctions. Toutefois, on observe un mutisme du législateur sur certains points importants pour le fonctionnement de la société coopérative. Ce mutisme est à l'origine des nombreuses inadaptations observées dans la pratique. Par exemple les dispositions de l'Acte uniforme adoptées n'ont pas facilité l'appréhension de l'environnement réel des structures coopératives, ni tenu compte de la spécificité de la société coopérative⁵³⁹. Certaines dispositions sont obsolètes, et inadaptées au développement des sociétés coopératives⁵⁴⁰.

- Inadaptations du droit des sociétés coopératives aux réalités sociaux-économiques

Ces inadaptations s'expliquent par l'absence de textes spécifiques aux coopératives d'épargne de crédit, aux sûretés, au recouvrement des créances et au défaut de prise en

⁵³⁶ Willy TADJUDJE, *op. cit.*, p.444.

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ Comme en droit des contrats, l'élaboration d'un acte uniforme semble compliquée. « Une législation de qualité veille à l'harmonie entre ses différentes composantes et à leur bonne coordination. Les concepts doivent recevoir des définitions communes, les règles spéciales doivent être conçues par rapport aux principes généraux auxquels elles entendent déroger. Ces préoccupations revêtent une grande importance au moment où l'OHADA va se doter d'un droit commun des contrats, alors que plusieurs contrats particuliers font déjà l'objet d'actes uniformes antérieurs, et que certains autres projets en cours concernent également le droit des contrats. L'adoption de l'acte uniforme sur les contrats en général devrait conduire à un réexamen de certaines dispositions d'actes uniformes préexistants ou projetés ». FONTAINE M. « Le projet d'acte uniforme OHADA et les principes d'uni droit relatifs aux contrats de commerce international », *Revue de droit uniforme*, 2/2004, pp. 253-267.

⁵³⁹ Monique AIMEE MOUTHIEU NJANDEU, « Radioscopie de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives », *Wolters Kluwer*, mars 2018. www.actualitesdudroit.fr

⁵⁴⁰ Kuassi KUADIO, « Les atouts et les faiblesses de la réglementation uniforme de l'OHADA », *Revue Actualités Juridiques*, Edition économique n°4, 2012, p.89.

compte des valeurs coopératives dans le régime du boni de liquidation⁵⁴¹. L'analyse du droit des coopératives OHADA incite à davantage donner à cette dernière les mérites de la structure au regard des spécificités qu'elle consacre. Ces inadaptations pourraient s'analyser comme des pistes d'amélioration à explorer par le législateur OHADA pour une meilleure attractivité de la structure.

En effet, la pratique démontre que les coopératives s'adaptent difficilement à la nouvelle législation, celle-ci est en peu appliquée parfois même inexistante et inconnue dans certains pays notamment au Bénin, Burkina, Mali et Togo. La principale conséquence de cette difficulté est liée à la faible communication au sein des Etats, il faudrait une meilleure divulgation de la nouvelle législation aux populations. L'insuffisance des moyens financiers et humains sont à l'origine des blocages et des retards liés à la divulgation de l'Acte uniforme et son instauration.

La nouvelle législation applicable aux sociétés coopératives, n'est pas spécifique à un domaine, certaines dispositions s'adaptent difficilement aux secteurs d'activités. Par exemple, en matière d'agriculture, les représentants des agriculteurs n'ont pas participé à l'élaboration des normes applicables aux coopératives. L'acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives, connaît des incertitudes et des risques inhérents à certains secteurs d'activités telle l'agriculture. Le droit des coopératives OHADA est confronté à une difficulté d'interprétation de l'Acte uniforme par les Etats, qui en se fondant sur le droit communautaire s'applique aux coopératives existantes et aux regroupements d'agriculteurs souhaitant adopter une telle structure juridique.

Les difficultés s'expliquent par une délimitation stricte du champ d'application du régime juridique des sociétés coopératives. A ce sujet, on constate que des organisations d'agriculteurs évoluant sous d'autres formes juridiques différents de celui de l'acte uniforme sur les sociétés coopératives sont souvent obligés de s'immatriculer en coopérative pour éviter de perdre des soutiens publics ou aides provenant de certains investisseurs⁵⁴².

La coopérative est vectrice de développement dans plusieurs secteurs, les coopératives sont des structures d'aides, elles doivent obligatoirement s'adapter à l'organisation de l'activité en question. C'est la raison pour laquelle le législateur OHADA offre aux futurs coopérateurs le

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² *Id Ibid.*

choix entre la SCOOPS et la SCOOP-CA, il serait intéressant qu'il y ait une cohérence entre les statuts des organisations agricoles membres de secteur identique. L'efficacité d'une coopérative requiert un mode de gestion responsable et l'existence d'un équilibre entre le développement des activités des membres et la volonté d'une pérennisation de la structure.

Le développement des coopératives, selon le professeur Théo GNING, passe obligatoirement par « Le respect des règles de gouvernance qui apparaît encore plus déterminant pour favoriser la croissance des coopératives, comme l'illustrent les nouvelles obligations de suivi et contrôle financier des coopératives par les organisations d'échelon supérieur (par exemple, les unions de coopératives), contenue dans l'Acte uniforme ».

Pour parvenir à ces objectifs, il serait intéressant de déterminer le statut de chaque membre au sein d'une coopérative⁵⁴³. Les Etats jouent un rôle important dans le processus d'application de la législation communautaire et dans la mise en place d'un cadre juridique adapté à l'immatriculation en coopérative OHADA. Les Etats doivent respecter l'esprit du neuvième Acte uniforme en laissant une large marge de manœuvre aux coopératives agricoles. En effet, auparavant l'environnement des coopératives agricoles était assez effectif, le bilan des organisations de producteurs permet de mettre en exergue le développement « endogène » des pratiques de fonctionnement originales et généralement près de celui des coopératives de l'OHADA⁵⁴⁴.

Le développement des coopératives en droit OHADA requiert un important suivi, celui - ci ne pourrait s'acquérir qu'avec un dialogue entre les représentants des coopératives et l'Etat dans l'application des dispositions du droit communautaire. Ce dialogue permettrait la mise en œuvre de dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives ne couvrant pas l'aspect fiscal et pénal. Cependant, l'immatriculation en coopérative nécessite l'anticipation et la mobilisation de moyens réguliers. Ces moyens ne sont pas pour l'instant à la portée de bon nombre d'organisations, qu'elles soient coopératives ou non. Les coopératives ont besoin d'appui et de soutien pour mieux se développer.

Malgré les lacunes observées, les sociétés coopératives demeurent, l'une des structures d'aide favorisant au mieux l'émergence et le développement de la vie affaires, par l'ouverture

⁵⁴³ Théo GNING, *op. cit.*, p.8.

⁵⁴⁴ *Ibid.*

d'opportunités pour les organisations agricoles souhaitant devenir des coopératives au sein de l'espace OHADA.

Les membres devraient s'impliquer davantage dans le fonctionnement des coopératives, afin qu'elles puissent mieux remplir leur rôle dans le fonctionnement et l'organisation des coopératives. Le législateur OHADA innove lorsqu'il propose pour la première fois un nouveau texte juridique aux membres des coopératives et à leurs dirigeants leur offrant une grande liberté pour la détermination des règles de fonctionnement et d'organisation⁵⁴⁵.

Le nouveau régime juridique mis en œuvre par le législateur OHADA peut être considéré comme un moyen pour redynamiser certains secteurs d'activités comme l'agriculture. Cependant, l'efficacité et l'efficience de cette structure dépend d'une bonne application des dispositions de l'Acte uniforme, il appartient aux Etats de procéder à la mobilisation de moyen techniques, humains, financiers. La mise en place d'une stratégie nationale s'impose, elles devraient être en mesure d'assurer de manière efficace l'application du neuvième acte uniforme dans sa globalité.

Selon Monique Aimée MOUTHIEU NJANDIEU, « l'on peut se rendre compte qu'à travers la technique d'adaptation quelque peu maladroite de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, le législateur OHADA a trahi la nature « sui generis » de la société coopérative ». En effet, c'est par l'application progressive de cet acte uniforme que l'on a pu mettre en évidence les difficultés particulières des sociétés coopératives et l'inadaptation de certains textes de l'Acte uniforme dans la pratique.

Les pays membres de l'OHADA ont fait des efforts pour améliorer l'efficacité des coopératives, tel la loi Camerounaise n°92/006 du 14 août 1992 portant organisation des sociétés coopératives et des groupes d'initiative commune se traduisant généralement en pratique par une carence des techniques de compétitivité sur les marchés nationaux et internationaux⁵⁴⁶. Le nouveau droit OHADA des coopératives a besoin d'une plus grande vulgarisation auprès des populations.

- **Stratégie de vulgarisation de la société coopérative**

⁵⁴⁵ *Ibid.* p.9.

⁵⁴⁶S. épse Moneyang, NANDJIP, *Réflexion sur le cadre juridique des coopératives issues de la réforme de 1992*, thèse, Université de Yaoundé II, 2003, p.1.

La vulgarisation de la coopérative et de ses valeurs doit être bénéfique aux jeunes entrepreneurs. Les objectifs du législateur communautaire sont de parvenir au sein de l'Afrique, en l'occurrence dans la zone OHADA à une conciliation de la croissance et de la productivité avec la gestion du patrimoine et le développement durable⁵⁴⁷.

En effet, les activités coopératives ont tendance à se développer dans le domaine rural⁵⁴⁸ composé d'une population locale qui ignore l'existence des dispositions relatives à leur fonctionnement⁵⁴⁹. De plus, on a constaté que le droit OHADA des coopératives auquel sont soumis les Etats membres est souvent ignoré par les populations qui continuent à travailler en se fondant sur leurs traditions. Toutes les sociétés coopératives doivent respecter les dispositions de l'Acte uniforme même si celles-ci fonctionnent sur la base de mesures locales en raison de la méconnaissance des règles et de ces conséquences juridiques. Certaines sociétés coopératives évoluent en tant que modèle coopératif sans respecter les formalités juridiques requises. L'immatriculation de la société coopérative au registre des sociétés coopératives est contournée par beaucoup de structures⁵⁵⁰. Une grande majorité des coopératives ne sont pas en conformité avec l'ASCOOP, en dépit des efforts de mise en conformité avec la législation OHADA, elles se heurtent toujours au manque de préparation des administrations.

La mise en place de nouveaux moyens de vulgarisation de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés coopératives permettrait de résoudre ces difficultés. En effet, 65% des populations devant respecter le droit OHADA des coopératives n'ont aucun accès aux informations et à la possibilité de mieux comprendre les nouvelles mesures élaborées en leur faveur⁵⁵¹. Cette sensibilisation au respect des normes permettrait d'éviter l'inefficacité et l'ineffectivité du régime juridique des sociétés coopératives.

Par exemple, on pourrait proposer aux rédacteurs de l'Acte uniforme de mettre à la disposition des populations de nouvelles versions de l'AUSCOOP traduit dans les langues nationales afin de les aider à comprendre les textes et les appliquer. On pourrait également

⁵⁴⁷ Genevieve SARR, *op. cit.*, p.17.

⁵⁴⁸ Agriculture, pêche, artisanat, etc.

⁵⁴⁹ Cette situation empêche une application effective des textes.

⁵⁵⁰ C'est une couche de la population qui ignore l'existence de ces formalités où qui refusent de se soumettre au paiement des droits d'enregistrement.

⁵⁵¹ Alioune Badara THIAM, « Aspect conceptuels et évaluation de l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif aux sociétés coopératives » novembre-décembre, *Revue de l'Ersuma*, 2011, p.99.

organiser des séances de travail destinées à leur faire comprendre « l'esprit et la lettre »⁵⁵² de l'AUSCOOP.

Dans le cadre de cette vulgarisation de l'Acte uniforme, il serait également intéressant de prendre en compte le niveau technologique pour une meilleure adaptation à la réalité et aux performances de la société coopérative. La technologie joue un rôle très important dans le travail coopératif. L'usage de l'informatique pourrait aider les sociétés coopératives à changer leur mode de fonctionnement et tendre à plus de transparence en matière de données comptables. De plus, les nouvelles technologies constituent un des moyens les plus rapides de diffusion de l'information à la population. Les formalités d'immatriculation et la tenue des registres des sociétés coopératives à l'échelle locale, nationale, et régionale constituent un bel exemple⁵⁵³. Le domaine technologique n'est pas compétitif en Afrique, mais sa pratique contribuerait à améliorer l'efficacité des sociétés coopératives dans les pays de l'OHADA, et permettrait de faire face aux abondants échecs et quasi absence de décisions qui leurs sont favorables. Les textes sont souvent mal interprétés par les Etats, d'où les confusions lors de leur mise en œuvre.

La mise en application des règles de l'acte uniforme sur les coopératives reste difficile pour de nombreuses raisons. La première est liée à l'existence de plusieurs ministères qui compliquent le processus⁵⁵⁴. La principale difficulté réside dans le fait que certains ministères font leur propre interprétation de l'Acte uniforme sur les coopératives. L'Acte uniforme permet une souplesse dans la rédaction des statuts, mais il n'autorise pas la violation des dispositions de l'OHADA.

La transition juridique des organisations évoluant dans les différents secteurs d'activités comme les producteurs agricoles est difficile en raison de ce manque de familiarisation avec cet acte uniforme. Le droit OHADA est confronté à un problème d'effectivité de l'Acte uniforme lié à un problème d'information voire de formation car la majorité des personnes notamment les agriculteurs ignorent l'existence de cet Acte uniforme. Ceci est peut-être dû à l'intensité de la réglementation des coopératives proches des sociétés commerciales.

Le législateur OHADA aurait dû rassembler toutes les coopératives autour d'une même réglementation et ainsi éviter des difficultés d'uniformisation. En effet en excluant les

⁵⁵² *Ibid.*

⁵⁵³ Article 69 à 77 de l'AUSCOOP.

⁵⁵⁴ Au Mali le ministère de tutelle des coopératives est celui du développement social.

coopératives de crédit et d'épargne qui restent sous l'empire des législations nationales, on est confronté aux difficultés d'application et de vulgarisation effective de l'Acte uniforme sur les coopératives. Pour l'OHADA, telles sont les principales difficultés des coopératives, ajoutons un inconvénient souligné par la doctrine française et qui résulte de l'impossibilité de réaliser des bénéfices. En effet, en cas de dissolution de la société, une fois que le passif et le capital sont remboursés, le boni de liquidation revient au groupement coopératif⁵⁵⁵.

Le régime juridique des sociétés coopératives peut également s'avérer complexe pour certains entrepreneurs, tels les commerçants détaillants, les ouvriers, les agriculteurs. Les coopératives qui mettent en application correctement ce droit spécial des sociétés coopératives établi par le législateur OHADA sont rares. On distingue les sociétés coopératives⁵⁵⁶ et les sociétés coopératives avec conseil⁵⁵⁷ d'administration. Le législateur a peut-être trop complexifié ces structures, alors qu'elles ont été conçues pour favoriser le développement économique en Afrique par l'intégration des opérateurs économiques informels. La coopérative a été conçue pour aider les populations africaines à lutter contre la pauvreté. Le rôle de l'OHADA est d'aider les Etats à se développer économiquement par des programmes incitatifs et des outils de financement.

Les premières coopératives créées au Sénégal se sont faites pendant la période coloniale sous le gouvernement du ministre Mamadou Dia, l'objectif consistait « à rassembler et drainer vers les ports les produits du pays qui étaient exportés bruts et à répartir en échange les produits fabriqués »⁵⁵⁸. L'objectif du gouvernement à cette période était de mettre fin à l'économie de traite⁵⁵⁹. La coopérative est actuellement devenue un outil de développement économique favorisant la privatisation de l'économie et la promotion de l'entrepreneuriat privé.

Le progrès économique de certains Etats est faible, les coopératives sont destinées à les aider à se développer. Cependant, les difficultés subsistent car le bilan des travaux effectués par les coopératives sont peu convaincants. La crédibilité des coopératives est à la baisse, elles

⁵⁵⁵ Alioune Badara THIAM, *op., cit.*

⁵⁵⁶ Elle est constituée d'au moins cinq personnes physiques ou morales, dirigée par un comité de gestion surveillé par une commission des surveillances.

⁵⁵⁷ Elles sont constituées d'au moins quinze personnes dirigées par un conseil d'administration de trois à douze membres, la gestion et les états financiers sont surveillés par le conseil de surveillance.

⁵⁵⁸ Alioune Badara THIAM, *op., cit.*

⁵⁵⁹ *Ibid.*

doivent renforcer leur viabilité, et prouver leur particularité et efficacité en tant que structure d'aide au développement économique.

Le développement des coopératives implique l'observation d'une rigueur contractuelle, à laquelle les opérateurs doivent se soumettre. En effet, l'échec de beaucoup de coopératives est lié à un mauvais choix des représentants qui très souvent ignorent les principes coopératifs, accèdent difficilement aux informations nécessaires à la bonne marche d'une coopérative, et commettent souvent des erreurs dans leurs politiques de gestion.

De plus, il est intéressant de souligner, la longueur des procédures administratives qui n'encourage pas certains rassemblements qui bien que se développant sur le fondement du modèle coopératif évitent le cadre juridique adéquat.

Au regard de toute ces difficultés et fragilités que subit le modèle coopératif, des améliorations s'imposent. Le processus de construction de cet acte uniforme sur les sociétés coopératives devrait être élaboré en prenant en compte le contexte dans lequel il se situe⁵⁶⁰. Ce contexte est rendu difficile à cause de l'échec de certains pays qui avaient essayé de mettre en place un droit des sociétés coopératives⁵⁶¹. Les textes adoptés comportaient un certain nombre d'incohérences, parmi lesquelles l'imprécision de la nature concrète des mutuelles à caractère non financier, mais aussi une incohérence dans la structuration du texte de la loi⁵⁶². Ces expériences sont pour l'OHADA ce qu'il faut faire ou ne pas faire.

On ne peut également nier, l'ineffectivité du droit positif en Afrique. Le législateur doit faire un effort d'adaptation des règles à proposer, afin d'éviter de produire des dispositions inefficaces. Ces dispositions se doivent d'être adaptées au contexte particulier de ceux qui en bénéficient. Une meilleure exploration du contenu du droit des sociétés coopératives s'impose⁵⁶³.

Les manquements sont nombreux, car dans la plupart des pays, il n'y a pas de registre⁵⁶⁴, le registre est méconnu par les populations et sa mise en place est retardée⁵⁶⁵. La mise en place

⁵⁶⁰ Willy TADJUDJE, *op. cit.*, p.431.

⁵⁶¹ C'est le cas de la Guinée qui avait le 04 juillet 2005, adopté la loi (L 2005/014/AN) régissant les groupements économiques à caractère non financier et les coopératives (loi 014).

⁵⁶² Willy TADJUDJE, *op. cit.*, p.346.

⁵⁶³ Elle doit concerner aussi bien, le droit commun que les dispositions particulières.

⁵⁶⁴ Willy TADJUDJE, *op. cit.*, p.442.

⁵⁶⁵ Willy TADJUDJE, « L'insuffisance du cadre juridique général du registre des sociétés coopératives en droit OHADA des sociétés coopératives », Contribution au colloque international Droit OHADA des coopératives Yaoundé (Cameroun), 18-19 juin 2013.

de mesures simplifiées permettrait d'expliquer aux populations exclues les dispositions élaborées par le droit OHADA. Les acteurs doivent s'impliquer au mieux au moment de la conception des textes, ils doivent être en mesure de donner leur position sur le contenu et le cadre de la législation⁵⁶⁶. Le législateur devrait après l'adoption des textes, accompagner les populations, à travers des campagnes de vulgarisation destinées à les aider à mieux intégrer le dispositif législatif⁵⁶⁷.

Après l'instauration des structures d'aides favorisant la collaboration des entreprises, l'Acte uniforme vise désormais les relations entre sociétés, notamment les groupes de sociétés⁵⁶⁸. Le législateur OHADA, a pris conscience de l'importance des concentrations économiques dans le développement des activités. La concentration économique joue un rôle important dans ce contexte actuel qui est, celui de la mondialisation. Pour renforcer l'attractivité économique des entreprises OHADA, les sociétés ont intérêt à se rassembler afin d'accroître leur position au sein du marché mondial. C'est dans cette optique que le législateur OHADA commence à exploiter la notion de groupe de sociétés au sein du droit OHADA.

§ 2 : L'accueil des situations de concentration économique en droit OHADA

Le phénomène de la concentration des entreprises est un élément marquant de l'économie moderne⁵⁶⁹. La pratique des groupes de sociétés, est l'expression de l'union d'un ensemble de structures juridiquement autonomes mais, soumises à une « unité de décision économique »⁵⁷⁰.

Le législateur OHADA dans l'optique d'améliorer l'environnement des affaires a décidé de réfléchir sur l'établissement de dispositions législatives en faveur des groupes de sociétés. Le législateur va dans un premier temps tenter de mettre en place une politique législative, par l'élaboration d'un droit des groupes de sociétés⁵⁷¹ à l'image du droit Allemand avec la

⁵⁶⁶ Willy TADJUDJE, *op. cit.*, p.442.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ Art.173 à 180.

⁵⁶⁹ Claude CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société anonyme*, Sirey, 1962, préface Loussarn.

⁵⁷⁰ Yves GUYON, *Droit des affaires*, tome I, 11 édition n°50 ; Didier (P), *Droit commercial*, Tome III, Le marché financier, Les groupes de sociétés, PUF. 1993, Collection Thémis, Droit privé, p.313 ; RIPERT (G) et ROBLOT (R), *Droit commercial*, tome I, LGDJ, 17 e édition, n°2001.

⁵⁷¹ C'est une idée défendue par le professeur Jean PAILLUSSEAU, Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? *op. cit.*, ; Les groupes de sociétés, Analyse du droit positif français et perspectives de réforme, *op. cit.*

« *Konzernrecht* » institué en droit Allemand par « *L'Aktiengesetz* » du 06 septembre 1965⁵⁷². Mais pour l'instant cette volonté législative n'a pas encore vu le jour, les efforts se manifestent plutôt vers la construction d'une réglementation d'ensemble du groupe, par une adaptation du droit des sociétés à la réalité des groupes⁵⁷³. Pour mener à bien cette mission, le droit OHADA va s'inspirer de la législation des Etats, c'est le cas du Sénégal qui semble de plus en plus se diriger vers l'installation d'un droit des groupes de sociétés, en dépit de certaines réserves émises⁵⁷⁴. Le groupe de société en droit Sénégalais est un « ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres »⁵⁷⁵.

Le législateur OHADA va autoriser toutes sociétés quel que soit sa forme⁵⁷⁶ d'avoir la possibilité d'être prise en compte pour caractériser l'existence d'un groupe, tant du point de vue de la filiale que la société mère⁵⁷⁷, il veut prendre en compte toutes les sociétés et pas uniquement les sociétés par actions. Le droit des groupes a été mis en place dans le cadre d'une loi sur les sociétés par actions, mais les deux types de groupes institués ne concernent que ces dernières.

Le droit OHADA a voulu se démarquer et montrer sa rigueur, mais il demeure souple quant à la nature des liens caractérisant le groupe. Les liens entre sociétés peuvent revêtir diverses natures, il peut s'agir des liens financiers, tel le cas d'une structure contribuant au capital d'une autre⁵⁷⁸.

⁵⁷² Sur le droit Allemand des groupes, note de SINAY R., Vers un droit des groupes de sociétés, l'initiative allemande et le marché commun : Gazette palette 1967, I, 70 ; *Wurdinger*, Les groupes de sociétés en Allemagne ; l'expérience allemande constitue-elle un procédé pour l'Europe ? : Cahiers de l'institut jupiter, Droit des affaires, n°177,15 juin 1970 ; *Keutgen*, Le droit des groupes dans la CEE, centre d'Etudes européennes, Université Catholique de Louvain, Bruylant, 1974 ; Lutter M., Le droit des Konzern en république fédérale d'Allemagne s'est-il imposé dans les faits ? : Droit pratique commercial, int. 1976, p.305.

⁵⁷³ Par exemple avec l'amélioration des dispositions protectrices des associés minoritaires. Parmi les partisans de cette approche, on peut citer le CREDA, Par Pierre BEZARD, DABIN (L), ECHARD (J-F), JADAUD (B) et SAYAG (A), *Les groupes de sociétés, une politique législative, volume 3 le droit des affaires*, Librairies techniques, 1975, p.139. et Bruno OPPETIT et Alain SAYAG, *Méthodologie de droit des groupes de sociétés*, Dalloz 1973, p.577-598.

⁵⁷⁴ Proposition de Michel COUSTE tendant à instituer en France un droit des groupes de sociétés. – V. GUIGOU (H), Projet d'une reconnaissance juridique des groupes en droit français, in : Droit des groupes de sociétés, Faculté des sciences juridiques de Rennes, Centre de Droit des affaires, Association française des juristes d'entreprise, éd. Librairie technique, 1972. P.49 et S.

⁵⁷⁵ Mamadou KONE, *op.cit.*, p.286.

⁵⁷⁶ SA, SARL, SNC, SCS.

⁵⁷⁷ Mamadou KONE, « La notion de groupe de société en droit OHADA », *penant revue trimestrielle de droit africain*, 2006, p.288.

⁵⁷⁸ *Ibid.*

L'existence d'un régime juridique propre au groupe de société en droit OHADA est possible, mais il faut que les liens entre les sociétés soient tels que l'une contrôle l'autre (A), l'analyse de l'émergence des groupes de société dans les pays de l'OHADA a permis de montrer qu'il d'un modèle sociétaire prisé dans certains pays de l'OHADA, c'est le cas du Sénégal (B).

A. Vers l'émergence des groupes de société en droit OHADA.

Le droit de l'OHADA contient des dispositions spécifiques concernant les groupes de sociétés, cette notion juridique y est expressément reconnue. La mise en place d'un droit des groupes permet d'appréhender toutes les situations dans lesquelles une société détient un pouvoir lui permettant la prise de décision importante dans les assemblées d'une autre société qu'elle contrôle⁵⁷⁹.

Les pays de l'OHADA s'orientent de plus en plus vers la prise en compte des réalités de la mondialisation et de l'internationalisation des échanges. La reconnaissance juridique des groupes de sociétés, révèle la modernité du droit uniforme, le législateur OHADA crée des instruments nécessaires au commerce international en les réglementant, afin de garantir préserver la sécurité juridique des opérations. Ces instruments sont le fruit de cette approche juridique pertinente des groupes que l'on retrouve au sein de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés (1). Certaines dispositions peuvent contribuer à l'émergence effective des groupes en droit OHADA (2).

1. Approche juridique de la notion de groupe en droit OHADA.

L'acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique définit le groupe de société comme « l'ensemble formé par les sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres »⁵⁸⁰. L'analyse de cette définition montre qu'elle n'est pas uniquement fondée sur la seule prise en compte des liens de détention du capital⁵⁸¹. Généralement, le groupe est défini par référence au contrôle, celui-ci s'exprime par un lien de capital à hauteur de « plus de la moitié des droits de vote d'une société »⁵⁸², comme quand elle peut exercer ces droits de vote sur la base « d'un accord ou

⁵⁷⁹ Benoît LE BARS, *op. cit.*, p.285.

⁵⁸⁰ Article 173 de l'acte AUSCGIE.

⁵⁸¹ LE BARS Benoît, *op. cit.*, p.285.

⁵⁸² *Ibid.* C'est le contrôle capitalistique.

d'accords conclus avec d'autres sociétés »⁵⁸³. Le contrôle peut être financier, et s'exprimer à travers un lien de capital, ou plus politique ou conventionnel, et résulter de conventions entre personnes ne détenant pas la majorité des voix à l'assemblée⁵⁸⁴.

Cependant, la notion de groupe est souvent difficile à appréhender juridiquement, elle correspond le plus souvent à une organisation économique et contractuelle de plusieurs structures. Le droit OHADA lui consacre, une définition utile par rapport à la notion de contrôle, en précisant qu'un groupe de sociétés est « l'ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elle de contrôler les autres »⁵⁸⁵.

Cette définition n'octroie pas la personnalité juridique à un groupe de sociétés, elle peut souvent être un frein à la construction d'un régime juridique spécifique aux groupes.

La notion de contrôle se définit comme la détention effective du pouvoir de décision au sein d'une société, c'est-à-dire la détention de plus de la moitié des droits de vote directement dans une société ou indirectement en vertu d'accords conclus avec d'autres associés⁵⁸⁶.

La définition du groupe donnée en droit OHADA est intéressante, elle permet d'éviter des croisements de participations financières⁵⁸⁷ entre plusieurs sociétés qui aboutissent à une fictivité du capital⁵⁸⁸ ou tout du moins à une confusion quant au pouvoir des actionnaires ou à la répartition des bénéfices, le droit OHADA prohibe de tels croisements de participation pour les SA et les SARL⁵⁸⁹.

Dans le cadre du groupe, les sociétés mères ont l'obligation de participer à la gestion de la filiale commune⁵⁹⁰. Les groupes de sociétés se développent peu à peu en droit OHADA, mais il n'existe pas de régime juridique spécifique au groupe. Cependant, en dépit de cette carence juridique, le législateur OHADA a mis en place un régime comptable adapté aux groupes à travers les comptes consolidés⁵⁹¹ et les comptes combinés⁵⁹².

⁵⁸³ Article 175 de l'AUSC. C'est le contrôle politique.

⁵⁸⁴ Benoît LE BARS, *op.cit.*, p.286.

⁵⁸⁵ Article 173 de l'AUSC.

⁵⁸⁶ Article 174 et 175 de l'AUSC.

⁵⁸⁷ L'article 176 de l'AUSG traite de la participation dans le capital d'une autre société.

⁵⁸⁸ Gage des créanciers.

⁵⁸⁹ Benoît LE BARS, *op. cit.*, p.286.

⁵⁹⁰ *Ibid.*

⁵⁹¹ Les comptes consolidés sont établis dans le but de disposer d'une image globale de l'activité, du résultat et de la situation d'un groupe de sociétés. Il s'agit donc de documents d'informations très importants pour les actionnaires de la société mère, pour les dirigeants et pour beaucoup d'autres parties prenantes.

Le concept de groupe de société est large, en dehors de la définition retenue par le droit OHADA, le Professeur GUYON, définit le groupe de société comme « Un ensemble de sociétés dont l'unité de décision résulte uniquement des communautés d'associés ou de dirigeants »⁵⁹³. En effet, tout dépend des situations, car il peut arriver pour une raison ou une autre que les mêmes personnes soient associées ou dirigeants de sociétés différentes, ce qui fait que l'indépendance de ces structures s'écarte de la réalité pratique⁵⁹⁴.

Le législateur doit prendre le soin de bien définir les bases du régime juridique des groupes par le biais d'une bonne définition, afin qu'il puisse lancer une démarche législative effective. Les groupes de société peuvent naître de conventions, lesquelles provoquent cette relation de dépendance entre structures⁵⁹⁵. Pour le professeur GUYON ce sont des « contrats d'intégration » s'opposant aux « contrats d'union » et aux « conventions d'assistance technique » ne comportant pas des idées de dépendance⁵⁹⁶.

La mise en place d'un régime juridique adapté aux groupes n'est pas chose aisée, au vu de la diversité des liens entre structures qui ne recouvrent pas toutes les situations de liens personnels et contractuels entre sociétés⁵⁹⁷. Selon le professeur GUYON « la notion de groupe implique un élément intentionnel comme la volonté de domination qui est obligatoirement présente ».

Le Professeur Mamadou KONE indique que, la conception africaine du groupe n'est pas finalement si novatrice puisqu'elle semble n'être qu'une reprise sous une autre formulation des dispositions de l'article L. 233-3 1 du code de commerce français. Le débat sur les groupes de sociétés en droit OHADA suscite de nombreuses questions, notamment celles afférentes aux situations de « contrôle de fait ». En effet, si jusque-là la majorité des circonstances ne suffit pas à caractériser le contrôle, on doit se poser la question sur le nombre de fois qu'un associé doit déterminer les décisions en assemblée générale pour qu'il y ait détention effective du pouvoir de décision⁵⁹⁸. Une société ne peut contrôler une autre

⁵⁹² Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, Titre 2 « Des comptes consolidés et combinés », chapitre 2, compte combinés, Art. 103.

⁵⁹³ Yves GUYON, *Droit des affaires, tome I, op.cit.*, 10, obs. à la revue des sociétés 1975, 496.

⁵⁹⁴ Mamadou KONE, *op. cit.*, p.289.

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ Yves GUYON, *op. cit.*, p.589. Pour la présentation des contrats d'intégration, v. n°816.

⁵⁹⁷ *Ibid.*

⁵⁹⁸ *Id Ibid.*

indépendamment de sa volonté, d'où le terme « d'élément intentionnel » du professeur GUYON.

La notion de groupe est expressément prévue en droit OHADA, elle est définie comme « l'ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles d'en contrôler les autres »⁵⁹⁹. Cette définition n'est pas uniquement fondée sur les rapports de détention de capital⁶⁰⁰, le groupe est défini sur la base de la notion de contrôle, le critère principal déterminant l'existence de groupe. Cependant, cette définition ne confère pas la personnalité juridique au groupe de sociétés.

Les groupes de sociétés occupent une place importante en droit OHADA, ils ont leur propre régime juridique comptable à travers les comptes consolidés et combinés. Le droit des structures OHADA est en progression, le législateur attribue un régime juridique spécifique aux groupes de sociétés, à la différence de la loi française du 24 juillet 1966 qui ne traite pas spécifiquement des groupes de sociétés, elle consacre quelques dispositions aux groupes. La relation entre les sociétés d'un groupe est plus solide que celle liant les membres d'un GIE limitée à une simple coopération⁶⁰¹.

Les attraits des groupes de sociétés sont nombreux, en droit français on assiste à la reconnaissance de la validité des prêts et avances intergroupes au regard de la réglementation bancaire⁶⁰².

Le groupe est un ensemble de structures juridiquement autonomes mais liées par plusieurs relations, conférant à la société mère le contrôle sur les autres sociétés appelées filiales⁶⁰³, le lien entre les sociétés au sein du groupe est purement économique⁶⁰⁴.

La création d'un groupe de sociétés répond aux objectifs de développement économique par le biais de stratégie de partage de risques ou de domination du domaine d'activité, ou bien à une volonté de désengorgement des organes de gestion pour une rationalisation et une optimisation de la gestion de l'ensemble⁶⁰⁵. Les principaux objectifs des opérations de

⁵⁹⁹ Article 173 de L'AUSC.

⁶⁰⁰ LE BARS Benoît, *op. cit.*, p.286.

⁶⁰¹ Mayatta MBAYE NDIAYE, « Les groupes de société dans l'OHADA », *penant*, juillet-septembre, 2004, p.283.

⁶⁰² Art.511-5 du code monétaire et financière français.

⁶⁰³ Art. 173 de l'AUDSC.

⁶⁰⁴ Alain FENEON, *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*, lextenso, 2015, p.515.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

concentration sont, la réalisation d'économie de coûts liés à la grande taille, en accordant le maximum de bénéfices aux investisseurs⁶⁰⁶.

Les groupes facilitent « La réalisation des économies de coûts liées à la grande taille, ce qui répond au souci de procurer le maximum de profit à l'investisseur ;

La maîtrise du processus de production des biens mis en circulation pour sécuriser les profits dégagés.

Réaliser le maximum de profit possible est l'objectif principal de l'investisseur, en économie de marché. Il est vrai que ces considérations peuvent ne pas être des conditions suffisantes de concentration sous la forme d'un groupe de sociétés⁶⁰⁷. Mais le groupe de sociétés les a intégré avant de répondre à ses propres préoccupations⁶⁰⁸ »⁶⁰⁹.

Les groupes de société sont préférés par beaucoup d'entreprises, car ils présenteraient d'énormes avantages combinant la flexibilité à la réduction des risques industriels et financiers de l'investissement⁶¹⁰.

Les groupes de sociétés participent au développement des relations économiques internationales. La technique de groupe cumule les avantages de la concentration par intégration totale⁶¹¹ avec ceux de la décentralisation juridique⁶¹². La reconnaissance juridique du groupe favorise le recours à des techniques souples, moins coûteuses et portant généralement sur des titres sociaux⁶¹³, il aide les entreprises OHADA à avoir une grande stabilité, en dépit des récurrents phénomènes de réorganisations ou restructurations⁶¹⁴. Une organisation en groupe facilite les entrées et les sorties et permet une adaptation rapide aux exigences de l'économie moderne⁶¹⁵.

⁶⁰⁶ Abdoulaye SAKHO, *Les groupes de société en Afrique, Droit, pouvoir et dépendance économique*, khartala, p.24.

⁶⁰⁷ Toutes les formes de concentration répondent à ces considérations de rentabilité et de sécurité des profits.

⁶⁰⁸ Sur les facteurs propres aux choix du groupe comme forme de la concentration. BRUSH, *Economie d'échelle, Encyclopédie économique*, Paris, Economica, 1984.

⁶⁰⁹ Abdoulaye SAKHO, *op. cit.*, p.17.

⁶¹⁰ *Ibid.* p.27.

⁶¹¹ Fusion

⁶¹² Gérard FARAT, *Droit économique*, pp.182 et ss.

⁶¹³ Jean PAILLUSSEAU, *La cession d'entreprise*, Dalloz Action, Jean Pierre BERTREL et Michel JEANTIN Michel, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales : aspect juridiques de l'ingénierie financière*, Litec.

⁶¹⁴ Abdoulaye SAKHO, *op. cit.*, p.27.

⁶¹⁵ *Ibid* p.28.

Le groupe est marqué par une forte souplesse juridique et une grande liberté dans les montages financiers. L'entrée de nouvelles activités dans un marché étranger présente moins de difficultés lorsqu'elle s'effectue par le biais d'un groupe.

L'organisation des groupes en droit OHADA devrait permettre de faciliter les entrées et les sorties et une adaptation rapide aux exigences de l'économie moderne. Les opérations de sortie d'une activité ou d'un pays sont plus aisées juridiquement et moins coûteuses économiquement dans le cadre des groupes de sociétés⁶¹⁶.

La formule du groupe devrait être pour les entreprises OHADA, une stratégie à long terme, ayant pour unique objectif la gestion et la prise en compte des profits que les investisseurs veulent réaliser. Le droit OHADA a besoin des structures qui favorisent l'autonomie juridique et la séparation des patrimoines des sociétés, afin de contourner les risques d'investissements illimités et d'effectuer de larges contrôles financiers.

La mise en place d'un régime juridique spécifique permet au groupe de recourir à la personnalité morale des sociétés pour réduire les risques du passif de chacune d'elles. La société mère ne sera pas forcément responsable du passif des sociétés contrôlées, le groupe est un moyen de contourner certaines dispositions légales et contraignantes.

L'Afrique n'a pas encore intégré dans son ordre juridique un droit des groupes de sociétés. Les groupes de sociétés devraient avoir un contenu juridique spécifique au sein de l'AUSGIE. En effet, une réglementation propre aux groupes de sociétés au sein de la législation OHADA permettrait de renforcer la protection des associés minoritaires. La définition donnée à l'article 173 de l'AUSCG fait ressortir deux éléments sur le groupe de sociétés, les liens divers entre les sociétés et le contrôle.

Cependant, on a constaté que ces liens sont plus financiers que juridiques, d'où les carences réglementaires en droit OHADA des sociétés.

2. Les contraintes à la reconnaissance juridique des groupes en droit OHADA

Parmi les principales lacunes du législateur OHADA, il y a le manque de clarté juridique des textes applicables aux groupes de sociétés. Les seules dispositions claires sont celles relatives à la personnalité morale, les sociétés sont juridiquement indépendantes malgré leur

⁶¹⁶ *Id Ibid.*

dépendance économique, car les modalités de fonctionnement sont définies au niveau du groupe par la structure dominante. Ce manque de clarté juridique est souvent un frein à l'émergence de cette structure dans les pays de l'OHADA, et la différencie des sociétés commerciales.

L'acte uniforme sur les sociétés commerciales est muet sur cette autonomie juridique des sociétés, mais il affirme clairement que « les créanciers d'une société du groupe, ne peuvent pas en principe, poursuivre une autre société du groupe. De même la procédure collective ouverte à l'encontre d'une société du groupe ne saurait, en principe concerner une autre société du groupe »⁶¹⁷.

Une autre difficulté est liée au silence du législateur OHADA sur les structures autorisées à faire l'objet d'un groupe. La conséquence serait que toute société peut faire partie d'un groupe. Cependant, les structures sans personnalité morale, telles les sociétés en participation et les sociétés de fait ne peuvent pas faire partie d'un groupe, car elles n'ont pas une personnalité juridique différente de celles de leurs membres⁶¹⁸. Les groupes ne peuvent avoir de nationalité s'ils n'ont pas de personnalité juridique.

De plus, on se saurait nier que la constitution d'un groupe par des sociétés peut être vue comme une entente prohibée surtout lorsqu'elle cherche à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par les structures extérieures concurrentes aux groupes⁶¹⁹. La constitution de groupe ne devrait pas porter atteinte aux règles du marché, elle fait obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en mettant en avant artificiellement leur hausse ou leur baisse⁶²⁰.

Ces pratiques constituent une des contraintes majeures de la reconnaissance juridique du groupe au sein de la législation OHADA. Le législateur OHADA s'est limité à quelques dispositions, car le développement économique des Etats de l'OHADA ne doit pas porter atteinte à la réglementation de la concurrence dans les pays membres de l'UEMOA. Ces pratiques sont interdites, elles sont incompatibles avec le marché commun⁶²¹. Ce sont des pratiques prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de

⁶¹⁷ Mayatta MBAYE, *op. cit.*, p.283.

⁶¹⁸ *Ibid.*

⁶¹⁹ *Id Ibid.*

⁶²⁰ *Id Ibid.*

⁶²¹ Article 3 Règlement n° 02/2002/CM/ UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques à l'intérieur de l'UEMOA.

restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence à l'intérieur de l'union, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions⁶²².

La situation est fréquente dans le domaine des groupes de sociétés, qui obéissent toutes à une même stratégie économique et ont, la même attitude dans le marché⁶²³. Par exemple, une société mère fixe la politique des prix, ou encore la constitution d'un groupe limitant et contrôlant la production, les débouchés, les investissements, ou le progrès technique ou répartit les marchés et les ressources⁶²⁴.

Le législateur OHADA devrait veiller à ce que les ententes prohibées ne voient pas le jour dans les groupes de sociétés en raison de la communauté de politique économique, des comportements des dirigeants. Les dirigeants devraient veiller à ce que leurs conventions ou leurs actions concertées ne fassent pas obstacle au libre jeu de la concurrence.

L'objectif du groupe de société, c'est de s'agrandir, se restructurer, mais cela doit se faire sans violation des dispositions protectrices de la concurrence.

La position dominante entravant ou faussant le libre jeu de la concurrence est répréhensible peu importe la forme ou la taille des sociétés concernées, « il n'est en effet pris compte que la part du marché commun dont dispose la société née de l'opération et son impact négatif sur le jeu de la concurrence »⁶²⁵. Il en est de même pour les entreprises de l'OHADA se trouvant dans les pays de la CEMAC, celles-ci sont depuis 1999 soumises à des dispositions sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles qui font obstacle au libre jeu de la concurrence sur le marché commun⁶²⁶. Les ententes illicites, les abus de position dominante, les concentrations qui réduisent sensiblement la concurrence sont interdites⁶²⁷.

Le développement des groupes au sein de l'espace OHADA doit s'adapter aux dispositions des autres organisations⁶²⁸ interdisant les pratiques anticoncurrentielles sur le marché national⁶²⁹.

⁶²² Article 88 du traité de l'UEMOA. Article 4-1 règlement n°02/2002/CM/ UEMOA.

⁶²³ Mayatta Mbaye, *op. cit.*, p.317.

⁶²⁴ *Ibid.*

⁶²⁵ *Id Ibid.*

⁶²⁶ Règlement n°1/99/UEAC-CM-689 du 31 mars 1999.

⁶²⁷ Article 2 règlement 1/99/UEAC-CM-689 du 31 mars 1999.

⁶²⁸ L'UEMOA et la CEMAC.

⁶²⁹ MBAYE Mayatta, *op.cit.*, 325.

Cependant pour faire face aux exigences d'adaptations, le législateur devrait prendre en compte l'ampleur d'une telle réforme en faisant l'économie d'une étude préalable de la réalité des groupes en Afrique. Ceci permettrait une vulgarisation des groupes de manière légale et favoriser les transitions. La reconnaissance des groupes en droit OHADA est d'une très grande utilité pour le développement des affaires, En effet, elles favorisent l'optimisation financière à travers le régime des prêts et avances entre sociétés de même groupe.

Si pour l'instant on assiste à l'émergence du point de vue économique des groupes au sein de l'espace OHADA, il n'y a pas encore une effectivité juridique à proprement parler. Le groupe de société ne dispose pas de la personnalité juridique à la différence des sociétés qui le constitue, d'où la conservation de leur autonomie juridique. Le droit OHADA est actuellement confronté à une instabilité juridique des groupes en dépit de leur développement progressif, mais les structures sont aptes à des transformations, telles les prises de participations ou cessions de contrôle⁶³⁰.

La concentration économique n'est pas répandue dans les pays OHADA, les efforts pour légiférer dans ce modèle social présentent un intérêt majeur pour l'entrepreneuriat en droit de l'OHADA dans la mesure où leur application peut s'avérer utile pour les entreprises.

Les tendances d'une parfaite intégration juridique des groupes de société au sein de l'OHADA sont faibles. Le groupe est devenu une nécessité pour l'entrepreneuriat en droit OHADA, la réunion de plusieurs sociétés autour d'un même « pôle financier » est devenue un impératif pour les entreprises⁶³¹. Cette union leur permettrait de pouvoir mieux faire face aux entreprises concurrentes, et d'avoir hors du cadre régional des filiales étrangères qui bénéficieraient à leur tour du profit résultant des conditions locales. L'union est obligatoire pour les grandes entreprises, telles les SA devenues « gigantesque du fait d'une croissance démesurée, de « filialiser » plutôt que de « départementaliser » leur organisation »⁶³².

La structure du groupe mérite une reconnaissance juridique, elle est adaptée au niveau de concentration de l'économie des pays de l'OHADA.

⁶³⁰ *Ibid.*

⁶³¹ Abdoulaye SAKHO, *op. cit.*, p.27.

⁶³² *Ibid*

B. La place des groupes de sociétés dans l'économie des pays OHADA : l'exemple du Sénégal

Le concept de groupe s'est beaucoup développé au Sénégal, le législateur depuis des années y a consacré un livre entier, au moment de la réforme du droit des sociétés commerciales, par la loi 85-40 du 29 juillet 1985, portant quatrième partie du code des obligations civiles et commerciales (COCC). Cette loi traite pour la première fois d'une approche relative au groupe en droit sénégalais (1). C'est un concept qui a contribué à l'émergence des nouvelles formes d'investissements et au phénomène de concentration économique au Sénégal (2).

1. La notion de groupe en droit sénégalais

Le concept de groupe est envisagé de manière parcellaire par le droit régional, la concentration économique est peu répandue dans les pays de l'OHADA. Cependant « il arrive un moment où les gens décident de faire quelque chose. C'est ainsi que se sont produits tous les changements dans l'histoire »⁶³³. Le concept de groupe est rattaché à la concentration, c'est un concept de nature économique⁶³⁴. C'est par la suite que le droit OHADA en a fait de même par le biais du livre IV de l'Acte uniforme du 17 avril 1997, relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSCGIE). Ce livre avait été intitulé « Les liens de droit entre les sociétés » et regroupe les articles 173 à 180 dudit acte uniforme »⁶³⁵.

Le Sénégal a pris très tôt conscience des réalités de la vie des affaires, les groupes de sociétés constituent une réalité incontournable de la vie des sociétés dans l'espace OHADA. La réglementation de l'activité des groupes de société au Sénégal tente de s'assurer une « souveraineté économique »⁶³⁶. Cependant, tel n'est toujours pas le cas de l'OHADA, la base du tissu entrepreneurial régional a besoin que les grandes structures se subordonnent en ayant leur centre de décision à l'extérieur. L'autonomie économique est un moyen intéressant pour faire avancer les économies des Etats, l'essentiel est de limiter la dépendance à la souveraineté économique.

⁶³³ *Ibid*, p.12.

⁶³⁴ *Ibid*. P.13.

⁶³⁵ *Id Ibid*.

⁶³⁶ Guy ROCHETEAU, *Pouvoir financier et indépendance économique en Afrique noire : Le cas du Sénégal*, Paris, Khartala-Orstom, 1982.

Par exemple, Le Sénégal est un Etat qui, s'il dispose depuis l'indépendance d'une autonomie politique, est de loin en retard en matière d'autonomie économique⁶³⁷. Ceci pour montrer que si l'existence des groupes a un grand impact sur le développement économique des entreprises, elle doit être utilisée avec modération. L'objectif n'est pas de dénigrer le phénomène de concentration économique en Afrique, ni les liens qui unissent les entreprises au sein de l'OHADA aux entreprises étrangères, mais de montrer l'intérêt d'avoir un régime juridique sur les groupes de sociétés en droit OHADA. En effet, c'est seulement à travers les mécanismes décisionnels, qu'il est possible de préconiser des outils juridiques capables d'assurer l'intérêt des entreprises au sein de l'espace OHADA tout en bénéficiant des avantages de la concentration économique.

Le groupe est un ensemble d'unités de production et de distribution, organisé en plusieurs entreprises ou sociétés⁶³⁸ obéissant à un centre de décision unique⁶³⁹, c'est une combinaison de structures liées entre elles par des liens d'engagements financiers, mais aussi des entreprises reliées par des stipulations conventionnelles⁶⁴⁰. L'émergence des groupes de société en droit aurait pour effet de favoriser des choix stratégiques et imposer un certain ordre au sein du groupe, et en même temps offrir les moyens d'exercer une influence sur son environnement externe, plus spécifiquement sur les conditions de la concurrence⁶⁴¹.

L'intégration juridique des groupes en droit OHADA, requiert la prise en considération de notions intéressantes, telles le pouvoir qui est indispensable à la mise en place d'un régime juridique de concentration économique générant des groupes de sociétés. Les progrès du groupe en droit OHADA sont significatifs, on assiste à une montée en puissance des groupes dans les pays de l'OHADA.

La reconnaissance des groupes de sociétés en droit OHADA aurait pour effet de favoriser des liens étroits entre diverses entreprises. La formule du groupe a été choisie dans le cadre des investissements étrangers au Sénégal⁶⁴². En effet, l'utilisation du groupe dans ces pays comme

⁶³⁷ Abdoulaye SAKHO, *op. cit.*, p.14.

⁶³⁸ La notion de société doit être distinguée de celle d'une entreprise. L'entreprise est un concept économique renvoyant à « un ensemble organisé de personne et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique », Tandis que la société est une notion juridique supposant, en règle générale, la dévolution de la personnalité morale.

⁶³⁹ Abdoulaye SAKHO, *op. cit.*, p.15.

⁶⁴⁰ *Ibid.*

⁶⁴¹ *Id Ibid.*

⁶⁴² Filiale ou accord contractuel.

structure juridique établissant des rapports économiques, justifient sa prise en compte comme élément essentiel au développement économique des activités.

Toutefois, il serait intéressant de savoir qu'il y a un décalage entre la forme juridique empruntée par le groupe et la réalité de la domination économique s'opérant entre les sociétés sur les autres qui sont juridiquement indépendantes, en raison de la personnalité juridique différente⁶⁴³. En effet, il n'est pas aisé de dresser un tableau complet des phénomènes de concentration dans les pays OHADA, « l'état des données statistiques, la fébrilité de l'administration et du secteur privé lorsqu'on demande des informations sur la structure financière de l'économie du pays, contribuent à rendre difficile, voire même hasardeuse, une étude sur les groupes de sociétés »⁶⁴⁴.

Au Sénégal, la domination économique de certaines multinationales sur le pays prend le plus souvent la forme juridique de groupes de sociétés⁶⁴⁵. L'organisation juridique sous la forme de groupe permet à la société dominante de reporter les risques d'exploitation et par conséquent, la responsabilité sur la société dominée, toutefois elle reste maîtresse du pouvoir de décision⁶⁴⁶.

Le Sénégal fait partie de l'un des pays, évoluant avec une forte présence des capitaux étrangers, ils représentent une part importante des investissements dans le domaine économique⁶⁴⁷. L'analyse du processus d'implantation des multinationales permettrait de mieux comprendre l'impact des groupes dans l'économie sénégalaise. En effet, l'insertion de l'économie sénégalaise dans le commerce mondial, la présence des groupes multinationaux au Sénégal et dans la majeure partie des pays en développement a pour origine la théorie de l'investissement direct international⁶⁴⁸.

Au Sénégal ce mouvement de filialisation a débuté vers la fin de la seconde guerre mondiale⁶⁴⁹. Ce mouvement va s'accroître avec le développement des structures économiques résultant de l'accès à l'indépendance⁶⁵⁰. Les grandes compagnies commerciales étaient

⁶⁴³ Abdoulaye SAKHO, *op. cit.*, p.17.

⁶⁴⁴ *Ibid.*

⁶⁴⁵ Joint-venture, contrat de licence, contrat d'assistance et de fourniture à la société par le biais de participation au capital des sociétés de droit Sénégalais.

⁶⁴⁶ Abdoulaye SAKHO, *op. cit.* p.17.

⁶⁴⁷ *Ibid.* p.37.

⁶⁴⁸ *Id Ibid.*

⁶⁴⁹ SAKHO Abdoulaye, *op. cit.*, p.44.

⁶⁵⁰ *Ibid.*

obligées d'intégrer les nouvelles stratégies économiques marquées par la nécessaire industrialisation du pays. Cette intervention va s'accompagner en matière industrielle d'une transformation de leurs agences, succursales et filiales de droit local⁶⁵¹. La filialisation permet l'obtention d'une partie des bénéfices provenant d'activités nouvelles et plus particulièrement, avec les nouveaux industriels, les liens organisationnels garantissant l'octroi du monopole de distribution des produits sur le marché africain.

Ce mouvement des groupes s'est accentué à partir des années 72 au Sénégal à travers l'intervention des maisons de commerces dans le secteur de l'industrie. L'objectif de ces maisons est d'investir dans l'industrie pour assurer un transfert technologique qui, « ne peut se faire qu'à travers une entreprise implantée dans le pays d'accueil »⁶⁵². Cependant, il faut savoir qu'en droit Sénégalais, les sociétés mères sont essentiellement des compagnies commerciales qui se constituent en holding disposant du contrôle financier non seulement sur leurs filiales de droit sénégalais, mais aussi sur celles acquises en Europe et spécifiquement en France⁶⁵³.

Le droit sénégalais va progressivement atteindre ce niveau de concentration du pouvoir économique à l'aide de quelques grandes entreprises qui deviennent de fait des « multinationales originaires du tiers monde »⁶⁵⁴. Le phénomène de concentration économique est devenu récurrent au Sénégal grâce à l'émergence des nouvelles formes d'investissement.

2. L'émergence de nouvelles formes d'investissements et le phénomène de concentration économique au Sénégal

Le Sénégal fait aujourd'hui partie des pays africains en avance en matière d'investissement, de nouvelles formes d'investissements émergent dans ce pays. Selon Antoine BASILE ce sont des « investissements internationaux ou multinationaux dans lesquels l'investisseur, étranger au pays d'accueil, ne détient pas de participation quelconque au capital social de l'entreprise, laquelle repose néanmoins sur la mise en commun de moyens en vue d'atteindre les objectifs

⁶⁵¹ *Id Ibid.*

⁶⁵² Guy ROCHETEAU, *op. cit.*, p.292. D'ailleurs, cet auteur écrit de manière péremptoire et sans ambages qu'il « est bien clair qu'une société industrielle uniquement africaine ne pourrait conduire avec toute l'efficacité possible le transfert de technologie à partir des centres développés ». *Idem.*

⁶⁵³ Guy ROCHETEAU, *op. cit.*, p. 289.

⁶⁵⁴ Abdoulaye SAKHO, *op. cit.*, p.44.

fixés conjointement »⁶⁵⁵. Ces nouvelles formes d'investissements sont apparues au Sénégal à partir du troisième plan quadriennal de développement entre 1969 et 1973. Le président Senghor, a d'ailleurs dans un discours en 1972, mené une politique visant à favoriser l'accueil des multinationales et l'instauration des nouvelles formes d'investissement dans un « commerce international mieux équilibré »⁶⁵⁶.

Ce pays a préféré conserver les avantages d'un mode de gestion privé des sociétés, en s'accommodant de l'apport des capitaux étrangers, indispensables, en raison de la faiblesse des moyens financiers publics et de la quasi inexistence de l'épargne chez les nationaux⁶⁵⁷. Les nouvelles formes d'investissement jouent un rôle intéressant dans l'économie des pays de l'OHADA, elles permettent de constater la faiblesse des ressources financières et naturelles de l'Afrique⁶⁵⁸. « Les prises de participations financières de l'Etat ont été réalisées, selon le IV plan quadriennal (1973/1977), pour pallier les insuffisances du marché interne de capitaux en attendant que l'épargne privée prenne la relève »⁶⁵⁹. Le climat d'investissement est défavorable aux investisseurs étrangers, il limite leurs participations parfois dans le capital des structures africaines.

L'analyse du cas du Sénégal est intéressante, car cette réglementation spécifique des groupes de sociétés existait depuis 1998⁶⁶⁰. Cependant, depuis l'introduction du droit OHADA, ces mesures ont été abrogées par le législateur sénégalais⁶⁶¹. La restauration du droit des groupes au Sénégal et dans l'ensemble des pays constitue un impératif d'ordre économique. La notion de pouvoir est la clé de la domination économique, une qualification de son régime s'impose.

⁶⁵⁵ Antoine BASILE, « Les nouvelles formes d'investissement », *Revue d'économie politique*, n°3, 1985, p.276. Ces NFI sont aussi désignées sous l'appellation de « Nouveaux arrangements industriels », Par l'ONUDI « ou formes non-traditionnelles d'investissement » par la chambre commerce (Basile, *Ibid.*).

⁶⁵⁶ Allocution d'ouverture au colloque international sur le développement industriel africain, Dakar, 20-25 novembre 1972, NEA 1972, p.45-46.

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ *Id Ibid.*

⁶⁵⁹ M. COLOMES, *Le droit de l'investissement et des investissements dans la CEE*, Paris, J. Delmas et Cie, 1971. Il s'agit d'une protection des économies européennes contre les multinationales du Japon et surtout des Etats-Unis.

⁶⁶⁰ Ndick Paul FAYE, « Droit des sociétés commerciales et du GIE », *Revue de l'ERSUMA* novembre – décembre 2011, p.1.

⁶⁶¹ *Ibid.*

Chapitre 2. Les limites à la viabilité économique des structures d'entreprises des pays de l'OHADA

Les sociétés commerciales ont pour objectif en droit OHADA de stimuler le développement économique des Etats membres. Cependant, en raison de leur diversité et de leur variété, elles n'offrent pas toutes un cadre juridique adapté à la pratique des affaires. Le développement économique constitue l'objectif principal du législateur OHADA, celui-ci implique l'élaboration de dispositions simples, modernes et surtout le choix de structures adaptées. La philosophie de l'AUSGIE se veut être un outil dans cette démarche, mais il faudrait pour assurer la viabilité des sociétés prendre en considération les réalités économiques et sociales du continent africain et procéder à une vision critique sur les choix portés. En effet, il y a des sociétés qui existent juridiquement, mais peu d'entre eux sont économiquement viables (**Section 1**). De plus, certaines formes juridiques sont inefficaces et peu attractives (**Section2**).

Section 1. Les structures inadaptées au droit OHADA

Les rédacteurs de l'acte uniforme ont maintenu la société en commandite simple⁶⁶² et la société en nom collectif⁶⁶³. Cependant, la pratique démontre qu'elles sont rarement utilisées, les rédacteurs ont conservé ces structures, pour la simple raison qu'elles présentent des intérêts pour ceux qui les choisissent.

Les structures doivent s'adapter au tissu économique des Etats membres, afin d'atteindre cet objectif de développement. Les sociétés à risque limité entrent plus ou moins dans ce cadre en favorisant un développement de l'activité économique et la sécurité juridique et financière des associés. Le législateur OHADA a su mettre en place une politique juridique embrassant toutes les formes juridiques susceptibles de s'adapter aux réalités socio-économiques de l'Afrique. Cependant, certaines structures, telles la société en nom collectif et la société en commandite simple, ont été reconduites en raison de leur utilité fiscale et des garanties

⁶⁶² Art. 293 à 308

⁶⁶³ Art. 270 à 292.

qu'elles peuvent présenter pour les créanciers⁶⁶⁴. Ces sociétés sont peu fréquentes dans les Etats, mais contrairement aux autres structures elles favorisent une grande protection des créanciers⁶⁶⁵.

Le caractère illimité de la responsabilité des associés renforce la confiance des investisseurs, elle protège les créanciers d'une éventuelle insolvabilité. Ces formes juridiques disposent d'énormes avantages pouvant faciliter le développement des activités entrepreneuriales, mais le caractère illimité de la responsabilité des associés constitue parfois un frein à leur attractivité, elles seront donc le plus souvent réservées à une catégorie particulière d'entrepreneurs, d'où leur faible attractivité dans les Etats l'OHADA (§ 1). La consécration de la société unipersonnelle est également un obstacle auquel sont confrontés les Etats dans le processus de formalisation de leurs activités économiques. Le législateur OHADA a fait des efforts pour faciliter l'entrepreneuriat au profit des personnes désirant entreprendre à titre individuel, mais les imperfections sont nombreuses (§ 2).

§ 1. La faible attractivité des structures à risque d'investissement illimité

L'Acte uniforme admet l'existence des sociétés de personnes dans lesquelles la responsabilité des associés est illimitée. Le montant du capital social dans les sociétés à risque limité ne constitue pas la limite de l'engagement des associés, à la différence de la SA et la SARL. L'investissement à risque illimité peut s'avérer dangereux, le capital doit être manié avec prudence, il existe deux catégories de société à risque limité, la société en nom collectif et la société en commandite simple. Cependant depuis leur entrée en vigueur dans l'ordonnement juridique du droit des sociétés de l'OHADA, on observe un désintérêt manifeste des acteurs de la vie des affaires pour les sociétés de personnes (A). De plus, les structures sans personnalité morale sont inadaptées à l'objectif de formalisation des activités économiques (B).

⁶⁶⁴ Elles peuvent donc être d'une très grande utilité.

⁶⁶⁵ Ibrahima BA, *Observations sur l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, EDJA, n°35, p.83.

A. Un désintérêt manifeste des acteurs de la vie économique pour les sociétés de personnes

Ce désintérêt est marqué par l'inadaptation de la SNC aux besoins de l'économie africaine (1) et une indifférence du droit OHADA aux avantages de la SCS (2).

1. L'inadaptation de la SNC aux besoins de l'économie africaine

Cependant, certains Etats après leur indépendance, s'étaient dotés de mesures spécifiques applicables à la société en nom collectif⁶⁶⁶, c'est le cas du Burkina Faso⁶⁶⁷, du Mali⁶⁶⁸, du Sénégal⁶⁶⁹, mais la réglementation des sociétés en nom collectif en Afrique reposait beaucoup plus sur la convention des parties⁶⁷⁰.

L'Acte uniforme sur les sociétés commerciales a édicté dans la seconde partie du Livre I des dispositions afférentes à la société en nom collectif, qu'il définit comme la structure dans laquelle tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Toutefois, il est possible de créer des sociétés unipersonnelles, que ce soit sous une forme anonyme ou à responsabilité limitée, ceci devrait contribuer à une forte limitation du recours à cette forme juridique.

Le caractère illimité de cette responsabilité explique, le faible recours des entrepreneurs qui préfèrent entreprendre sous forme de SARL ou SA. La réforme du 31 janvier 2014 n'a pas apporté beaucoup de changement au régime de la société en nom collectif, à l'exception de quelques modifications formelles⁶⁷¹. Ces modifications concernent la nomination du commissaire aux comptes dans la SNC, elle est devenue obligatoire dans certaines conditions et dans tous les cas possible lorsque les associés le décident⁶⁷².

Une société en nom collectif est définie par l'Acte Uniforme comme une société dans laquelle l'ensemble des associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales⁶⁷³, il n'y a pas de maximum ou minimum requis pour le nombre d'associés⁶⁷⁴.

⁶⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁶⁷ Loi du 30 décembre 1972.

⁶⁶⁸ Ordonnance du 14 octobre 1975 et décret du 14 novembre 1975.

⁶⁶⁹ Loi du 4 juillet 1966.

⁶⁷⁰ Alain FENEON, *op. cit.*, p.771.

⁶⁷¹ *Ibid.*

⁶⁷² *Id Ibid.*

⁶⁷³ Article 270 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales.

⁶⁷⁴ Benoît LE BARS, *op. cit.*, p.252.

Le régime juridique est beaucoup plus strict que celui de la SARL et la SA. Cette rigidité s'explique par l'existence de certaines dispositions relatives aux cessions de parts sociales, le capital de la SNC est composé de parts sociales d'une valeur nominale identique qui ne peuvent être cédées qu'avec le consentement des associés⁶⁷⁵. La cession ne peut avoir lieu en l'absence d'unanimité, ce régime est plus strict que les procédures d'agrément classique rencontrées dans la SA et la SARL, il est propre au caractère illimité de la responsabilité de chaque associé et permet d'éviter l'entrée d'un associé pouvant entraîner des pertes et engager la responsabilité des autres associés.

L'inconvénient majeur de la SNC, c'est qu'elle rend les parts sociales peu liquides, car un seul associé suffit à bloquer toute cession⁶⁷⁶. Certaines solutions sont apportées pour tenter d'y remédier, une procédure de rachat est autorisée pour permettre le retrait de l'associé cédant. De plus, le formalisme de la cession renforce le caractère fermé de la SNC, d'où la vigilance des associés dans l'accomplissement des formalités.

La SNC est une structure fermée, dans laquelle, il y a énormément de contraintes. Par exemple le gérant ne peut être désigné en dehors des associés⁶⁷⁷, à la différence des structures à risque limité telle la SARL le gérant est nommé en dehors ou parmi les associés. De plus, lorsqu'un des associés est déclaré en faillite, il est interdit d'exercer une activité commerciale, déclaré incapable ou qu'un jugement de liquidation des biens a été prononcé à son égard, la SNC prend fin, sauf lorsque les statuts prévoient la continuité entre les autres associés ou en cas de décision unanime de ceux-ci⁶⁷⁸.

Les risques encourus dans une SNC sont élevés, les entrepreneurs sont effrayés par les nombreuses exigences, telles celles de l'associé quittant la SNC, responsable des tiers et de la totalité des dettes sociales nées avant son départ de la société. Le choix de la SNC est risqué pour les entrepreneurs, il est important de le prendre au sérieux, lorsque l'on souhaite entreprendre sous une telle forme juridique ou y devenir associé. De plus, la SNC est uniquement réservée aux commerçants, la qualité de commerçant est une condition obligatoire pour y devenir associé. En effet, les conditions à remplir pour devenir associé d'une SNC sont restrictives, à la différence de celles prévues dans les SARL et SAS.

⁶⁷⁵ Article 273 et 274 de l'AUSC.

⁶⁷⁶ Benoît LE BARS, *op. cit.*, p.252.

⁶⁷⁷ *Ibid.*

⁶⁷⁸ Article 291 de l'AUSC.

Le financement de la SNC, est plus onéreux que celui d'une SARL, SA, ou d'une SAS. Le risque illimité d'investissement n'est pas sans conséquence sur l'attractivité de la SNC, il favorise une insécurité financière constante et prévisible.

La SNC prospère très peu en Afrique en raison d'un attachement excessif à la conception du patrimoine personnel. La transparence fiscale de cette société n'encourage pas la constitution des réserves puisque les associés doivent dans ce cas payer l'impôt sur les sommes qu'ils n'ont pas encaissées. C'est une structure, dans laquelle les associés sont prisonniers de leurs titres, et en cas de mauvaises affaires la responsabilité des dettes est lourde de conséquence.

La SNC est victime du succès de la SARL et de la SA⁶⁷⁹, la limitation de la responsabilité dans ces sociétés diminue sa crédibilité.

La SNC, est une structure dangereuse, car le redressement ou la liquidation judiciaire s'appliquent automatiquement aux sociétés de personnes. En effet, il est aisé d'y entrer, mais il est difficile d'en sortir, car « l'associé est souvent prisonnier de son titre »⁶⁸⁰. Actuellement, il est rare de trouver des entrepreneurs africains qui engagent la totalité de leur patrimoine dans une affaire, afin de préserver leur patrimoine personnel, ils choisissent l'investissement à risque limité.

Quelles sont alors les raisons du maintien de la SNC dans la législation OHADA ? Le recours à la SNC est rare en France, elle est maintenue pour les pharmaciens et les établissements dans lesquels sont vendues des boissons, à titre principal ou accessoire, des boissons⁶⁸¹. La société en nom collectif est peu courante en France et dans les pays africains en raison de sa réputation contraignante en matière de responsabilité des associés, indéfiniment et solidairement responsables des dettes. Néanmoins, elle contient de nombreux avantages juridiques et fiscaux, le choix de sa reconduction est motivé par les facilités de constitution qu'elle offre, telle l'absence d'exigence de capital minimum. Ce capital social se constitue en fonction des moyens des futurs associés, un critère que le législateur a trouvé adapté aux entrepreneurs à faibles ressources financières. Les entrepreneurs peuvent exercer une commerciale, sans obligation de souscrire à un capital, ni de délai minimum de libération lors de la souscription. L'absence de capital minimum de départ et la stabilité de son mode

⁶⁷⁹ L'uni personnalité est interdit dans les SNC, l'associé unique ne peut créer une SNC.

⁶⁸⁰ Maurice COZIAN, *op. cit.*, p.442.

⁶⁸¹ *Ibid.*

d'organisation et de gestion⁶⁸² sont très avantageuses. De plus, le risque d'investissement est un véritable gage pour les créanciers⁶⁸³.

C'est une forme juridique adaptée aux sociétés réalisant de faibles chiffres d'affaires, elle permet d'éviter que les associés personnes physiques ne subissent une trop forte imposition de leurs faibles revenus en raison de la « translucidité fiscale »⁶⁸⁴ de la société.

En effet, à la différence des autres sociétés, elle est marquée par une forte transparence fiscale, chaque associé est imposé personnellement pour la quote-part lui revenant. La constitution de la SNC n'est pas difficile, elle comporte généralement un petit nombre d'associés, l'unanimité des parts sociales exclut l'entrée des tiers indésirables. La responsabilité solidaire des dettes facilite l'obtention du crédit, la transparence fiscale est renforcée par l'impôt sur le résultat qui n'est pas payé par la société elle-même, mais par les associés. Les associés de la SNC ont la possibilité d'imputer le déficit de la société sur leurs autres revenus catégoriels.

La SNC est adaptée aux petites entreprises de type familial mises en œuvre par des personnes physiques acceptant de courir le risque ensemble, et de se consacrer à l'entreprise commune. En effet, elle permet aux membres d'une même famille de se préserver de la participation sociale d'un tiers ou des montages juridiques complexes, tels les groupes de sociétés. Le législateur l'a maintenu, car elle requiert une grande discrétion de la part des associés.

De plus, il n'est pas nécessaire dans une SNC de déposer des comptes sociaux au greffe du tribunal de commerce. Les nombreux attraits fiscaux favorise sa viabilité juridique, et ont séduit bon nombre de groupes de sociétés, car elle permet aux filiales structurellement déficitaires, de faire remonter leur déficit jusqu'à la société mère⁶⁸⁵. Les mesures légales sont considérablement réduites dans cette structure, la liberté contractuelle prime sur l'organisation institutionnelle. Cette liberté n'est pas une nouveauté en droit OHADA, la société par actions simplifiée n'est pas la première structure à introduire la thèse de la liberté contractuelle, mais c'est le manque de viabilité des SNC en Afrique, qui masque l'application de la liberté contractuelle dans ce type de société. En effet, « dans une SNC les associés sont libres de

⁶⁸² L'ensemble des représentants agissent au nom et pour le compte de la société sauf mesures statutaires contraires.

⁶⁸³ Maurice COZIAN, *op.cit.*, p.444.

⁶⁸⁴ C'est-à-dire que la société conserve sa personnalité fiscale, mais l'impôt est prélevé sur chaque associé proportionnellement à sa contribution dans la société.

⁶⁸⁵ *Ibid.* P.443.

faire appel aux ressources de leur imagination ; à eux de se forger un cadre dans l'exacte mesure de leurs besoins, alliant souplesse et efficacité »⁶⁸⁶, mais cette liberté ne doit pas être un moyen de contourner excessivement les formalités requises.

L'attrait de la SNC à beaucoup diminué en France depuis l'interdiction des BIC non professionnels sur le revenu global⁶⁸⁷. En effet, en cas de liquidation de la société, elle s'étend rapidement aux associés, soumis à des sanctions, telles l'interdiction d'exercer une fonction électorale⁶⁸⁸.

L'optimisation fiscale⁶⁸⁹ devrait également être utilisée avec précaution, le chef d'entreprise peut rapidement se retrouver, en correctionnel pour fraude fiscale⁶⁹⁰.

La SNC permet d'optimiser fiscalement, mais les risques de fraudes fiscales ne sont pas exclus.

Les sociétés de personnes sont destinées aux entrepreneurs qui se font mutuellement confiance⁶⁹¹, mais il est évident que pour une meilleure sécurité juridique et financière de l'entreprise, il faut choisir les structures à risque limité. En effet, nombreux sont les dangers que peuvent engendrer le choix d'une SNC pour la société et ses associés, les événements graves touchant un associé ont un impact sur le fonctionnement de la SNC, et peuvent y mettre fin : décès ou incapacité d'un associé.

De plus, la transparence fiscale n'est plus une particularité de la SNC, car les SA, les SAS, les commandite par actions, et les SARL, qui sont normalement soumises à l'IS, peuvent dans certaines conditions choisir le régime de la transparence fiscale. La rigueur observée dans la SNC explique sa faible attractivité, mais elle pourrait convenir à certaines entreprises du droit OHADA qui regroupent peu d'associés, qui se connaissent et se font confiance.

La SNC pourrait concurrencer la SARL, la structure par excellence des entreprises familiales.

Les acteurs de cette organisation devraient mettre en avant l'ensemble des avantages en faveur de la SNC. Par exemple, la simplicité de la constitution, le caractère non onéreux des

⁶⁸⁶ *Id Ibid.*

⁶⁸⁷ Maurice COZIAN, *op. cit.*

⁶⁸⁸ Article 194 de la loi du 25 janvier 1985 sur les entreprises en difficulté.

⁶⁸⁹ L'optimisation fiscale correspond à l'utilisation de moyens pour réduire le paiement des impôts.

⁶⁹⁰ Alioune Dieye, *op. cit.*, p.254.

⁶⁹¹ C'est pour cette raison que les parts d'un associé ne peuvent être cédées qu'avec le consentement d'un associé.

formalités, l'absence de capital minimum, le caractère facultatif de la libération immédiate des sommes requises, ou même un délai fixe, la liberté des associés dans la rédaction des statuts, l'accès facile au crédit lié à l'obligation indéfinie et solidaire des associés au passif social, et le droit pour des conjoints de devenir associé d'une SNC.

Le choix de la SNC va permettre le contrôle de la cession des parts, et d'écarter toutes les personnes indésirables. De plus, il est plus avantageux d'être gérant d'une SNC que d'une SARL ou une SA, car l'une des particularités de la SNC c'est la stabilité des gérants associés, qui sont révocables uniquement par décision unanime des autres associés. La fiscalité a un impact positif sur le fonctionnement de la SNC, lorsque la société réalise des bénéfices peu importants, ils reviennent aux associés. Le maintien de la SNC favoriserait l'émergence des groupes de sociétés dans la zone OHADA⁶⁹². En effet, la souplesse de son fonctionnement explique son recours par les entités souhaitant mettre en place une filiale commune. La SNC est un outil avantageux pour les filiales communes, elle permet une gestion strictement égalitaire. Les sociétés mères peuvent y faire participer indirectement⁶⁹³ des sociétés qui restent sous leur contrôle, afin d'éviter de mettre en jeu leur responsabilité indéfinie et solidaire.

La solidarité existante au sein de la SNC est une solidarité parfaite de sorte que l'associé poursuivi n'a pas le bénéfice de discussion⁶⁹⁴. Les caractéristiques de la SNC assurent l'efficacité de l'obligation indéfinie et solidaire des membres par rapport aux dettes sociales.

La SNC a besoin d'une vulgarisation de ces avantages, afin qu'elle soit mieux prise en compte par les opérateurs économiques. Le choix de la SNC est souvent dangereux en raison de cette obligation indéfinie et solidaire des dettes sociales, mais ce n'est pas pour autant qu'elle doit être délaissée. La viabilité de la SNC dans les pays de l'OHADA dépend des adaptations, en fonction des objectifs animés par les opérateurs économiques.

Par exemple, la SNC est une structure déconseillée aux sociétés regroupant plusieurs associés, mais elle est adaptée aux petites entreprises. La SNC pourrait devenir attractive dans les pays de l'OHADA, mais le contrôle rigoureux de la cession des parts sociales explique la réticence

⁶⁹² La transparence fiscale de la SNC permet, au niveau de la société mère, d'obtenir une consolidation fiscale des résultats des différentes filiales, ayant choisies la forme de la SNC. Les déficits pourront remonter jusqu'à la société mère.

⁶⁹³ Au lieu d'y entrer elle-même.

⁶⁹⁴ Le membre poursuivi ne dispose pas du droit d'obliger le créancier à poursuivre préalablement en paiement la SNC et à établir son insolvabilité avant d'être tenu de s'exécuter. Cependant le créancier est tenu de mettre, par acte extrajudiciaire, la société en demeure de payer : AUSC, art.271.

des entrepreneurs. En effet, ils craignent de rencontrer des difficultés lorsqu'ils veulent sortir de la société volontairement sans l'approbation de leurs coassociés. Le régime fiscal peut également s'avérer moins avantageux que celui de la SARL, où sont déduits le résultat des rémunérations normales versées en contrepartie d'une activité effective aux associés travaillant dans la société.

Le rôle du législateur est de redorer le blason des sociétés de personnes, afin de les rendre plus attractives et adaptées aux entreprises OHADA. La société en commandite simple est également peu attractive, en raison du risque illimité de l'investissement.

2. Un droit indifférent aux avantages de la société en commandite simple

La société en commandite simple, comme la société en nom collectif, est une structure dont les membres sont liés par l'intuitu personae⁶⁹⁵. Cette forme de société bien qu'elle soit presque rarement utilisée par les opérateurs économiques présente de nombreux avantages. La SCS offre la possibilité aux entrepreneurs qui n'ont pas de fonds propres de bénéficier des apports des personnes disposant de liquidités, et ne pouvant pas se livrer à des opérations commerciales en raison de leur statut⁶⁹⁶. Cette forme de structure est utile en cas de décès d'un associé en nom collectif⁶⁹⁷, elle permet aux héritiers ne voulant pas ou ne pouvant pas devenir des commerçants de continuer l'activité de la société⁶⁹⁸.

La SCS avait été supprimée au Sénégal par la loi n°8540 du 22 juillet 1985, en considération de la faible importance des opérateurs économique sénégalais pour la SCS. L'utilité de cette structure a été reconnue par les rédacteurs de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales, elle a retrouvé son actualité à travers l'acte uniforme OHADA car la Guinée⁶⁹⁹ et le Mali⁷⁰⁰ l'avait supprimé de leur ordonnancement juridique.

Le droit de l'OHADA a fait le choix de reconduire la commandite simple, et de supprimer la commandite par actions. L'objectif du législateur OHADA est de mettre en place des structures moins nombreuses et plus simples⁷⁰¹. La société en commandite simple est une société dans laquelle coexistent deux catégories d'associés. Les associés de la première

⁶⁹⁵ Alain FENEON, *op. cit.*, p.755.

⁶⁹⁶ Fonctionnaire, professeur libéral.

⁶⁹⁷ Alain FENEON, *op. cit.*, p.755.

⁶⁹⁸ *Ibid.*

⁶⁹⁹ Par la loi du 1^{er} septembre 1962, art.3.

⁷⁰⁰ Article 15, ordonnance du 14 octobre 1975 sur la réglementation de l'activité commerciale.

⁷⁰¹ Benoît LE BARS, *op. cit.*, p.253. C'est-à-dire le droit des sociétés des pays non soumis à l'OHADA.

catégorie, dénommés « associés commandités », assimilables aux entrepreneurs, qui sont indéfiniment et solidairement responsable des dettes sociales. Les associés de la deuxième catégorie, dénommés « associés commanditaires », assimilables aux investisseurs, qui ne sont responsables de dettes sociales qu'à hauteur du montant de leurs apports⁷⁰².

L'article 293 de l'acte uniforme la définit dans les termes suivants : « La société en commandite simple est celle dans laquelle coexiste un ou plusieurs associés, indéfiniment et solidairement responsable des dettes sociales dénommées « associé commandités » ; avec un ou plusieurs associés responsables des dettes sociales dans la limite de leurs apports, dénommés « associés commanditaires » ou « associés en commandite ».

La majeure partie des règles propres aux sociétés en nom collectif s'applique à la SCS ; Le nouvel acte uniforme de 2014 renvoie expressément par son article 293-1 aux dispositions applicables aux SNC, l'objectif est de diminuer l'insécurité juridique, en complétant le régime applicable aux SCS par les dispositions prévues pour la SNC⁷⁰³.

C'est une structure qui présente des particularités liées à la coexistence de ces catégories d'associés ; particularités mises en évidence à travers les mesures de constitution et de fonctionnement de la société.

La SCS est adaptée aux micro- entreprises, car sa constitution requiert uniquement deux associés, le capital minimum n'est pas une exigence légale. Le législateur OHADA l'a reconduite, en raison d'un recours fréquent pour les petites affaires ou de taille moyenne dans lesquelles les associés prennent des risques sur leurs patrimoines propres pour le développement de la société contre une part plus importante du profit réalisé par la société. La SCS, à la différence de la SARL et la SNC peut avoir un objet qui n'a pas un caractère commercial.

La dualité qui existe entre les associés de la SCS explique le désintérêt des entrepreneurs pour cette structure. Cette dualité crée un déséquilibre au niveau des pouvoirs attribués aux commanditaires. De plus, le risque d'insécurité juridique est fréquent dans ce type de société, l'article 293-1 de l'acte uniforme sur le droit des sociétés et groupement d'intérêt économique préconise que les « dispositions relatives aux SNC sont applicables aux sociétés en commandite simple, sous réserve des règles particulières ».

⁷⁰²Article 293 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

⁷⁰³ Alain FENEON, *op. cit.*, p.756.

Cependant, ces mesures paraissent peu suffisantes, car au-delà du risque illimité des investissements, les associés commanditaires ne peuvent devenir gérant. Ce principe de non immixtion des commanditaires diminue l'attractivité de la SCS. La gestion de la SCS est de la compétence des commandités et les commanditaires n'ont aucune possibilité d'effectuer des actes de gestion en vertu d'une procuration⁷⁰⁴, ils doivent assumer le risque solidairement, et la gestion est assurée partiellement par une catégorie d'associé. La faillite de la société entraîne la faillite des associés.

La société en commandite est tombée en désuétude, elle est peu utilisée par les entrepreneurs. Cette faible pratique tient à son apparente complexité technique. Par exemple, la cession des parts sociales est contraignante, elle requiert l'unanimité des associés. Le législateur aurait pu exiger plus simplement une majorité en nombre et en capital des commanditaires⁷⁰⁵.

La tenue des assemblées cause quelques difficultés, elle est à l'origine de nombreuses discriminations entre commandités et commanditaires réunis au sein d'une même assemblée. En effet, dans la SCS la réunion est demandée par un seul commandité, la même demande ne peut être formulée que par le quart en nombre et en capital des commanditaires⁷⁰⁶. Il en est de même lors des délibérations extraordinaires, l'unanimité des commanditaires est requise contre la majorité en nombre et en capital des commanditaires qui suffit⁷⁰⁷.

La SCS, à la différence de la SNC est une structure contraignante fiscalement, sa double fiscalisation contribue à affaiblir son attractivité⁷⁰⁸. « Les associés sont soumis au même régime que celui des associés en nom collectif ; ils sont de ce fait personnellement soumis à l'impôt sur le revenu pour la part des bénéfices qui correspondent à leurs droits et à condition que la société n'opte pas pour l'impôt sur les sociétés »⁷⁰⁹. « On applique aux commanditaires un régime qui s'apparente à celui des actionnaires dans les sociétés anonymes. La part des bénéfices qui leur revient est soumise à l'impôt sur les sociétés et cet impôt est établi au nom

⁷⁰⁴ Alioune Dieye, *op. cit.*, p.54.

⁷⁰⁵ Alain COURET, Jean - Pierre CASIMIR, *op. cit.*, p.96.

⁷⁰⁶ *Ibid.*

⁷⁰⁷ *Id Ibid.*

⁷⁰⁸ Le régime fiscal applicable aux bénéfices réalisés par la SCS est hybride, car chaque associé commandité est individuellement soumis à l'IR pour la part des dividendes provenant de ses droits sociaux. Contrairement à celles destinés aux associés commanditaires, ils sont soumis à l'impôt sur les sociétés, et en cas de distribution de ceux-ci, ils sont soumis à l'impôt sur le revenu.

⁷⁰⁹ COURET ALAIN, Jean- Pierre CASIMIR, *op. cit.*, p.96.

de la société. Lorsque le bénéfice après impôt est distribué, celui-ci est considéré comme un revenu mobilier pour le commanditaire »⁷¹⁰.

Selon le professeur Maurice COZIAN « La commandite simple exige une belle gymnastique intellectuelle qui n'est pas forcément prisée de la pratique ». Cependant, malgré les nombreux inconvénients, la pratique aurait un grand intérêt à la redécouvrir. Les auteurs, tel le professeur Alain VANDIER prône le retour de la SCS, car son mode de gestion est souple, elle offre la possibilité d'éluder pour les commanditaires, l'obligation indéfinie et solidaire au passif social. La SCS favorise les placements à haut risque des investisseurs qui ne souhaitent pas engager leurs responsabilités.

La commandite simple a perdu sa place sous l'ère de la SA et la SARL, mais il est possible de de la rendre viable dans les Etats OHADA. En effet, la SCS est adaptée aux opérations d'investissement, elle permet la combinaison des principaux acteurs de l'entrepreneuriat « Les entrepreneurs (les commandités) et les investisseurs (les commanditaires) »⁷¹¹.

Les structures sont abondantes, il serait loisible de procéder à des regroupements structurels pour plus d'efficacité. Le régime de la commandite simple est proche de la SNC, la seule différence entre commandite par actions et commandite simple c'est le statut d'actionnaire octroyé aux commanditaires. La viabilité des sociétés de personnes requiert la mise en œuvre de mesures atténuant la dualité entre commandités et commanditaires, la double fiscalisation et le risque d'investissement attribué uniquement au commandité.

On ne saurait ignorer ce « discrédit » en constante progression de la commandite alors qu'elle constitue un excellent outil de combinaison des divers objectifs des entrepreneurs. En effet, certains entrepreneurs aiment le risque, d'autre préfèrent n'engager qu'une partie de leur patrimoine. Le peu d'intérêt des opérateurs économiques pour la commandite avait été invoqué pour justifier sa suppression au Sénégal par la loi n°85-40 du 22 juillet 1985 portant 4^e partie du code des obligations civiles et commerciales.

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ Maurice COZIAN, *op. cit.*, p. 455.

L'intuitu personae est fort dans la commandite simple, les associés s'engagent car ils se connaissent et s'apprécient⁷¹². Le régime juridique de la SCS est calqué sur le modèle de la SNC, les dispositions applicables sont identiques⁷¹³.

La société en commandite simple est peu utilisée, elle est critiquée à cause de la responsabilité indéfinie et solidaire du commandité des dettes de la société. Ce type de société garantit le remboursement des créanciers qui repose entièrement sur les associés commandités responsables indéfiniment et solidairement des dettes sociales⁷¹⁴ sur leur patrimoine personnel. De plus, lorsque les résultats de la société en commandite sont élevés, les impôts à payer seront aussi élevés comme si l'exploitation de la société se faisait par le biais d'une société par actions car le taux d'imposition des personnes physiques est plus élevé que celui des structures par actions. Ces conséquences sont supportées par les associés commandités.

Le commanditaire privilégié se trouve à l'abri des dettes de la société, il bénéficie d'une grande protection même s'il ne peut participer à la prise des décisions relatives au fonctionnement de la société⁷¹⁵. Cet avantage découle du droit pour le mineur non émancipé, de la personne frappée d'incapacité ou d'interdiction d'avoir la possibilité d'acquérir le statut de commanditaire⁷¹⁶.

L'interdiction faite au commanditaire de participer à la gestion de la société porte atteinte à ses droits d'associés. De plus, la situation du gérant n'est pas des meilleurs, car dans la commandite le gérant commandité, est au plan social un employeur ou un travailleur indépendant, non justiciable du régime général de la sécurité sociale. Le gérant de la SCS est considéré au plan de la sécurité sociale comme un salarié lorsqu'il n'est pas associé, il lui est également reproché les contraintes liées à la cession des parts sociales.

Cependant, toutes les mesures relatives à la SCS ne sont pas défavorables à la société en commandite. Par exemple l'interdiction de la participation des commanditaires dans la gestion de la société, lorsqu'elle est violée, les sanctions à son égard ne sont pas sévères.

Enfin, il faut souligner les avantages qu'il y a dans la dissociation entre commandités et commanditaires, elle permet de devenir associé et favoriser la coopération entre les

⁷¹² C'est la raison pour laquelle il ne peut y avoir de cession entre vifs.

⁷¹³ Sauf exception aux règles spéciales à la société en commandite simple.

⁷¹⁴ Alain FENEON, *op. cit.*, p.756.

⁷¹⁵ Néanmoins, il dispose d'un veto lui permettant de s'opposer aux choix effectués par les commanditaires.

⁷¹⁶ Ndiaw DIOUF, *Les sociétés de personnes*, in société commerciale et GIE, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.351.

investisseurs et les entrepreneurs. La société en commandite simple est adaptée au contexte économique et social, mais elle est destinée à des structures avec peu d'associés. Ces associés sont animés par les activités entrepreneuriales, et sont responsables des dangers de l'investissement en échange d'une part importante des dividendes.

Cependant, les entrepreneurs préfèrent encourir un risque limité au montant de leur patrimoine professionnel, en conservant un droit de contrôle sur la gestion de la société, et en participant au partage des bénéfices.

Les sociétés de personnes pourraient être un moyen de mettre fin aux activités informelles en Afrique, elles sont adaptées aux entreprises qui groupent un petit nombre d'associés et aux commerçants avec un patrimoine modeste⁷¹⁷. Les SCS sont les structures les plus appropriées aux entrepreneurs qui veulent sortir de l'informel en raison des difficultés qu'elles peuvent rencontrer lors du lancement de l'activité, elles sont dominées par l'importance des qualités personnelles⁷¹⁸. Le régime juridique de la SCS permettrait en cas de déficit, particulièrement lors des premières années de démarrage de l'activité : Aux associés personnes morales de réduire une part de leur bénéfice imposable par le biais de la réintégration de leur quote-part de déficit, et également, aux associés personnes physiques de diminuer leur taux imposition.

La nouvelle société en commandite simple ou société en nom collectif pourra contourner les difficultés de trésorerie avec l'impôt sur les sociétés à payer et les éventuels acomptes. Ce sont des difficultés que peuvent rencontrer les jeunes entreprises en début d'activité particulièrement la seconde année, qui requiert souvent le versement des premiers acomptes et le paiement de l'impôt sur les sociétés du premier exercice.

Enfin, le régime des sociétés de personnes est un idéal pour les entreprises qui réalisent de faibles bénéfices d'avoir une imposition à un taux plus bas.

Le législateur devrait mettre en avant la simplicité de constitution et de fonctionnement qu'offrent les sociétés de personnes. Par exemple, l'avantage de la SNC pour les opérateurs du secteur informel est l'absence de capital social minimum au moment de la constitution⁷¹⁹. La responsabilité indéfinie et solidaire des associés des sociétés en nom collectif est une sérieuse garantie pour les créanciers, elle explique la faible importance accordée au capital

⁷¹⁷ Benoît LE BARS, *op. cit.*, p. 260.

⁷¹⁸ *Ibid.* p. 260.

⁷¹⁹ François ANOUKAHA et Alli, *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, Bruxelles, p.313.

social dans les SNC⁷²⁰. Cette somme peut être purement symbolique, et est divisé en parts sociales qui peuvent être symbolique, car il n'y a pas de valeur minimale imposée⁷²¹. Ces parts doivent être de même valeur nominale⁷²². Les sociétés de personnes font partie des structures pluripersonnelles proposées par le législateur OHADA les plus appropriées au secteur informel⁷²³.

Cependant, il existe en droit OHADA d'autres structures à risque illimité, ce sont des sociétés non immatriculées qui ont bénéficié d'une reconnaissance légale de la part du législateur OHADA. Cette reconnaissance juridique a suscité de nombreuses difficultés, elle est à l'origine de la montée en puissance des activités informelles. Ces structures sans personnalité morale sont inadaptées au contexte de formalisation des activités économiques en droit OHADA.

B. L'inadaptation de la consécration légale des structures sans personnalité morale à l'objectif de formalisation des activités économiques

Le droit de l'OHADA connaît deux formes de sociétés non immatriculées à risque d'investissement illimité, la société en participation et la société créée de fait. La société en participation est un frein à l'objectif de formalisation des activités économiques (1), et la société de fait est une entrave au processus de formalisation entamé (2).

1. La société en participation, un frein à la formalisation de l'informel

Les sociétés en participation étaient jadis régies en Afrique dans les différents Etats qui font aujourd'hui partie de l'espace OHADA par les articles 47 à 50 du code de commerce français, en vertu de la loi du 7 décembre 1850⁷²⁴. L'ensemble des modifications qui ont été apportées par la loi française du 24 juin 1921 n'ont pu être étendues à l'Afrique, les articles 47 et 50 sont demeurés applicables dans leur rédaction initiale en ce qu'elles reconnaissaient l'existence des « associations commerciales en participation » et précisaient qu'elles pouvaient faire l'objet de constat par : « La représentation des livres, de la correspondance ou par la preuve testimoniale si le tribunal jugeait qu'elle pouvait être admise ».

⁷²⁰ Stephanie KWEMO, *op. cit.*, p.261.

⁷²¹ ANOUKAHA François et Alli, *op.cit.*, p.317.

⁷²² Article 273 de l'AUSC.

⁷²³ Stéphanie KWEMO, *op. cit.*, p.261.

⁷²⁴ Alain FENEON, *op. cit.*, p.783.

L'article 50 préconisait, que : « Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés ». En effet, aucune modification n'avait été apportée à cette disposition depuis les indépendances des Etats Africains, sauf en Guinée, où la loi du 1^{er} septembre 1962 n'a plus mentionné l'association en participation comme une structure reconnue par le législateur guinéen⁷²⁵.

La société en participation a été conçue pour renforcer la coopération entre entreprises, elle est reconnue et définie par le Livre V de l'AUSC devenu en 2014 l'AUDSC comme la structure dans laquelle « les associés conviennent librement qu'elle n'aurait pas de personnalité morale »⁷²⁶.

La société en participation permet les coopérations entre entreprises⁷²⁷, et la gestion de biens indivis, entre des entreprises ou personnes physiques, par exemple, un avion pour des compagnies aériennes, un centre de stockage pour des sociétés d'import-export, ou le financement d'une opération à risque⁷²⁸. La discrétion et la non immatriculation de la société en participation favorise la transparence au niveau fiscal. De plus, les règles de constitution et de fonctionnement sont souples⁷²⁹, non onéreuses, rapides et simples⁷³⁰.

La crédibilité de la société en participation auprès des tiers est faible, elle est pratiquement inexistante dans le cadre des activités commerciales réalisées au Sénégal. La société en participation est une société dans laquelle le risque est illimité, la responsabilité des engagements est indéfinie et solidaire, il n'y a pas d'écrit et de formalités légales, les biens des associés ne sont pas à l'abri d'une poursuite par les créanciers.

Le législateur OHADA l'a reconduite lors de la réforme du 31 janvier 2014, car le code civil français⁷³¹ et la loi du 24 juillet 1966 l'ont intégré dans leur ordonnancement juridique. La « clandestinité »⁷³² est sa principale caractéristique, elle est inconnue des tiers⁷³³.

⁷²⁵ *Ibid.*

⁷²⁶ Article 854 de l'AUDSC.

⁷²⁷ Plus particulièrement pour la réalisation de grands travaux de construction ou fourniture d'usine « clés en mains ».

⁷²⁸ Il s'agit du pool bancaire instauré lorsque le risque financier ne peut être pris par un seul établissement financier.

⁷²⁹ Alain FENEON, *op. cit.*, p.784.

⁷³⁰ *Ibid.*

⁷³¹ Article 1871 à 1872-2 du code civil français.

⁷³² Maurice COZIAN, Alain VANDIER, Florence DEBOISSY, *op. cit.*, p.474.

⁷³³ Seules les administrations fiscales étaient au courant de l'existence de cette structure, en raison de sa déclaration et l'application des dispositions spécifiques.

Cependant, à l'exception des dispositions relatives à la personne morale, elle favorise la liberté contractuelle⁷³⁴, les règles qui la gouvernent dépendent de la volonté des parties⁷³⁵, et les associés sont propriétaires des biens mis à sa disposition sauf en cas d'indivision.

Les associés conviennent librement de l'objet, de la durée, des conditions de fonctionnement, des droits des associés, de la fin de la société, sous la seule réserve de ne pas déroger aux dispositions obligatoires communes à toutes les sociétés commerciales⁷³⁶.

La société en participation est souple et discrète, elle est adaptée aux opérations ponctuelles⁷³⁷. C'est un outil flexible qui s'avère utile lorsque les associés souhaitent mettre en place un consortium secret ou une joint-venture⁷³⁸. Cependant, il est recommandé aux associés désireux de monter une telle structure de se pencher sur les difficultés de responsabilité et de la fiscalité⁷³⁹ qui s'appliquent aux associés lors de la rédaction des conventions⁷⁴⁰, afin d'améliorer son régime juridique. Il en est de même pour les associés qui devraient se préoccuper de la réglementation relative à la dissolution de la société en participation, pour laquelle l'acte uniforme ne prévoit rien.

La société en participation favorise la coopération interentreprises, elle est sollicitée en matière de travaux de construction, de fournitures d'usine, de coproduction cinématographique⁷⁴¹, et de répartition des charges entre structures sociétaires d'un même groupe⁷⁴².

L'utilité principale de la société en participation est de permettre de manière illégale l'octroi de capitaux à un gérant qui, dans ses relations avec les tiers, va sembler intervenir seul, mais dans ses rapports avec les apporteurs, leur fait un compte rendu comme à des associés et partage avec eux les dividendes et les pertes. Le choix de la société en participation est limité par le principe de territorialité. En effet, « Toute société commerciale, y compris celle dans

⁷³⁴ Les associés ont la possibilité d'organiser le fonctionnement de la société, dans le cas contraire, ils se soumettront à l'activité civile, ou de la SNC, si l'activité est commerciale.

⁷³⁵ Maurice COZIAN, Alain VANDIER, Florence DEBOISSY, *op. cit.*, p.474.

⁷³⁶ Article 855 de l'AUSC.

⁷³⁷ Stéphanie KWEMO, *op. cit.*, p.75.

⁷³⁸ *Ibid.*

⁷³⁹ Cette structure n'a pas la personnalité morale, la qualité de contribuable ne peut lui être reconnue

⁷⁴⁰ Stéphanie KWEMO, *op. cit.*, p.75.

⁷⁴¹ CA de Paris, 17 mai 1991, Bull. Joly 1991, p.831, c'est une société en participation mise en œuvre par une association française (la maison de la culture de la seine de Saint-Denis et une fondation américaine (la fondation musicale France –USA) pour la coproduction et la représentation à Bobigny de deux opéras de Mozart.

⁷⁴² Alain COURET, *L'apport d'actions à une société en participation : Droit des sociétés, Actes pratiques*, 1994, n°18, p.101.

laquelle un Etat ou une personne de droit public est associé ou actionnaire dont le siège est situé sur le territoire de l'un des Etats partie au traité OHADA est soumise aux dispositions de l'acte uniforme ».

L'existence juridique de la société en participation peut s'expliquer par les nombreux avantages qu'en tire la pratique des affaires, c'est le meilleur moyen de financement « sans que les tiers ne puissent identifier les investisseurs », tel le cas des marchés internationaux qui offrent la possibilité de créer un groupe sans que l'identité des associés soit divulguée au tiers⁷⁴³. Les sociétés peuvent se regrouper dans le cadre d'une société en participation, pour le financement d'importantes opérations, à travers « un pool bancaire »⁷⁴⁴.

La société en participation a été créée en droit OHADA, afin d'adapter le droit à la pratique des affaires en Afrique. En effet, bien qu'elle soit dépourvue de personnalité morale⁷⁴⁵, informelle⁷⁴⁶ occulte et ostensible⁷⁴⁷, elle permet d'accéder au statut de commerçant⁷⁴⁸.

Le secteur informel occupe une place prépondérante dans l'économie africaine, d'où les inquiétudes du législateur OHADA à prévoir un dispositif législatif propre aux structures d'affaires non personnalisés.

L'institution de la société en participation devrait favoriser le développement des activités économiques. Ceci pourrait se faire par sa régularisation et la mise en avant de ses avantages. La société en participation est souple pour les acteurs sociaux, elle protège les créanciers sociaux, qui peuvent jouir d'un droit de préférence sur les biens indivis des associés de la société⁷⁴⁹. La création de la société en participation en droit OHADA a pour objectif l'élargissement de l'applicabilité du droit des affaires au secteur informel. C'est dans cette logique que le législateur OHADA a consacré la société de fait.

⁷⁴³ *Ibid.*

⁷⁴⁴ C'est la combinaison de plusieurs apporteurs de capitaux, sans appel public à l'épargne, dont l'objectif est la répartition des capitaux. « Le pool bancaire est un groupement de banques dont le but principal est de partager la rémunération et les risques. Le pool révélé s'inscrit dans une volonté de transparence des relations contractuelles entre l'emprunteur et les banques ». Marie-Hélène GUILLEMENIN, Nicolas GRAS, « Les pools bancaires en droit du crédit », www.monjuriste.com, Actualité du droit, janvier 2007.

⁷⁴⁵ Stéphanie KWEMO, *op. cit.*, p.72.

⁷⁴⁶ Ses éléments d'identification sont inutiles, à l'égard des tiers, elle n'a pas d'existence juridique.

⁷⁴⁷ Paul Gérard POUGOUE, Josette NGUEBOU TOUKAM et François ANOUKAHA, « commentaire de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales groupement d'intérêt économique », p.558.

⁷⁴⁸ Stéphanie KWEMO, *op. cit.*, p.79.

⁷⁴⁹ *Ibid.*

2. La société de fait, une entrave au développement du secteur formel

La société de fait est traitée par le livre 2 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique⁷⁵⁰, « il y a société de fait lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par l'acte uniforme »⁷⁵¹.

Ignorée par les réglementations antérieures des pays de l'OHADA, la société de fait est un modèle social calqué sur le droit français. Cependant, il est intéressant de faire la distinction entre la société de fait et la société créée de fait, car dans l'AUSC, les deux termes sont employés de manière indifférente, tandis qu'en droit français il s'agit de deux structures juridiques distinctes⁷⁵². La société de fait existe dans l'hypothèse où une société est voulue par les membres mais entachée d'un vice de constitution, elle a cependant fonctionné avant son annulation⁷⁵³.

Une société est créée de fait lorsque deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés, mais n'entreprennent pas les démarches obligatoires à sa création⁷⁵⁴. La société créée de fait est par conséquent une sorte de société de fait, mais à la différence de la société de fait qui est une société de droit « dégénérée »⁷⁵⁵, la société créée de fait est souvent voulue comme telle par les associés, car ils veulent contourner les formalités juridiques⁷⁵⁶. La société créée de fait n'a pas la personnalité juridique⁷⁵⁷, il n'y a pas de contrat de société, elle n'est pas immatriculée.

Les questions autour de ces structures sont nombreuses, « le législateur OHADA emploie tantôt le terme de société de fait, tantôt le terme de société créée de fait »⁷⁵⁸. En effet, « Si, contrairement aux dispositions du présent Acte uniforme, le contrat de société ou, le cas échéant, l'acte unilatéral de volonté n'est pas établi par écrit et que, de ce fait, la société ne peut être immatriculée, la société est dénommée « société de créée de fait, elle n'a pas la personnalité juridique » ; la société créée de fait est donc une société constituée sans acte

⁷⁵⁰ Article 854 à 858.

⁷⁵¹ Article 864 de l'AUSDC.

⁷⁵² KWEMO Stephanie, *op. cit.*, p.76.

⁷⁵³ *Ibid.*

⁷⁵⁴ MERLE Philippe, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, Paris, 2008, p.763.

⁷⁵⁵ KWEMO Stephanie, *op. cit.*, p.76.

⁷⁵⁶ *Ibid.*

⁷⁵⁷ POUGOUE Paul-Gérard, NGUEBOU TOUKAM Josette et ANOUKAHA François, *op.cit.*, p. 362.

⁷⁵⁸ KWEMO Stephanie, *op. cit.*, p.76.

écrit »⁷⁵⁹. En revanche l'article 864 AUSC emploie la notion de société de fait, en disposant qu' « il y a société de fait lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par le présent acte uniforme » ; le caractère de société de fait est donc déduit du comportement des parties⁷⁶⁰.

De plus, l'article 865 de l'AUSC définit la société de fait comme « deux ou plusieurs personnes physiques ou morales ayant constitué entre elles une société reconnue par le présent acte uniforme mais n'ont pas accompli les formalités légales constitutives ou ont constitué entre elles une société non reconnue par le présent acte uniforme, il y a aussi société de fait ».

Les notions de société de fait et de société créée de fait ne doivent pas être confondues, car l'impact juridique est différent selon qu'il s'agit d'une société créée de fait ou d'une société de fait. Par exemple, la société créée de fait n'appelle pas à la nullité, elle se voit appliquer le régime juridique de la société de droit commun.

« L'hypothèse de la société créée de fait compte au nombre des principes du droit OHADA jusque-là insuffisamment explorés, elle démontre qu'il est autorisé de déduire maintes conséquences juridiques d'un ensemble de faits juridiques ; qu'il est possible d'assimiler une situation informelle en une situation tout à fait formelle. Lorsque l'on considère la spécificité des pratiques commerciales en Afrique, la question ne manque pas d'intérêt »⁷⁶¹.

On devrait s'interroger sur l'efficacité de ces structures en droit OHADA, car elles constituent un frein au processus de formalisation de l'ensemble des activités économiques en Afrique. De plus, dans le cadre de la dernière réforme, le législateur OHADA a pris le soin d'améliorer l'écriture des dispositions relatives à la société créée de fait et à la société de fait.

En effet, la réalité est qu'il n'existe pas de différence entre ces deux types de société, car les membres de la société créée de fait se comportent de manière informelle comme des associés, en constituant entre elles un projet de société. Le statut d'associé est intéressant en droit des entreprises, il devrait être valorisé, afin de continuer d'occuper une place primordiale au sein de la société.

⁷⁵⁹ *Ibid.*

⁷⁶⁰ *Id Ibid.*

⁷⁶¹ DIALLO Bakary, « Les société créée de fait dans l'OHADA », *Jurifis*, n°2 mars/avril 2009, p.12.

Les structures entachées d'un vice de formation devraient être supprimées de la législation OHADA, il en est de même pour toute structure dont la forme sociale n'est pas reconnue par le droit OHADA ou lorsque sa constitution n'a pas donné lieu à la mise en œuvre d'un écrit.

§ 2. L'uni personnalité et ses imperfections en droit OHADA

L'une des fonctions principales du droit des sociétés est de permettre à plusieurs personnes d'exercer en groupe une activité économique⁷⁶². Cependant, la société n'est pas uniquement destinée aux groupements de personnes, l'entrepreneur individuel a le droit d'exercer une activité économique dans le cadre d'une structure juridique adapté. La société unipersonnelle à responsabilité limitée a été adoptée en Allemagne⁷⁶³, en France en 1985 malgré de fortes résistances⁷⁶⁴. Le législateur OHADA s'est placé dans un contexte de modernisation du droit des sociétés⁷⁶⁵, pour en faire une structure originale, le champ d'application est plus étendu que celui du droit français, car elle s'applique aux SARL et SA⁷⁶⁶.

L'uni personnalité en droit OHADA favorise le développement de l'entrepreneuriat individuel dans les PME et PMI, elle permet aux entrepreneurs de sécuriser leurs affaires et limiter leurs responsabilités face aux créanciers. La société unipersonnelle se caractérise par une simplicité de gestion. En effet, c'est une structure qui pourrait faciliter l'installation des filiales locales dans laquelle, elles sont actionnaires uniques.

Cette société, avant l'OHADA était inconnue des pays africains de la zone Franc, à l'exception de la Guinée où la société anonyme unipersonnelle était déjà existante.⁷⁶⁷. Ce sont des pays qui étaient toujours accrochés au principe de la pluralité des associés⁷⁶⁸, la constitution de toute société supposait la présence d'au moins deux associés⁷⁶⁹. Il en résulte, que si en cours de vie sociale, il y avait réunion de toutes les parts⁷⁷⁰ entre les mains d'un seul

⁷⁶² *Ibid*, p.89.

⁷⁶³ Loi allemande du 4 juillet 1980 qui régit la « Einmann GmbH » (société à responsabilité limitée d'une seule personne).

⁷⁶⁴ Jean PAULLUSSEAU, « L'Acte uniforme sur le droit des sociétés », *Ohadata* D-04-17, www.ohada.com, p.6.

⁷⁶⁵ *Ibid*.

⁷⁶⁶ Stephanie KWEMO, *op. cit.*, p.89.

⁷⁶⁷ Le législateur Guinéen a consacré la société anonyme unipersonnelle dans le code des activités économiques institué par la loi n°92043 du décembre 1992.

⁷⁶⁸ Stephanie KWEMO, *op. cit.*, p.89.

⁷⁶⁹ Sauf le cas du Mali où le nombre d'associés dans une SARL ne pouvait être inférieur à trois. Equipe HSD, *Droit commercial et des sociétés en Afrique*, Edicef, 1989 p.117.

⁷⁷⁰ Stephanie KWEMO, *op. cit.*, p.89.

associé, cela entraînait de plein droit la dissolution de la société⁷⁷¹. En effet, un entrepreneur individuel qui ne disposait d'aucune structure dans laquelle il pouvait limiter sa responsabilité⁷⁷², il n'avait comme possibilité que le choix de l'entreprise individuelle à travers les activités de son fonds de commerce⁷⁷³.

L'AUSC a consacré la société unipersonnelle dans son article 5 qui dispose que « La société commerciale peut être créée, dans les cas prévus par le présent Acte uniforme, par une seule personne dénommée associé unique, par un acte écrit ». C'est une forme de société attractive, adaptée à toutes les structures, elle a été conçue pour servir de cadre juridique au développement des petites entreprises africaines.

L'uni personnalité⁷⁷⁴ est une solution pour les petites entreprises qui représentent l'essentiel du tissu économique.

Cependant depuis son introduction, la société unipersonnelle connaît des limites relatives à son efficacité.

A. Les limites à l'effectivité du régime juridique de la société unipersonnelle.

Ces limites s'expliquent par les difficultés d'adaptation des règles de constitution et de disparition de la société commerciale à la société unipersonnelle. Les règles de constitution de la société unipersonnelle (1), et de fonctionnement sont rigides (2).

1. La rigidité des règles de constitution de la société unipersonnelle.

La société unipersonnelle était connue dans les pays africains de la zone franc, à l'exception de la Guinée où la société anonyme unipersonnelle était déjà existante⁷⁷⁵. Ces Etats étaient attachés aux structures pluripersonnelles⁷⁷⁶, d'où l'exigence d'au minimum deux associés lors

⁷⁷¹ Cette dissolution était automatique dans la majorité des Etats. Toutefois, au Sénégal et au Gabon, la dissolution n'était pas automatique ; comme en droit français contemporain, elle ne pouvait intervenir que par décision de justice lorsque la situation n'avait pas été régularisée dans un délai de 1an. Equipe HSD, Droit commercial et des sociétés en Afrique, *op.cit.*, p.136.

⁷⁷² Stephanie KWEMO, *op. cit*, p.90.

⁷⁷³ *Ibid.*

⁷⁷⁴ C'est un moyen de réduire les activités informelles.

⁷⁷⁵ Le législateur guinéen a consacré la société anonyme unipersonnelle dans le code des activités économiques institué par la loi n°92043 du 8 décembre 1992.

⁷⁷⁶ KWEMO Stephanie, *op. cit*, p.89.

de leur constitution⁷⁷⁷. Avant le droit OHADA, le régime de mise en œuvre des sociétés était principalement marquée par une grande rigidité, car exigeant un minimum de deux ou sept associés selon qu'on voulait créer une SARL ou une SA⁷⁷⁸.

En effet, s'il arrivait en cours de vie sociale qu'il y ait réunion de toutes les parts en une seule main, la société devait logiquement être dissoute⁷⁷⁹. Par exemple, « un exploitant individuel ne disposait donc d'aucune structure permettant de limiter sa responsabilité. Il n'avait d'autre choix que l'installation sous forme d'entreprise individuelle, avec comme seule structure juridique le fonds de commerce »⁷⁸⁰.

La consécration de l'uni personnalité permet la conjugaison de l'intérêt des grandes structures qui ont des filiales, et la simplification de leur mode de gestion⁷⁸¹.

L'uni personnalité est compatible avec la conception entrepreneuriale des hommes d'affaires africains de la gestion des affaires, ils peuvent se délier de l'obligation de s'associer de paille⁷⁸² pour cacher la forme unipersonnelle de leurs structures⁷⁸³.

Les intérêts pratiques de la société unipersonnelle sont nombreux, mais les difficultés d'adaptation sont courantes. Ce sont des difficultés afférentes aux règles de fond de droit commun de la constitution de la société, et au régime juridique du contrat de société à l'acte constitutif unipersonnel⁷⁸⁴.

La perception du législateur OHADA à la lecture du chapitre VII, Titre III du livre premier, première partie de l'acte uniforme qui institue les apports manque de clarté. L'article 37 portant dispositions générales ne vise pas à son alinéa 2 l'apport en industrie, seuls les apports en numéraire et en nature ont été la préoccupation des rédacteurs de la loi uniforme.

⁷⁷⁷ Sauf au Mali où le nombre minimum d'associés dans une SARL, ne pouvait être inférieure à trois – Voir Equipe HSD, *op. cit.*, p.117.

⁷⁷⁸ Encyclopédie juridique de l'Afrique, Tome 7 : *Le droit des entreprises*, Les nouvelles éditions africaines, 1982, p.121.

⁷⁷⁹ Cette dissolution était automatique dans la majorité des Etats. Cependant, au Sénégal et au Gabon, la dissolution n'était pas automatique ; comme en droit français contemporain, elle ne pouvait intervenir que par une décision de justice lorsque la situation n'avait pas été régularisée dans le délai d'un an – Voir Equipe HSD, *op. cit.*, p.136.

⁷⁸⁰ KWEMO Stephanie, *op. cit.*, p.90.

⁷⁸¹ *Ibid.*

⁷⁸² L'homme de paille à le titre de dirigeant, mais il n'a pas le pouvoir. L.653-1 et L.653.8 code de commerce.

⁷⁸³ KWEMO Stéphanie, *op. cit.*, p.90.

⁷⁸⁴ « La création d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée est un engagement unilatéral de volonté ».

Le législateur OHADA ne fait pas la distinction entre sociétés dans lesquelles l'apport en industrie est admis et sociétés dans lesquelles l'apport en industrie n'est pas admis. « Le caractère insaisissable de l'apport en industrie est contraire à une des justifications données par les défenseurs de la société unipersonnelle à savoir permettre à l'entrepreneur individuel d'affecter une fraction de son patrimoine à une activité commerciale dans le respect des deux masses patrimoniales »⁷⁸⁵.

Les imperfections de l'uni personnalité dans le droit des sociétés OHADA sont dues à une applicabilité limitée du régime juridique de la société unipersonnelle tant au niveau de la constitution que du fonctionnement.

2. La rigidité des règles de fonctionnement de la société unipersonnelle.

Le fonctionnement de la société unipersonnelle est confronté à des difficultés telles la constitution et la disparition⁷⁸⁶. La société est considérée comme une institution, elle ne résulte pas de l'échange de consentement, mais des formalités administratives et de l'immatriculation. Cependant, selon le professeur PAILLUSSEAU la vraie question n'est pas de savoir si la société est un contrat ou une institution, mais de constater qu'elle est une technique d'organisation d'entreprise ». Pour lui l'entreprise est « l'objet principal du droit des sociétés ».

L'absence de règles spécifiques est la principale difficulté des structures unipersonnelles⁷⁸⁷, Les règles relatives au consentement et à l'objet sont inadaptées, il n'y a pas de corrélation entre dispositions relatives à l'objet et l'acte constitutif de la société. « La société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter »⁷⁸⁸. Cette définition s'oppose à celle de la société unipersonnelle selon laquelle « La création d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée est un engagement unilatéral de volonté »⁷⁸⁹.

⁷⁸⁵ AUDESSAT, « société unipersonnelle et patrimoine d'affectation », *Revue des sociétés*, 1974, p.235.

⁷⁸⁶ Il s'agit d'une œuvre législative sévèrement critiquée en raison de nombreuses contradictions qu'elle suscite, pour certains elle ne peut résulter que d'un contrat puisqu'en principe on parle de société, et l'admission ne ferait que changer la définition de société.

⁷⁸⁷ Contrairement au législateur OHADA, le législateur français consacre un corps de règles spécifique à la société unipersonnelle (EURL, SARL, SAU, SASU).

⁷⁸⁸ Art.4, AUSGIE.

⁷⁸⁹ Propos du professeur Christian LAROMET.

Les dispositions de l'article 315 de l'AUSGIE comportent des limites, car la signature de la SARLU sous peine de nullité est inobjective, elle est d'ordre public absolu et l'associé ne se trouve pas dans un lien contractuel. L'évaluation en nature de la SAU⁷⁹⁰ fait l'objet de quelques difficultés d'application. En effet, l'article 409 relative à la SAU⁷⁹¹ du fait de l'absence de consentement de l'associé unique est relative, il est apporteur bénéficiaire et dirigeant.

Ces difficultés d'adaptation se trouvent aussi dans la dissolution de la SAU unipersonnelle qui entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société unipersonnelle à l'associé unique, mais elle peut créer un contentieux entre le gage des créanciers de la société et le patrimoine de l'associé unique⁷⁹².

Le législateur devrait supprimer cette transmission universelle du patrimoine, afin d'assurer la suffisance du gage des créancier de la société unipersonnelle⁷⁹³.

De plus, le législateur aurait pu désigner à part un administrateur général⁷⁹⁴ pour assurer la gestion de la structure, car on a constaté que l'actionnaire unique de la SAU est l'administrateur général⁷⁹⁵.

La protection de l'intérêt social au sein de la société unipersonnelle est relative, la procédure d'abus de minorité est devenue inefficace, l'associé unique n'est plus en mesure de rapporter la preuve de la méconnaissance de l'intérêt social contre lui-même.

L'expertise de gestion dans la société unipersonnelle est relative, en raison de l'absence de liquidation et de ses conséquences.

L'acceptation du statut d'associé unique dans la SARLU est critiquable, elle est à l'origine du risque de confusion du patrimoine de la personne morale et de la personne physique.

⁷⁹⁰ Jean PAILLUSSEAU « L'acte uniforme sur le droit des sociétés », *P.A.* 13 octobre 2004, n°205, p.20.

⁷⁹¹ L'assemblée ne peut réduire la valeur des apports en nature ou des avantages particuliers qu'à l'unanimité des associés et souscripteurs.

⁷⁹² Al. 4 Art. 201 de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales.

⁷⁹³ MEMAN THIERO FATIMATA, « La société unipersonnelle dans le droit des affaires de l'OHADA : Une œuvre législation à parfaire », *penant revue trimestrielle de droit africain*, p.313.

⁷⁹⁴ Art.510, « Sur proposition de l'administrateur général, l'assemblée générale des actionnaires peut donner mandat à une ou plusieurs personnes physiques d'assister l'administrateur à titre d'administrateur général adjoint ».

⁷⁹⁵ Ces pouvoirs sont très larges.

L'évaluation des apports de la SARLU suscite des difficultés en raison de son caractère impératif⁷⁹⁶.

Le législateur devait écarter la possibilité pour la SARLU de se soumettre à une procédure d'évaluation irrégulière de l'apport en nature, d'où l'absence d'enjeux sur les garanties offertes dans les sociétés unipersonnelles⁷⁹⁷. Le législateur devrait doter l'article 312 d'un alinéa visant uniquement l'associé unique. De plus, les sanctions d'ordre public prévues à l'article 315 envers la SARLU sont excessives en raison de l'absence de rapport contractuel. Cette sanction doit être exclue de la SARLU, les pouvoirs exercés par l'associé unique en tant que dirigeant de la SARLU devraient être limités.

Le régime juridique de la société unipersonnelle est adapté aux groupes de sociétés, il leur permet d'en devenir membre, car ces groupes étaient auparavant contraints de créer des SARL ou des sociétés anonymes fictives dont la totalité du capital appartenait aux sociétés mères⁷⁹⁸. Par exemple, la SAS permet au groupe de société d'être les seuls associés de leurs sociétés.

La société unipersonnelle est une structure adaptée aux micro-entreprises du secteur informel, la SARLU, à condition qu'elle soit améliorée est en mesure de convenir aux acteurs de l'informel⁷⁹⁹.

La SA unipersonnelle est réservée aux grandes entreprises et requiert des sommes que la micro-entreprise ne possède pas, en matière d'appel public à l'épargne⁸⁰⁰. Les enquêtes sur le secteur informel au Cameroun ont révélé que ce secteur est en grande partie constitué de micro-unités⁸⁰¹, la taille moyenne des unités est de 1,5 personne, sur l'ensemble de ce pays, plus des deux tiers des UPI (69,4) compte un seul employé⁸⁰² et seules 4,5 emploient plus de trois personnes⁸⁰³. La prédominance des UPI comportant un seul employé est encore plus

⁷⁹⁶ Art.312 de l'AUSGIE, « Les statuts doivent nécessairement contenir l'évaluation de chaque apport en nature et des avantages stipulés ».

⁷⁹⁷ MEMAN THIERO FATIMATA, *op. cit.*, p.315.

⁷⁹⁸ Maurice CAUZIAN, *op. cit.*, p.18.

⁷⁹⁹ *Ibid.* p.250.

⁸⁰⁰ Michel Filiga SAWADOGO, « Aspects juridiques de la micro-entreprise », 3^e Colloque de l'Association du Notariat Francophone : Micro-économie et Sécurité juridique, p.112.

⁸⁰¹ Stephanie KWEMO, *op. cit.*, p.251.

⁸⁰² Auto-emploi.

⁸⁰³ Stephanie KWEMO, *op. cit.*, p.251.

marquée dans le commerce (75,8 des UPI)⁸⁰⁴. La taille moyenne des UPI de ce secteur est de 1,3 contre 1,6 dans le secteur industriel et 1,5 dans les services⁸⁰⁵.

Ces résultats révèlent que la société unipersonnelle est la forme juridique idéale pour les micro-entreprises⁸⁰⁶. L'introduction de la SARLU, dans le droit des Etats, exprime une volonté du législateur OHADA de formaliser les activités informelles. Cependant, le succès de l'uni personnalité requiert une amélioration de son régime juridique. La mise en place d'alternatives à ces difficultés permettrait de renforcer l'attractivité de la société unipersonnelle.

B. Les alternatives à la rigidité de la société unipersonnelle.

L'une des fonctions les plus importantes du droit des sociétés est de permettre aux opérateurs économiques d'entreprendre en commun. Cependant, il faut savoir que la société n'est pas uniquement destinée aux groupements de personnes⁸⁰⁷. L'objectif est de faciliter aux personnes le souhaitant l'exercice d'activité économique par l'adoption d'une forme juridique adaptée. C'est dans ce contexte que la société unipersonnelle a été instaurée, mais son efficacité est limitée, les mesures qui la réglemente demeurent jusqu'à présent lacunaires⁸⁰⁸.

La société unipersonnelle a été introduite par le droit OHADA en 1997, l'Acte uniforme l'a admise et a prévu deux modes de fonctionnement. Outre les dispositions 5 et 60 afférentes aux techniques de développement des structures unipersonnelles, les seules dispositions la régissant se trouvent dans le titre relatif aux sociétés anonymes et ne traitent que de la prise des décisions par l'associé⁸⁰⁹. La réforme du 30 janvier 2014 n'a pas changé cet état de fait, il n'y a pas de dispositions nouvelles relatives au régime général des sociétés unipersonnelles⁸¹⁰. La seule nouveauté grande innovation concerne la société par actions simplifiée unipersonnelle. La SAS en droit OHADA peut être constituée par un associé unique, le but est de substituer dans l'espace OHADA les SAU par des SASU plus flexibles et plus adaptées aux mécanismes des sociétés à associé unique.

⁸⁰⁴ *Ibid.*

⁸⁰⁵ EESI 2005 : Phase 2, Enquête sur le secteur informel, rapport principal, p.31.

⁸⁰⁶ Stephanie KWEMO, *op. cit.*, p.252.

⁸⁰⁷ *Ibid.* p.89.

⁸⁰⁸ FENEON Alain, *op.cit.*, p.833.

⁸⁰⁹ Article 558 à 561 de l'AUSC.

⁸¹⁰ FENEON Alain, *op. cit.*, p.833.

L'uni personnalité permet à l'associé de limiter sa responsabilité aux biens apportés à la société et d'assurer la pérennité de l'entreprise. Ces nombreux intérêts nous conduisent à nous attacher à la recherche de solutions permettant de renforcer l'attractivité des SARLU et SASU par des aménagements à deux niveaux, le premier concerne les formalités de constitution (1) et le second ceux de son fonctionnement (2).

1. Les mesures atténuant les formalités de constitution.

La forme unipersonnelle pourrait devenir plus attractive pour les entrepreneurs, en modifiant son régime juridique, par la suppression de l'exigence de capital social minimum pour les SARL, et la mise en place des statuts types qui faciliteraient sa constitution et son fonctionnement.

L'AUSC fixe le capital social de la SARL à 1.000.000 FCFA soit (1500 euros) au minimum⁸¹¹. Cette exigence de capital minimum est inopportune, la SARL est le plus souvent utilisée par les petites entreprises et les structures à caractère familial⁸¹². Le capital d'une SARL unipersonnelle sera difficile à mobiliser, car les sommes à la disposition des opérateurs du secteur informel sont généralement faibles⁸¹³.

La doctrine considère que l'exigence d'un capital social minimum pour créer une société est discutable, particulièrement dans le cadre d'une SARLU. En effet, son utilité dans la protection des créanciers est remise en cause et a conduit à son abandon dans certains pays⁸¹⁴. Le législateur français l'a abandonné, depuis 2003, l'exigence d'un capital social minimum pour la mise œuvre d'une SARL⁸¹⁵ peut donc être fixé à un euro⁸¹⁶.

Le législateur de l'OHADA devrait s'inspirer de son homologue français par la suppression de l'exigence d'un capital social minimum pour la SARL⁸¹⁷.

De plus, il est recommandé de supprimer, pour toutes les sociétés, l'exigence d'établir les statuts sous forme authentique et de laisser aux parties le choix de rédiger les statuts par acte

⁸¹¹ Article 311 de l'AUSC.

⁸¹² Stéphanie KWEMO, *op. cit.*, p.252.

⁸¹³ *Ibid.*

⁸¹⁴ DE SABA Apollinaire A., « Un nouveau droit des affaires pour attirer les investisseurs en Afrique. Est-ce suffisant ? », *Revue de finance et bien commun*, n°28-29, 2007, p.99.

⁸¹⁵ Stéphanie KWEMO, *op. cit.*, p.253.

⁸¹⁶ LEGAIS Dominique, *Droit commercial et affaires*, Dalloz, 2012, p.212.

⁸¹⁷ Stéphanie KWEMO, *op. cit.*, p.252.

sous seing privé. Cette mesure devrait s'accompagner de la mise en place de statuts types, qui pourraient servir de modèles aux SARL unipersonnelles dans lesquelles l'associé unique assume de manière personnelle la gérance⁸¹⁸.

Ces statuts types seraient utiles, sauf dans l'hypothèse où l'entrepreneur produirait des statuts différents lors de sa demande d'immatriculation. Cet usage est inspiré du droit français, le législateur a prévu des modèles statutaires pour les SARL avec un associé unique, personne physique, assumant personnellement la gérance⁸¹⁹. Ce sont des modèles statutaires facultatifs, mais la loi relative à la modernisation de l'économie a supprimé ce caractère facultatif, et prévoit désormais que les statuts types peuvent servir de modèles aux EURL, sauf lorsque l'associé unique produit des statuts différents lors de sa demande d'immatriculation⁸²⁰.

Le législateur pourrait intégrer cette mesure dans l'ordonnancement juridique du droit OHADA, il permettrait la simplification des dispositions de constitution et de fonctionnement des SARL unipersonnelles pour les opérateurs du secteur informel⁸²¹. Cependant, la suppression de l'intervention du notaire dans la mise en place des statuts est suggérée, les difficultés de sécurité juridique peuvent se poser, car les statuts doivent contenir des mentions obligatoires⁸²².

En effet, les opérateurs économiques ignorent l'existence des textes juridiques, et généralement n'ont pas les moyens pour recourir à des professionnels juridiques, afin de les aider dans la rédaction des statuts⁸²³.

La rédaction des statuts par acte sous seing privé devrait permettre aux opérateurs de l'informel de remplir les conditions de formes et de fond imposées par la loi, et d'éviter le paiement d'honoraires élevés.

La création de modèles statutaires adaptés aux sociétés unipersonnelles, et l'exigence de capital minimum contribuerait à faciliter le fonctionnement des sociétés unipersonnelles pour les opérateurs de ce secteur.

⁸¹⁸ *Ibid.*

⁸¹⁹ Article 33 de la loi n°2005-882 en faveur des PME du 1^{er} Aout 2005.

⁸²⁰ Article L.223-1 du code de commerce.

⁸²¹ Stéphanie KWEMO, *op. cit.*, p.253.

⁸²² Article 13 de l'AUSC.

⁸²³ Stéphanie KWEMO, *op. cit.*, p.254.

2. Les mesures améliorant l'attractivité de la forme unipersonnelle à l'échelle fonctionnelle

Les règles de fonctionnement de la société commerciale peuvent être classées en deux grands groupes :

- Les règles relatives à la gestion de la société ;
- Les règles relatives au contrôle de la société.

De toutes les dispositions, on a remarqué que seules celles afférentes aux décisions relevant de la compétence de l'associé unique ont été retenues pour la société unipersonnelle par les concepteurs de la nouvelle législation O.H.A.DA. Ces règles sont énoncées par les dispositions relatives aux A.G. de sociétés de capitaux.

Les autres dispositions devraient faire l'objet d'adaptations, il est possible de mettre en œuvre des mesures d'adaptation sans remettre en cause l'étanchéité patrimoniale entre la personne morale et la personne physique associé unique⁸²⁴

L'Acte uniforme autorise l'associé unique à se confier les fonctions de gérant ou d'administrateur général de la société unipersonnelle. Cette question a créé de nombreuses confusions il est difficile de faire la différence entre l'associé unique et la collectivité des associés. De plus, on s'interroge également sur les rapports entre la collectivité et le dirigeant social, comment l'associé unique « peut-il veiller à bien séparer les affaires sociales et ses affaires personnelles »⁸²⁵ ?

La réunion du pouvoir de gestion et de contrôle entre les mains de l'associé unique, est la conséquence de l'hypertrophie de ses pouvoirs dans la société unipersonnelle. L'associé unique détient toutes les responsabilités, il est à la fois dirigeant et administrateur, d'où les difficultés d'une part en matière de dispositions relatives à l'accès aux fonctions, à la désignation, à la rémunération, à la révocation des organes de gestion, et d'autre part les règles relatives à leurs pouvoirs de gestion courante de la société.

⁸²⁴ Toute chose que la création de la société commerciale est destinée à assurer quant à la gestion des intérêts respectifs de ces deux sujets de droit.

⁸²⁵ Dans un ouvrage commun, ANOUKAHA, Cisse, NGUEBOU TOUKAM, POUGOUE et SAMB ont émis cette idée selon laquelle l'associé unique doit veiller à bien séparer les affaires et ses affaires personnelles. (OHADA, sociétés commerciales et GIE, édition Bruylant, collection Droit uniforme africain, 2002, p.402, n°850).

Le législateur OHADA, autorise l'associé unique de la société unipersonnelle à responsabilité limitée d'être le dirigeant de sa propre structure. Cette mesure n'est pas sans grave conséquence juridique pour la SARL. Cependant, lorsque l'on analyse les dispositions de la société anonyme unipersonnelle, la SA unipersonnelle va se retrouver dans un carcan.

En effet, d'une part les dispositions de l'article 417 n'étant pas applicable à son cas, il lui est impossible de constituer un conseil d'administration, mais d'autre part, les dispositions des articles 495 et 496⁸²⁶ obligent l'associé unique de la SA à être le dirigeant de sa société pendant au moins les deux premières années de la création de celle-ci. L'associé unique est également obligé d'être l'administrateur général pour une durée limitée.

Le législateur OHADA, aurait dû éviter cette situation et envisager le cas particulier de l'associé unique en lui imposant la désignation d'un administrateur général. Par exemple on pourrait éviter ce trop-plein de pouvoirs, par la désignation d'un administrateur général adjoint conformément aux prévisions des articles 510⁸²⁷ et 511 de l'Acte uniforme.

Les mesures suivantes à envisager sont relatives à la rémunération de l'associé unique, car comme on le sait l'associé unique qu'il soit dirigeant social ou pas⁸²⁸, fixe sa propre rémunération, d'où un manque d'objectivité à ce niveau. En effet, dans la SAU comme dans la SARLU, la difficulté est pareille⁸²⁹, puisque en plus des indemnités de fonction de l'administrateur de la SA, ce dernier se voit octroyer beaucoup d'avantages en nature au gré de l'assemblée, qui correspond à la personne de l'associé unique. Cette faculté de se rémunérer soit même est un énorme risque, l'intérêt de la structure pourrait être sacrifié au profit de l'associé unique. Il en est de même pour le gérant d'une SARL qui se rémunère lui-même, c'est une mesure critiquable, elle peut entraîner la confusion des patrimoines de la personne morale et physique.

⁸²⁶ Article 495 « Le premier administrateur général est désigné dans les statuts ou par l'assemblée générale constitutive. En cours de vie sociale, l'administrateur général est nommé par l'assemblée générale ordinaire. Il est choisi parmi les actionnaires ou en dehors d'eux. ».

⁸²⁷ Article 510 « Sur proposition de l'administrateur général, l'assemblée générale des actionnaires peut donner mandat à une ou plusieurs personnes physiques d'assister l'administrateur général adjoint. »

⁸²⁸ Détient cent pour cent du capital social et n'ayant pas désigné un commissaire aux comptes.

⁸²⁹ Sauf qu'il ne lèse pas un autre associé car il est seul.

Le législateur aurait dû mettre en place des dispositions spécifiques pour ces questions, en prévoyant la mise en place d'une rémunération légalement fixée pour « l'associé unique-dirigeant social »⁸³⁰.

L'exigence légale de la rémunération de l'associé unique permet d'assurer le démarquage entre la société, personne morale, et l'associé unique, personne physique. Outre la rémunération, le droit OHADA devrait également songer à rajouter un troisième alinéa à l'article 326 par lequel il apporterait une solution à l'irrévocabilité de l'associé unique-dirigeant de la SARLU⁸³¹, il prévoirait la faculté à tous d'entamer une procédure judiciaire de révocation de celui-ci.

Cette mesure permettrait également d'étendre la révocabilité ad nutum de l'associé unique-dirigeant social d'une S.A.U. La mission de révocation pourrait être de manière exceptionnelle octroyée au commissaire aux comptes de la S.A.U. De plus, on pourrait suggérer au législateur OHADA d'autoriser, à l'associé unique, s'il ne désire pas de réunir l'ensemble des pouvoirs entre ces mains, de solliciter les services d'un tiers, soit en tant que gérant dans le cas d'une SARLU⁸³², soit en tant qu'administrateur dans le cas d'une SAU⁸³³.

Toutes ces solutions pourraient permettre de limiter l'hypertrophie des pouvoirs de l'associé unique qui risque de déteindre sur l'exercice des différents pouvoirs de gestion de la société unipersonnelle. Cette situation est incompatible avec une répartition équitable des pouvoirs dans les rapports entre les différents titulaires au sein de la société unipersonnelle.

La recherche des conséquences de ce plein pouvoir de l'associé unique sur la gestion courante de la société est indispensable. Enfin, on pourrait s'interroger sur les mesures à prendre en l'absence d'associés minoritaires au sein de la société unipersonnelle, l'associé unique peut développer une autre forme d'abus de majorité non visée par la loi pour violer l'intérêt social en prenant des décisions de nature à sacrifier la bonne marche de l'entreprise⁸³⁴. L'absence

⁸³⁰ Elle devrait être une mesure obligatoire.

⁸³¹ Article 326 « La où les gérants statutaires ou non sont révocables par décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales. Toute clause contraire est réputée non écrite. Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à dommages et intérêts. En outre le gérant est révocable par le tribunal chargé des affaires commerciales dans le ressort duquel est situé le siège social, pour cause légitime, à la demande de tout associé ».

⁸³² Article 323 AU.

⁸³³ Article 495 et 496 de l'AU.

⁸³⁴ Par exemple favoriser l'appauvrissement du patrimoine de la société au profit du sien propre.

d'associés autorisés à se prévaloir de cet abus⁸³⁵, permet-elle de parler d'abus de majorité dans la société unipersonnelle ?

Les difficultés d'adaptation des règles de fonctionnement de la société unipersonnelle ont permis de mettre en évidence l'immixtion de l'associé unique-dirigeant social dans les affaires sociales, cette immixtion est un obstacle à la protection de l'intérêt social.

Cependant, si la société unipersonnelle est la structure par excellence des micro-entreprises, les opérateurs peuvent choisir de travailler en entrepreneuriat individuel, afin de réduire les pratiques informelles. Le constat semble rejoindre les précédentes analyses, en effet l'effectivité du régime juridique des entreprises individuelles en Afrique est discutable.

Section 2. La relative attractivité du cadre juridique de l'entrepreneuriat individuel

Le secteur informel se définit comme l'ensemble des activités économiques qui échappe à la réglementation étatique⁸³⁶, il correspond à la pratique d'une activité économique non soumise aux dispositions légales⁸³⁷.

La révision de l'AUDCG s'inscrit dans ce contexte, à travers la mise en place d'un nouveau statut d'entreprise individuel : l'entrepreneur. « C'est un statut inspiré de celui de l'auto-entrepreneur en droit français, qui a été institué par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (LME)⁸³⁸ et qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009 »⁸³⁹.

L'entrepreneur est « un entrepreneur individuel, une personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent Acte uniforme, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole »⁸⁴⁰.

Le statut d'entrepreneur résulte d'un choix et n'est pas imposé⁸⁴¹, c'est une faculté offerte à la personne qui respecte le critère défini⁸⁴². Ce statut dépend des mesures incitatives que les

⁸³⁵ Et surtout de demander la nullité de la décision abusive.

⁸³⁶ Djade KOMI, *L'économie informelle en Afrique subsaharienne*, l'Harmattan, 2011, p.13.

⁸³⁷ *Ibid.*

⁸³⁸ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 dite LME, *Journal officiel* du 5 août 2008, p.12471.

⁸³⁹ Décret d'application n°2008-1488 du 30 septembre 2008 portant diverses mesures destinées à favoriser le développement des petites entreprises, pris en application des articles 8, 14, 16, 59 de la LME, *Journal officiel* du 31 décembre 2008, P.20637.

⁸⁴⁰ Article 30, alinéa 1^{er} de l'AUDCG.

⁸⁴¹ Stéphanie KWEMO, *op. cit.*, p.217.

⁸⁴² Article 30, alinéa 2 de l'AUDCG.

États parties pourraient prendre⁸⁴³. En effet, l'AUDCG a mis en place un statut juridique attrayant de l'entrepreneur, afin de permettre aux acteurs de l'informel de « migrer » vers le secteur formel⁸⁴⁴.

Le statut d'entrepreneur comporte de nombreux avantages, il favorise l'intégration des revenus qui échappent au contrôle et à la régulation étatique⁸⁴⁵. L'entrepreneur devrait en principe répondre aux objectifs de formalisation comme l'avait fixé le législateur.

« A la conjugaison d'enjeux de la refonte de l'AUDC »⁸⁴⁶, à savoir d'une part, la volonté de favoriser le développement de l'entrepreneuriat et, d'autre part, la volonté d'institutionnaliser le secteur informel, il s'avère que le statut de l'entrepreneur est aussi admissible pour les porteurs de projets, désireux de développer une activité professionnelle, qu'aux entrepreneurs individuels exerçant déjà leurs activités professionnelles ».

Cependant, depuis son entrée en vigueur ce statut est confronté à des difficultés liées à une réglementation trop souple ou trop contraignante. En effet d'une part, la sensibilité des acteurs de l'informel, vise principalement des dispositions à formalités réduites au minimum, mais d'autre part elle peut se heurter à l'écart qu'il y a entre un régime de déclaration assez attractif et une exigence de pièces justificatives peu attractives⁸⁴⁷.

Cette faible attractivité se manifeste à travers ces nombreuses limites destinées à l'assouplissement des conditions d'accès au statut (§ 1), d'où la nécessité de créer de nouvelles mesures attractives (§ 2).

§ 1. L'efficacité limitée du statut juridique d'entrepreneur

En Afrique, les structures non réglementées sont encore nombreuses et inconnues des administrations nationales. Cette situation s'explique par le manque de déclaration administrative, le non enregistrement des activités, la méconnaissance de la réglementation par les opérateurs de l'informel, l'ignorance des textes juridiques, la peur de se contraindre aux obligations, le développement des activités économiques par les ménages, la peur de l'augmentation de la pression fiscale, le non-paiement de l'impôt, le manque de confiance vis-

⁸⁴³ Stephanie KWEMO, *op. cit.*, p.219.

⁸⁴⁴ *Ibid.*

⁸⁴⁵ Mouhamadou BOYE, « la formalisation de l'informel : Des systèmes financiers décentralisés à l'entrepreneur », *Penant revue trimestrielle de droit africain*, n°886, avril 2013, p.68.

⁸⁴⁶ OHADA, *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 2012, p.254.

⁸⁴⁷ *Ibid.*

à-vis de l'administration corrompue, la prédominance de l'auto emploi dans l'activité informelle, la précarité des conditions de travail et l'excès de concurrence, le faible niveau d'étude et de professionnalisation des acteurs de l'informel, l'absence de couverture sociale pour les acteurs de l'informel, la précarité des locaux, les difficultés d'accès au crédit, et le manque de liquidité.

La consécration du statut d'entrepreneur devait permettre de remédier à ces manquements, mais les objectifs sont loin d'être atteints, certains aspects du nouveau régime juridique sont un frein à l'attractivité de l'activité d'entrepreneur (A), la mise en place d'un système de protection du patrimoine personnel même si elle n'est pas automatique pourrait permettre de renforcer l'efficacité du statut d'entrepreneur (B).

A. Les limites à l'assouplissement des conditions d'accès au statut d'entrepreneur en droit OHADA

Être entrepreneur c'est avoir la faculté de pouvoir exercer de manière indépendante une activité avec de simples formalités, telle la déclaration d'activité sans frais. L'entrepreneur, à la différence du commerçant, n'est pas obligé de tenir un livre comptable. Cependant, depuis son entrée en vigueur, il est confronté à des difficultés d'ordre juridiques, économiques, et sociales.

Aujourd'hui seul le Bénin a véritablement mis en application ce statut en raison du poids de l'économie informelle dans cet État. Une part importante de l'économie béninoise relève de l'informel⁸⁴⁸, en raison des nombreuses lacunes au niveau des textes juridiques.

- Au niveau juridique

Les imprécisions se trouvent dans le mode de délimitation du chiffre d'affaire de l'entrepreneur. La détermination du chiffre d'affaire de l'entrepreneur n'est pas aisée en raison d'une contradiction entre l'alinéa 2 et l'alinéa 4 de l'AUDCG. L'alinéa 2 de l'AUDCG conditionne le maintien de ce statut par le respect d'un seuil fixé aux deux années contrairement à l'alinéa 4 qui dispose que « lorsque, durant deux années consécutives, le chiffre de l'entrepreneur excède les limites fixées pour ses activités par l'état de la partie du

⁸⁴⁸ Entreprises informelles non connues des institutions administratives, la méconnaissance des réglementations est un frein à la formalisation des entreprises, la pratique informelle abondante par les femmes et les jeunes en raison des précarités des conditions de travail, la prépondérance de l'auto-emploi.

territoire sur lequel il exerce, il est tenu dès le premier jour de l'année de toutes les charges et obligations applicables à l'entrepreneur individuel. Dès lors il perd sa qualité »⁸⁴⁹.

Les difficultés existent en matière de calcul d'impôt pour chaque État partie et d'optimisation fiscale. Le législateur devrait opérer des mesures fiscales pour rendre le statut d'entrepreneur plus attractif, et améliorer son régime de protection sociale à l'image du régime « micro-social » en France. Ce régime applique un versement mensuel ou trimestriel libératoire des cotisations sociales, calculées proportionnellement aux revenus⁸⁵⁰.

Les efforts sont moindres en matière de maîtrise et d'identification des acteurs du secteur informel, du fait de l'effacement des frontières. En effet, quatre ans après l'entrée en vigueur de statut, l'effectivité est toujours limitée.

La soumission de l'entrepreneur aux obligations de l'agriculteur, de l'artisan et du commerçant est un frein à l'attractivité du statut. Le législateur devrait élargir le champ des obligations de l'entrepreneur, afin d'éviter la perte de l'unité du statut. Par exemple, en uniformisant les règles applicables au statut, plutôt que de laisser les États prendre discrétionnairement des mesures additionnelles

Le statut d'entrepreneur est peu adapté à la pratique du droit des affaires, l'entrepreneur est dans l'impossibilité de jouir de certains privilèges, tels le droit au renouvellement du bail⁸⁵¹, la fixation judiciaire du loyer⁸⁵² et la possibilité d'être partie à un contrat de location gérance⁸⁵³.

De plus, les devoirs et obligations de l'entrepreneur sont énoncés de manière illimitée, et la présentation des avantages manque de clarté⁸⁵⁴. L'alinéa 7 de l'article 30 de l'AUDCG prévoit, outre les obligations comptables clairement définies, que chaque pays membre dispose d'un droit d'édicter d'autres obligations professionnelles pour l'entrepreneur⁸⁵⁵. Les

⁸⁴⁹ Stéphanie KWEMO, *op. cit.*, p.223 ; LEGAIS Dominique, *op. cit.*, p.2

⁸⁵⁰ Dorothee GALLOIS-COCHET, « Micro entreprise, micro-entrepreneur et auto-entrepreneur après la LME », *semaine juridique Entreprise et affaires*, n°16-17, avril 2009, p.27.

⁸⁵¹ « Sauf convention contraire entre le bailleur et l'entrepreneur, ce preneur ne bénéficie ni du droit au renouvellement du bail, ni d'un droit à la fixation judiciaire du loyer du bail renouvelé » Art.134 al.2.

⁸⁵² Le recours au juge est impossible en cas de mésentente sur la fixation du loyer.

⁸⁵³ Article 138 al 2.

⁸⁵⁴ Mouhamadou BOYE, *op. cit.*, p.87.

⁸⁵⁵ Athanase FOKO, « La création d'un nouveau statut professionnel dans l'espace OHADA : Le statut professionnel dans l'espace OHADA : Le cas de l'entrepreneur », *Revue de la faculté des sciences juridiques et politiques, université de N'Gaoundéré*, Janvier, 2016, p.10.

contraintes professionnelles de l'entrepreneur d'un pays à l'autre⁸⁵⁶ sont nombreuses, et les obligations professionnelles sont disparates dans les États, tel l'article 65 de l'AUDCG regroupant l'ensemble des privilèges de l'entrepreneur⁸⁵⁷.

Le législateur aurait dû procéder à la mise en avant de son caractère indicatif, le doute sur l'étendue des privilèges peut être source d'insécurité pour le statut de l'entrepreneur. Les difficultés dépassent le cadre réglementaire de la présentation et empiètent sur le contenu de l'article 65⁸⁵⁸. Les dispositions qui procèdent à des renvois en matière de preuve⁸⁵⁹, de prescription⁸⁶⁰ et de bail commercial ne sont pas rassurantes, elles laissent plusieurs questions en suspens. Ces dispositions auraient gagné en lisibilité mises ensemble dans le but de créer un cadre juridique et fiscal adapté avec les autres statuts juridiques existant auparavant⁸⁶¹.

De plus, si les formalités de l'entrepreneur sont limitées à une simple déclaration d'activité par rapport à l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, cette déclaration pourrait comporter des limites. Ces limites pourraient porter sur l'identité du registre devant accueillir la déclaration de l'entrepreneur et l'immatriculation du commerçant.

En effet, l'AUDCG fait une distinction entre l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier applicable aux commerçants, de la déclaration d'activité de l'entrepreneur. L'identité du registre appelé à recevoir ces deux formalités peut porter à confusion dans l'esprit des « assujettis » les moins avertis⁸⁶².

En effet, si le droit OHADA interdit le cumul de l'activité d'entrepreneur avec celui de commerçant⁸⁶³, la plupart des dispositions rédigées pourraient faire l'objet de confusion. L'analyse des textes de l'AUDCG laisse sous-entendre une possible double inscription en tant que commerçant et entrepreneur. L'AUDCG autorise le RCCM à recevoir les demandes

⁸⁵⁶ C'est dans ce contexte d'idées que les inquiétudes manifestées par la doctrine à l'égard des infractions pénales par rapport au législateur OHADA. YAWGA Spener, « Regard d'un droit pénal des affaires en Afrique : Le cas du droit pénal OHADA, in *les Mutations juridiques dans le système OHADA* », *Revue Penant*, 2000, pp.331 et Svts.

⁸⁵⁷ Mouhamadou BOYE, *op. cit.* p.87.

⁸⁵⁸ *Ibid.*

⁸⁵⁹ Dans le domaine de la preuve, l'article 5 a été prévu pour le commerçant, ce qui n'est pas facilement transposable à l'entrepreneur. D'autant plus que les documents susceptibles d'être utilisés sont ceux du commerçant. La clarté et l'efficacité auraient justifié de souligner dans un alinéa supplémentaire que l'entrepreneur peut faire des mêmes moyens en utilisant ses propres documents.

⁸⁶⁰ En matière de prescription, du point de vue formel, l'analyse du régime nécessite la consultation des articles 17 à 29 puis 33. Un va-vient

⁸⁶¹ Mouhamadou BOYE, *op. cit.*, p.87.

⁸⁶² *Ibid.*

⁸⁶³ Article 64 alinéa 3 de l'AUDCG.

d'immatriculation « des personnes physiques ayant la qualité de commerçant au sens du présent acte uniforme »⁸⁶⁴, ensuite l'article 2 de l'AUDCG définit le commerçant comme « celui qui fait des actes de commerce par nature sa profession », enfin, l'article 10 prévoit que le commerçant⁸⁶⁵entrepreneur doit faire une déclaration sur l'honneur attestant qu'il n'est frappé d'aucune interdiction⁸⁶⁶.

D'un point de vue critique, l'article 63 alinéa 3 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général ne devrait pas uniquement viser le « commerçant » mais la personne qui « exerce une activité commerciale »⁸⁶⁷, l'exercice d'activité commerciale et l'accomplissement d'acte de commerce par nature⁸⁶⁸ devrait être différencié. Par exemple, lorsque l'entrepreneur exerce une activité commerciale et réunit toutes les conditions nécessaires pour bénéficier du régime juridique de l'entrepreneur, le commerçant pourrait éviter l'immatriculation en tant que commerçant et procéder directement à une déclaration d'activité sous le statut d'entrepreneur.

Cette analyse permet de constater que le domaine d'activité de l'entrepreneur est large, il ne saurait se limiter à celui de commerçant. L'entrepreneur peut exercer plusieurs activités qui dépassent le cadre du commerce. Cet élargissement du champ d'application a permis l'intégration des activités civiles, agricoles, ou artisanales qui relèvent traditionnellement du droit civil, droit généralement appliqué aux rapports de droit privé. L'entrepreneur devient un acteur du monde des affaires intervenant dans les activités de production, de distribution des biens, et fourniture des services.

Depuis la réforme, le droit commercial général OHADA passe de la notion d'activité commerciale⁸⁶⁹ à celle d'activité économique⁸⁷⁰. Cette transition permet de faire de l'entrepreneur un véritable acteur économique. L'activité économique prend le dessus sur l'activité commerciale. « Le statut d'entrepreneur vient par conséquent comme un trait d'union entre le droit civil et le droit commercial »⁸⁷¹ dans lequel on trouverait une innovation

⁸⁶⁴ Article 35, 1 de l'AUDCG.

⁸⁶⁵ Statut conférée par registre du commerce et du crédit immobilier.

⁸⁶⁶ Article 63 alinéa 3 de l'AUDCG.

⁸⁶⁷ Roger LANOU GNIDOUBA, *op. cit.*, p.6.

⁸⁶⁸ *Ibid.*

⁸⁶⁹ Elle exclut les activités civiles, libérales, agricoles.

⁸⁷⁰ La notion d'activité économique a été pour la première fois utilisée en 1939 par George RIPERT dans, « l'ébauche d'un droit professionnel », *Etudes de droit à la mémoire d'Henri CAPITANT*, Paris, Dalloz, 1939, p.607.

⁸⁷¹ Roger LANOU GNIDOUBA, *op. cit.*, p.9.

législative qui consiste à considérer toutes les opérations de l'entrepreneur comme l'accomplissement d'activité de nature commerciale, civile, ou agricole.

Cependant, il existe des difficultés liées aux critères de classification d'une activité à une autre, ce que le droit commercial OHADA n'a pas pris en compte. L'entrepreneur est une personne physique qui a vocation à exercer une grande variété d'activités économiques contrairement au commerçant faisant des actes de commerce par nature sa profession⁸⁷², il peut en toute légalité pratiquer les activités commerciales, civiles et agricoles. L'AUDCG a prévu les critères permettant de qualifier une activité comme commerciale, mais il n'a rien prévu pour celles civiles, agricoles etc. Il serait intéressant d'émettre quelques réserves à propos de cette nouvelle extension de l'activité économique à l'activité commerciale. En effet, elle risque de créer des confusions sur la qualité de commerçant qui donne le droit à l'immatriculation et la simple déclaration qui pèse sur l'entrepreneur.

Par exemple, le législateur aurait dû préciser que ces activités correspondent à « l'exercice d'un métier manuel en dehors de tout lien de subordination, souvent avec une main d'œuvre limitée »⁸⁷³, d'autant plus que la majeure partie des activités des États de l'OHADA sont agricoles.

Le mutisme du législateur sur la définition juridique de ces activités est étonnant, car contrairement au droit OHADA, le législateur français donne une définition légale de l'activité agricole dans le code rural de la pêche maritime. Ce sont « toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal⁸⁷⁴ et les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation ».

Face à cette carence juridique, s'installent des inquiétudes sur le secteur agricole et toutes les activités à l'exclusion de celles commerciales. Les activités de l'entrepreneur du droit OHADA les plus difficiles à cerner sont celles civiles, elles font référence à la notion de profession civile regroupant les personnes qui exercent à titre habituel, de manière

⁸⁷² Article 2 et 3 de l'AUDCG.

⁸⁷³ Robert SAWADOGO « Le métier commerçant : ce que prévoit le droit burkinabé », En ligne, <http://www.burkinapmepmi.com/spip.php?article 9672>, consulté le 17 mai 2017.

⁸⁷⁴ Le terme de cycle biologique correspond au développement de la vie, de son début à sa fin, et qui était déjà le critère de l'activité agricole pour le droit fiscal et le droit social, devenant l'élément clé de la définition, ne faisant plus référence au travail du sol et aux conditions d'exécution de l'activité.

indépendante et sous leur responsabilité une activité de nature civile⁸⁷⁵, d'où la confusion notamment avec les professions libérales réglementées ou non⁸⁷⁶.

Certains auteurs critiquent les textes régissant le statut de l'entrepreneur leur reprochant d'être mal organisé⁸⁷⁷.

Par exemple, la soumission de l'entrepreneur au statut général du commerçant « sous réserves de dispositions légales contraires, entraîne une application de l'ensemble des actes uniformes aux commerçants, particulièrement l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique⁸⁷⁸, l'Acte uniforme sur le droit commercial général, l'Acte uniforme sur le droit des procédures collectives⁸⁷⁹ ». De plus, en raison de la diversité des réalités économiques d'un pays à un autre, le législateur OHADA accorde la liberté à chaque pays de prendre « les mesures incitatives » applicables au statut d'entrepreneur⁸⁸⁰. Ces mesures sont dangereuses, car le législateur OHADA « fait reposer l'application effective du statut dans chaque État membre sur la volonté politique »⁸⁸¹.

Les critères relatifs à la profession, aux seuils comptables, assujettissent aux mêmes dispositions commerciales des professions qui sont par nature, différentes⁸⁸². Par exemple, c'est le cas de la distinction classique faite entre le commerçant et l'agriculteur, le premier en raison de son activité fondée sur la distribution des biens qu'il ne produit pas, le second en considération du lien direct qu'il entretient avec la terre et l'absence de toute idée de spéculation sur les fruits de ce travail. Il en est de même pour l'artisan, le critère de distinction est l'exercice d'une profession manuelle.

L'élargissement du domaine d'intervention du statut d'entrepreneur peut susciter un éloignement du droit OHADA du domaine des affaires, par l'extension de son champ d'application à l'ensemble des activités économiques. De plus, La prescription quinquennale prévue par l'article 33 de l'AUDCG en ce qui concerne le statut de l'entrepreneur est

⁸⁷⁵ Roger LANOU GNIDOUBA, *op. cit.*, p.10.

⁸⁷⁶ *Ibid.*

⁸⁷⁷ Joseph ISSA-SAYEGH, « L'entrepreneur, Un nouvel acteur économique en droit OHADA : ambiguïtés et ambivalence », *penant*, n°878, janvier-mars, 2012, p.5.

⁸⁷⁸ AUDSC.

⁸⁷⁹ AUPCAP.

⁸⁸⁰ AUDCG, art.30, al.6.

⁸⁸¹ Michel GONOMY, « le statut de l'entrepreneur dans l'AUDCDG révisé : entre le passé et l'avenir », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires-Pratique professionnelle*, n°4, sept.2014. www.ersuma.org

⁸⁸² Sylvie BISSALOUÉ, *op. cit.*, p.5.

identique à la prescription de l'article 16 du même acte uniforme applicable au commerçant⁸⁸³.

Devrait-on appliquer les mêmes règles à l'agriculteur, l'artisan et le commerçant ? Le but du législateur est de créer des règles juridiques, économiques et fiscales attractives pour les opérateurs économiques de l'informel, en prenant en compte les spécificités de chaque Etat, et en leur laissant une marge de manœuvre. Cependant, le danger est d'aboutir à des confusions d'une réglementation à une autre. Par exemple, la question relative au financement pas n'est totalement résolue, les financements actuels ne concernent ni l'ensemble des États, ni tous les entrepreneurs. Les entrepreneurs éprouvent des difficultés à fournir les garanties requises, leur capacité d'emprunt est limitée.

A l'heure actuelle, le statut de l'entrepreneur suscite moins d'attractivité qu'on aurait imaginé, mais cela n'enlève pas au mécanisme son intérêt, il demeure intéressant de par ces nombreux avantages. « L'entrepreneur bénéficie d'un statut professionnel qui lui assure la liberté de s'établir, lui permet d'accorder la priorité à l'esprit d'entreprise. De plus, ce statut limite le volume de ses investissements et adoucit les conséquences d'un éventuel échec »⁸⁸⁴.

Le statut est peu connu du public, les efforts de vulgarisation permettraient de montrer au public ses nombreux atouts⁸⁸⁵. L'avenir de ce statut est prometteur, il est du devoir des autorités et acteurs institutionnels de promouvoir sa pratique dans les pays OHADA.

- La faible vulgarisation du statut

Les statistiques révèlent que le statut d'entrepreneur est peu utilisé au Mali⁸⁸⁶, au Cameroun⁸⁸⁷, au Togo, et au Burkina Faso⁸⁸⁸. Le guichet unique de formalisation des entreprises n'est pas en mesure de donner des informations précises ou un délai dans lequel le statut va trouver son effectivité⁸⁸⁹. Ce guichet a pour but de faciliter la constitution des entreprises par l'enregistrement des premiers entrepreneurs et l'amélioration du climat des

⁸⁸³ *Ibid.*

⁸⁸⁴ D. TRICOT, « Statut du commerçant et de l'entrepreneur », *droit et patrimoine*, 2011, n°281, p.67.

⁸⁸⁵ Plus particulièrement les vendeurs ambulants, les petits détaillants, les petits prestataires principaux acteurs du secteur informel.

⁸⁸⁶ Le Mali fait partie des premiers pays où les entrepreneurs sont depuis décembre 2011 enregistrés à travers le guichet unique pour la création d'entreprises de l'agence pour la promotion de l'investissement.

⁸⁸⁷ Circulaire interministérielle n°001/MINJUSTICE/MINPMESEA/MINFI du 30 mai 2012 ; Instruction du premier ministre n°004/CAB/PM au 25 mai 2012.

⁸⁸⁸ Réunion du groupe de travail, Cotonou, 14 juin 2012, mise en place du régime de l'entrepreneur, programme de facilitation des affaires et régulation au Bénin.

⁸⁸⁹ www.gufebenin.org

affaires. Le Bénin est le premier pays de la zone OHADA à mettre en place les formulaires permettant aux futurs entrepreneurs de procéder à leur déclaration d'activité.

La faible vulgarisation du statut d'entrepreneur explique le retard du Bénin à instaurer le mécanisme de l'entrepreneur. La formation professionnelle devrait être renforcée par des techniques d'apprentissage améliorant le faible niveau d'éducation des acteurs du secteur informel⁸⁹⁰. De plus, les incitations fiscales sont insuffisantes, le régime fiscal proposé est peu attrayant.

- **Au niveau fiscal**

L'impôt applicable à l'entrepreneur est un impôt forfaitaire simplifié renvoyant à une base d'imposition différente de celle du régime d'imposition du droit commun, c'est un impôt synthétique qui recouvre la même réalité⁸⁹¹.

Cependant, l'impôt le plus adapté à l'entrepreneur est l'impôt synthétique calculé sur la base du chiffre d'affaires de la micro entreprise. Les nouvelles mesures fiscales incitatives permettraient de lutter contre la clandestinité⁸⁹². En effet, dans un contexte d'implantation du statut de l'entrepreneur, « le contribuable du secteur informel doit prendre conscience qu'en payant l'impôt il ne donne pas de l'argent à l'Etat mais contribue au financement des services dont sa communauté et lui bénéficient »⁸⁹³.

Le législateur OHADA devrait également résoudre le problème de couverture et de l'affiliation sociale dans le cadre de l'exercice de leurs activités professionnelles, car il rend difficile le versement de cotisations sociales⁸⁹⁴.

- **Au niveau social**

L'entrepreneur a besoin d'un régime social attractif et adapté, le bureau international du travail suggère la mise en place d'un système de protection sociale efficace pour les acteurs de l'informel.

⁸⁹⁰ Stephanie KWEMO, *op. cit*, p.336.

⁸⁹¹ International Tax Dialogue, « la fiscalité des petites et moyennes entreprises », p.36.

⁸⁹² Exemption, régularisation fiscale, « pardon fiscal » et exonération à la première année au Bénin dans un contexte d'implantation du statut de l'entrepreneur.

⁸⁹³ Stephanie KWEMO, *op. cit*, p. 331.

⁸⁹⁴ *Ibid*, p.332.

Le BIT requiert l'élargissement du régime de sécurité sociale existant pour les travailleurs salariés aux travailleurs du secteur informel. Par exemple, ils pourraient bénéficier de prestations adaptées à leur profil. La promotion des entrepreneurs de formes mutualistes incite à la souscription de contrat répondant à leurs attentes sur le marché. Cependant, les plus vulnérables doivent bénéficier d'une couverture spéciale⁸⁹⁵.

L'idéal serait la mise en place d'une protection sociale attractive au Bénin à l'image du Sénégal « La chambre des métiers qui permet au micro entrepreneur de bénéficier de plusieurs fonds de garantie et de payer une contribution unique permettant de bénéficier de plusieurs prestations sociales⁸⁹⁶ ».

La doctrine suggère d'établir un représentant légitime et des branches d'activités se structurant en organisation professionnelle. Ceci permettrait d'avoir un cadre institutionnel par la reconnaissance étatique du cadre professionnel facilitant l'accès au crédit à travers leurs membres⁸⁹⁷.

Une nouvelle structuration de l'activité des entrepreneurs est possible en regroupant les différents entrepreneurs par secteur d'activités ou corps de métiers⁸⁹⁸. L'organisation des futurs entrepreneurs en organisation professionnelle et syndicat permettrait de favoriser la marche vers le secteur formel. Cependant, on observe une difficile articulation entre l'entrepreneur et les autres statuts juridiques, d'où les situations de concurrence.

- **Au niveau concurrentiel**

Les activités de l'entrepreneur sont identiques à celles des commerçants, artisans et agriculteurs, mais elles risquent d'être source « d'excessives distorsions économiques entre les métiers »⁸⁹⁹.

La concurrence entre l'entrepreneur et les autres acteurs économiques est un frein à l'attractivité de ce statut, c'est une compétition, une rivalité entre des personnes recherchant des avantages⁹⁰⁰. L'entrepreneur est un énorme concurrent pour les commerçants, agriculteurs, et artisans de son Etat, ils exercent les mêmes activités économiques et

⁸⁹⁵ MALDONADO C. et Alii, « Le secteur informel en Afrique face aux contraintes légales et institutionnelles », BIT, Genève, 1999, p.21.

⁸⁹⁶ Stéphanie KWEMO, *op. cit.*, p.332-333.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, p.330.

⁸⁹⁸ Métiers du commerce, du service, et de l'artisanat.

⁸⁹⁹ D. TRICOT, *op. cit.*, p.69.

⁹⁰⁰ *Ibid.*

bénéficient en contrepartie d'avantages juridiques, sociaux et fiscaux, telles l'allégement et la gratuité des formalités de déclaration. Ces avantages permettent à l'entrepreneur d'être favorisé par rapport aux autres opérateurs économiques en matière de fiscalité, il paie un impôt synthétique et forfaitaire à la place de l'impôt sur le revenu⁹⁰¹.

Au Sénégal et au Burkina Faso, les régimes fiscaux ne sont pas destinés exclusivement à l'entrepreneur mais à toute personne physique réalisant des activités commerciales, industrielles, agricoles, ou de services d'affaires qui n'atteignent pas le seuil minimum à ne pas dépasser⁹⁰². L'objectif est d'encourager le respect du régime des aides d'Etat de l'UEMOA⁹⁰³.

Le droit de la concurrence, et principalement l'article 88 du traité de l'UEMOA⁹⁰⁴, interdit les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence par le favoritisme de quelques structures ou productions⁹⁰⁵. La structure concernée peut être une personne physique, une structure civile ou commerciale ou une entité juridique ne revêtant pas la forme d'une société⁹⁰⁶.

Cependant, les aides fiscales sont des aides publiques, le régime fiscal de l'entrepreneur doit être identique à celui des commerçants, artisans ou agriculteurs en cas d'identité de leur situation⁹⁰⁷. Faudrait-il envisager un aménagement des dispositions fiscales générales pour l'ensemble des acteurs du secteur informel et l'entrepreneur⁹⁰⁸ ? La concurrence de l'entrepreneur dépasse le territoire d'un Etat, il s'applique aux opérateurs économiques des autres pays.

L'entrepreneur est en concurrence avec les opérateurs économiques des Etats membres de l'OHADA, signataires du traité de l'UEMOA ou de la CEMAC. Le traité de Dakar, instituant l'union économique et monétaire ouest-africaine, fixe des objectifs destinés à renforcer la

⁹⁰¹ Mouhamadou BOYE, *op. cit.*, p.83.

⁹⁰² *Ibid.*, p.84.

⁹⁰³ *Id Ibid.*

⁹⁰⁴ Il dispose que sont interdits de plein droit : - les accords, associations et pratiques concertées entre entreprises, ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union ; - Toutes pratiques d'une ou de plusieurs entreprises, assimilables à un abus de position dominante sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci ; - Les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

⁹⁰⁵ Mouhamadou BOYE, *op. cit.*, p.84.

⁹⁰⁶ Abou Saib COULIBALY, « Le droit de la concurrence de l'union économique et monétaire ouest africaine », *Revue burkinabé de droit*, n°43-44, 1^{er} et 2^e semestre 2003, p.6.

⁹⁰⁷ Mouhamadou BOYE, *op. cit.*, p.84.

⁹⁰⁸ *Ibid.*

compétition des activités économiques et financières des pays membres dans le cadre d'un marché commun fondé entre autres sur la liberté de circulation des personnes, des services, des capitaux entre les Etats membres, sur l'institution d'un tarif extérieur commun, et une politique commerciale commune dans les rapports avec les pays tiers⁹⁰⁹.

La concurrence apparaît d'entrée de jeu comme l'un des principes clés du processus d'intégration entamé par l'UEMOA⁹¹⁰. La coexistence des dispositions de l'UEMOA et de l'OHADA sur le territoire des pays nécessite un cadre adapté de concurrence envers les acteurs économiques des autres pays.

Les avantages en matière fiscale et sociale sont définis au niveau de chaque pays, l'entrepreneur de l'Etat le plus onéreux en matière d'incitations sociales sera défavorisé par rapport à l'entrepreneur le moins onéreux en matière d'incitations sociales. La concurrence explique que des acteurs économiques soient imposés fiscalement et assujettis à des charges sociales moindres dans l'exercice des activités commerciales, agricoles, ou artisanales⁹¹¹.

La formalisation de l'informel, à travers la consécration du statut d'entrepreneur pourrait se faire par une reformulation des statuts des différents acteurs économiques. Le statut de l'entrepreneur est une avancée, mais il fait subsister des difficultés qui auront des conséquences dans l'avenir. Le statut de l'entrepreneur est soumis à des difficultés, mais il est trop tôt pour tirer des conclusions. La formalisation de l'informel ne peut privilégier la création de nouvelles mesures adaptées sans établir un cadre juridique facilitant une convergence avec l'ensemble des acteurs économiques. De plus, les règles applicables en matière de sécurité juridique de l'entrepreneur sont peu satisfaisantes.

- **Au niveau sécurité juridique**

La sécurité juridique du statut d'entrepreneur est souvent remise en cause en droit OHADA. L'insécurité est synonyme d'un grand risque qui s'exprime par un manque ou une absence de stabilité, de fiabilité ou de garantie⁹¹². Cette insécurité intervient d'abord au niveau du chevauchement des législations à l'origine des lacunes de la réglementation⁹¹³.

⁹⁰⁹ Mouhamadou BOYE, *op. cit.*, p.84.

⁹¹⁰ *Ibid.*, p.85.

⁹¹¹ *Id Ibid.*

⁹¹² BOYE Mouhamadou, *op.cit.*, p.85.

⁹¹³ *Ibid.*

Le chevauchement entre législations communautaires et nationales s'exprime à travers la technique du renvoi législatif, c'est une technique qui semble attractive, mais qui finalement expose le statut d'entrepreneur à une insécurité juridique synonyme de risque juridique⁹¹⁴. L'insécurité juridique est souvent la réponse d'une instabilité du droit positif ou d'un « entrelacs de normes pouvant se révéler contradictoires ou difficilement compatibles »⁹¹⁵. Dans un contexte d'uniformisation, le renvoi aux dispositions communautaires et nationales concernant le statut de l'entrepreneur est à contre-courant de la tendance observée jusqu'ici⁹¹⁶.

Le droit OHADA exprime la volonté du législateur de réduire l'intervention des Etats membres dans certains domaines. Cependant, la technique du renvoi législatif risque d'engendrer un retour à la situation caractérisée par la disparité des dispositions applicables dans le domaine du droit des affaires. La définition de l'entrepreneur à l'article 30 de l'AUDCG insiste sur la déclaration d'activité⁹¹⁷.

Le législateur précise à l'alinéa 5 de cet article l'obligation de se conformer à la réglementation applicable à chaque activité⁹¹⁸. L'acquisition de la qualité d'entrepreneur est conditionnée par la déclaration d'activité, les autres exigences relèvent de la compétence des législateurs nationaux⁹¹⁹.

Ce procédé est risqué, car les mesures prétendument incitatives seraient variables d'un Etat à un autre⁹²⁰.

Les difficultés de compréhension des dispositions rendent difficiles leur articulation⁹²¹. L'imprécision et la confusion des critères en matière de limitation du chiffre d'affaires, des obligations de l'entrepreneur et de ses privilèges constituent un obstacle à la mise en œuvre d'un cadre juridique logique et sécurisant, elles sont à l'origine de la diversité des interprétations. L'imprécision résulte de l'applicabilité des seuils fixés dans l'Acte uniforme portant harmonisation et organisation des comptabilités des entreprises AUHOC et de la

⁹¹⁴ Joachim BILE-AKA, « Libre propos sur la gestion du risque juridique en entreprise », *Congrès africain des juristes d'entreprises*, COJA, 2010, p. 7. www.ohada.com

⁹¹⁵ Anne-Catherine OUTIN ADAM, « Haro sur l'insécurité juridique des entreprises », *Les Echos*, www.leclubdesjuristes.com. Consulté le 20 décembre 2012.

⁹¹⁶ Mouhamadou BOYE, *op. cit.*, p.85.

⁹¹⁷ Athnase FOKO, « La consécration d'un nouveau statut professionnel dans l'espace OHADA : Le cas de l'entrepreneur », *Cahiers juridiques et politiques, Revue de la faculté des sciences juridiques et politiques*, 2010, p.4.

⁹¹⁸ Mouhamadou BOYE, *op. cit.*, p.85.

⁹¹⁹ *Ibid.*, p.86.

⁹²⁰ Athanase FOKO, *op. cit.*, p.7.

⁹²¹ *Ibid.*

compétence pour fixation des seuils reconnue aux Etats membres de l'OHADA. L'article 30 al.2 prévoit une application des seuils fixés dans l'AUHOC au titre du système minimal de trésorerie⁹²², afin de limiter le chiffre d'affaire annuel.

La formalisation de l'informel requiert une conciliation vertueuse des logiques nationales aux dynamiques communautaires⁹²³. Les incitations fiscales qui accompagnent les sociétés financières décentralisés et l'entrepreneur peuvent créer d'importantes disparités.

« L'auto-retrait » de l'UEMOA et l'OHADA en matière d'incitations fiscales peut compromettre l'attractivité de ces deux institutions. Les Etats devraient accorder des avantages fiscaux et sociaux identiques ou harmonieux dans une logique d'intégration économique et de libre circulation des personnes et des capitaux La formalisation de l'informel devrait être envisagée ensemble par l'UEMOA et l'OHADA, afin de mieux prendre en compte les enjeux économiques des Etats. De plus, à la différence de l'auto-entrepreneur en droit français, l'AUDCG ne prévoit aucune mesure de protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur. En effet, la pratique de la protection du patrimoine personnel n'est pas courante dans les Etats de l'OHADA, mais pourrait être envisagée dans les réformes à venir.

B. La possible mise en place d'un système efficace de protection du patrimoine personnel adapté à l'entrepreneur

Le régime juridique de l'entrepreneur est attrayant, mais il existe des mesures à amender. Par exemple, en matière de sécurité juridique, à la différence de l'auto-entrepreneur en droit français l'entrepreneur ne peut procéder à une déclaration d'insaisissabilité des biens de son patrimoine⁹²⁴. En effet, au-delà des dispositions comptables qui s'imposent à l'entrepreneur⁹²⁵, ce statut mérite de faire l'objet d'aménagements juridiques, afin d'accroître la sécurité juridique de l'entrepreneur par la reconnaissance du patrimoine juridique affecté. Le statut d'entrepreneur est proche du statut d'auto-entrepreneur en droit français, il

⁹²² Est, dès lors, applicable l'article 13 al.2 de l'AUOHC qui fixe les seuils du système minimal de trésorerie.

⁹²³ *Ibid.* P.88

⁹²⁴ Roger LANOU GNIDOUBA, *op.cit.*, p.1.

⁹²⁵ Système comptable minimal de trésorerie que l'entrepreneur doit obligatoirement tenir.

formalise les petites activités commerciales, artisanales ou libérales de manière indépendante, à titre principal ou secondaire⁹²⁶.

La simplification des formalités de l'entrepreneur et les mesures incitatives des Etats parties sont dépourvues d'une protection juridique effective. En droit comparé, le souhait du législateur français est de renforcer les mécanismes de protection juridique du patrimoine de l'artisan, du petit commerçant ou du libéral des poursuites de ses créanciers par le biais de la fiducie, la déclaration d'insaisissabilité ou l'instauration du patrimoine d'affectation⁹²⁷.

La démarche du législateur français repose sur le régime des biens, le régime juridique du patrimoine et, sur la personnalité de l'entrepreneur⁹²⁸. Cette démarche est animée par la volonté de mettre en cause le principe de l'unicité du patrimoine⁹²⁹.

L'entrepreneur en droit OHADA est soumis à l'obligation de tenir une comptabilité, mais il lui est interdit d'y inclure des revenus extérieurs à l'activité déclarée en vertu du principe de séparation du patrimoine comptable et fiscal du patrimoine de l'entreprise individuelle. L'entrepreneur qui subit des difficultés financières au cours de son activité économique a la possibilité de limiter les poursuites des créanciers professionnels à son patrimoine professionnel.

Cette méthode peut être vue par certains comme paradoxale dans la mesure où, la création du statut d'entrepreneur est destinée à encourager la formalisation des entreprises. Or, entreprendre c'est initialement prendre des risques et les assumer. La reconnaissance juridique de cette technique viendrait anéantir cet objectif. Cependant, ce paradoxe est acceptable dans la mesure où la finalité n'est pas les risques que l'entrepreneur peut encourir mais plutôt l'assurance de sa sécurité juridique.

A l'heure actuelle, le nouveau droit commercial général des pays OHADA ne reconnaît pas juridiquement la notion de patrimoine d'affectation. Au-delà des nombreuses innovations destinées à alléger l'activité de l'entrepreneur, pourrait s'ajouter la reconnaissance d'un patrimoine affecté qui permettrait de résoudre toutes les inquiétudes liées au risque juridique d'entreprendre. Ce principe pourrait devenir un véritable outil juridique attirant les acteurs

⁹²⁶ Loi française n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, publiée au journal officiel de la République Française du 5 août 2008.

⁹²⁷ Roger LANOU GNIDOUBA, *op. cit.*, p.3.

⁹²⁸ *Ibid.*

⁹²⁹ François TERRE, « La personne et ses patrimoines ou l'EIRL », *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, n°2, janvier 2011, p.43-48.

économiques de l'informel à adhérer au nouveau statut d'entrepreneur. La législateur OHADA aurait dû procéder à la « déconstruction du dogme de l'unicité du patrimoine du droit civil déjà entamée par le droit fiscal dans la plupart des Etats parties au traité OHADA »⁹³⁰. En effet, la notion de patrimoine d'affectation a pour la première fois été consacrée en droit fiscal français. La fiscalité des affaires dans les pays OHADA consacre le principe de la liberté d'affectation de l'entrepreneur individuel par une inscription indirecte au bilan⁹³¹. Le procédé consiste pour un entrepreneur individuel à « construire fiscalement ses patrimoines privés et professionnel par le jeu d'une simple écriture comptable »⁹³², il permet à un professionnel indépendant de faire la distinction entre son patrimoine privé et le patrimoine de l'activité économique⁹³³.

L'entreprise est « conçue pour le droit fiscal comme une entité juridique dotée d'un patrimoine d'affectation propre »⁹³⁴. Le juge fiscal français avait pour volonté de faire une distinction entre le principe de l'unicité du patrimoine en droit civil et l'admission de l'entreprise individuelle en tant « qu'unité comptable » destinée à l'organisation des patrimoines⁹³⁵. La première serait rattachée à la personnalité juridique de l'entrepreneur, car elle n'a d'intérêt que pour celle-ci, et la seconde attachée à la pratique de l'activité économique, car elle participe à la réalisation du bilan⁹³⁶.

Le principe français du bilan⁹³⁷ et l'inscription des biens au patrimoine professionnel de l'entrepreneur ne sont pas prévu en droit OHADA. Le droit d'inscrire ses biens et ses

⁹³⁰ Roger LANOU GNIDOUBA, *op. cit.*, p.12.

⁹³¹ *Ibid.*

⁹³² Frédéric COLASSON Frédéric, « Le patrimoine professionnel », *PULIM*, 2006, p.112. Il ne faut cependant émettre d'importantes réserves à cette libre option instaurée par la doctrine administrative (4 B 122, n°5 à 11, juin 1999) qui se trouve obligatoirement dans l'actif professionnel (même s'ils n'ont pas été inscrits à l'actif du bilan), les éléments incorporels du fonds de commerce (clientèle, achalandage, droit au bail, nom commercial et enseigne) ainsi que les droits de propriété intellectuelle. Cette limite trouve sa source d'inspiration dans la règle d'affectation.

⁹³³ Jean- Pierre LUKASZEWICZ, *Nouveaux aperçus sur l'autonomie du droit fiscal*, Amiens, thèse dactyle, 1973, p.122, cité par Emmanuel TAUZIN, « L'intérêt de l'entreprise et le droit fiscal », n°125, Paris, *Harmattan*, 2011, p.65.

⁹³⁴ Philippe BERN, *La nature juridique du contentieux de l'imposition*, vol.109, LGDJ, 1972, p.166, La théorie du patrimoine d'affectation est une opération par laquelle, on peut réunir dans une même masse l'ensemble des biens affectés par une destination commune. COLASSON F., *op.cit.*, p.19 et 34.

⁹³⁵ Maurice CAUZIAN, Alain VANDIER et Florence DEBOISSY, *op. cit.*, p.18.

⁹³⁶ Frédérique COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », (1996) *RTD civ*, p. 821.

⁹³⁷ La théorie du bilan trouve sa source dans le bénéfice imposable de l'entreprise que l'on détermine en fonction des résultats affichés au bilan de celle-ci, cela signifie sur la base de la différence des valeurs d'actif de deux bilans qui se suivent. Conclusion de POUSSIÈRE sous CE du 13 juillet 1955, req. N°17 908, 7^{ème} et B. sous-sect., 1995, Maurice CAUZIAN, « Le principe de liberté d'affectation comptable dans le cadre des bénéfices industriels et commerciaux », *dr. Fisc.* N°21, (2002), Florence DEBOISSY, « Quelques conséquences de la

créances à l'actif du patrimoine professionnel de l'entreprise est implicitement indiqué dans les dispositions relatives aux bénéficiaires imposables au titre des exploitations individuelles⁹³⁸. Ces dispositions indiquent les catégories de revenus de l'entrepreneur exemptées ou imposées à l'entrepreneur lors de leur inscription à l'actif de l'entreprise⁹³⁹.

Les lois fiscales des pays OHADA distinguent le patrimoine privé de l'exploitant individuel de son patrimoine professionnel sur le fondement de la théorie du bilan à travers la liberté d'inscription des biens et des créances. Le droit fiscal de ses biens distingue la masse des biens à usage privé et la masse des biens à usage professionnel⁹⁴⁰. Par conséquent, si les Etats OHADA n'ont pas encore reconnu le principe juridique de l'affectation du patrimoine, ils ont par le biais de leurs législations fiscales posé les jalons d'une remise en cause progressive du principe de l'unicité du patrimoine⁹⁴¹, et une « dépersonnalisation »⁹⁴² du patrimoine qui n'est plus considérée comme « un ensemble de biens ayant une destination commune »⁹⁴³.

Cependant, cette théorie du bilan a été relativisée et limitée aux entreprises individuelles commerciales, industrielles, libérales gérées par un contribuable, personne physique soumis à l'obligation de gérer un bilan du fait qu'un régime réel de bénéfice est obligatoire⁹⁴⁴. De plus, les effets de cette théorie ont été neutralisés en droit français, car elle autorisait l'affectation de manière formelle des biens pour des raisons fiscales⁹⁴⁵. L'affectation des biens au

liberté d'inscrire ou non une dette du passif au bilan de l'entreprise », dr. Fisc., n°6, CE, 3 juin 1998, n°163809, CUINET ; CE, 10 décembre 1999, n°164982, FREULON ; CE, 19 mars 2001, n°198543, Cadix ; (2001) 4 *RTD* com. 999 à 1005 et Frédéric COLASSON, *op.cit.*, p.114.

⁹³⁸ Roger LANOU GNIDOUBA, *op. cit.*, p.13.

⁹³⁹ *Ibid.*

⁹⁴⁰ Frédérique COLASSON, *op. cit.*, p.114.

⁹⁴¹ Roger LANOU GNIDOUBA, *op. cit.*, p.13.

⁹⁴² *Ibid.*

⁹⁴³ Cette nouvelle conception du patrimoine est tirée du droit allemand dont la doctrine admet le droit pour le titulaire de disposer de plusieurs patrimoines. Selon cette doctrine, le patrimoine ne tire pas sa source de la doctrine mais plutôt de la destination des biens. Cf. Les notions de *sondervermogen* (patrimoine séparées) ou *sweckvermogen* (patrimoine à huit) traités par BRINZ et BEKKER (Frédérique COLASSON, préc., note 20, p.36). Voir Henri, Jean, Léon et Mazeaut, *leçons de droit civil*, t.1, 1^{er} vol, L.G.D.J, p.369, cité par COLASSON F., préc., note 19, p.35.

⁹⁴⁴ A l'exception de celles soumises à un régime d'imposition de forfait, Cyrille David, « L'acte anormal de gestion (AAG) (Comparaison fiscale Allemagne, France, Royaume-Uni) », *Litec*, 2009, p.254. Il est également possible d'y ajouter les membres des sociétés de personnes (CE, 3 septembre 1997, req. 133 408, Chagnon, RJF 10/1997.662, n°919, chr. Vercluyte, p.587. Cette structure doit intégrer dans son bilan l'ensemble des éléments d'actif à sa propriété. Cf. LECALVEZ Jacques, « Les incertains contours du patrimoine de l'entrepreneur individuel », *Dalloz*, 2000, Chr. 151). Les associés de la société de personnes, du fait que celle-ci est mi-transparente. Cf. Maurice CAUZIAN, « Images fiscales : transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés », *JCP*, 12817,1976, semblent pouvoir avoir fiscalement un patrimoine professionnel qui correspond à leurs parts dans le capital social, à côté de leur privé. Les associés devront décider des biens qu'ils souhaitent intégrer dans leur patrimoine professionnel.

⁹⁴⁵ L'affectation patrimoniale au bilan de l'entreprise donne lieu à un transfert du bien du patrimoine personnel, lié à la personne vers le patrimoine professionnel, lequel est lié à l'entreprise. En parallèle la cessation de

patrimoine professionnel est désormais régie par les nouveaux dispositifs juridiques, mais la remise en cause du principe de l'unicité du patrimoine demeure en droit fiscal⁹⁴⁶.

L'unicité du patrimoine devrait être limitée en droit commercial général par le législateur OHADA, afin de limiter les risques juridiques, et renforcer la sécurité juridique d'entreprendre⁹⁴⁷. En effet, elle demeure jusque-là inchangée en Afrique et particulièrement dans les Etats OHADA qui continuent à se conformer aux dispositions du code de 1804. Selon la doctrine « L'unité du patrimoine est une conséquence logique de l'unicité de la personnalité de chaque sujet de droit »⁹⁴⁸.

La séparation du patrimoine permettrait de protéger juridiquement l'entrepreneur et sa famille contre les risques de l'entrepreneuriat⁹⁴⁹.

« Cette protection pourrait être renforcée par une possibilité d'affectation positive du patrimoine »⁹⁵⁰. Il est vrai que l'admission de la théorie de l'affectation du patrimoine dans le cadre de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée en droit français pourrait être un obstacle au financement des activités entrepreneuriales⁹⁵¹, car le crédit est lié aux garanties⁹⁵². En effet, le fait de cantonner uniquement le gage des créanciers professionnels au patrimoine d'affectation peut être la cause de leur réticence, « la question de la garantie pourrait ainsi devenir un exercice de quadrature du cercle »⁹⁵³.

Cependant, il faudrait anticiper sur les difficultés causées par le contenu du patrimoine affecté, son opposabilité aux tiers, les techniques de réaffectation des revenus d'un patrimoine à un autre sans causer préjudice aux créanciers⁹⁵⁴. Le patrimoine d'affectation en droit

l'activité de l'entreprise individuelle entraîné le « basculement » automatique des éléments d'actif et de passif du bilan vers le patrimoine privé de l'exploitant à la date à laquelle elle participe. Frédérique COLASSON *op. cit.*, p.120. CE 5 décembre 1973, n°86298 : Dupont, 1974, n°1631, cité par J. MAIA, « Quelles incidences fiscale pour un abandon de créance », *RJF* 799 n°10, 2001.

⁹⁴⁶ C'est uniquement l'inscription volontaire qui n'est plus considérée comme une affectation.

⁹⁴⁷ Roger LANOU GNIDOUBA, *op. cit.*, p.14.

⁹⁴⁸ Emmanuel TAUZIN, *op. cit.*, p.166.

⁹⁴⁹ Roger LANOU GNIDOUBA, *op. cit.*, p.16.

⁹⁵⁰ *Ibid.*

⁹⁵¹ François TERRE, « Préambule à l'EIRL », n°11, p.6, cité par THOMAT-RAYNAUD A.-L., « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique ? – (Entrée en vigueur de la loi n°2010-658 du 15 juin 2010 ordonnance n°2010-1512 du 9 décembre 2010, décret 2010-1706 du 29 septembre 2010, arrêté du 29 décembre 2010) », *Droit de la famille*, étude 15, 2011, n°13.

⁹⁵² Dominique LEGEAIS, *Suretés et garanties du crédit*, LGDJ, Paris, 2017, p. 139.

⁹⁵³ Philippe THIERY, « L'accès au crédit de l'EIRL : garantir et exécuter », *Deffrénois*, 2011, p.56, cité par Maria-Beatriz SALGADO, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : illusion des uns, désillusion des autres », *JCP E* n°1024, 2014, pp.52-59.

⁹⁵⁴ Stéphane GORRJAS et Reinhard DAMMANN, « La protection du patrimoine du débiteur personne physique », *Revue des procédures collectives*, 2010, p.3.

OHADA est une réponse aux difficultés des « petits commerçants et artisans » qui souhaiteraient avoir la possibilité de « sanctuariser » une partie de leurs problèmes économiques⁹⁵⁵. Selon, les rédacteurs du droit OHADA⁹⁵⁶, la mise en place d'une démarche opposée à la théorie de l'unicité du patrimoine constituerait juridiquement une nouveauté. Le droit français, depuis la consécration de la fiducie et de l'EIRL, se délie progressivement du code civil 1804 napoléonien qui prônait l'unicité du patrimoine.

La fiducie est une opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits, ou des sûretés présents ou futurs à un ou plusieurs fiduciaires, qui les tenants séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but propre au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »⁹⁵⁷. Cependant, elle fait l'objet de limites qui relativisent la protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel⁹⁵⁸, d'où l'institution en droit français de l'EIRL⁹⁵⁹.

La fiducie est un moyen efficace d'organisation de l'entreprise individuelle, elle consacre un patrimoine d'affectation⁹⁶⁰, et devrait faciliter la création d'entreprises individuelles en permettant de limiter les risques de l'activité professionnelle.

Selon le professeur Henri-Désiré MODI KOKO BEBEY la fiducie est une nouvelle forme d'organisation de la micropropriété, elle permet au propriétaire d'anticiper sur les prochaines difficultés de transmission des biens à ses héritiers, en les transmettant temporairement au fiduciaire⁹⁶¹. Le fiduciaire va acquérir un droit de propriété complet sur lesdits biens, à charge d'en faire l'usage convenu et de le transmettre au constituant ou à un tiers déterminé à l'expiration du terme prévu⁹⁶².

L'inconvénient de la fiducie pour l'entreprise individuelle se trouve dans la « perméabilité » du patrimoine fiduciaire⁹⁶³. En effet, « en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun des créanciers, sauf stipulation contraire

⁹⁵⁵ Roger LANOU GNIDOUBA, *op. cit.*, p.61.

⁹⁵⁶ Ce sont généralement des juristes romano-germaniques, adaptés aux principes du droit civil.

⁹⁵⁷ Article 2011 du code civil français.

⁹⁵⁸ Article 2225 du code civil français.

⁹⁵⁹ L'EIRL a été instituée par la loi n°2010-658 du 15 juin 2010 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

⁹⁶⁰ Stephanie KWEMO, *op. cit.*, p.225.

⁹⁶¹ *Ibid.*, p.227.

⁹⁶² Henri-Désiré MODI KOKO BEBEY, « Micropropriété, aspects juridiques, attributs de la propriété », 3^e colloque de l'Association du Notariat Francophone : micro-économie et sécurité juridique, le rôle du notaire au service du développement dans une économie de marché, conseil supérieur du notariat, Paris, 21 septembre 2007, p.66.

⁹⁶³ Dominique LEGAIS, *op. cit.*, p.139.

du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire »⁹⁶⁴, le créancier peut réduire son droit au seul patrimoine fiduciaire⁹⁶⁵.

La protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel est limitée⁹⁶⁶ par la lourdeur du système en place, qui requiert des conseils⁹⁶⁷, et en fait une technique coûteuse⁹⁶⁸. L'entreprise individuelle à responsabilité limitée⁹⁶⁹ est un moyen de répondre à ces insuffisances, il permet fournir un cadre juridique approprié à l'entreprise individuelle. L'EIRL convient aussi bien au créateur d'entreprise qu'à l'entrepreneur déjà en activité, qu'il soit artisan, commerçant, ou qu'il exerce une profession libérale⁹⁷⁰, il est aussi ouvert à l'auto-entrepreneur⁹⁷¹.

L'application des principes de l'EIRL au statut d'entrepreneur, lui permettrait d'affecter les biens particuliers à son activité professionnelle, d'en rester propriétaire et de créer un patrimoine personnel séparé⁹⁷². Les créanciers attachés à l'activité professionnelle pourraient bénéficier d'une sûreté constituée par ces biens affectés⁹⁷³, mais sa responsabilité serait limitée à l'actif affecté lui permettant de protéger son patrimoine personnel à l'abri des créanciers professionnels⁹⁷⁴.

Le mécanisme de l'EIRL permet à l'entrepreneur de choisir le niveau de risque qu'il s'engage à assumer sur ses biens personnels sans être obligé de créer une société⁹⁷⁵. Le patrimoine non affecté devient insaisissable en cas de faillite, la faillite de l'entrepreneur ne serait plus une ruine personnelle et familiale, elle encourage l'entrepreneur à s'engager vers le risque de l'investissement et la création d'entreprise.

En Afrique, la majeure partie des activités entrepreneuriales s'effectuent dans des conditions de précarité, le mécanisme de l'EIRL est un moyen de réduire ces difficultés. Cependant, il faudrait adapter le régime de l'entrepreneur aux moyens financiers des opérateurs du secteur

⁹⁶⁴ Article 2025 du code civil.

⁹⁶⁵ Stéphanie KWEMO, *op. cit.*, p.227.

⁹⁶⁶ *Ibid.*

⁹⁶⁷ Dominique LEGAIS, *op. cit.*, p.139.

⁹⁶⁸ Stéphanie KWEMO, *op. cit.*, p. 227.

⁹⁶⁹ Elle a été mise en place par la loi n°2010-658 du 15 juin 2010⁹⁶⁹, qui est entrée en vigueur le 1^{er} Janvier 2011.

⁹⁷⁰ Stéphanie KWEMO, *op. cit.*, p.229.

⁹⁷¹ Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'EIRL par la circulaire n°2010/033, p.3.

⁹⁷² Stéphanie KWEMO, *op. cit.*, p.229.

⁹⁷³ *Ibid.*

⁹⁷⁴ Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'EIRL par le circulaire n° 2010/033, *op.cit.*, p.3.

⁹⁷⁵ Stéphanie KWEMO, *op. cit.*, p.230.

informel, en leur offrant la possibilité de faire la déclaration d'affectation sans frais et sous toute forme.

L'AUDCG révisé a introduit le statut juridique d'entrepreneur dans le droit des Etats parties à l'OHADA, afin de prendre en compte les opérateurs de l'informel. « Cet effort d'adaptation du droit à la réalité socio-économique africaine doit être salué, même si le statut d'entrepreneur doit être complété »⁹⁷⁶.

« Nouveau venu dans le monde structuré et organisé des affaires, l'entrepreneur est assurément un acteur économique important dans l'environnement culturel africain des affaires, car il est extrait parmi les multiples entrepreneurs qui jusque-là exerçaient leurs activités dans le secteur informel »⁹⁷⁷. Cependant, le statut manque d'effectivité, il implique le respect des critères exigés⁹⁷⁸. Ces critères n'ont pas été définis par le législateur OHADA qui en a laissé le soin à chaque Etat partie⁹⁷⁹, des difficultés sont également observées en matière d'harmonisation⁹⁸⁰.

Les formalités exigées du commerçant personne physique, et l'assujettissement des entrepreneurs non commerçants au régime simplifié ⁹⁸¹ pourraient favoriser un rapprochement, mais aurait causé une incohérence notoire dans ce statut d'entrepreneur voulu unique pour toutes les variantes de professionnels bénéficiant de ce statut.

Le législateur devrait se poser la question de savoir si la dispense des entrepreneurs de certaines obligations n'est pas la conséquence de leur non maîtrise⁹⁸², elle a pour conséquence d'entraîner une insécurité juridique à l'égard des personnes traitant avec eux⁹⁸³. De plus, les solutions à trouver en cas de litige ne sont pas évidentes, les entrepreneurs agriculteurs ou artisans ne sont pas habitués à ces formalités⁹⁸⁴.

L'objectif était d'inciter les entrepreneurs au choix de ce statut, mais sera-t-il atteint ?, Rien n'est moins sûr, car la gratuité n'est pas toujours gage d'attractivité, ce d'autant plus qu'il y a

⁹⁷⁶ *Ibid.* p.231.

⁹⁷⁷ Centre de droit économique de l'université Paul Cézanne d'Aix-Marseille, « Recueil d'études sur l'OHADA et les normes juridiques », *Presses Universitaires d'Aix-Marseille*, p.175.

⁹⁷⁸ *Ibid.*

⁹⁷⁹ Complémentarité entre droit OHADA et droit nationaux.

⁹⁸⁰ Centre de droit économique, *op. cit.*, p.147.

⁹⁸¹ *Ibid.*

⁹⁸² Tel est le cas de la non-précision du domicile personnel.

⁹⁸³ Centre de droit économique, *op. cit.*, p.147.

⁹⁸⁴ *Ibid.*

plusieurs formalités à accomplir »⁹⁸⁵. Si le statut d'entrepreneur semble présenter de nombreux aspects positifs dans la mesure où il ne saurait faire l'objet d'un outil de fraude à la loi, il est impossible de l'utiliser pour contourner les obligations souvent fortes prévues à l'accès à certaines professions : incompatibilités, interdictions, autorisations, en l'occurrence⁹⁸⁶.

« Son caractère négatif découle de ce que pour renoncer à l'exercice d'une activité agricole, artisanale, ou commerciale dans un cadre ordinaire, et donc embrasser le statut d'entrepreneur, il faut bien qu'il y ait un intérêt à le faire. C'est sans doute dans l'optique de neutraliser cet inconvénient que le législateur OHADA a recommandé à chaque Etat partie de prendre des mesures incitatives en matière d'imposition fiscale et d'assujettissement aux charges sociales pour favoriser un attrait dans l'exercice de l'activité de l'entrepreneur »⁹⁸⁷.

Cette ouverture est ambitieuse, mais les risques sont inévitables, ils conduisent à l'inconvénient qu'ont voulu neutraliser les Etats membres de l'OHADA dans leur aventure⁹⁸⁸. En effet, avant l'entrée en vigueur de cette nouvelle législation, l'arsenal juridique était marqué par beaucoup de maux dont la « vétusté » et surtout la disparité des dispositions applicables en matière d'affaires⁹⁸⁹. La réforme a permis de diversifier les mesures incitatives, elles varient selon les pays.

Le législateur OHADA devrait combler les manquements à cette réforme, afin de mieux gagner en efficacité, en s'étendant davantage sur les conditions communes à remplir pour accéder à la qualité d'entrepreneur. « S'ils l'ont fait à propos de la perte de ladite qualité, pourquoi avoir fait économie d'effort »⁹⁹⁰ ?

De plus, il est indéniable de souligner que la simplification des conditions de perte de la qualité d'entrepreneur est relative⁹⁹¹. En effet, étant donné que le seuil en termes de chiffre d'affaires varie selon les Etats parties, la cause de la perte de la qualité d'entrepreneur varierait également en fonction des Etats.

⁹⁸⁵ Centre de droit économique, *op. cit.*, p.150.

⁹⁸⁶ *Ibid.*

⁹⁸⁷ Article 30 alinéa 7 de l'AUDCG. Pour le cas du Cameroun, certes la modification est récente, mais le document de stratégie pour la croissance et l'emploi, véritable boussole de son économie, conçu depuis 2009 contient plusieurs mesures incitatives applicables aux entrepreneurs individuels qu'on pourrait étendre aux entrepreneurs.

⁹⁸⁸ Centre de droit économique, *op.cit.*, p.153.

⁹⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁹⁰ Centre de droit économique, *op.cit.*, p.153.

⁹⁹¹ *Ibid.*

De plus, le statut d'entrepreneur peut être considéré comme un statut intermédiaire entre celui de commerçant, d'agriculteur ou d'artisan. Cette précarité n'encourage pas l'adhésion à ce statut.

Ce sont des questions à éluder car la perte de la qualité d'entrepreneur dans ces conditions n'est plus une simple faculté, mais elle devient obligatoire. L'alinéa 4 de l'article 30, de l'Acte uniforme indique que dès le premier jour de l'année suivante, l'entrepreneur doit se soumettre aux charges et obligations de l'entrepreneur individuel.

Le dépassement du seuil indiqué dans les conditions fixées, entraîne la perte du statut d'entrepreneur, et des avantages de son régime juridique, il doit se conformer aux dispositions applicables aux activités concernées.

Le problème se pose aussi de savoir, si la pratique d'une activité professionnelle par l'entrepreneur qui a perdu son statut est conditionnée par l'accomplissement de formalités prévues par cette activité.

En effet, il s'agit généralement d'entrepreneur-commerçant soumis qui doit annuler sa déclaration d'activité pour réaliser les démarches d'immatriculation au registre du commerce et du crédit immobilier. L'alinéa 2 de l'article 64 de l'AUDCG a voulu lever toute équivoque en indiquant que : « l'entrepreneur ne peut être en même temps immatriculé au Registre du commerce et du crédit mobilier. Il n'a pas le même statut que les personnes immatriculées au registre du commerce et du crédit mobilier ».

L'Acte uniforme est silencieux sur cette question, une interprétation extensive des dispositions de l'article 30, alinéa 5 nous amènerait à conclure que l'entrepreneur doit se conformer aux dispositions applicables à ses activités, en ce qui concerne l'accès à la profession et l'exercice de celle-ci. Ces circonstances, pourraient réduire l'attractivité du statut d'entrepreneur, car la diversité des formalités à accomplir est considérée comme une difficulté.

Le législateur OHADA devrait mettre un terme à la pratique des activités informelles, l'ambition de ce statut est grande. Cependant, certaines dispositions sont claires⁹⁹², d'autres sont toujours obscures et inachevées. Cette obscurité s'explique par l'application de la

⁹⁹² Les conditions d'acquisition de ladite qualité, les obligations comptables et quelques privilèges dont il donne droit ont fait l'objet d'une relative organisation par le législateur.

technique du « renvoi législatif », les concepteurs de ce statut ont préféré laisser une marge de manœuvre aux législateurs nationaux des Etats parties, tel le cas des dispositions attractives en matière financière, fiscal, social⁹⁹³, de privilèges autres que le bénéfice des dispositions relative à la preuve, la prescription, et au bail à usage professionnel.

Cette manière de procéder est de nature à susciter des interrogations dont la plus saillante est relative à la réelle attractivité de ce statut⁹⁹⁴. Dans quelques années, il ne serait pas étonnant de faire le constat d'une indifférence⁹⁹⁵ et d'un manque d'engouement des acteurs du secteur informel. Dans ce cas, « qui vivra verra » et on gagnerait à réfléchir au sujet de cette réforme « inachevée »⁹⁹⁶. Le renforcement de l'attractivité de la vie professionnelle de l'entrepreneur est impératif si l'on veut rendre ce statut effectif dans les pays de l'OHADA, le législateur doit apporter des solutions aux insuffisances de ce statut.

§ 2. Les solutions apportées aux insuffisances de l'activité professionnelle de l'entrepreneur.

Pour faire face aux difficultés rencontrées, l'activité professionnelle de l'entrepreneur requiert le renforcement de l'efficacité de son régime juridique (A) et l'instauration d'un régime fiscal incitatif pour l'entrepreneur (B).

A. Le renforcement de l'efficacité du régime juridique du statut d'entrepreneur

Les questionnements juridiques se multiplient, l'attractivité du statut d'entrepreneur et l'élargissement de son contenu a fortement contribué à la formalisation de l'informel. Cependant une fois l'objectif de formalisation atteint, il se pose le problème de la sécurisation juridique⁹⁹⁷, elle a pour rôle de garantir la sûreté par la qualité normative de la loi⁹⁹⁸, elle

⁹⁹³ Centre de droit économique, *op. cit.*, p.168.

⁹⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁹⁵ Cette indifférence sera très probablement aggravée par l'inertie des législateurs nationaux dans l'édiction des normes attendues.

⁹⁹⁶ Centre de droit économique, *op. cit.*, p.168.

⁹⁹⁷ La sécurité constitue un élément fondamental de la sûreté des personnes (article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 faisant de la sûreté un droit naturel et imprescriptible de l'homme).

⁹⁹⁸ Selon le conseil constitutionnel d'Etats français, dans son rapport public 2006, la sécurité juridique est garantie par la qualité de la loi qui doit être normative, par la prescription, l'interdiction, la sanction. (Conseil d'Etat, Rapport public 2006, sécurité juridique et complexité du droit, coll. « Etudes et documents. Conseil d'Etat », Paris, La Documentation française, 2006, En ligne, <http://www.conseil-état.fr/Décisions-Avis-Etudes/Sécurité-juridique-et-complexité-du-droit-Rapport-public-2006>, (consulté le 20 octobre 2015).

constitue un « principe général du droit » dotée de « plusieurs facettes »⁹⁹⁹, sa mission est de caractériser tout droit économique souhaitant se moderniser¹⁰⁰⁰.

En effet, lorsque la qualité d'entrepreneur est acquise, le professionnel est soumis à l'exercice d'activité en se conformant à de nombreuses obligations et profitant d'avantages prévus par les textes¹⁰⁰¹, il est soumis à un régime simplifié avec moins d'obligations.

Cependant, l'entrepreneur a plus d'obligations que le professionnel ordinaire, elles sont devenues une contrainte à son attractivité. Ces contraintes sont en contradiction avec les objectifs du législateur, l'énonciation illimitée des obligations de l'entrepreneur devrait être restreinte pour une application effective des dispositions. En effet, l'alinéa 7 de l'article 30 de l'AUDCG prévoit, outre les obligations comptables expressément définies, chaque Etat partie a le droit de créer des obligations professionnelles pour l'entrepreneur¹⁰⁰². Les contraintes professionnelles de l'entrepreneur sont variables d'un pays à l'autre¹⁰⁰³ et l'existence d'obligations professionnelles disparates dans les Etats. L'article 65 de l'AUDCG présente l'ensemble des privilèges dont bénéficie l'entrepreneur¹⁰⁰⁴. Ces avantages semblent nombreux, mais il y a plus de contraintes que de privilèges, d'où la nécessité de les atténuer, pour plus d'attractivité (1). De plus, on assiste à une présentation ambiguë des privilèges auxquels il faudrait apporter des solutions (2).

1. L'aménagement des obligations de l'entrepreneur

L'entrepreneur en tant que commerçant est soumis à de nombreuses obligations, parmi lesquelles celles comptables. Ces obligations sont prévues à l'Article 31 et 32 du nouvel Acte uniforme portant sur le droit commercial général. Cependant, en dépit des critères intermédiaires et attractifs qu'a voulu accorder le législateur au dit statut, il existe d'autres

⁹⁹⁹ Paul Gérard POUGOUE, « Les figures de la sécurité juridique, Leçon inaugurale », Inédit, UFD-Université de Yaoundé II, *RASJ, l'Harmattan*, 2004, p.7, cité par J. DIFFO TCHUNKAM « Actualité et perspective du droit OHADA des affaires après la réforme de l'Acte uniforme relatif au droit commercial Général du 15 décembre 2010 », *Afrilex*, 2012, n°16, p10.

¹⁰⁰⁰ Paraphrase du titre de l'article de Paul CASSIA, « La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes », *Recueil Dalloz*, 2006, p.1190-1193.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*

¹⁰⁰² Athanase FOKO, *op. cit.*, p.7.

¹⁰⁰³ C'est dans le même ordre d'idées que les inquiétudes exprimées par la doctrine à l'égard des infractions pénales par rapport au législateur OHADA, Spener YAWAGA, « Regard sur l'émergence d'un droit pénal des affaires en Afrique : le cas du droit pénal OHADA », les Mutations juridiques dans le système OHADA, *L'Harmattan*, p. 71. ; E. KANGAMBEGA, « Observations sur les aspects pénaux de l'OHADA », *Revue Penant*, 2000, pp.331 et svts.

¹⁰⁰⁴ Mouhamadou BOYE, *op. cit.*, p.87.

obligations à la charge de l'entrepreneur, elles relèvent de la compétence de chaque Etat partie.

Les obligations auxquelles sont soumises l'entrepreneur sont d'une relativité souple, l'article 13 de l'Acte uniforme « impose à tout commerçant, personne physique ou morale des livres de commerce conformément aux dispositions de l'Acte uniforme relatif à l'organisation et à l'harmonisation des comptabilités des entreprises AUOHC »¹⁰⁰⁵. Cet article contient en son alinéa premier, quatre types de livres comptables et autres supports dont la tenue est obligatoire : Le livre journal, le grand livre, la balance générale, et le livre inventaire, ils correspondent exactement au document général¹⁰⁰⁶.

Ces divers livres comptables et autres supports ne sont pas laissés à l'appréciation des intéressés¹⁰⁰⁷, pour éviter les fraudes, ces documents doivent être présentés de manière identique, quel que soit le débiteur de l'obligation¹⁰⁰⁸. L'article 20 de l'Acte uniforme relatif à l'organisation et à l'harmonisation des comptabilités des entreprises dispose qu'ils doivent être tenus sans blanc ni altération de toute sorte¹⁰⁰⁹. L'ancien Acte uniforme portant sur le droit commercial général avait introduit en son article 14, des exigences applicables au livre-journal et au livre inventaire. Cependant, il devient obligatoire que celles-ci fassent l'objet de paraphe par le président de la juridiction compétente, ou par le juge délégué à cet effet¹⁰¹⁰.

Le législateur OHADA peut apporter des solutions, afin de relancer l'efficacité de ce statut, car en dépit du mutisme du nouvel Acte uniforme à ce propos, il est d'avis qu'il soit toujours obligatoire que les livres de commerce soient tenus par support manuel, contrairement au support informatique nouvellement introduit dans la dernière législation, et dont la présence aurait pu nous faire perdre de vue que beaucoup de commerçants¹⁰¹¹ font toujours usage de

¹⁰⁰⁵ Oumar SAMBE, Mamadou Ibra DIALLO, *Le praticien, comptable, système comptable OHADA, Syscohada*, 2018, p.737-783.

¹⁰⁰⁶ Voir celui entré en vigueur le premier janvier 1998.

¹⁰⁰⁷ Centre de droit économique, *op.cit.*, p.155.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁰⁹ Faisant en quelque sorte double emploi avec ce texte, l'article 14 in fine de l'ancien Acte uniforme portant droit commercial général disait exactement la même chose pour le livre journal et le livre d'inventaire.

¹⁰¹⁰ En droit français, l'idée est pareil que celle qui prévalait en Droit OHADA. Mais les modalités de tenue s'en éloignent considérablement. En effet, l'article 1^{er} alinéa 2 du Décret n°83-1020 du 29 novembre 1983 pris en application de la loi n°83-353 du 30 avril 1983 relative aux obligations comptables des commerçants et de certaines sociétés dispose : « Le livre-journal et le livre d'inventaire sont cotés et paraphés, dans la forme ordinaire et sans frais, par le greffier du tribunal de commerce, ou le cas échéant, du tribunal de grande instance statuant en matière commerciale, au registre duquel le commerçant est immatriculé. Chaque livre reçoit un numéro d'identification répertorié par le greffier sur un registre spécial.

¹⁰¹¹ C'est le cas de zone urbaine pour de nombreux commerçants dépourvus d'outils informatique et en électrique, ne pensent pas à l'acquisition d'ordinateurs à des fins professionnelles.

l'ancienne technique. Les livres doivent demeurer côtés et paraphés par le président de la juridiction compétente ou le juge délégué à cet effet¹⁰¹².

De plus, il est possible de s'interroger sur le lien étroit entre les obligations comptables de l'entrepreneur et l'ancien AUDCG¹⁰¹³. Le livre qu'il a l'obligation d'établir au quotidien doit-il être signé auparavant par une autorité supérieure ? Les dispositions 31 et 32 du nouvel AUDCG traitant des obligations comptables de l'entrepreneur ne traite pas cette question. En effet, la plupart des entrepreneurs sont des professionnels du secteur informel, la prudence du législateur dans la détermination de leurs obligations est compréhensible.

Les futurs entrepreneurs devraient mieux crédibiliser les documents comptables tenus dans l'exercice leur profession, les faire coter et parapher spontanément et au préalable par les autorités compétentes. Cette formalité pourrait être un avantage dans le cadre de la revendication d'un droit ou de la contestation d'un engagement.

Cette solution aurait pu être proposée par le législateur afin de renforcer la sécurité juridique de ce statut à l'endroit des professionnels intermédiaires, en principe préparés à devenir à terme des agriculteurs, commerçants ou artisans de carrière¹⁰¹⁴. Il y aurait pu d'ailleurs avoir une suite logique avec l'option des rédacteurs du nouvel Acte uniforme d'ouvrir sans restriction le statut d'entrepreneur à d'autres catégories d'obligations. L'entrepreneur peut, outre les obligations comptables prévues dans chaque pays, aménager ses obligations professionnelles.

L'ouverture sans limite à d'autres obligations est devenue une contrainte plutôt qu'une facilité pour l'entrepreneur. L'essentiel est que ces obligations soient déterminées dans l'optique d'inciter le maximum de professionnels à adhérer à ce statut. Cette mesure est valable en matière d'imposition fiscale, d'assujettissement aux charges sociales ou d'autres obligations.

Par exemple, au Cameroun, lorsqu'une personne souhaite constituer une entreprise individuelle, elle n'est pas obligée de solliciter un notaire, ni de procéder à un enregistrement de son capital.

¹⁰¹² Centre de droit économique, *op. cit.*, p.156.

¹⁰¹³ *Ibid.*, p.157.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, p.158.

Cette analyse a permis de constater que les formalités auxquelles sont soumises l'entrepreneur sont nombreuses et complexes eu égard à celles requises en matière d'entreprise sociétaire¹⁰¹⁵. Ce sont des formalités administratives, juridiques, fiscales et sociales destinées à s'appliquer dans l'acquisition de la qualité d'entrepreneur¹⁰¹⁶. Les rédacteurs du nouvel Acte uniforme portant droit commercial général l'ont autorisé, ils se sont contentés de le recommander à chaque Etat partie, les aménagements peuvent être fixés au titre des mesures incitatives¹⁰¹⁷.

Il ne s'agit pas d'un abandon définitif, une large marge de manœuvre est laissée aux pays membres. Toutefois, il est possible d'aboutir à une situation présentant des inconvénients ; tels la présence d'Etats disposant de plus d'obligations professionnelles que d'autres ; et surtout l'existence de contraintes professionnelles de l'entrepreneur variant selon les pays¹⁰¹⁸. Par exemple, un Etat dans lequel la majeure partie de la population est favorable à

¹⁰¹⁵ La création de société requiert au moins deux associés, personnes physiques ou morales. Les associés étant tous commerçants, doivent être capables d'exercer l'activité commerciale. Ainsi, un mineur ne peut acquérir la qualité d'associé dans une société en nom collectif que s'il est émancipé. De même, deux époux ne peuvent simultanément être associés dans une SNC ; l'objet social, C'est-à-dire la nature de l'exploitation, le genre d'activité qu'elle se propose d'exercer doit être licite. Il en est pareillement de la cause, c'est-à-dire la raison pour laquelle deux ou plusieurs personnes s'associent.

Lorsque de celui-ci n'est pas en conformité au droit, la société est nulle. Au plan des formalités de constitution, elles sont relativement simples. La mise en œuvre régulière d'une structure nécessite la rédaction d'un écrit authentique (acte notarié). Les statuts de la société doivent comporter des précisions afférentes notamment à la forme sociale, au mode de fonctionnement, aux droits et obligations des associés, à la durée de vie (au maximum 99 ans renouvelables). Dans l'optique de permettre aux tiers d'avoir connaissance de l'existence de la société, il faut : faire immatriculer la société au registre du commerce et du crédit mobilier. Cette formalité suppose le dépôt d'un exemplaire du statut au greffe du tribunal de première instance du lieu du siège social, formalité que débouche sur l'attribution d'un numéro d'immatriculation ; obtenir un numéro de contribuable auprès des services de finances compétents ; ouvrir un compte bancaire pour la société, de même qu'une référence postale ; insérer un extrait de statut dans un journal d'annonces légales. La SA quant à elle doit avoir un capital minimum de 10 000 FCFA. Ce capital est divisé en actions dont le montant nominal ne peut être inférieur à 10 000 FCFA. Deux procédés existent : L'un est relatif à la mise en place de la société sans apport en nature et/ou stipulation d'avantages particuliers ; l'autre portant sur la constitution avec apport stipulation d'avantages particuliers ; l'autre portant sur la constitution avec apport en nature /ou stipulation d'avantages particuliers dans le premier cas, il faut établir des bulletins de souscription, accomplir certaines formalités d'avantages particuliers dans le premier cas, il faut mettre en place des bulletins de souscription, accomplir certaines formalités près du notaire et élaborer des statuts. Dans la seconde hypothèse, il y a obligatoirement une intervention du commissaire aux apports et tenue d'une assemblée générale constitutive. A l'issue de cette assemblée, les statuts sont rédigés et les autres formalités de constitution accomplies en vue de fonctionnement effectif de la société. Enfin, dans les SARL, le capital social doit être d'au moins 1 000 000 de FCFA. Ce capital est divisé en parts sociales égales dont la valeur nominale ne peut être inférieure à 5000 FCFA. Les statuts doivent nécessairement contenir l'évaluation de chaque apport en nature et des avantages particuliers s'il en existe. De façon générale, les formalités de constitution sont les mêmes, que celles précitées.

¹⁰¹⁶ Centre de droit économique, *op. cit.*, p.159.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*

¹⁰¹⁸ Ceci peut devenir inquiétant, en effet des idées ont été émises par la doctrine à propos de ce texte du législateur OHADA à l'égard des infractions pénales. Elisabeth KANGAMBEGA, *op. cit.*, p.331 et S. ; Jules FOMCHIBOU MBANCHOUT, « De quelques réflexions sur la codification pénale communautaire du législateur de l'OHADA », *Presse universitaire Africaine*, 2006, p.63 ; Athanase FOKO, « Le droit OHADA et les droits nationaux des Etats parties : Une complémentarité vieille de plus d'une décennie », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2008, n°4, p.484 et suivant ; Spener YAWAGA, *op. cit.*, p.76 et suivant.

l'allégement des contraintes du statut d'entrepreneur pourrait plus facilement mettre en place des dispositions applicables en son sein et éventuellement prévoir des sanctions financières sans se soumettre à l'obligation de suivre la procédure prévue par l'Acte uniforme OHADA¹⁰¹⁹.

Cette option peut conduire à une multiplication des textes, et par conséquent à leur mauvaise application¹⁰²⁰. L'effectivité du statut d'entrepreneur peut être mise en cause dans beaucoup d'Etats de l'OHADA, à cause des programmes de mise en œuvre souverainement et arbitrairement décidés par ces pays. Dans le cadre d'un régime dont l'objectif est d'être attractif, il aurait fallu mettre en avant son caractère indicatif. Le doute sur l'étendue des privilèges est généralement une cause d'insécurité pour le statut d'entrepreneur, les insuffisances dépassent le cadre formel de la présentation pour toucher le contenu de l'article 65¹⁰²¹. Les dispositions se contentant de renvoyer aux dispositions relatives à la preuve¹⁰²², à la prescription¹⁰²³, et au bail commercial ne sont pas rassurantes, elles laissent des questions en suspens. Ces dispositions auraient gagné en lisibilité mises ensemble afin de créer un cadre juridique et fiscal cohérent avec les autres statuts juridiques existant auparavant¹⁰²⁴.

¹⁰¹⁹Il est important de comprendre que dans le cadre de cette procédure, quatre instances y jouent des rôles essentiels, le secrétaire permanent prépare, finalise les projets et ont le droit de solliciter les observations des organismes consultatifs nationaux tels le conseil économique et social, la commission nationale consultative de travail, ainsi que la commission nationale de santé et de sécurité au travail notamment ; la Cour commune de justice et d'arbitrage donne son avis ; le conseil des ministres délibère et adopte à l'unanimité des représentants des Etats parties présents et votant, conformité aux modalités légales.

¹⁰²⁰A cela, il faut ajouter d'autres inconvénients : « trop de textes », « peu de bon droit », a relevé par ailleurs un auteur. Les défaillances de la « sur-réglementation » sont nombreuses selon lui, Il a souligné notamment que : les rédactions font très souvent défaut en raison de leur source ; beaucoup de textes correspondent en réalité à des modifications limitées de textes existants, ce qui rend très souvent la lecture du Journal officiel incompréhensible en l'absence de texte consolidé ; en effet actuellement trop de projets de lois ont un objet (d'aucuns diraient un périmètre commandé par le créneau parlementaire disponible au sein de l'ordre du jour des assemblées, d'où le caractère parfois curieusement limité de certains textes ; beaucoup de texte élaborés par de bons connaisseurs d'un secteur d'activité qui n'ont toutefois pas reçu la formation juridique. La construction logique de texte élaboré et la limpidité de la rédaction peuvent évidemment s'en ressentir ». M. MOREAU « sur un droit obèse », *Revue juridique commerciale*, 2006, n°4, p.271.

¹⁰²¹*Ibid.*

¹⁰²² En matière de preuve, l'article 5 a été prévu pour le commerçant, ce qui n'est pas aisément transposable à l'entrepreneur. D'autant plus que les documents susceptibles d'être utilisés sont ceux du commerçant. La clarté et l'efficacité auraient justifié de souligner dans un alinéa supplémentaire que l'entrepreneur peut faire usage des mêmes moyens en utilisant ses propres documents.

¹⁰²³ En matière de prescription, du point de vue formel, l'analyse du régime nécessite la consultation des articles 17 à 29 puis 33. Un va-et-vient dont on aurait pu faire l'économie. La rédaction du régime de la prescription est équivoque. En effet, d'un côté l'article 33 dispose que les obligations visées se prescrivent par 5 ans sauf si elles sont soumises à des prescriptions plus courtes. D'un autre côté, l'article 19 souligne que la durée de la prescription peut être abrégée ou allégée sur un accord des parties alors que l'article 29 précise qu'elle ne peut être réduite à moins d'un an, ni étendue à plus de dix ans.

¹⁰²⁴ Mouhamadou BOYE, *op.cit.*, p.87.

Chaque législateur national est autorisé à instituer des sanctions applicables aux incriminations organisés par les textes OHADA, il est apparu au bilan que celui-ci a plutôt brillé par un regrettable « état pathologique », « un immobilisme », un « conservatisme » ou « une résistance »¹⁰²⁵ qui a empêché l'avancement véritable des choses¹⁰²⁶.

Il serait opportun que le législateur OHADA élargisse le domaine d'intervention par la mise en place de quelques obligations supplémentaires à respecter par tous les entrepreneurs. Il en est de même en matière de privilèges accordés à l'entrepreneur qui jusque-là sont présentés avec peu de conviction¹⁰²⁷.

2. L'aménagement du régime juridique des avantages de l'entrepreneur

Les rédacteurs du nouvel acte uniforme portant droit commercial général ont consacré une seule disposition, à la présentation générale des privilèges dont bénéficie l'entrepreneur¹⁰²⁸. Ce texte lui confère la latitude de bénéficier des avantages :

- De l'article 5 de l'Acte uniforme relatif à la preuve ;
- Des articles 17 à 19 et 33 du même Acte uniforme, relatifs à la prescription ;
- Et des articles 101 à 134 relatifs au bail à usage professionnel ;

La clarté de cet article est indiscutable dans le sens où il énonce les avantages de tout professionnel entrepreneur. Cependant, l'obscurité se ressent lorsque l'on le prend en compte sous un aspect général ou par rapport à chaque privilège énuméré¹⁰²⁹.

Les lacunes observées sont nombreuses, les mentions utilisées par les rédacteurs de ce nouvel Acte uniforme ont montré de manière évidente que l'énumération est complète. En effet, ceci est lié au manque d'usage du traditionnel adverbe « notamment », il s'agit d'un terme équivalent qui souligne habituellement le caractère indicatif de l'énumération¹⁰³⁰.

¹⁰²⁵Seuls africaine : le premier à travers la loi n°98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique ; le deuxième par le biais de la loi n°2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA.

¹⁰²⁶ Centre de droit économique, *op. cit.*, p.160.

¹⁰²⁷*Ibid.*

¹⁰²⁸Art. 65 de l'AUDCG.

¹⁰²⁹*Ibid.*

¹⁰³⁰*Id Ibid.*

Ce procédé est regrettable pour un statut qui se veut particulièrement attractif. En effet, il serait intéressant de s'interroger sur la latitude de permettre à l'entrepreneur de bénéficier des avantages non prévus par cette disposition ? Par exemple on pourrait suggérer d'offrir l'opportunité à un entrepreneur de bénéficier des avantages de la possibilité d'ouverture à son encontre d'une procédure collective d'apurement du passif¹⁰³¹, ou d'autres avantages prévus en droit de l'OHADA ?¹⁰³²

En effet, dans l'hypothèse où l'on s'en tient à l'article 65 tel qu'il est formulé, la réponse est négative¹⁰³³. Cependant, cette opportunité pourrait être admise aux entrepreneurs-commerçants, le critère serait la commercialité¹⁰³⁴.

La seconde limite de cette énumération faite à l'article 65 de l'Acte uniforme est que dans cette disposition qui voudrait assurer une meilleure attractivité de l'entrepreneur, il y a un mélange à déplorer entre avantages et obligations, en raison de leur relativité à la formalité de déclaration¹⁰³⁵.

Un texte entier a été consacré aux obligations comptables¹⁰³⁶, le législateur devrait continuer dans cette même lancée en procédant à la réservation d'un article exclusif à un type donné de privilèges ou avantages pour l'entrepreneur. La méthode utilisée par le législateur OHADA est à l'origine des lacunes que comporte chaque privilège.

A l'article 65 de l'Acte uniforme le législateur OHADA a opté pour une démarche purement économique, il n'a pas effectué de développements, ce qui du reste était souhaitable pour des soucis de clarté et de compréhension, il s'est contenté de dire que l'entrepreneur est

¹⁰³¹ Les procédures collectives d'apurement du passif ont un caractère ambivalent. Elles se présentent en même temps contraignantes et avantageuses. Le premier élément est lié au fait qu'elles ont la possibilité d'être mises en œuvre sans ou contre l'avis du débiteur et donner par exemple lieu à la liquidation de ses biens. Le second élément est fondé sur le fait qu'une telle procédure peut être sollicitée par l'assujetti lui-même, aux fins de lui faciliter l'obtention de répit dans l'optique de donner suite à ses nombreux engagements, ou d'aboutir au redressement d'une entreprise. Pour cela il faut voir le texte de l'article 2 de l'Acte uniforme du 10 Avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹⁰³² Centre de droit économique, *op. cit.*, p.161.

¹⁰³³ *Ibid.*

¹⁰³⁴ La règle en matière de personnes physiques est que seules celles ayant la qualité de commerçants sont susceptibles d'être assujetties aux procédures collectives d'apurement du passif OHADA. Il en est de même de la procédure de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens.

¹⁰³⁵ Centre de droit économique, *op. cit.*, p.161.

¹⁰³⁶ L'article 31 de l'AUDCG.

susceptible de bénéficier d'un régime applicable à la preuve, à la prescription et au bail à usage professionnel¹⁰³⁷.

En matière de preuve, un renvoi est effectué à l'article 5 de l'Acte uniforme, dans lequel « des actes de commerces se prouvent par tous moyens même par voie électronique à l'égard des commerçants.

En effet, tout commencement de preuve par écrit autorise le commerçant à prouver par tous moyens contre un non-commerçant.

Les livres de commerce tenus en application des dispositions du présent Acte uniforme sont admis par le juge pour constituer une preuve dans les conditions prévues ci-dessus.

Les livres de commerce et les Etats financiers de synthèse constituent des moyens de preuve.

Dans le cours d'une contestation, la représentation des livres de commerce et des états financiers de synthèse peut être ordonnée par le juge, même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le litige ».

Le renvoi à cette disposition signifie que : contre un débiteur entreprenant, le non entreprenant peut recourir à tous les moyens de preuve à sa disposition. Mais l'entreprenant souhaitant prouver contre un débiteur non entreprenant doit se soumettre aux dispositions du droit civil. Ceci est lié au fait qu'à la différence de la partie non entreprenante, supposée être à partie faible, la partie entreprenante n'a pas besoin d'une protection spéciale en matière de preuve.

La procédure retenue par le législateur OHADA pose quelques difficultés, car l'article 5 du nouvel AUDCG a été conçu pour le commerçant¹⁰³⁸. Cette dénomination est utilisée, ce qui n'est pas facilement transmissible à l'entreprenant¹⁰³⁹.

Par exemple il faudrait prendre en compte les exceptions à la preuve écrite du droit civil, tel la doctrine¹⁰⁴⁰ et la jurisprudence¹⁰⁴¹, le prônent à l'égard du commerçant¹⁰⁴² ?

¹⁰³⁷ *Ibid.*

¹⁰³⁸ Centre droit économique, *op. cit.*, p.162.

¹⁰³⁹ Dans certains cas, le texte exige que les actes réalisés en matière commerciale soient écrits, c'est le cas : De la vente d'un fonds de commerce ; du statut des sociétés commerciales ; des actes relatifs aux transports maritimes ; de la lettre de voiture : lettre adressée par un expéditeur à un destinataire par l'intermédiaire d'un transporteur pour annoncer l'envoi des marchandises et l'informer des conditions de transport. Comment faire une transposition de ces exceptions à propos du statut juridique des entrepreneurs ?

Les documents du commerçant peuvent servir de moyen de preuve. Le souci de clarté et d'efficacité devrait consister à ajouter un alinéa de plus, afin de permettre à l'entrepreneur de faire usage des mêmes moyens, en utilisant ses propres documents en matière de preuve.

L'un des principaux objectifs de l'AUDCG est la vulgarisation du statut d'entrepreneur, mais la question est de savoir comment a-t-on pu faire autrement que de donner une telle précision au niveau de l'article 5 lui-même¹⁰⁴³?

Pour ne pas exagérer dans l'interprétation, on peut croire qu'au moment de la rédaction de ce texte, le statut d'entrepreneur était inexistant, ou ne figurait pas dans les esprits des rédacteurs de l'Acte uniforme.

On s'interroge sur la nature des dispositions transposables en l'état aux situations impliquant les entrepreneurs. La réponse à cette question peut s'avérer complexe, en raison de deux motifs :

L'un est lié au fait que l'entrepreneur est différent du commerçant, l'entrepreneur est soit un agriculteur, un artisan, ou un commerçant. Par exemple lorsque survient un différend, le choix de la juridiction compétente est autorisé au commerçant dans les litiges professionnels, mais interdit à l'activité agricole et artisanale. Ce sont des exploitants des activités civiles, ils ont par conséquent cette qualité et devrait être soumis aux tribunaux civils.

La deuxième raison est liée au caractère intermédiaire du statut d'entrepreneur, il doit après deux années consécutives lorsque son chiffre d'affaires excède les limites autorisées pour son activité par le pays membre en question sur le territoire duquel il exerce cette profession, dépasser ce statut pour intégrer celui propre à son champ d'activité.

En effet, il est difficile de comprendre comment pendant la phase d'apprentissage, les litiges professionnels dans lesquels, se trouvent impliqués l'entrepreneur peuvent être gouvernés par des dispositions différentes de celles appelées à connaître application après son émancipation ouvrant la voie au plein exercice de l'activité¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴⁰ Monique NJANDEU MOUTIEU, Commentaire sous, CCJA, arrêt n°053/2005 du 15 décembre 2005, Société Côte d'Ivoire céréales c/ Société *shany consulting*, in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, L'Harmattan, 2010, p.73.

¹⁰⁴¹ Cass. Com., 12 Oct. 1982, Bull. cass., 1982, 4, n°312; RDC, 1984, p.324, obs. HEMARD et BOULOC.

¹⁰⁴² Centre de droit économique, *op. cit.*, p.163.

¹⁰⁴³ *Ibid.*

¹⁰⁴⁴ Centre de droit économique, *op. cit.*, p.164.

La jurisprudence devrait y apporter des solutions, la meilleure serait de procéder au choix de la juridiction compétente, car les dispositions afférentes à la preuve sont pratiquement identiques, ce que semble corroborer aussi celles relatives à la prescription¹⁰⁴⁵.

« Les obligations nées à l'occasion de leurs activités entre entrepreneurs, ou entre entrepreneurs et non entrepreneurs se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions courtes. Cette prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte »¹⁰⁴⁶. La prescription courte a bénéficié d'une explication dans le domaine commercial : La sécurité et la rapidité des transactions dans ce domaine s'accommodent mal de la nécessité de faire peser indéfiniment la menace de poursuite judiciaire sur les débiteurs¹⁰⁴⁷. La même explication serait requise pour la justifier à propos des actes professionnels de l'entrepreneur¹⁰⁴⁸.

La prescription est régie par les articles 17 à 29, elle est élaborée en harmonie avec les textes modernes, particulièrement la loi du 27 juin 2008 sur la prescription¹⁰⁴⁹.

Cependant, l'émission de réserves est possible à propos du traitement de cette institution par le législateur OHADA. Tout d'abord, elle requiert d'énorme effort que l'on aurait pu éviter par l'analyse des articles 33 et des articles 17 à 29 de l'Acte uniforme. L'analyse du régime de la prescription est difficile à faire avec la rédaction en vigueur, elle requiert une maîtrise parfaite de la durée de la prescription. Une analyse de l'article 33 et des articles 17 à 29 de l'Acte uniforme permettrait de comprendre le régime de la prescription¹⁰⁵⁰.

Les obligations visées se prescrivent par 5 ans sans qu'elles ne soient soumises à des prescriptions plus courtes¹⁰⁵¹. Si l'on s'en tient à cette orientation, on peut en déduire que le délai de prescription est normalement de 5 ans, toute dérogation ne pouvant consister qu'à l'abrèger¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*

¹⁰⁴⁶ Cette écriture est destinée à permettre de mieux comprendre le texte.

¹⁰⁴⁷ Boris MARTOR et autres, *Le droit uniforme africain des affaires issues de l'OHADA*, Litec, 2004, p.38.

¹⁰⁴⁸ Centre de droit économique, *op. cit.*, p.165.

¹⁰⁴⁹ F-X LICARI., « Aspect fondamentaux du nouveau droit de la prescription : réflexions théoriques et pratiques sur les choix opérés par la loi du 17 juin 2008 », *RLDA* 2009/42, n° 2251, pp. 84-88.

¹⁰⁵⁰ Centre de droit économique, *op. cit.*, p.165.

¹⁰⁵¹ Article 33 de l'AUDCG..

¹⁰⁵² *Ibid.*

L'Acte uniforme indique que la durée de la prescription peut être abrégée ou allongée sur accord des parties¹⁰⁵³. Cette durée ne peut être réduite à moins d'un an, ni étendue à plus de 10 ans.

Le droit OHADA aurait dû faire simple en fondant et en regroupant l'ensemble des dispositions afférentes à la prescription dans un même espace, par le biais d'une précision des dispositions applicables aux commerçants et entrepreneurs¹⁰⁵⁴.

La rédaction des textes qui traitent du bail à usage professionnel est également critiquable. Le libellé de l'article 65 de l'AUDCG prévoit que l'entrepreneur est titulaire des avantages des dispositions 101 à 134 traitant du bail à usage professionnel. L'article 104 du nouvel AUDCG exprime clairement que « Les parties fixent la durée des baux. A défaut d'écrit ou de terme fixé, le bail est réputé conclu pour une durée déterminée », c'est une application constante exigée par les juges¹⁰⁵⁵.

La matière des baux commerciaux est d'ordre public¹⁰⁵⁶, d'où l'exclusion du recours à l'arbitrage. De plus, elle garde un caractère exceptionnel en matière de fixation de loyer pendant la conclusion du bail. Les parties ne subissent aucune contrainte relative au loyer initial, car sa fixation résulte du jeu de l'offre et de la demande. L'AUDCG n'exige pas maximum, à l'exception de ce qui ressort du droit commun étant les prix réel et sérieux. De plus, les bailleurs demandent rarement le pas-de-porte¹⁰⁵⁷, l'usage de verser un pas de porte est en voie de disparition.

Le principe de la liberté contractuelle applicable facilite aux parties la fixation d'un loyer adapté à l'état de l'immeuble loué ou en mettant sur pied des mesures de révision qui leur sont convenables. Cependant, cette liberté n'autorise pas la conclusion d'un bail perpétuel, il est contraire à la prescription de l'article 1709 du code civil¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵³ Article 9 de l'AUDCG.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵⁵ Tribunal régional hors classe de Gagnoa, jugement, n°01 du 18/06/2001, affaire F.Y. /La COOPEC de Guiberoua, *JurisOhada*, n°1/2005, Janv. mars, 2005, p.48, *Ohadata J-05-19*.

¹⁰⁵⁶ Nouvel article 134 de l'AUDCG : Sont d'ordre public les dispositions des articles 69, 70, 71, 75, 78, 79, 85, 91, 92, 93, 94, 98, et 101 de l'Acte ; Cour d'appel de Dakar, arrêt, n°144 du 3 octobre 2002, *Ohadata com /Ohadata J-05-59*.

¹⁰⁵⁷ Le pas de pas de porte est une somme que le d'argent que le commerçant, remet au bailleur avant de s'installer sur les lieux. Cette somme représente un supplément de loyer, mais dans le cadre de la vente d'un fonds de commerce, elle peut être assimilée à un versement en contrepartie de certains avantages commerciaux pour compenser la dépréciation de la valeur vénale des locaux.

¹⁰⁵⁸ La jouissance d'une chose doit être accordée pour un certain temps.

Le régime du bail à usage professionnel est avantageux, mais sa présentation est à améliorer¹⁰⁵⁹. L'article 101 de l'Acte uniforme traitant du périmètre *in personam* des bénéficiaires du bail à usage professionnel parle des commerçants, des industriels, des artisans ou de tout autre professionnel, mais ne fait pas expressément allusion aux entrepreneurs même si, ceux-ci entrent dans la catégorie des « autres professionnels »¹⁰⁶⁰. Cependant, la lecture de ce texte par une personne non avisée ne peut conduire à cette conclusion.

La méthode à choisir devrait être celle de l'énumération, elle permettrait de lister de façon plus explicite l'entrepreneur parmi les professionnels susceptibles de bénéficier du régime mis en place. L'article 101 de l'AUDCG avait subi des modifications parmi lesquelles, la suppression du critère territorial¹⁰⁶¹.

Le bilan de l'analyse du statut d'entrepreneur révèle une indifférence¹⁰⁶² et un manque d'engouement des acteurs du secteur informel à son endroit¹⁰⁶³, mais dans tous les cas « qui vivra verra »¹⁰⁶⁴ et on gagnerait à anticiper une réflexion profonde sur les difficultés de cette réforme. La création d'un nouveau cadre juridique et fiscal attractif du statut d'entrepreneur requiert l'édiction de mesures incitatives¹⁰⁶⁵.

B. La nécessité d'un régime fiscal incitatif pour l'entrepreneur

La création d'un cadre fiscal attractif est devenue un impératif d'ordre économique pour le statut d'entrepreneur. Les Etats membres de l'OHADA peuvent librement prendre des mesures en matière d'imposition fiscale et d'assujettissement aux charges sociales. L'entrepreneur individuel et l'entrepreneur sont soumis à l'impôt sur le revenu, mais il faut une législation fiscale adaptée au statut de l'entrepreneur (1), à travers la mise en place d'incitation fiscale (2).

¹⁰⁵⁹ Centre de droit économique, *op.cit.*, p.167.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*

¹⁰⁶¹ Contrairement à la formulation antérieure, le régime du bail à usage professionnel n'est plus applicable exclusivement « dans les villes de plus cinq mille habitants, à tous les baux portant sur des immeubles rentrant dans les catégories visées ».

¹⁰⁶² Contrairement à la formulation antérieure, le régime du bail à usage professionnel n'est plus applicable exclusivement « dans les villes de plus de cinq mille habitants, à tous les baux portant sur des immeubles rentrant dans les catégories visées ».

¹⁰⁶³ Centre de droit économique, *op. cit.*, p.168.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*

¹⁰⁶⁵ Mouhamadou BOYE, *op. cit.*, p.83.

1. La mise en place de mesures fiscales adaptées au statut de l'entrepreneur.

L'acte uniforme prévoit pour chaque Etat partie l'adoption de mesures incitatives pour l'activité de l'entrepreneur, en matière d'imposition fiscale et d'assujettissement aux charges sociales¹⁰⁶⁶. Certains Etats, tel le Burkina Faso et la Côte d'Ivoire ont déjà des mesures adaptées au statut d'entrepreneur¹⁰⁶⁷.

Le Burkina Faso a mis en place un régime fiscal spécifique au secteur informel, l'article 371 du code des impôts burkinabé assujettit au régime du secteur informel les personnes physiques qui réalisent un chiffre d'affaires ; soit inférieur à 30 millions de FCFA lorsqu'elles font des livraisons de biens, de ventes à consommer sur place, des fournitures de logement, des travaux immobiliers et travaux publics, pour les planteurs éleveurs et pêcheurs ; soit inférieur à 15 millions s'il s'agit d'autres opérations ou d'opérations mixtes¹⁰⁶⁸.

L'option est ouverte aux contribuables de dépendre d'un régime supérieur, les contribuables relevant de ce régime sont redevables de la contribution du secteur informel (CSI) : C'est un impôt synthétique¹⁰⁶⁹ et forfaitaire.

L'impôt synthétique ivoirien s'applique aux personnes physiques dont le commerce principal est de vendre des marchandises, objets, fournitures et denrées à emporter ou à consommer sur place ou de fournir le logement, les exploitants agricoles, planteurs et éleveurs, lorsque leur chiffre d'affaires annuel, toutes taxes incluses, ne dépasse pas 50 millions de francs, et celles exerçant d'autres activités¹⁰⁷⁰ lorsque leur chiffre d'affaires annuel, toutes taxes incluses, ne dépasse pas 25 millions de francs¹⁰⁷¹.

Ces formes d'impositions correspondent à des moyens fiscaux attractifs que l'on pourrait appliquer aux autres Etats, elles sont appréciées des acteurs de l'informel car le montant l'impôt est faible. Ce genre d'impôt est adapté aux acteurs de l'informel, il permet une meilleure intégration du statut d'entrepreneur. La baisse du montant des frais fiscaux est

¹⁰⁶⁶ Article 30 al.7 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général.

¹⁰⁶⁷ Mouhamadou BOYE, *op.cit.*, p.76.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*

¹⁰⁶⁹ Il regroupe ; impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux (BIC), impôt minimum forfaitaire sur les professions industrielles et commerciales (IMF-PIC), taxe patronale et d'apprentissage (TPA), patente, taxe sur la valeur ajoutée (TVA) et licence.

¹⁰⁷⁰ Prestations de services imposables à l'impôt BIC.

¹⁰⁷¹ Mouhamadou BOYE, *op.cit.*, p.76.

importante pour les acteurs du secteur informel, en raison des moyens peu élevés à leur disposition pour mener à bien leurs activités.

De plus, il existe des mesures simplifiées par rapport aux formalités permettant le démarrage de l'activité de manière légale. Les contraintes fiscales devraient être réduites pour faciliter l'accès au statut d'entrepreneur, car leur augmentation risque de dissuader les acteurs de l'informel. Les Etats devraient s'inspirer les uns des autres des mesures fiscales incitatives adaptées au statut d'entrepreneur, elles garantissent l'efficacité du statut d'entrepreneur.

2. La nécessité d'adopter des incitations fiscales pour l'entrepreneur

Au Sénégal, le législateur a mis en place un régime fiscal spécifique aux acteurs du secteur informel. L'article 135 du code général des impôts soumet à la contribution globale unique les personnes physiques dont le chiffre d'affaire annuel, tous droits et taxes compris, ne dépasse pas 50 millions de francs lorsqu'elles effectuent des opérations de livraisons de biens ou des prestations de services¹⁰⁷². La CGU correspond à un impôt synthétique dans la mesure où elle regroupe six impôts¹⁰⁷³, elle est désormais soumise au droit progressif¹⁰⁷⁴. On peut penser que ce changement n'est pas productif dans la mesure où l'impôt forfaitaire à la faveur des acteurs économiques est beaucoup plus prévisible¹⁰⁷⁵, mais l'abandon de l'impôt forfaitaire par le législateur sénégalais a fortement contribué à la diminution de l'attractivité du dispositif fiscal en faveur des acteurs de l'informel¹⁰⁷⁶.

Le domaine des opérations de livraison de biens ou de prestations de service de la CGU est plus restrictif que celui de l'entrepreneur¹⁰⁷⁷, d'où leur exclusion du champ d'application de la contribution globale unique. Le Sénégal devrait de réviser la CGU, afin de la rendre entièrement applicable au statut d'entrepreneur par l'extension de son application à l'ensemble des acteurs économiques évoluant dans le secteur informel. Le champ d'application de cet impôt est restrictif et risque d'écartier un bon nombre d'acteur de l'informel souhaitant rejoindre le statut d'entrepreneur.

¹⁰⁷² Mouhamadou BOYE, *op.cit.*, p.76.

¹⁰⁷³ La contribution globale unique est un impôt synthétique, regroupant aussi : l'impôt sur le revenu assis sur les bénéfices industriels et commerciaux, l'impôt du minimum fiscal, la contribution des patentes, la contribution des licences, la taxe sur la valeur ajoutée, la contribution forfaitaire à la charge des employeurs.

¹⁰⁷⁴ Un nouveau code général des impôts est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013. L'ancien code prévoyait un régime forfaitaire d'imposition pour la GGU.

¹⁰⁷⁵ Mouhamadou BOYE, *op. cit.*, p.77.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷⁷ C'est un entrepreneur pratiquant une activité commerciale, industrielle, artisanale etc.

Les techniques d'incitations fiscales varient selon de la politique fiscale menée par l'Etat, ils peuvent soit opter pour des exonérations temporaires sur une période déterminée, soit des taux d'imposition préférentiels. L'exonération à la TVA et la contribution financière des entreprises est possible¹⁰⁷⁸, mais l'imposition forfaitaire et synthétique est plus adaptée au statut d'entrepreneur, elle permet au contribuable de rassembler plusieurs impôts en un et de se libérer en un seul paiement.

Le droit OHADA veut promouvoir l'esprit de l'entrepreneuriat, il allège les obligations à la charge de l'entrepreneur. Un texte sur l'entrepreneuriat est en cours d'adoption au Parlement de la République démocratique du Congo, il permettrait à l'entrepreneur de jouir d'une immunité de saisie sur l'immeuble lui servant de logement. Ce droit se trouve en contrepartie assorti d'un pouvoir temporaire de bénéficier des facilités de l'obtention des crédits¹⁰⁷⁹.

De plus, il est beaucoup plus aisé d'accéder au crédit lorsqu'on évolue sous le statut d'entrepreneur, car le financement est la base du développement des activités économiques. L'accès au financement au stade de l'entrepreneur est rare en Afrique, les entrepreneurs débutants sont contraints par les banques à apporter des garanties. L'article 30, alinéa 6, de l'AUDCG remédie aux difficultés de financement auxquelles sont confrontés les entrepreneurs africains par la mise en place de mesures incitatives dans plusieurs Etats de l'OHADA, elles sont destinées à faciliter le financement des entrepreneurs.

En mai 2017, beaucoup de pays de l'OHADA se sont dotés d'un fonds de 10 milliards de FCFA sur cinq années pour aider financièrement les *start-ups*. Le Burkina Faso offre aux jeunes entrepreneurs l'opportunité de travailler dans un cadre légal¹⁰⁸⁰. Le projet s'intitule « Burkina start-up », c'est un fonds dédié à tous types de secteur d'activité, avec une attention particulière aux innovateurs et détenteurs d'énormes potentiels de croissance¹⁰⁸¹.

Au Bénin, le programme de développement de « micro crédit aux plus pauvres » favorise la promotion des activités formelles, en permettant aux femmes d'avoir une autonomie

¹⁰⁷⁸ *Id Ibid.*

¹⁰⁷⁹ S. ICABONGA, « L'institution de l'entrepreneur, une maîtrise du secteur informel en RDC ? » Ohadata-D-17-03.

¹⁰⁸⁰ BISSALOUÉ Sylvie, « L'entrepreneur un statut prometteur », *Actualité du droit wolters /kluwer*, septembre 2017, p.4.

¹⁰⁸¹ www.jeuneafrique.com (Le Burkina Faso se dote d'un fonds 10 milliards de francs CFA financier).

financière. Ce programme permet à l'Etat d'accorder des prêts dépourvus de taux d'intérêts aux entrepreneurs, à la différence du Nigéria¹⁰⁸² et du Burkina Faso¹⁰⁸³.

Dans le cadre de ce programme des groupements et coopératives préconstitués s'engagent à se porter garant de l'entrepreneur¹⁰⁸⁴. C'est un programme avantageux pour les artisans et petits commerçants.

Un projet d'appui aux textes régissant les mutuelles d'épargne et de crédit a été créé par l'UEMOA à travers le texte portant réglementation des institutions mutualistes ou coopératives d'épargne et de crédit. L'objectif de ce projet est d'accorder un cadre juridique unifié aux coopératives, mutuelles d'épargne et de crédit dans les pays de l'UEMOA et l'instauration des systèmes financiers décentralisés¹⁰⁸⁵. Ce projet est une solution aux contraintes du système bancaire traditionnel, il permet le rassemblement de ressources supplémentaires par une captation de l'épargne informelle. En effet, c'est le premier mode de financement du statut de l'entrepreneur entrant dans la réalisation d'un cadre juridique attractif, il encourage la formalisation des structures informelles¹⁰⁸⁶.

Les mesures incitatives se multiplient à travers les exonérations fiscales par le biais des prises de participation de l'Etat dans certaines activités ou des financements non restituables¹⁰⁸⁷. De plus, des organisations non gouvernementales contribuent au financement des projets dans des secteurs, tels l'agro-alimentaire et le sanitaire¹⁰⁸⁸. Le droit OHADA devrait s'inspirer de pôle emploi, cet organisme aide les chômeurs français à créer leurs entreprises et obtenir le financement nécessaire au démarrage de leurs activités.

Ce type d'organisme permettrait à l'entrepreneur de bénéficier des formations professionnelles nécessaires à la maîtrise des rouages du management pour les jeunes initiés ou reconvertis en entrepreneur.

L'octroi de crédit, les aides financières, les mesures incitatives, la professionnalisation de la gestion comptable dans les différents Etats pourraient avoir un impact positif sur l'évolution

¹⁰⁸² Le taux d'intérêt est de 25 % au Nigéria et 8% au Burkina Faso.

¹⁰⁸³ BISSOULOUE Sylvie, *op. cit.*, p.4.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*

¹⁰⁸⁵ Loi n°2008-47, 3 septembre 2008, portant réglementation des systèmes financiers décentralisés.

¹⁰⁸⁶ BISSALOUE Sylvie, *op. cit.*, p.4.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸⁸ C'est le cas d'OXFAM-Québec par le biais de projet de gestion des déchets solides et ménagers (PDGSM).

de l'activité de l'entrepreneur. Le législateur OHADA y trouve un avantage car leurs déclarations accordent aux pouvoirs publics une plus grande visibilité économique¹⁰⁸⁹.

Selon le gouvernement ivoirien, le statut d'entrepreneur se présente comme un mode de transition du secteur informel au secteur formel pour lequel, la perte des fonds financiers pour l'Etat est indéniable, au secteur formel. Cependant, comment procéder à la migration d'envergure du secteur informel à un cadre plus régulé, alors qu'il représente près de 80%¹⁰⁹⁰ des emplois dans la plupart des Etats d'Afrique de l'ouest francophone ?

Un décret relatif aux modalités d'acquisitions et de pertes du statut d'entrepreneur a initié les précisions à destination des futurs « entrepreneurs » souhaitant pratiquer sur le territoire ivoirien¹⁰⁹¹.

Le statut d'entrepreneur présente des perspectives pour les économies de l'OHADA, il devrait favoriser le développement progressif des structures de petites tailles dans la zone OHADA et inciter à la création d'entreprise. Selon Roger LANOU GNIDOUBA « Le statut d'entrepreneur ne vise pas les industriels et les grands commerces mais les « jeunes plants » qui ont besoin d'être protégés et entretenus comme dans une pépinière afin de leur permettre de croître efficacement ».

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*, p.5.

¹⁰⁹⁰ Benjamin NANCY et A.A MBAYE, « Les entreprises informelles de l'Afrique de l'ouest francophone », *Broche 2 Agence française de la Banque mondiale*, novembre 2012. Rapport Afrique l'ouest 2007-2008 de l'OECD sur l'économie informel, p.169 ; www.oecd.org

¹⁰⁹¹ Décret n°2017-409 du 21 juin 2017.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

En définitive, les innovations du droit des sociétés OHADA ont permis la création de structures d'entreprises modernes qui répondent aux besoins de l'activité de capital de développement et à la mise en place d'une législation adaptée à la création et à l'existence de sociétés adéquates¹⁰⁹². Pour ne citer que quelques exemples, la société anonyme¹⁰⁹³ est devenue la structure idéale pour les investissements complexes, favorisant une gouvernance équilibrée, et une protection de l'ensemble des actionnaires, elle répond aux critères d'exigence des fonds d'investissement¹⁰⁹⁴.

Longuement attendue par les investisseurs, la SAS a été créée par l'Acte uniforme révisé sur modèle français, vingt-ans après son entrée en vigueur en France, par le texte de 1994¹⁰⁹⁵. Le droit de l'OHADA a repris les principales caractéristiques de la SAS française, notamment la souplesse qu'elle offre aux associés facilitant la dissociation de l'organisation du pouvoir de la structure, de la maîtrise du capital¹⁰⁹⁶.

« La société par actions simplifiée a vocation à se substituer à la société anonyme, véhicule jusque-là utilisé dans le cadre d'investissements dans les Etats parties »¹⁰⁹⁷. Ce nouveau droit OHADA des sociétés a suscité beaucoup d'intérêt en Afrique et en Europe¹⁰⁹⁸. « La raison est peut-être que le droit des sociétés n'est plus simplement un droit territorial »¹⁰⁹⁹. La

¹⁰⁹² Boris MARTOR, Sébastien THOUVENOT, « L'OHADA au service du *private equity* en Afrique » fusions, acquisitions, *revue juridique et fiscal des rapprochements d'entreprises*, mai 2018, p.1.

¹⁰⁹³ Elle est définie à l'article 385 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique (AUSGIE).

¹⁰⁹⁴ Boris MARTOR, Sébastien THOUVENOT, *op.cit*, p.1.

¹⁰⁹⁵ Article 853-1 de l'Acte uniforme révisé sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

¹⁰⁹⁶ Erwan BORDET, Marie GABIANO, « Amélioration et sécurisation du cadre juridique : une opportunité pour les investisseurs », *revue entreprise et expertise juridique*, option finance n°1279, juillet 2014, p.24.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.* p.25.

¹⁰⁹⁸ Samuel BADJI, « L'évolution des règles du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales », *Bulletin de droit Economique*, 2017, p.2. En ce qui concerne, voir en France le compte rendu de Bénédicte François sur la SAS, dans la Revue des sociétés, 2014, p.142. L'auteur insiste la société par actions simplifiée (SAS) et la société à capital variable.

¹⁰⁹⁹ Benoît LE BARS, *l'évolution du droit des sociétés au regard du règlement général du conseil des marchés financiers*, dans Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris, Dalloz, 2003, n°2, p.588.

concurrence est rude pour attirer les investisseurs, afin de rendre les nouvelles dispositions plus effectives, car les difficultés d'adaptations subsistent, par le fait de l'environnement extérieur¹¹⁰⁰. En effet, certaines structures africaines transposées en droit OHADA s'adaptent difficilement à l'environnement africain.

Le législateur a repris des dispositions françaises adaptées à l'environnement des sociétés françaises, mais dont l'impact est négatif à l'environnement des entreprises. Le droit OHADA pour mieux s'adapter doit tenir compte du fait que, les politiques de création, et de développement des entreprises dépendent toutes de l'environnement dans lequel la structure évolue. Comme disait le professeur BADJI Samuel, « Devrons-nous parler d'évolution, ou de révolution ? ». En effet, en termes d'adaptabilité, la logique voudrait que l'on parle d'évolution. Le droit des entreprises OHADA a évolué, par la reconnaissance de nouvelles structures et techniques juridiques. Cependant, cette évolution devrait prendre en considération la dimension de l'adaptabilité des choix opérés par le législateur OHADA lors des diverses transpositions. L'analyse des structures d'entreprises révèle, les difficultés de celles-ci à s'imposer dans le milieu entrepreneurial africain, d'où la rareté des SNC sur le continent africain.

De plus, le statut d'entrepreneur peine à éradiquer les pratiques informelles, l'information n'est pas diffusée comme il se doit auprès des citoyens, les acteurs de l'OHADA doivent veiller à ce que les structures administratives soient capables d'accomplir leur mission¹¹⁰¹. L'informalité est banalisée par les particuliers, et les administrations, la réforme est une bonne chose, mais elle doit s'accompagner de programmes de vulgarisation, d'amélioration et d'adaptation. En effet, l'effectivité des transpositions dépend des mesures d'adaptation prises au niveau communautaire. Toutes les dispositions françaises ne sont pas adaptées à l'environnement des affaires africain. Le professeur PAILLUSSEAU ajoute que « dans le premier cas, la logique organisationnelle fondamentale subsiste, et les nouvelles règles sont en cohérence avec cette logique. Dans le second, en revanche, l'évolution est telle qu'elle révèle la substitution d'une nouvelle logique organisationnelle à la précédente »¹¹⁰². Le droit

¹¹⁰⁰ Yves GUYON, « l'évolution de l'environnement juridique de la loi juridique du 24 juillet 1966 », *Revue des sociétés*, 1991, p.501.

¹¹⁰¹ Grégoire BAKANDEJA wa MPUNGU, « l'internationalisation des échanges et le droit OHADA », *Revue Lamy, Droit civil*, n°67, janvier 2010, p.82.

¹¹⁰² Jean PAILLUSSEAU, « La logique organisationnelle dans le droit, l'exemple du droit des sociétés », Paris, *Litec, lexis-nexis*, 2005, p.567.

OHADA lors des transpositions a reçu beaucoup de notions, dans le cadre de la révision de l'AUSGIE. Ces notions doivent répondre à deux conditions :

Être adaptées à l'environnement des affaires

Avoir un intérêt juridique¹¹⁰³ de la transposition au droit des entreprises OHADA

Le droit OHADA imite le droit français dans le cadre de cette transposition, il devrait lors de cette imitation choisir les outils adaptés aux réalités économiques et sociales. En effet, une partie des notions retranscrites en droit OHADA des sociétés est inadaptée aux réalités africaines, les deux conditions¹¹⁰⁴ ne sont pas toujours réunies en raison de rapprochement entre notions sans rapports, il devrait quel que soit l'enjeu de la réforme, toujours prendre en compte les réalités africaines. Le droit des sociétés a évolué de continent en continent, avec les dispositions régissant les formes des structures d'entreprises et leurs modes de fonctionnement, non pas en fonction des principes directeurs, mais dans l'optique de garder et renforcer l'attractivité des investisseurs¹¹⁰⁵. Chaque continent a ses particularités locales, il serait intéressant d'identifier les problématiques en fonction des contextes, c'est dans cette logique que devrait s'inscrire le droit OHADA.

Le niveau de complexité des réalités économiques et sociales varie en fonction des continents, il serait intéressant d'en tenir compte, afin d'éviter des situations d'inadaptabilité. Le législateur OHADA devrait être plus sélectif et favoriser le passage d'un droit des sociétés OHADA tendant à la transposition globale des dispositions du droit français des sociétés, à un droit choisissant uniquement les dispositions adaptées aux réalités africaines.

Par exemple, « dans la plupart des pays africains, l'économie a une dimension informelle¹¹⁰⁶ importante, voire excessive, tandis que les législations des plus complexes ont été introduites pour répondre notamment à l'inflation juridique engendrée par la plupart des grands acteurs économiques face à la mondialisation »¹¹⁰⁷. Le constat est qu'en Afrique subsaharienne, les Etats ne bénéficient pas de l'encadrement juridique nécessaire à leur développement économique, ils se limitent à contraindre les Etats à une législation qui ne tient

¹¹⁰³ Yves-Marie LAITHER, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *Dalloz*, 2006, p.1003.

¹¹⁰⁴ Adaptabilité et intérêt juridique.

¹¹⁰⁵ Arlette SERF-MARFIN, « L'instrumentalisation du droit des sociétés », *Revue de jurisprudence commerciale*, décembre 2001, p.9.

¹¹⁰⁶ Les contraintes de l'informalité sont nombreuses en Afrique, les populations sont confrontés la criminalité, la non fiscalisation etc.

¹¹⁰⁷ Grégoire BAKANDEJA wa MPUNGU, *op. cit.*, p.82.

pas compte des réalités africaines et des conditions requises pour une économie développée¹¹⁰⁸. Selon la banque mondiale, cette situation constitue un frein à l'expansion économique des Etats qui en ont besoin pour aider les populations à améliorer leurs modes précaires de vie.

Cependant, elle ne signifie pas que le droit des sociétés n'est pas moderne et rénovateur, mais par cette méthode le législateur OHADA favoriserait beaucoup plus le développement du milieu entrepreneurial africain. L'entreprise en tant qu'unité de décision économique produisant des biens et services, requiert des moyens financiers pour répondre aux besoins de ses activités. Le droit OHADA met à la disposition des sociétés une panoplie d'instruments de financements destinés au développement des activités des entreprises. Ces techniques ont fait l'objet d'élargissement à travers, de nouveaux modes alternatifs de financement.

La viabilité et l'adaptabilité d'une entreprise constituent les clés les plus importantes pour assurer le développement des entreprises au sein de l'espace OHADA. Toutefois, il arrive des situations dans lesquelles la structure, même si, elle est juridiquement et économiquement adaptée au contexte des pays de l'OHADA, n'est souvent pas en mesure de s'autofinancer, il lui faut alors recourir à d'autres modes de financement pour assurer la pérennité de l'entreprise.

Lorsque l'entreprise ne peut acquérir des fonds nouveaux de la part des associés ou des groupes qui participent à sa gestion, la société qui veut investir doit, pour rassembler les capitaux nécessaires, recourir à de nouveaux modes de financement. Le développement d'une entreprise ne dépend pas uniquement de l'effectivité juridique des dispositions qui la régissent, elle a également besoin de moyens financiers à sa disposition pour l'aider à se développer.

Dans l'ensemble des actes uniformes en vigueur, les résultats sont faibles, il n'y a pas d'expression traitant du financement des entreprises dans l'acte uniforme sur les sûretés, les procédures collectives, le transport par route, le recouvrement des créances et les voies d'exécution.

¹¹⁰⁸ *Ibid*

L'investissement est envisagé quatre fois dans l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et GIE¹¹⁰⁹, une fois dans l'acte uniforme sur le droit commercial général¹¹¹⁰ et sur la comptabilité des entreprises¹¹¹¹.

Ces difficultés s'expliquent par le fait que la notion de financement n'est pas juridique, et par le manque de clarté entre la jurisprudence, et les controverses doctrinales. Le financement désigne un moyen par lequel on contribue au développement d'une activité économique, ou on y participe par le mécanisme d'un apport, en vue de permettre à l'entreprise d'en tirer un gros profit. La notion d'investisseur est employée aux articles 87, 90, 91 et 832 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et GIE. Ces articles ont pour objectif la régulation de l'appel public à l'épargne et concernent plus spécifiquement, dans une telle hypothèse, les informations qui devraient être fournies aux investisseurs.

Ces financements correspondent le plus souvent à des souscriptions de parts sociales, par l'entrée de nouveaux investisseurs qui deviennent des actionnaires ou associés. La plupart du temps, le financement s'effectue par le biais d'une prise de participation dans une société.

Le droit OHADA évoque la notion d'investissement dans son acte uniforme sur le droit commercial général par une énumération d'éléments permettant de déterminer le montant de l'indemnité d'éviction en cas de refus de renouvellement d'un bail commercial¹¹¹².

La notion de financement est abordée en droit OHADA dans un contexte économique et non juridique. Le caractère économique de cette notion est certain et justifie les difficultés de transposition dans la sphère juridique.

Les dispositions correspondant au droit des investissements, (code des investissements, traités bilatéraux ou multilatéraux), sont destinées à régir les rapports entre un investisseur et les autorités publiques de l'Etat sur le territoire duquel il cherche à entreprendre son activité économique¹¹¹³. Ces dispositions sont source de protection et sécurité juridique, elles permettent à l'investisseur étranger le rapatriement libre de tout ou partie des bénéfices réalisés, l'assurance de l'exploitation de son investissement par un traitement juste et équitable, dans un certain niveau de protection et de sécurité. Cela permet aussi un

¹¹⁰⁹ Article 87, 90, 91 et 832.

¹¹¹⁰ Article 94.

¹¹¹¹ Article 32.

¹¹¹² Article 94 de l'acte uniforme sur le droit commercial général.

¹¹¹³ Sébastien MANTIAUX, « Que disent les textes OHADA en matière d'investissement ? », *revue de l'Ersuma*, n°1, juin 2012, www.revueersuma.org

encadrement des cas de dépossession, et un recours à l'arbitrage international en cas de litige avec le pays d'accueil de son investissement.

De telles dispositions sont inexistantes en droit OHADA, ce sont des mesures indispensables dans un contexte de mondialisation et de promotion de l'entrepreneuriat, le droit OHADA devrait être utile aux investisseurs.

Les futurs actes uniformes sur le droit des contrats et du travail pourront servir de moyen de sécurisation des relations contractuelles entre les différents partenaires des investisseurs étrangers.

Le droit OHADA contient des mesures favorables aux investisseurs, mais le législateur devrait légiférer sur cette matière essentielle au droit des affaires. Par exemple au stade de la constitution de l'investissement, le droit OHADA offre des règles pour la mise en œuvre et la restructuration d'une société par le biais des investissements étrangers, mais il n'organise pas les investissements dans les pays membres de l'espace OHADA.

Les investisseurs sont soumis à la maîtrise des domaines autorisés, et ceux qui leurs sont interdit, ils devraient respecter les conditions requises à la réalisation de leur investissement. Ces dispositions se trouvent généralement dans la législation interne de chaque pays, mais rarement dans les traités relatifs aux investissements auxquels ceux-ci sont parties.

Le droit OHADA prévoit les dispositions qui régissent les activités commerciales, les garanties nécessaires pour le financement des activités économiques, le recouvrement des créances et le règlement des différends, il traite également des subventions d'investissement au sein de l'acte uniforme sur la comptabilité des entreprises.

Les textes OHADA ne réglementent pas les relations entre l'investisseur, l'Etat d'accueil et ses différentes administrations durant toute la période d'exploitation de l'investissement¹¹¹⁴. L'investisseur serait contraint de rechercher ces dispositions¹¹¹⁵ dans d'autres législations notamment celles des autres organisations- sous régionales¹¹¹⁶.

¹¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹¹⁵ Règles matérielles et procédurales protectrices.

¹¹¹⁶ Ce qui suscite de nombreuses disparités entre dispositions des différentes organisations.

Le traité OHADA n'est pas un traité dédié aux investissements à l'instar de la convention de Washington de 1965 qui crée le centre international de règlement des conflits relatifs aux investissements.

Cependant, il existe des traités non dédiés spécifiquement aux investissements, mais qui comportent des dispositions spécifiques aux investissements, tel le chapitre 11 du Traité ALENA¹¹¹⁷. Le traité OHADA ne fait pas de distinction entre investissements nationaux et étrangers¹¹¹⁸.

Le traité OHADA, bien qu'offrant des avantages aux investisseurs dans la réglementation des activités commerciales ne comporte pas de mesures destinées à assurer la sécurité juridique des investissements étrangers, tel le libre rapatriement des investissements¹¹¹⁹.

Un appel doit être lancé aux Etats de l'OHADA pour légiférer sur le droit des investissements. Le droit des investissements est une matière indispensable au développement des Etats africains, qui devraient l'intégrer dans leur ordonnancement juridique et l'adapter aux réalités économiques et africaines.

L'absence de règles juridiques en droit OHADA, en matière d'investissement se justifie par la volonté des Etats de conserver leur souveraineté. En effet, on admet plus facilement, les dispositions uniformes pour la création des sociétés commerciales que d'accepter l'abandon de dispositions communes ou à un organe commun le soin de déterminer le principe et les modalités d'admission des d'entreprises étrangères. De plus, il est plus aisé d'accepter les règles uniformes pour le recouvrement des créances privées que d'accepter des dispositions communes protégeant les investisseurs contre certaines interventions intempestives des autorités publiques.

Les difficultés du droit OHADA de légiférer en matière d'investissement pourraient également se justifier par la diversité des organisations régionales, chacune titulaire de compétence économique, poursuivant l'intégration économique de leur pays membre. Par exemple on peut citer l'UEMOA dont huit Etats sont membres de l'OHADA, et la CEMAC dont six Etats sont membres de l'OHADA.

¹¹¹⁷ L'article 105 du chapitre 11 de l'ALENA dispose : « sans préjudice des droits et des obligations des parties aux termes du chapitre 20 (dispositions institutionnelles et règlements de différends en matière d'investissement, un mécanisme qui assure un traitement égal aux investisseurs des parties, en conformité avec le principe de la réciprocité internationale, et garantit l'application régulière de la loi devant un tribunal impartial ».

¹¹¹⁸ Sébastien MANTIAUX, *op. cit.*

¹¹¹⁹ *Ibid.*

Faudrait-il que l'OHADA laisse à ces autres organisations la compétence exclusive de légiférer en matière d'investissements ? La réponse est complexe, car le législateur doit avoir la pleine capacité de légiférer en matière d'investissement d'autant plus que certains Etats ne sont pas membres des organisations régionales précitées. Une réglementation spécifique au droit OHADA des investissements devrait permettre de renforcer la sécurité juridique et la confiance des investisseurs, elle permettrait d'atténuer les nombreux renvois législatifs.

La première solution que l'on pourrait apporter pour faire face à cette carence est l'implication du législateur OHADA dans la mise en œuvre des dispositions afférentes aux investissements. Celle-ci pourrait se faire par la mise en place d'un avant-projet d'acte uniforme sur les investissements dans l'espace OHADA. Cependant, si cette solution semble rentable, elle risque de causer de grandes disparités, car les Etats à la fois membres de ces organisations et de l'OHADA vont se retrouver à cheval entre plusieurs réglementations. C'est un risque qui pourrait complexifier les échanges et réduire l'attractivité des investisseurs.

Les législateurs de l'ensemble de ces organisations y compris le législateur OHADA devraient mettre sur pied un dispositif législatif des investissements applicable à toutes les organisations. Les mêmes dispositions devraient figurer dans la réglementation de l'OHADA, de l'UEMOA et la CEMAC.

La question se posant d'autant plus que la CEMAC a adopté le 17 décembre 1999 un règlement portant charte des investissements. Une charte commune à toutes les organisations devrait permettre de renforcer l'efficacité de ces dispositions. La lecture de cette charte révèle, que cet instrument contient des dispositions visant des domaines aussi variés que l'assainissement des finances publiques¹¹²⁰, le bon fonctionnement de leur système judiciaire¹¹²¹, les règles de concurrence¹¹²² et que seuls les articles 7 à 9 visent concrètement les opérations d'investissements.

Toutefois, l'existence d'une charte d'investissement ne garantit pas l'effectivité de l'ensemble des dispositions qui devraient garantir l'efficacité des opérations financières. En effet, en dehors du cadre d'uniformisation des dispositions avec l'OHADA, de nombreux réaménagements sont nécessaires pour parfaire ce régime juridique. La charte des

¹¹²⁰ Article 2 de la charte des investissements de la CEMAC.

¹¹²¹ Article 5 de la charte des investissements de la CEMAC.

¹¹²² Article 11 de la charte des investissements de la CEMAC.

investissements de la CEMAC ne couvre pas les questions relatives aux investissements, et par ailleurs certaines de ces dispositions en la matière relèvent plus de la clause de « best effort »¹¹²³ que d'un réel engagement souscrit en faveur des investisseurs¹¹²⁴.

Les rédacteurs de l'OHADA ont beaucoup de travaux à faire, l'OHADA a de nombreux atouts à faire valoir. En dehors d'un dynamisme et d'un succès à l'international que n'ont pas encore connu l'UEMOA et la CEMAC, la mise en place d'une réglementation adaptée aux investissements dans la zone OHADA aurait pour avantage de s'appliquer à l'ensemble des Etats membres dispersés dans les autres organisations sous régionales.

Une nouvelle législation en matière d'investissement au sein de l'OHADA permettrait de contourner une trop grande fragmentation qui nuirait certainement à l'attractivité des Etats africains, confrontés, comme l'ensemble des pays de la planète, à une rude concurrence dans le cadre de la mondialisation¹¹²⁵.

Plusieurs solutions sont envisageables pour rendre la zone OHADA plus attractive sur le plan juridique pour les investissements à l'international, car même si le droit uniforme OHADA par le biais de l'Acte uniforme relatif sur le droit des sociétés commerciales et du GIE, règle certains aspects du droit financier¹¹²⁶, il faut admettre que cette matière juridique échappe à l'œuvre d'harmonisation du législateur OHADA.

La conséquence logique de cette situation est la faible participation du droit uniforme OHADA dans l'interconnexion des marchés financiers de son espace, la législation des marchés financiers est principalement prise en charge par la CEMAC et l'UEMOA. Les Etats membres de ces deux organisations sont parties intégrante de l'OHADA.

Faudrait-il procéder à une réforme du traité ou à l'adoption d'un nouvel acte uniforme sur les investissements ? Si la seconde est choisie ne faudrait-il pas envisager en réalité l'adoption de plusieurs actes si l'on entend différencier les investissements réalisés par des investisseurs

¹¹²³ C'est une clause par laquelle, le débiteur d'une obligation promet qu'il mettra une diligence spéciale dans la mise en œuvre de l'obligation. Elle peut prévoir des diligences particulières à accomplir ou, le plus souvent, stipuler de manière générale que le débiteur s'engage à tout mettre en œuvre pour remplir son obligation. La bonne foi est renforcée dans ce genre de clause et elle engendre à l'égard du débiteur une obligation de moyen. Financièrement, c'est un moyen de montrer que les parties ont considéré une telle obligation comme revêtant une clause particulière dans le contrat. La rédaction des clauses de best effort varie selon l'obligation en cause, et notamment qu'elle soit relative à une démarche précontractuelle où qu'elle soit relative à une obligation déterminée du contrat.

¹¹²⁴ Sébastien MANTIAUX, *op. cit.*

¹¹²⁵ *Ibid.*

¹¹²⁶ Les valeurs mobilières et l'appel public à l'épargne.

ressortissants d'Etats non-OHADA ? Les Etats africains devraient faire des efforts en ce sens, afin de donner une place effective au droit de l'investissement au sein de l'OHADA.

DEUXIEME PARTIE. LE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DROIT OHADA

Le législateur OHADA a très peu approfondi les textes en matière de techniques de financement. Cette complexité s'explique par le fait que les investissements et le financement de l'entreprise, sont régis par d'autres législations communautaires auxquelles les entreprises des pays membres sont également soumis (**chapitre 1**). Dans tous les cas, il faudrait procéder à un élargissement des modes de financement aux besoins des entreprises, afin de les rendre moins complexe, plus attractives et performantes (**chapitre 2**).

Chapitre 1. La complexité des modes de financement des entreprises en droit OHADA

En Afrique, les difficultés de financement de l'entreprise, dans les pays OHADA et non membres de l'OHADA, sont une réalité, en raison des faiblesses des législations en vigueur. On assiste à des difficultés de rassemblement de l'épargne, et un manque d'uniformisation de la législation sur les marchés financiers. Les marchés financiers constituent pour l'instant l'unique alternative au défaut de financement des entreprises, elles devraient être un moyen de donner un nouveau souffle aux entreprises.

Les marchés financiers sont une source importante de financement en Afrique, dans un environnement propice à la transparence, la sécurité et à l'intégrité. Les marchés financiers ont pour mission de protéger et d'organiser l'appel public à l'épargne en assurant la régularité des opérations de bourse par son bon fonctionnement. Les Etats devraient tout mettre en œuvre, afin d'augmenter sa crédibilité et sa performance.

Les actions et les obligations des entreprises privées ou non sont échangées dans ces marchés. Depuis plusieurs années, elles contribuent au financement des entreprises, selon la zone. Par exemple, le marché financier régional de l'UEMOA de 1998 à 2012 a contribué au

financement de l'économie des pays de la zone à hauteur de plus trois milliards de FCFA. Les Etats ont besoin d'un marché financier compétitif à l'ensemble des Etats de la sous-région.

Les Etats devraient favoriser l'intégration régionale pour un développement des échanges commerciaux entre les différents Etats de la zone. L'épargne permet aux entreprises des Etats de recourir au marché financier intérieur, ce qui constitue un énorme avantage, car il permet à l'entreprise souhaitant faire des emprunts pour la réalisation de ses projets de connaître, le niveau d'épargne disponible pour financer ses activités.

Cela permettrait d'éviter le recours à d'autres marchés financiers sur lesquelles les entreprises seraient obligés de payer des taux d'intérêts qui seraient beaucoup plus élevés que ceux prévus au niveau de cette espace. De plus, depuis la création du marché financier de l'UEMOA, l'apparition de la Bourse régionale des valeurs mobilières, l'objectif principal est de renforcer l'intégration régionale et d'enrichir les échanges commerciaux entre les pays membres de la zone.

La BRVM est un marché financier comportant beaucoup d'avantages parmi lesquels on peut citer, le renforcement des fonds propres, le financement de la croissance interne et externe, la mobilisation des cours relativement réduits. Les Etats Africains ont compris l'enjeu des investissements publics et privés par l'épargne sous-régionale. Cependant, l'ouverture des marchés financiers aux entreprises n'est pas à la portée de toutes les structures, en raison de l'opacité qu'il y a dans le monde financier. Une grande partie des épargnants préfèrent déposer leur argent dans les comptes en banque pour de faibles taux d'intérêts se situant entre un et 4%, ignorant les enjeux des placements en bourse. Le problème est celui de l'information économique, ils devraient comprendre que par le marché, les opérateurs économiques découvrent de nouvelles opportunités de placements et financements alternatifs. Les marchés sont le plus souvent confrontés à la faiblesse du tissu économique des Etats.

De plus, ils ne constituent pas toujours le centre d'intérêt des banques, ce qui explique que très peu d'entreprises sont cotées en bourse. La grande portée de cette bourse s'explique par le fait qu'elle n'est ouverte qu'aux grandes entreprises, les petites et moyennes entreprises ne peuvent y accéder. Pour son bon fonctionnement en tant qu'une des sources principales de financement des entreprises, il faudrait impérativement rassembler le maximum d'épargnants auprès du public et ainsi mobiliser beaucoup de titres. De même, il faut limiter le prix d'achat des actions pour une plus grande accessibilité.

Les marchés financiers favorisent « Le décollage économique de bon nombre d'Etat africains, dans un contexte de mondialisation »¹¹²⁷. En effet, après être longtemps restés écartés de ce mode de financement, les pays africains se sont rendus compte de la place importante qu'ils occupent dans le monde des économies¹¹²⁸. Dans les pays membres de l'OHADA en particulier, les marchés financiers sont présentés comme un élément essentiel du développement des sociétés anonymes, seules les sociétés commerciales sont autorisées à émettre des titres négociables¹¹²⁹ et, à avoir recours aux marchés financiers. On retrouve dans ces pays des marchés financiers à vocation nationale et régionale. Ces marchés permettent d'attirer au maximum les capitaux étrangers pour le financement des entreprises.

Cependant, en dépit de l'existence de ces marchés dans ces Etats, les déficits de financement restent le noyau des problèmes des entreprises OHADA. L'idée d'un marché financier communautaire constitue un impératif d'ordre économique essentiel pour renforcer l'attractivité des structures d'entreprises en droit OHADA, elle a longtemps été au cœur des débats au sein de la Communauté Européenne.

Depuis bien longtemps¹¹³⁰, c'est en Afrique que sont enregistrées les avancées les plus significatives en la matière. Les Etats devraient procéder à la mise en place d'une nouvelle législation financière communautaire uniformisée afin d'apporter des solutions aux vicissitudes liées à la procédure d'octroi d'un crédit bancaire, à l'insécurité caractéristique du secteur financier informel et à la défiance des épargnants par rapport au secteur informel, représentant un nouveau défi pour les entreprises et les autorités monétaires de l'espace OHADA. Une réforme ne ferait que redynamiser ce marché et favoriser un meilleur accès aux entreprises privées. La bourse régionale des valeurs mobilières tourne actuellement autour de mille milliards de valeurs capitalisés, montrant ainsi l'adhésion de beaucoup d'entreprises à ce marché. La création d'un espace financier commun sera un moyen de renforcer l'intégration régionale et le développement des échanges commerciaux.

¹¹²⁷ Jean GATSI, « Le marché financier au Cameroun », *Juridis périodique* n°45, Jan-février-mars 2001, p.63.

¹¹²⁸ On observe un grand engouement en Afrique pour ces marchés depuis la fin de la décennie quatre-vingt. Il existe de nombreuses places boursières sur le continent africain, parmi lesquelles celles de l'Afrique centrale la BVMAC, la BRVM qui représente les Etats de l'Afrique de l'ouest, elle se trouve en Côte d'Ivoire. On en compte en effet, aujourd'hui plus d'une vingtaine de places boursières sur le continent, dont treize aujourd'hui créées au cours de la seule année 1989.

¹¹²⁹ Contrairement à ce qu'affirment certains auteurs (Jean GATSI, op.cit. P. 64), l'émission de tels titres, prévu à l'article 58 de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique, dispense leur titulaire de l'accomplissement des formalités de la cession de créance prévues à l'article 1690 du code civil.

¹¹³⁰ Voir à cet effet le Mémoire présenté au Conseil des ministres de la CEE par la Commission Européenne le 5 mars 1969, *Bull. Comm.*, mai 1969.

Un pan important de ce nouveau défi réside d'une part dans la conciliation d'une nouvelle réglementation uniforme du droit des marchés financiers, afin de mieux répondre aux besoins en financement long des entreprises et la recherche par les épargnants des placements sécurisés et rentables. D'autre part, par la mise en place de nouvelles techniques de financement autres que celles relatives aux marchés financiers.

L'avènement des marchés financiers dans le fonctionnement de l'économie des membres de l'OHADA a apporté beaucoup de solutions aux difficultés de l'étranglement des fonds propres dont souffrent la majorité des entreprises de l'OHADA et permettrait par ailleurs à ces entreprises de prétendre légitimement à l'élargissement de leur champ d'action. Cependant cet avènement est insuffisant, des efforts devraient être effectués, afin d'améliorer leur efficacité par la mise en place d'un cadre juridique uniformisé propice aux besoins de financement des entreprises (**Section 1**) et des solutions aux conflits entre les organisations concurrentes (**Section 2**).

Section 1. La nécessité d'un cadre juridique propice aux besoins de financement des entreprises

Le marché des obligations offre aux structures d'entreprises un financement à long terme et les entreprises peuvent vendre leurs obligations pour récupérer leur investissement. Les banques offrent des possibilités de financement à court et à long terme pour faire face aux besoins des entreprises selon les garanties qu'elles peuvent présenter et la nature de l'activité économique.

Cependant, les opérations de financement sont souvent complexes pour les entreprises, en raison de la pluralité des organisations. En effet, dans un contexte de crise financière à l'échelle internationale les marchés financiers peuvent devenir source d'inquiétude et créer des difficultés, d'où la nécessité de procéder à leur encadrement, par des opérations financières. Les marchés financiers constituent un impératif dans le financement de l'économie et valorise les sociétés, mais ils comportent des risques. Pour leur faciliter leur rôle en tant qu'intermédiaire entre les demandeurs et offreurs de capitaux, il faudrait un régime juridique effectif applicable à l'ensemble des acteurs. Ce pôle dépendra de la « la solidité, des marchés financiers dans l'espace OHADA »¹¹³¹.

¹¹³¹ Daniel KEUFFI, « La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA », *l'Harmattan*, 2010, p13.

Le droit OHADA envisage de promouvoir dans son espace un nouveau pôle de développement¹¹³². Cet espace se compose de trois modes de régulateurs financiers dans l'espace OHADA : « le conseil régional de l'Épargne Publique et des Marchés Financiers (CREPMF) pour la zone UEMOA ; la Commission de surveillance des Marchés financiers (COSUMAF) pour la zone CEMAC ; et la Commission des Marchés financiers (CMF) pour le marché financier camerounais »¹¹³³.

Cependant, les marchés financiers ne facilitent pas le processus de développement souhaité par les Etats africains, en raison des disparités auxquelles ils sont soumis en matière de dispositions applicables.

L'objectif d'une place financière, c'est de financer les entreprises, mais on a constaté en Afrique que les institutions sont mises en place d'une manière soit partielle, soit non opérationnelle, et non effective. Et prioritairement, ce sont les entreprises privées qui doivent être financées par ces marchés de capitaux par l'appel public à l'épargne, mais malheureusement certains marchés comme celui de l'UEMOA sont consacrés aux entreprises publiques et aux Etats, ce qui affaiblit son efficacité d'origine.

Cette situation va influencer sur les entreprises OHADA puisque, les Etats sont à la fois membres de l'OHADA et de l'UEMOA. Ces Etats sont en matière financière soumis à la réglementation de ce marché. Les modes de financement de l'économie sont relativement simples, on a les financements privés avec différents types d'entreprises qui sont créées avec les multinationales qui y trouvent leurs places. En Afrique, il n'y a pas suffisamment d'entreprises de tissu industriel pour faciliter, le financement des entreprises, d'où la nécessité de mettre en place des modalités et mécanismes compatibles avec les entreprises qui sont censés être financés par cette place financière. Parmi les insuffisances figurent, l'absence d'entreprises faisant appel public à cette épargne, qui normalement devrait être constitués par l'ensemble des ménages¹¹³⁴ de la zone.

De plus, l'absence d'information constitue l'une des causes majeures des difficultés que rencontrent les marchés financiers. En effet, on est face à une population qui est censé épargner, afin de financer les entreprises mais, qui ignore la définition de la bourse, d'où les

¹¹³² *Ibid.*

¹¹³³ *Id Ibid.*

¹¹³⁴ Ce sont les particuliers, les épargnants publics des établissements financiers.

insuffisances des marchés financiers en Afrique influant sur le développement économique des entreprises.

Une meilleure sensibilisation de la population vers la bourse est nécessaire, celle-ci devrait connaître les nombreuses opportunités de financement qu'elle offre aux entreprises qui peuvent se refinancer par les actions et obligations. Une très bonne gestion des marchés ne peut qu'attirer les investisseurs¹¹³⁵. Le mode de fonctionnement de ces marchés est le plus souvent inspiré des normes internationales, ce qui n'est pas en soi une mauvaise chose. La difficulté réside dans le dédoublement des institutions, il aurait fallu procéder à un élargissement de la base de ce marché pour avoir un peu plus de capitaux. Imaginons par exemple, que le marché financier de l'UEMOA soit absorbé par celui de la CEDEAO. Cela permettrait aux grands pays ayant des capacités de financement énormes d'élargir l'assiette de la bourse. Les limites de ce marché sont qu'il n'y a pas d'entreprises de taille importante, plaçant des actions et obligations, afin d'avoir en retour des acheteurs qui vont investir sur ce marché. Les banques centrales n'ont également pas de liquidité pour refinancer des banques commerciales, ce qui restreint et réduit la compétitivité du marché.

L'élargissement de la base de la collecte d'épargne constitue l'unique moyen pour faciliter le financement des entreprises. Des évaluations préalables et prospectives permettent de connaître les retombées économiques. Les Etats africains devraient prendre exemple sur les bourses à l'international, comme la bourse de Paris qui procède par des synergies. Les Etats devraient inciter les populations à s'intéresser à la bourse et prendre des actions. Les populations ont besoin de comprendre qu'il s'agit de part d'entreprises qu'on achète et que l'on pourrait revendre à tout moment, lorsqu'elles sont à la hausse ou à la baisse. Les pouvoirs publics devraient les inciter à moins épargner dans les banques au profit de la bourse, en leur expliquant les nombreux avantages.

L'introduction des sociétés en bourse est source de beaucoup de richesses, qui pourrait être redistribuées aux populations locales à travers les investissements sur le marché financier. Il serait intéressant pour les particuliers d'investir en bourse, afin de gagner beaucoup d'argent et réaliser de grosses plus-values. L'investissement en bourse se fait par l'entremise d'une société de gestion ou d'intermédiation agréée. L'investisseur ouvre un compte titres, et la SGI

¹¹³⁵ Elle ne se fera que par une transparence, une publication des chiffres, contrairement à ce qui passe dans certaines entreprises africaines où les chiffres sont cachés et la gestion confiée à des personnes incompétentes. Cette situation fait que la bourse est sanctionnée par des entreprises qui ne veulent pas y aller.

procède à l'achat de titre en nom, il peut se faire conseiller par des spécialistes¹¹³⁶ pour ces opérations. Les entreprises génèrent des richesses pour leurs pays à travers la bourse, par les retours sur investissement provenant des actions placées en bourse.

La bourse garantie à l'entreprise des revenus importants sur le long terme, elle constitue la base de la finance que l'on appelle le marché des capitaux. Le placement d'argent en bourse est meilleur que le placement en banque, car lorsque l'on place son argent en banque, celui-ci a tendance à perdre sa valeur après deux ou trois années.

Cette méthode n'est pas source d'investissement, il faudrait investir en bourse, là où les actifs prennent beaucoup de valeur en raison de l'actionnariat au sein de l'entreprise. Par exemple, lorsque l'on investit dans une société, l'argent se valorise dans cette société, à la fin de l'exercice les actionnaires sont payés relativement aux actions de cette société. On devient à la fois consommateur et investisseur, puisque l'on profite de cette richesse, sur le long terme, la bourse nous garantit un énorme pourcentage de rendement. Les retours d'investissements sont énormes, un investisseur peut acheter une action à 3000 FCFA dont la valeur au fil des années pourra atteindre plusieurs milliers de FCFA.

L'Afrique recouvre environ 23 marchés financiers sur le continent, mais ils ne représentent que cinq % d'actifs dans le marché global international. La bourse nous garantit de forte richesse, mais le niveau de l'actionnariat est faible.

Cette situation résulte de la complexité des dispositions applicables dans ce marché. En effet, le plus souvent le texte envisagé a vocation à s'appliquer au-delà de la sphère géographique de compétence, parce qu'il existe d'autres organisations ou institutions disposant des mêmes compétences pour légiférer dans le domaine financier¹¹³⁷.

De plus, il y a potentiellement une coexistence conflictuelle entre les normes des régulateurs et celles provenant des textes OHADA. Cela signifie qu'il faut obligatoirement des concertations et une harmonisation entre les différents pôles de mise en œuvre des dispositions relatives au droit financier. Le droit des marchés financiers occupe une place importante dans le financement des entreprises, il nécessite la mise en place de quelques adaptations afin de la rendre plus effective.

¹¹³⁶ Ce sont généralement les sociétés de gestion de patrimoine.

¹¹³⁷ Sébastien MANTIAUX, *op.cit.*

Le marché est bien encadré en matière de régulation financière, l'arbitrage est le mode de règlement par excellence des litiges financiers. La bourse est accessible, c'est un marché réglementé garantissant des ressources stables et viables sur le long terme. Lorsque l'on investit en bourse, on est dans l'actionariat de l'entreprise et on participe au développement du pays. La BRVM en Côte d'Ivoire devrait accueillir massivement les populations en bourse. La capitalisation dans le marché doit doubler, le plus important c'est le placement et non les sommes déposées¹¹³⁸.

Ces nombreuses faiblesses du dispositif de régulation financière de l'OHADA sont liées à « une trop grande implication des autorités politiques dans l'élaboration et la mise en œuvre des règles financières conduisant à une quasi-absence de contrôle politique de la régulation financière »¹¹³⁹.

Le droit OHADA demeure confronté à de grandes difficultés, notamment celles relatives au financement des marchés financiers (§1) et à la coexistence de normes juridiques communautaires concurrentes dans la zone OHADA (UEMOA, CEMAC, CEDEAO) (§ 2).

§ 1. La problématique relative au financement des marchés, et établissements financiers

La mise en œuvre du droit OHADA, s'est faite dans un contexte qui se caractérise par le phénomène de la mondialisation de l'économie et des marchés financiers. Cependant, il semble que la volonté du législateur de redynamiser l'entrepreneuriat en droit OHADA est inachevée. Le législateur n'a pas suffisamment pris en compte les exigences liées à l'émergence des marchés financiers communautaires en zone OHADA. En effet, si l'Acte uniforme paraît assez satisfaisant, il est tout autre en ce qui concerne les mécanismes de financement mis à la disposition des entrepreneurs.

Cette construction inachevée nécessite une modernisation du cadre juridique mis en place, afin de promouvoir l'attractivité, la compétitivité et le développement des marchés financiers dans les entreprises OHADA. Pour cela, il faut analyser les problèmes auxquelles sont soumis les Etats en matière d'organisation des marchés financiers.

¹¹³⁸ L'essentiel c'est d'épargner régulièrement, lorsque l'on débute avec un petit montant. Ce qui importe c'est d'avoir un plan financier en bourse.

¹¹³⁹ Sébastien MANTIAUX, *op. cit.*

Le manque de financement des entreprises en droit OHADA, relève autant de la responsabilité du législateur OHADA, que des structures de financement. Les banques présentent des lacunes par rapport aux exigences du secteur bancaire, et la réglementation en vigueur en droit OHADA n'offre pas une large gamme de mode de financement des entreprises. Le législateur devrait déployer plus de moyens pour faciliter le développement économique des entreprises. Cette situation est une des dures réalités africaines, les entreprises ne trouvent pas toujours des moyens de financements alternatifs.

Le législateur devrait apporter de nouveaux modes de financements pour pallier ces difficultés. Ces difficultés de financement sont liées, à une insuffisante structuration qui concerne la plus grande partie de l'appareil économique des pays subsahariens¹¹⁴⁰.

Dans son œuvre d'intégration juridique stimulateur de croissance et de développement économique, le législateur n'a pas pris en compte et intégré toutes les obligations liées au phénomène de mondialisation de l'économie et à l'émergence des marchés financiers dans les pays OHADA. La mondialisation de l'économie s'est traduite par la globalisation financière et l'internationalisation des marchés financiers internationaux, grâce à l'apparition de nouvelles technologies de l'information et de la communication en faveur d'une interconnexion accrue des marchés financiers¹¹⁴¹. Les pays africains confrontés à une insuffisance des investissements, devraient renforcer la confiance des investisseurs par un nouveau cadre juridique et des conditions meilleures. Pour y parvenir, il faudrait comprendre comment les marchés financiers sont abordés dans l'Acte uniforme par le législateur OHADA, et admettre qu'elles sont uniquement adaptées aux grandes entreprises.

Le droit des marchés financiers correspond à l'ensemble des dispositions organisant le fonctionnement des marchés financiers, il définit les institutions, les structures des marchés, les opérations de marché, et organise les relations entre les différents intervenants ou acteurs des marchés financiers : émetteurs, investisseurs, autorités, infrastructures de marché intermédiaires, etc.

¹¹⁴⁰ Filiales de grandes sociétés internationales et sociétés d'Etat mises à part.

¹¹⁴¹ Rapport d'information de la commission des finances de l'assemblée nationale française sur la « régulation de la mondialisation financière », doct. Ass. Nat. n°2476, du 14 juin 2000, p.7et S.

La dénomination « droit financier » est préférée par certains auteurs¹¹⁴² pour définir le droit applicable aux activités réalisées sur les marchés financiers. Les difficultés liées au fonctionnement des marchés financiers sont récurrentes, et sont à l'origine de la complexité de son cadre juridique en général et dans l'espace OHADA. La valeur d'une structure est souvent déterminée par le marché, les règles relatives à l'appel public à l'épargne et des valeurs mobilières, contenues dans l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales, visant en grande partie, à optimiser le financement des sociétés par actions, par la possibilité qui leur est offerte de regrouper une multitude d'actionnaires et ainsi, d'exercer un véritable « pouvoir de concentration »¹¹⁴³. Cependant, qu'en est-il des autres formes de sociétés ?

En effet, si l'Acte uniforme comporte des dispositions concernant le droit des marchés, celles-ci sont étroites. La majeure partie des dispositions, se trouvent dans la réglementation des autres organisations régionales, à l'origine de l'ensemble des disparités et de la coexistence des normes communautaires.

Les dispositions de l'Acte uniforme relevant du droit des marchés financiers concernent : Le document d'information (prospectus) obligatoire pour les émetteurs faisant appel public à l'épargne¹¹⁴⁴, les obligations d'informations imposées, le domaine d'application des règles de l'appel public à l'épargne¹¹⁴⁵, le régime des valeurs mobilières¹¹⁴⁶. L'examen de ces différentes dispositions met en exergue de nombreuses préoccupations, relatives aux marchés financiers parmi lesquelles on peut citer la relativité des mécanismes de financement des sociétés dans l'espace OHADA intervenant sur le marché financier **(A)** et l'hétérogénéité des pratiques bancaires **(B)**.

¹¹⁴² Hugues BOUTHINON-DUMAS, *Le droit des sociétés cotées et le marché boursier*, thèse, université de Paris IX, 2006.

¹¹⁴³ Claude CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, thèse, université de Rennes 1961, p.969.

¹¹⁴⁴ Art. 86 et suivant de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

¹¹⁴⁵ Article 81 et suivant de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

¹¹⁴⁶ Article 744 et suivant de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

A. Les manquements de la réglementation des opérations sur les marchés financiers en droit OHADA

Les marchés financiers africains ont connu, depuis le début des années 1990, une croissance spectaculaire, ils sont au nombre de vingt-trois, et couvrent l'ensemble du continent¹¹⁴⁷. La capitalisation boursière a été multipliée par neuf, et plus de deux-milles entreprises lèvent des capitaux considérables, afin de montrer l'importance de l'épargne locale et l'intérêt des investisseurs nationaux pour les places boursières¹¹⁴⁸. Cependant, la question est de savoir, à l'instar du Professeur Thierry GRANIER¹¹⁴⁹, si elle est liée à une réglementation effective des marchés financiers.

Une nette amélioration est observée en matière de rendement des marchés dans le continent africain¹¹⁵⁰. Par exemple, « près de quatre milliards de dollars américains ont été levés localement sur leur bourse de Lagos, au Nigéria, dans les années deux-mille. Grâce au programme de privatisation, des centaines de milliers d'africains sont devenus actionnaires de grandes entreprises »¹¹⁵¹.

L'important serait de tourner un regard vers les réalisations juridiques dans le domaine du droit des affaires OHADA en matière financière. En effet, si en moins de deux décennies, l'OHADA a accompli beaucoup d'efforts en mettant en place une organisation régionale composée d'instruments juridiques solides dans des domaines tels le droit commercial, le droit des sociétés, le droit des sûretés, le droit des procédures collectives ou encore l'arbitrage¹¹⁵², elle continue à privilégier ces domaines au détriment de la matière financière, le droit des affaires, outre les matières énumérées à l'article 2¹¹⁵³.

De nombreux domaines du droit des affaires n'ont pas intégré le processus d'harmonisation piloté par l'OHADA soit, en raison de la préservation du cercle de souveraineté des Etats, soit à cause des difficultés techniques liées à la concurrence entre les différentes législations

¹¹⁴⁷ Louis TSHIYOMBO KALONJI, « l'OHADA et la construction du droit financier dans son espace de compétence », *Penant revue trimestriel de droit africain*, n°891, p.149.

¹¹⁴⁸ Luc RIGOUZZO, « Les marchés financiers en Afrique : véritable outil de développement ? », *Revue Secteur privé et développement*, n°5, mars 2010, p. 2.

¹¹⁴⁹ Thierry GRANIER, « L'émergence d'un droit des marchés financiers en Afrique : l'exemple du marché financier régional de l'UEMOA », *Revue de droit uniforme africain*, n°000, 9 août 2010, pp. 9 et s.

¹¹⁵⁰ Louis TSHIYOMBO KALONDJI, *op.cit.*, p. 149.

¹¹⁵¹ *Ibid.*

¹¹⁵² Boris MARTOR, « L'intégration juridique au service de l'émergence du continent africain », www.jeunafrique.com, 23 octobre 2012.

¹¹⁵³ « Toute autre matière que le conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure... » Article 2 du Traité OHADA.

communautaires ou, mieux, à la complémentarité souhaitée entre l'OHADA et les autres structures sous régionales d'intégration¹¹⁵⁴. « Le droit financier ou droit des marchés fait partie de ce dernier groupe des matières »¹¹⁵⁵.

Le droit des marchés financiers ne fait pas l'objet d'un Acte uniforme, le droit OHADA s'est limité à évoquer la question du financement des entreprises par les marchés. Le traité OHADA a conduit à l'instauration de plusieurs Actes uniformes, l'un d'entre eux est relatif au droit des sociétés, il contient des dispositions que l'on se doit de qualifier de « quelques aspects de droit financier des marchés financiers »¹¹⁵⁶. Ces aspects concernent plus précisément le droit des valeurs mobilières¹¹⁵⁷ et le régime de l'appel public à l'épargne¹¹⁵⁸.

Selon KEUFI Daniel « L'interdépendance des marchés financiers n'est pas conjoncturelle, elle est structurelle au sein de l'OHADA »¹¹⁵⁹. L'existence des marchés, dépend de la zone géographique : « les Etats membres de l'OHADA ont entrepris d'élargir leurs possibilités de financement publics et privés par la création de marché financiers communautaires, dont un marché commun aux Etats de communauté Economique et Monétaire de l'Afrique centrale et un autre marché commun aux Etats de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine »¹¹⁶⁰.

Le bon fonctionnement des marchés, requiert des dispositions claires, précises, et homogènes, car certaines d'entre elles font l'objet de renvoi législatif. Le législateur OHADA a choisi de légiférer sur quelques points, et laisser le libre arbitre aux Etats sur d'autres aspects. Ces matières ne constituent pas la plus grande partie du droit des marchés financiers, l'essentiel des règles de cette discipline est l'œuvre des législations communautaires (CEMAC et UEMOA)¹¹⁶¹ et nationales¹¹⁶².

¹¹⁵⁴ Louis TSHIYOMBO KALONDJI, *op.cit.*, p.150.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*

¹¹⁵⁶ Didier LOUKAKOU, « L'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales : aspects de droits des marchés financiers », <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/articles>, janvier 2010.

¹¹⁵⁷ Voir Titre 2 (art .744 et s.) et Titre 2-2 (art.822 à 822-1) de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit société commerciales et du GIE.

¹¹⁵⁸ L'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE : art 81 à 96 pour les dispositions générales, 823 à 853 pour les dispositions spécifiques relatives aux SA et art.905 pour les dispositions pénales.

¹¹⁵⁹ Daniel KEUFI, *op.cit.*, p.13.

¹¹⁶⁰ *Ibid.*, p.17.

¹¹⁶¹ Règlement général relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle du marché financier régional de l'UEMOA ; Règlement n°06/03 du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier de l'Afrique centrale.

¹¹⁶² Loi camerounaise n°99/015 du 22 décembre 199 portant création et organisation d'un marché financier.

L'OHADA régleme de manière indirecte et partielle les marchés financiers, elle s'articule autour de la réglementation d'instruments et de placement des instruments financiers¹¹⁶³.

Le droit OHADA fait une ébauche du droit financier, il laisse une large marge de manoeuvre aux organisations sous régionales.

Cette démarche est insuffisante pour atteindre le développement économique espéré, la prise en compte des normes communautaires est un moyen efficace qui permettrait de prendre en compte les attentes et capacités économiques locales. Ces difficultés d'adaptation au contexte local sont accentuées par une méconnaissance des travaux du législateur OHADA, il faudrait trouver un équilibre entre les intérêts des investisseurs étrangers et les objectifs de développement économique de l'espace OHADA.

L'OHADA devrait adapter les textes à la réalité de la régulation économique, prendre en compte les efforts de production normative des autres institutions régionales, afin de faire des marchés financiers une véritable source de croissance et de développement économique¹¹⁶⁴.

L'OHADA a besoin d'une harmonisation complète du droit financier, plus qu'hier la réforme de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales réalisée en janvier 2014, a montré qu'il est tout à fait possible que l'OHADA intervienne plus directement qu'elle ne le fait en droit des marchés financiers. On pense que cela est impossible en raison du «dépassement des réglementations nationales et sous régionales, qui souvent imposent des disparités contre-productives dans le cadre de l'attractivité et du développement des places financières qu'au processus proprement dit des opérations boursières. L'impact de la législation OHADA dans la sphère d'intervention du droit des marchés financiers peut augmenter, l'OHADA doit intervenir directement tant au niveau de la régulation des marchés financiers que dans la réglementation de la chaîne de traitement des opérations boursières¹¹⁶⁵.

L'espace OHADA se compose de trois types d'autorité financière¹¹⁶⁶, elles ont toutes un organe principal, « le collège », il est composé des membres nommés par le conseil des ministres de l'union économique et ouest-africaine et de la communauté économique des Etats

¹¹⁶³ Louis TSHIYOMBO KALONDJI, *op. cit.*, p.151.

¹¹⁶⁴ *Ibid.*, p.20. Préface de STORCK Michel, Directeur du centre du droit de l'entreprise, Université Strasbourg.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, p.164.

¹¹⁶⁶ Deux autorités sous régionales, le conseil régional de l'épargne publique et des marchés financiers (CREPMF) et la commission de surveillance d'un marché financier de l'Afrique centrale (COSUMAF), et une autorité nationale, la Commission des marchés financiers (CMF) du Cameroun.

de l'Afrique centrale la COSUMAF et une autorité au niveau interne, la CMF¹¹⁶⁷. Le droit français pourrait devenir un modèle pour le droit OHADA, en raison de la nécessité d'harmoniser le cadre juridique et réglementaire des marchés financiers¹¹⁶⁸. Ce système a un nombre élevé de membres du collège de l'autorité de marchés financiers¹¹⁶⁹, il permet de rassembler des représentants de l'activité administrative et des acteurs provenant d'autres milieux professionnels¹¹⁷⁰.

Les marchés financiers constituent un élément fondamental dans l'activité des sociétés, ils requièrent en dehors des acteurs juridiques, à l'image du droit français, d'autres catégories de professionnels, tels la Banque, le président national de la comptabilité, des personnes venant des milieux économiques et généralement nommé par les présidents de l'Assemblée nationale, du sénat, et du conseil économique, social et environnemental¹¹⁷¹. L'accueil de responsables d'entités intervenant sur les marchés financiers¹¹⁷² constitue un atout de taille assurant le développement du marché.

Le manque de professionnels au sein des organes régulateurs financiers est un handicap pour les marchés dans l'espace OHADA¹¹⁷³, elle est peu rassurante pour les investisseurs internationaux. Le rôle de ces professionnels est d'apporter un regard plus pratique dans l'élaboration des textes et la prise des sanctions¹¹⁷⁴, à travers leur expérience, savoir, et technique dans une matière aussi complexe que le droit des marchés financiers.

Les difficultés s'observent au niveau du statut, et de l'indépendance des organes chargés d'assurer la régulation, les investigations et sanctions des marchés financiers de l'espace OHADA. La structure institutionnelle mise en place par les réglementations de l'espace OHADA, en comparaison à la France n'est pas rassurante.

¹¹⁶⁷ TSHIYOMBO KALONDJI, *op. cit.*, p.164.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, p.165.

¹¹⁶⁹ Seize membres.

¹¹⁷⁰ Louis TSHIYOMBO KALONDJI, *op. cit.*, p.165.

¹¹⁷¹ Il s'agit de trois membres désignés selon la formule employée par la loi (art. L.621 du code monétaire financier). « À raison de leur compétence financière et juridique ainsi que leur expérience en matière d'appel public à l'épargne et d'investissement de l'épargne dans des instruments financiers ». Ces professionnels doivent provenir des organisations représentatives des huit catégories d'entreprises suivantes : - les sociétés industrielles et commerciales dont les titres font l'objet d'offre l'objet d'offre public ou d'admission aux négociations sur un marché réglementé » ; Les sociétés de gestion d'organismes de placements collectifs ; - les autres investisseurs ; - les prestataires de services d'investissement ; - les entreprises de marché ; - les chambres de compensation ; - les gestionnaires de systèmes de règlement livraison ; les dépositaires centraux.

¹¹⁷² Emetteurs, prestataires, sociétés de gestion.

¹¹⁷³ Mahmoud Brice AGUENON, *Le droit de la régulation financière dans l'espace OHADA : Etude comparée avec les législations internationales*, thèse, Université de Toulouse 1 Capitole, 2011, n°101-103.

¹¹⁷⁴ Louis TSHIYOMBO KALONDJI, *op. cit.*, p.166.

La structure française de régulation des marchés financiers, l'Autorité des marchés financiers comporte deux organes aux rôles et missions différents : le collège et la commission des sanctions¹¹⁷⁵, les membres de cette commission sont indépendants du collège.

Le système l'OHADA n'a pas d'autorité des marchés financiers, il y a un organe principal qui est le collège soutenu dans ses travaux par le secrétariat général et les services techniques.

Le problème de l'OHADA, c'est la trop grande dépendance de ces services au niveau du collège et du secrétariat général. Les autorités de régulation financière de l'espace OHADA concentrent entre leurs mains, les deux éléments représentant le pouvoir répressif à savoir le pouvoir de procéder aux investigations et celui d'infliger des sanctions aux personnes fautives. Le droit français considère que la concentration en une seule main des pouvoirs d'enquête et de sanction a été considérée comme non conforme à l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen¹¹⁷⁶ qui défend le droit à un procès équitable, car en dépit des pouvoirs de sanctions administratives très sévère, peut se justifier les droits de la défense au regard des droits fondamentaux de l'homme¹¹⁷⁷.

En France, le collège assure l'ensemble du processus qu'il s'agisse d'ouverture d'enquête, de désignation du rapporteur ou de la prise de décision. La même idée est reprise dans l'espace OHADA à travers l'article 409 du règlement général de la COSUMAF prévoyant la désignation parmi les membres de son collège un rapporteur pour toute procédure sanctionnatrice¹¹⁷⁸. Il en est de même de l'article 111 du règlement de la CMF prévoyant pour chaque affaire lui étant soumise, que la commission nomme un rapporteur chargé de son instruction¹¹⁷⁹ sans être principalement nommé comme organe des commissions au sein desquels, ils interviennent, les rapporteurs de la COSUMAF et du CMF ont pour rôle d'instruire, un peu comme la commission de sanction de l'AMF¹¹⁸⁰. Les difficultés relatives

¹¹⁷⁵ *Ibid.*

¹¹⁷⁶ Affaire Oury, Paris, 7 MAI 1997, Banque et droit, n°53, mai-juin 1997, p.40 obs. Hubert De Vau plane ; Com., 1^{er} décembre 1998, Banque et droit, n°64, mars-avril 1995, p.35, obs. Hubert De Vau plane.

¹¹⁷⁷ Claude DUCOULOUX-FAVARD, « Où va le contentieux boursier ? », *petites affiches*, n°141, juillet, 2004 cité par KEUFFI Daniel, *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, université de Strasbourg et Université Dschang, 2010, p.312.

¹¹⁷⁸ Louis TSHIYOMBO KALONDJI, *op. cit.*, p.167.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*

¹¹⁸⁰ Daniel KEUFFI, *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, thèse, université de Strasbourg et de Dschang, 2010, p.312.

aux marchés financiers se trouvent à plusieurs niveaux, elles sont soit d'ordre structurel ou culturel soit liées au climat des affaires¹¹⁸¹.

Les Etats sont soumis à l'étroitesse des marchés financiers de l'OHADA¹¹⁸² à laquelle on peut ajouter la coexistence de deux places boursières dans la CEMAC, le manque de qualité des ressources humaines au sein des structures de marché, les carences du système de contrôle interne au sein de certaines structures du marché, et le faible professionnalisme de certains acteurs du marché¹¹⁸³.

Les difficultés sont aussi d'ordre culturel, en raison de la faible culture boursière des émetteurs et des investisseurs qui n'arrivent pas comprendre l'ensemble des mécanismes et avantages du marché financier¹¹⁸⁴.

Les entrepreneurs africains sont frileux de perdre leur mainmise sur le capital de leurs sociétés après leur introduction en bourse, ils devraient dépasser ces inquiétudes et comprendre qu'en dépit des aléas existants, la bourse peut-être un excellent moyen de fructifier le capital de l'entreprise.

L'environnement des affaires n'est pas toujours favorable au développement des marchés financiers, en raison des nombreux défauts du cadre réglementaire, tels les problèmes de délai de déclaration, de franchissement de seuils sur les marchés financiers d'Afrique centrale, et la non-adoption des mesures chargées de fixer le montant de l'amende en cas de carence au niveau de la bourse de Libreville¹¹⁸⁵.

De plus, le contexte socio politique n'est pas des plus encourageant, d'où les propos de Stephen JAISLOWSKY et Craig TOO-MEY qui considèrent que, « Le continent africain

¹¹⁸¹ Achille KANDUM SUNKAM, « Le nantissement de compte de titre financiers dans l'espace OHADA : Regard sur une sûreté nouvelle dans un contexte d'émergence des marchés financiers », *RTJUM*, p. 564.

¹¹⁸² Le nombre de structures dont les actions sont cotées sur un marché est très faible, leur taille est petite et c'est seulement l'échange d'une ou quelques valeurs qui domine souvent l'attractivité boursière. Jacqueline IRVING « Les difficultés des bourses africaines », *Afrique relance*, 2000, p.25. Bertolus MBOM KENGNI, « Droit comparé des sûretés (espace OHADA) : Le nantissement du compte de titres financiers dans l'espace OHADA : regard sur une sûreté nouvelle dans un contexte d'émergence des marchés financiers », *chronique sectorielle*, p.45 et suivant.

¹¹⁸³ *L'Echo de la COSUMAF*, Hors-Série, n°1, octobre 2009, p.27.

¹¹⁸⁴ Achille KANDUM SUNKAM, *op. cit*, p.565.

¹¹⁸⁵ *Ibid.*

baigne dans les dimensions ethniques, les régimes dictatoriaux et les détournements de fonds »¹¹⁸⁶.

Ces auteurs veulent montrer la nécessité d'améliorer l'image de l'Afrique aux yeux des investisseurs étrangers. L'ensemble de ces difficultés rencontrées par les marchés financiers sont de nature à limiter le développement des investissements en Afrique subsaharienne.

Certaines difficultés s'observent en matière de réglementation relative l'appel public à l'épargne, elle est réglementée par trois organisations d'intégration régionale : l'OHADA, l'UEMOA et la CEMAC¹¹⁸⁷. « L'OHADA subit la concurrence d'autres organisations d'intégration juridique »¹¹⁸⁸. En effet, en dehors des dispositions de l'Acte uniforme OHADA, d'autres textes sont adoptés au sein de la CEMAC et de l'UEMOA, ils encadrent les mesures relatives à la compétence normative et aux pouvoirs de contrôle sur les opérations d'appel public à l'épargne¹¹⁸⁹. L'appel public à l'épargne n'a été ni défini en droit OHADA, ni en droit français. Il est destiné à l'accomplissement du financement d'un émetteur de valeurs mobilières par le public c'est-à-dire les épargnants individuels et investisseurs institutionnels, sous la présence d'un organe de régulation¹¹⁹⁰. L'article 81 de l'AUSGIE dispose que « sont réputées faire publiquement appel à l'épargne :

- Les sociétés dont les titres sont inscrits à la bourse des valeurs d'un Etat partie, à dater de l'inscription de ces titres ;
- Les sociétés qui, pour offrir au public d'un Etat partie des titres, telles qu'elles soient, ont recours soit à des établissements de crédit ou agents de change, soit à des procédés de publicité quelconque, soit au démarchage.

Il y a également appel public à l'épargne, dès lors qu'il y a diffusion des titres au-delà du cercle de cent personnes. Pour l'appréciation de ce chiffre, chaque société ou

¹¹⁸⁶ Stephen JAILOWSKY, Craig TOOMEY, *Dans la jungle du placement, comment j'ai tiré mon épingle du jeu*, Editions Transcontinental, 2005, p.32, cité par TIOPOU Amevi, « Marchés financiers africains : rendements exceptionnels mais sérieux problème d'image limitant l'afflux de capitaux étrangers », www.afrology.com.

¹¹⁸⁷ Didier LOUKAKOU, *op. cit.*, p.828.

¹¹⁸⁸ Joseph ISSA SAYEGH, Paul Gérard POUGOUE, « L'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions », *Revue de droit uniforme*, UNIDROIT, 2008, p.470.

¹¹⁸⁹ Dans l'UEMOA, l'art. 22 de l'annexe de la convention portant création du conseil régional de l'Epargne Publique et des Marchés (CREPMF) et l'art. 3 du Règlement Général accordent au CREPMF un droit exclusif d'édicter les normes régissant l'appel public à l'épargne. En Afrique Centrale, zone CEMAC, l'article 31 de la convention régissant l'Union Monétaire de l'Afrique centrale (UMAC) attribue à la commission de surveillance du Marché financier de l'Afrique Centrale (COSUMAF) la compétence exclusive pour la régulation et le contrôle des opérations d'appel public à l'épargne.

¹¹⁹⁰ Didier LOUKAKOU, *op. cit.*, p.829.

organisme de placement collectif en valeurs mobilières constitue une entité unique ». Cet article n'est pas une définition, mais une énumération des critères de l'appel public à l'épargne.

L'analyse et la résolution des difficultés afférentes à ces chevauchements communautaires est nécessaire pour une parfaite intégration régionale. En effet, ces différentes réglementations ne reposent pas sur les mêmes critères que ceux de l'article 81 de l'Acte uniforme, d'où les nombreuses disparités. Les dissemblances sont nombreuses et varient d'une organisation à une autre¹¹⁹¹, d'où l'évocation d'un « cadre juridique composite de l'appel public à l'épargne au sein de l'espace OHADA »¹¹⁹² dont l'articulation et la combinaison des dispositions est quasi impossible en raison des différences et barrières établies entre organisations concurrentes¹¹⁹³.

Par exemple en droit OHADA, l'article 81 indique que le recours aux services d'investissements¹¹⁹⁴ dans le but d'offrir au public des titres, est une présomption d'appel public à l'épargne suffisante pour soumettre au destinataire tout émetteur titulaire d'une sollicitation de cette nature¹¹⁹⁵. Cependant, à la différence du droit OHADA, la réglementation CEMAC et UEMOA ont abandonné ce critère exclu des pratiques reconnues dans ces zones¹¹⁹⁶. L'article 19 de l'annexe à la convention portant création du conseil régional¹¹⁹⁷ ne le considère pas comme un critère de présomption d'appel public à l'épargne¹¹⁹⁸. Ce texte se borne uniquement à indiquer sobrement, au rang des critères de distinction de la notion, le recours à des « procédés quelconques de sollicitation du public » parmi lesquels sont précisément visés la publicité et le démarchage¹¹⁹⁹.

Les autres critères énumérés à l'article 81 de l'Acte uniforme sont retenus dans les législations CEMAC et UEMOA, à l'exception des intermédiaires financiers reconnus¹²⁰⁰. Cette analyse, permet de dire que les critères distinctifs de l'appel public à l'épargne et le champ

¹¹⁹¹ *Ibid.*, p.830.

¹¹⁹² Sébastien THOUVENOT, Emilie AUBRIOT, « l'appel public à l'épargne au sein de la CEMAC et de l'UEMOA par une société étrangère à l'espace OHADA », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°1, janv.fév.2010, p.37.

¹¹⁹³ Didier LOUKAKOU, *op. cit.*, p.830.

¹¹⁹⁴ Etablissements de crédit, agents de change ou société de bourse, prestataires de services d'investissement, ect.

¹¹⁹⁵ Didier LOUKAKOU, *op. cit.*, p.831.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*

¹¹⁹⁷ Organe de régulation.

¹¹⁹⁸ Didier LOUKAKOU, *op. cit.*, p.831.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*

¹²⁰⁰ Etablissements financiers, structure de bourse ou prestataires de services d'investissement.

d'application du régime sont définis de façon plus large en droit OHADA que dans les législations UEMOA et CEMAC ¹²⁰¹. Les différences de réglementation des marchés financiers entre l'UEMOA, la CEMAC et l'OHADA sont inadaptées au contexte des marchés ¹²⁰². Par exemple, « l'exigence de garantie par des établissements de crédits distincts dans chaque Etat dont les investisseurs sont sollicités dans le cadre de l'appel public à l'épargne serait inadaptée au contexte des marchés financiers de l'UEMOA et de la CEMAC ». En effet, si en droit OHADA le législateur exige une garantie de remboursement aux investisseurs, sur le marché financier de la CEMAC l'admission par l'émetteur de la constitution d'une garantie dans une opération d'emprunt obligataire par appel public à l'épargne ne requiert pas cette garantie. La garantie peut se voir substituer une « notation » ¹²⁰³ de l'émetteur ¹²⁰⁴ dans le cadre des marchés financiers.

De plus, il existe des contradictions entre ces régimes sur les entités ayant vocation à faire appel public à l'épargne, tel le droit d'intervention des entités étrangères, non résidentes ¹²⁰⁵. L'Acte uniforme est silencieux sur la possibilité pour une société-non résidente de faire appel public à l'épargne en zone OHADA ¹²⁰⁶, il n'y a aucune interdiction ou autorisation prévue à cet effet. Une structure dont le siège social se trouve hors de la zone OHADA aurait le droit, en raison de ce mutisme du législateur, de faire un appel public à l'épargne avec les dispositions de l'Acte uniforme.

Cependant, à la différence du droit OHADA, les réglementations des marchés financiers sous-régionaux de la CEMAC et de l'UEMOA autorisent explicitement le droit d'entité non-résidentes d'envisager un appel public à l'épargne dans la zone. Toutefois, la réglementation du marché financier de l'UEMOA est beaucoup plus contraignante, elle n'autorise pas ¹²⁰⁷ la cotation des valeurs étrangères à la Bourse Régionale des valeurs mobilières, elle interdit ¹²⁰⁸ l'appel public à l'épargne sans admission des titres à la côte de bourse régionale ¹²⁰⁹. La zone

¹²⁰¹ Didier LOUKAKOU, *op. cit.*, p.831.

¹²⁰² *Ibid.*, p.833.

¹²⁰³ La notation consiste par le biais d'information et d'analyses tirées des entreprises, à donner une appréciation sur la faculté de l'émetteur à assurer, aux échéances prévues, le service d'une dette émise sur le marché financier, sans créer un conseil d'achat ou de vente, ni changer la décision de l'investisseur. La notation est émise par des agences spécialisées appelées de notation ou rating : J-P Deschanel et B. p.313.

¹²⁰⁴ Didier LOUKAKOU, *op. cit.*, p.833.

¹²⁰⁵ *Ibid.*

¹²⁰⁶ *Ibid.*, p.834.

¹²⁰⁷ Article 174 du Règlement Général du Marché.

¹²⁰⁸ Article 176 du RG.

¹²⁰⁹ LOUKAKOU Didier, *op.cit.*, p.834.

CEMAC autorise aux entités non-résidents de coter en bourse ou faire appel public à l'épargne sans inscription des titres à la côte¹²¹⁰.

Les disparités sont nombreuses entre le régime juridique de l'appel public à l'épargne défini dans l'Acte uniforme OHADA et celui des marchés financiers de la CEMAC et de l'UEMOA. Ces contradictions sont la cause principale des conflits de normes actuels, car le droit OHADA différencie également les dispositions de l'UEMOA et de la CEMAC en matière d'appel public à l'épargne.

La zone CEMAC¹²¹¹ et la zone UEMOA imposent à travers leur réglementation, « la dématérialisation » des valeurs mobilières¹²¹² émises par les entités titulaires de l'appel public à l'épargne, que leurs titres soient cotés ou non¹²¹³. Le droit OHADA n'a pas mis en place un régime juridique général de dématérialisation applicable à l'ensemble des valeurs mobilières¹²¹⁴, il existe un régime spécifique de dématérialisation destiné aux sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne¹²¹⁵.

Ce régime est facultatif, il permet d'opter pour l'émission de titre papiers avec des risques sur le bon fonctionnement du marché financier¹²¹⁶, il est inadapté aux marchés financiers régionaux de l'UEMOA et de la CEMAC dans lesquels on trouve des dispositions sécuritaires parmi lesquelles la dématérialisation obligatoire des titres en matière d'appel public à l'épargne qu'ils soient ou non cotés. Les divergences sont nombreuses entre les ordres juridiques communautaires, on observe dans la zone CEMAC la réalisation d'opération d'appel public à l'épargne non conformes à la législation en vigueur¹²¹⁷ tandis qu'un tel procédé est sanctionné par l'Acte uniforme OHADA¹²¹⁸. De plus, en matière de responsabilité pénale, le droit OHADA n'admet pas la responsabilité des personnes morales,

¹²¹⁰ *Ibid.*

¹²¹¹ Article 46 du règlement du comité ministériel de l'Union monétaire de l'Afrique Centrale n°06/03-CEMAC-UMAC du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier de l'Afrique Centrale.

¹²¹² Actions et obligations.

¹²¹³ Didier LOUKAKOU, *op.cit.*, p.835.

¹²¹⁴ *Ibid.*

¹²¹⁵ Article 764 de l'AUSGIE.

¹²¹⁶ Didier LOUKAKOU, *op.cit.*, p.835.

¹²¹⁷ *Ibid.*

¹²¹⁸ Article 886 et suivant de l'Acte uniforme.

mais la réglementation UEMOA¹²¹⁹, à la différence des dispositions de l'Acte uniforme reconnaît la responsabilité des personnes morales¹²²⁰.

Le désordre juridique entre la zone OHADA, l'UEMOA et la CEMAC s'observe dans les domaines essentiels au développement des activités économiques. On assiste à un traitement inégalitaire des entreprises faisant appel public à l'épargne,¹²²¹ à la soumission des personnes morales de l'UEMOA et de la CEMAC à des dispositions contradictoires qui génèrent d'énormes conflits à résoudre. Par exemple dans le domaine des transports, les confrontations sont rudes entre la CEMAC et l'OHADA¹²²². Le droit communautaire de la CEMAC réglemente le transport des marchandises par route par le biais de l'adoption d'une convention en conseil des ministres, tandis que le droit OHADA de son côté a adopté un Acte uniforme sur le transport des marchandises par un Acte uniforme sur le transport des marchandises par route¹²²³.

Les deux textes indiquent de manière similaire les mentions obligatoires, mais la convention de la CEMAC exige deux mentions obligatoires de la lettre de voiture¹²²⁴ que l'on ne trouve pas dans l'Acte uniforme de l'OHADA. Le juge et les justiciables sont confrontés à des contradictions en matière de détermination du choix des obligations du transporteur sur le fondement de mesures contradictoires¹²²⁵.

Le bon fonctionnement des marchés financiers permettrait d'attirer, le maximum d'investisseurs au sein des places financières. Cependant, si leur fonctionnement est dominé par des difficultés non résolues, la réticence des investisseurs à intégrer le marché et acquérir des titres se fait sentir. L'attractivité des investisseurs est intimement liée à la bonne marche des espaces financiers.

Les conditions de fonctionnement des marchés financiers devraient être améliorées, afin de résoudre les difficultés rencontrées par ces marchés. Les premières mesures prises devraient

¹²¹⁹ Article 36 de l'annexe à la convention portant création du conseil régional de l'épargne publique et des marchés financiers.

¹²²⁰ Didier LOUKAKOU, *op.cit.*, p.836.

¹²²¹ Particulièrement celles prévues dans l'UEMOA, car celles établies dans la CEMAC y échappent.

¹²²² Samuel Jacques PRISSO-ESSAWE, « Les espaces juridiques de sécurisation des investissements en Afrique : entre droits communautaires et droit uniforme » *revue Lamy droit civil n°67*, Janvier 2010, p.62.

¹²²³ *Ibid.*

¹²²⁴ En droit OHADA, l'article 4 de l'acte uniforme prévoit en son alinéa premier, les mentions obligatoires dans la lettre de voiture, en prévoyant que « La lettre de voiture doit contenir : les lieux et date de son établissement, le nom et adresse du transporteur... ». Cependant, l'alinéa trois de ce texte, prévoit que « les contractants peuvent porter sur la lettre de voiture toute mention qu'ils jugent utile ».

¹²²⁵ Samuel Jacques PRISSO-ESSAWE, *op. cit.*, p.62.

concernées, l'intégration des marchés financiers, afin de résoudre leur étroitesse, elle contribuerait à une mobilisation des fonds disponibles dans l'ensemble des marchés. Le bon fonctionnement des marchés implique la mise à la disposition par les autorités des marchés financiers, des professionnels de haut niveau, et des instruments efficaces.

Ces autorités publiques devraient davantage montrer l'intérêt des marchés financiers pour les populations, c'est un moyen pour eux d'investir dans la promotion des marchés financiers de l'OHADA.

Le législateur OHADA devrait également penser aux méthodes tendant à l'amélioration des pratiques bancaires dans l'espace OHADA. Les établissements financiers occupent une place importante en matière d'investissement, le crédit est la clé de voûte des opérateurs économiques pour obtenir des investissements. La réglementation bancaire à l'image du droit des marchés financiers devrait être efficiente, afin de faciliter l'obtention de crédit à l'ensemble des Etats membres.

L'application des dispositions bancaires est complexe, en raison de l'hétérogénéité des pratiques bancaires entre les différentes organisations sous-régionales.

Les organisations devraient se réunir, afin de dresser un état des lieux de « l'intermédiation bancaire dans le financement de l'économie réelle en considérant ce que proposent le droit français, belge, italien, et s'agissant des Etats africains, principalement les droits marocain et sénégalais »¹²²⁶.

La construction d'un modèle économique au service des investissements est conditionnée par l'existence d'un système bancaire adapté aux évolutions et économies des Etats.

De nouvelles mesures permettraient de faire face au contexte difficile dans lequel s'exercent les pratiques bancaires, en raison d'une insécurité juridique et judiciaire de l'environnement des affaires. Les établissements bancaires gagneraient à améliorer l'hétérogénéité de leur pratique.

¹²²⁶ Anne- Marie Romanie, « La Banque dans tous ces états », *Petites Affiches*, n°180-181, p.3.

B. L'hétérogénéité des pratiques bancaires

La réglementation bancaire des pays membres de l'organisation OHADA est à mi-chemin entre l'Afrique de l'ouest et l'Afrique centrale¹²²⁷.

Le contexte actuel est celui de l'absence de règles homogènes relatives à l'industrie bancaire, car il n'y a actuellement aucun acte uniforme sur l'activité bancaire. Les entreprises devraient se soumettre aux législations dérivées en zone CEMAC et UEMOA, les règles essentielles de fonctionnement de l'activité bancaire et de la pratique du crédit se trouvent dans ces législations. Le secteur bancaire est à l'image des marchés financiers une source importante de financement des entreprises par le biais des emprunts qui leurs sont accordés.

L'absence d'harmonisation du droit bancaire est la conséquence des nombreuses insuffisances en matière d'emprunt bancaire (1) et le recours à des mesures efficaces est impératif pour améliorer, le système bancaire en droit OHADA (2).

1. Les insuffisances de l'emprunt bancaire en droit OHADA

Au cours des dernières années le secteur bancaire en Afrique subsaharienne a connu de nombreuses mutations, la clientèle s'est développée, ce qui a entraîné une hausse du taux de bancarisation de ces pays. Dans les pays de l'UEMOA, le taux du crédit était de moins de 15 % en 2014, au Sénégal en 2015 le taux du crédit est passé de 16,98 % à 17,94 % en 2016¹²²⁸.

Les structures bancaires devraient améliorer leurs stratégies pour attirer le maximum d'entreprises. Le marché du crédit est peu développé, les entreprises affichent des besoins financiers non satisfaits, d'où la difficulté des petites entreprises à obtenir des emprunts pour financer leurs activités. Les taux appliqués sont élevés et pourraient dissuader les entreprises à faible capacité financière à renoncer à leur volonté de contracter des prêts bancaires. On pourrait s'interroger sur la possibilité d'harmoniser le système du crédit au niveau régional, afin de palier à toutes ces difficultés.

De manière effective, la mise en place d'une uniformisation des textes juridiques passe par la création d'actes uniformes, que l'on pourrait qualifier de codes dans le système du droit écrit¹²²⁹. Le législateur OHADA a adopté de nombreux actes uniformes portant sur le droit

¹²²⁷ Jacques-Brice MOMNOUGUI, « L'OHADA et la banque : quels enjeux ? », *Recueil Dalloz*, 2015, p.1480.

¹²²⁸ Bulletin des statistiques économique et monétaire de l'UEMOA. www.beceao.int.fr.

¹²²⁹ *Ibid.*

commercial général, les sociétés commerciales, les sociétés coopératives, les sûretés, les voies d'exécution, les procédures collectives, l'arbitrage, le transport de marchandises par route et la comptabilité.

Cette harmonisation est limitée par les clivages entre les textes régissant les différents marchés financiers selon les organisations auxquelles les Etats sont adhérents. Ces clivages ont dépassé le droit financier, car la réglementation bancaire a subi les conséquences d'un manque d'uniformisation au sein des Etats, un frein au développement des investissements.

Le dispositif juridique bancaire des Etats membres de l'espace OHADA se trouve disloqué entre les différents espaces sous-régionaux de l'Afrique de l'ouest et celui de l'Afrique centrale. Les Etats de ces deux espaces utilisent la même monnaie qui est le FCFA, bien qu'elle ne soit interchangeable entre les deux espaces¹²³⁰. C'est la raison pour laquelle, il existe deux banques centrales distinctes, avec à leurs têtes deux gouverneurs : La banque centrale des Etats de l'Afrique de l'ouest et la banque des Etats de l'Afrique centrale. Chaque Etat a une commission nationale chargée de l'application des dispositions bancaires sous le contrôle de la Banque centrale qui applique la politique définie par les Etats membres.

L'hétérogénéité des pratiques bancaires en Afrique est issue de la difficulté qu'il y a de réunir l'ensemble des dispositions et former un dispositif unique pour les Etats de l'Afrique centrale, de l'ouest, et de l'Afrique subsaharienne. Le manque d'uniformisation des dispositions bancaires agit négativement sur le développement des activités économiques de l'OHADA, même s'il n'entrave pas réellement les investissements. Les Etats membres devraient faire des efforts pour parvenir à une harmonisation du droit bancaire et du droit financier, car les sociétés ont besoin de crédit pour concrétiser leur projet de financement. « Selon la banque mondiale, entre 2000 et 2008, le taux de croissance du produit intérieur brut (PIB) par habitant, en parité du pouvoir d'achat, a été de 54 % par an en Afrique Subsaharienne. Aussi, selon les analystes du *McKinsey Global Institute*, le continent africain a obtenu une croissance moyenne de 6 % en 2012 et les dépenses générales de consommation devaient dépasser, en 2014, les 1 000 milliards de dollars »¹²³¹.

¹²³⁰ Jacques- Brice MOMNOUGUI, *op. cit.*, p.1480.

¹²³¹ *Ibid.*

Le Mali membre de l'OHADA et de l'UEMOA a connu des difficultés économiques dont les conséquences ont été ressenties au niveau des établissements bancaires, d'où les difficultés des petites et moyennes entreprises auprès des banques.

En effet, les banques sont réticentes à financer les petites entreprises, en raison des problèmes de garanties, les PME revendiquent l'assouplissement des conditions d'accès au financement.

Les différentes législations bancaires notamment celles de l'UEMOA et de la CEMAC devraient se regrouper, afin de créer un ensemble homogène de dispositions bancaires applicables aux Etats de l'Afrique de l'ouest, de l'Afrique centrale, et de l'Afrique subsaharienne.

Ces disparités sont liées à l'inadaptation des textes juridiques et réglementaires au contexte national, et à l'application considérée souvent inéquitable des lois et règlements au détriment des établissements de crédit.

De plus, on observe des lenteurs dans le fonctionnement de l'administration judiciaire et l'absence de magistrats spécialisés dans le traitement des contentieux bancaires, qui seraient une source majeure de perturbation et de difficulté dans les relations entre les banques et leurs clients. L'attractivité du secteur bancaire est faible en Afrique, en raison de la rigidité des réglementations en matière d'octroi du crédit, les clients se plaignent de la longueur des procédures, et des taux d'intérêts élevés.

Les banques sont frileuses, elles exigent des garanties aux porteurs de projet, ces garanties sont difficilement rassemblables, d'où les difficultés éprouvées par les entrepreneurs du secteur informel¹²³² et les micro-entreprises. L'Afrique a enregistré au cours des dernières années l'arrivée massive des institutions de micro-finance sur le marché financier. Ce sont des structures qui ont révolutionné l'épargne, les Etats devraient renforcer la promotion des institutions de micro-finance, afin de favoriser le retour de beaucoup d'entreprises qui se sentaient exclues du champ du crédit. Les banques l'ont comprises, et font des efforts pour l'améliorer car, il s'agit d'un pan intéressant dans le développement de l'économie africaine.

La concrétisation de ces démarches requiert une harmonisation régionale des politiques bancaires entre les différentes organisations. L'ensemble des experts de ce secteur sont

¹²³² Les entreprises ont besoin de fonds de garanties pour être soutenu dans leurs projets, et renforcer leur crédit. L'Etat devrait s'engager sur ces fonds de garanties, et donner plus de confiance aux banques à financer les particuliers.

d'accord que si l'on veut moderniser le dispositif bancaire, il faudrait aller vers une harmonisation des lois et réglementations de sorte qu'une entreprise en côte d'Ivoire puisse par exemple se faire financer par une banque au Sénégal ou dans un autre Etat, car l'harmonisation est la condition de la cohésion bancaire.

L'harmonisation des pratiques bancaires est incontournable, les entreprises ont une même banque centrale, une même monnaie, se finance sur des marchés monétaires commun, il n'y a pas de raison que l'on puisse ne pas avoir une harmonisation des opérations bancaires. Le fait de se refinancer sur les différents marchés de la région devrait permettre d'avoir une vraie harmonisation du système de crédit.

Les difficultés sont aussi liées aux coefficients de liquidités disponibles pour faciliter aux banques l'octroi de crédit aux entreprises. En effet, certains pays ont des taux d'intérêts élevé et ne risque pas de baisser, d'où la réduction du taux de prêt octroyé dans les pays de l'Afrique de l'ouest. Les nouvelles législations permettraient de diminuer la cherté des taux et la réduction des procédures.

Les banques devraient pouvoir servir les petites entreprises comme ils servent les grandes entreprises, par une application des taux variables selon la catégorie de la structure concernée. Les disparités entre pays africains en matière d'octroi de crédit sont courantes, les nouvelles démarches de financements s'imposent, afin d'améliorer le système bancaire.

On peut dire, qu'il n'y a pas une réticence en soi du développement du crédit, il y a juste des règles relativement strictes, la zone UEMOA à travers la zone BCEAO est une zone restrictive en matière de réglementation du crédit. L'UEMOA est la zone la plus réticente en matière d'octroi de crédit, d'où les difficultés des entreprises OHADA. Les Etats devraient accompagner les banques dans la recherche des solutions à l'octroi de crédits bancaires accessibles à toutes les entreprises.

La réglementation bancaire pose un problème, au niveau régional, national, pour les demandeurs de financement, il faudrait analyser les difficultés en ces termes. Ces réglementations n'arrivent pas à cerner la difficulté pour les sociétés de présenter une demande comportant de solides garanties de financement.

Les entreprises se voient rejeter l'octroi de leur prêt, en raison de l'insuffisance des garanties de paiement, ils sont confrontés à la hausse des taux d'intérêts¹²³³. Les banques ne prêtent pas au secteur informel, qui représente plus de 54 % de l'économie africaine. Ce secteur génère 97% de création d'emplois au Sénégal¹²³⁴. Le niveau des systèmes de crédit, l'organisation des banques est complexe, elles ne prêtent qu'aux grandes entreprises alors qu'il y a beaucoup de petites entreprises, et de PME en Afrique etc....

Les PME constituent le cœur du développement des activités économiques, elles représentent plus de 80 % des économies africaines¹²³⁵, mais ces entreprises peinent à émerger. Le principal obstacle est, le financement entre petites trésoreries, et le manque d'information fiable. Les investisseurs considèrent que les PME sont risquées, les micro-finances ne peuvent financer les petites et moyennes entreprises¹²³⁶ à l'instar des banques commerciales. La part des PME dans l'investissement national ne doit pas être négligée par les banques, il faudrait multiplier les fonds de garanties et permettre aux jeunes entreprises d'accéder au crédit.

Cependant, les PME devraient faire des efforts au niveau de l'information et de l'organisation, il est du devoir du banquier d'avoir une approche différente de la PME avec une nécessaire proximité. Les PME formelles représentent jusqu'à 60 % de l'emploi totale¹²³⁷, mais la majeure partie disparaissent deux années après leur création faute de financements suffisants. L'économie ne peut se développer sans les petites entreprises, les PME ont besoin de financement et les financiers de garantie¹²³⁸. La création d'institutions financières spécifiques permettrait de soutenir ces petites structures.

Les banques traditionnelles ne prêtent en Afrique qu'aux riches, les crédits coopératives qui ont été créés ne sont pas en mesure de pallier ces inégalités¹²³⁹.

¹²³³ Les taux d'intérêts sont faibles lorsque le dossier est rentable et que le projet est solvable, elles s'apprécient en fonction du risque qu'il y a derrière le financement d'une entreprise.

¹²³⁴ « Rapport sur l'emploi au Sénégal : Le secteur informel génère 97% des créations », Le Soleil, 14 octobre 2007. « Impact d'une amélioration de la productivité du secteur informel sur l'économie sénégalaise » étude réalisée par la Direction de la prévision et des études économiques (Dpee) selon les chiffres de l'enquête nationale sur le Secteur informel au Sénégal (ENSIS) réalisée en 2011 et recueillies auprès de l'ANSD. La rédaction, « Sénégal : le secteur informel représente 41, 6% du PIB », sur *lejecos*, Le journal de l'économie sénégalaise (consulté le 3 janvier 2019). « Le FMI classe les pays africains en fonction du poids de leur secteur informel, qui va de 20% à 65% de leur PIB », www.ecofin.com .

¹²³⁵ www.groupecofina.com.

¹²³⁶ Les dirigeants des petites et moyennes entreprises se plaignent des taux d'intérêts trop élevés.

¹²³⁷ www.oecd.org.

¹²³⁸ Ils veulent éviter les éventuelles malversations financières. C'est un phénomène assez normal, en raison de l'ensemble des risques que suscite la création d'une entreprise, lorsqu'une banque prête, elle évalue les risques.

¹²³⁹ Le taux de bancarisation est élevé.

Les risques sont élevés, les banques fixent la barre des taux d'intérêts très haute, les Etats devraient mettre en place des politiques bancaires efficaces et adaptées à l'ensemble des entreprises de la sous-région, il y aura ensuite lieu de distinguer, les banques commerciales, les banques de dépôts, et les banques de financement. Les conditions d'accès au crédit sont draconiennes, le demandeur de crédit doit d'être solvable, afin de rembourser le prêt. En effet, beaucoup de banques ont fait faillite en prêtant sans tenir compte de la capacité de restitution des fonds investis.

Une grande partie de l'économie est informelle, sa formalisation implique l'accès au crédit et la maîtrise de la gestion des fonds. Le développement de la micro-finance est indispensable, car le secteur informel est le moteur de l'économie africaine.

L'ensemble des organisations devrait se concerter en vue de faciliter les investissements, améliorer et sécuriser le cadre juridique et judiciaire des affaires, en tenant compte des particularités du droit bancaire. L'idéal est d'harmoniser le système de crédit au niveau régional, car en dépit des inégalités au niveau des économies et des politiques mises en place dans les Etats, il n'y a pas d'harmonisation des normes bancaires.

Les nouvelles dispositions devraient porter sur la mise en œuvre de procédures particulières et adaptées au domaine bancaire, notamment dans le cadre des contentieux. De plus, il serait judicieux d'assurer la formation des magistrats spécialisés en matière bancaire pour leur permettre d'effectuer des jugements en toute objectivité et équité des litiges entre les banques et les sociétés. La mise en place d'un régime juridique propre aux établissements de micro finance permettrait de renforcer leur capacité financière. Le réaménagement des textes bancaires et du régime juridique applicable aux banques, et établissements bancaires, devrait tenir compte du contexte économique spécifique à l'OHADA, et des difficultés liées à la mondialisation. Une nouvelle réglementation du droit bancaire faciliterait une bonne articulation entre les diverses sources de financement.

Les relations de confiance devraient exister avec le secteur bancaire pour faciliter l'accès au crédit, elles permettraient aux opérateurs économiques de mieux explorer les opportunités de financement possibles¹²⁴⁰.

¹²⁴⁰ Banques et établissements financiers, système financiers décentralisés, marché financier, marché des titres de créances négociables, institutions financières régionales spécialisées, Banque régionale de solidarité en création.

L'Amélioration de la bancarisation requiert, la mise en place de nombreuses agences bancaires sur le territoire dans tous les Etats OHADA, afin de faciliter un rapprochement entre les banques, et les agents économiques.

En définitive, les mesures de concertation sur les modalités de financement de l'économie dans l'OHADA et les autres espaces de la sous-région constituent un impératif d'ordre économique au même titre que les marchés financiers.

L'OHADA tente de donner un nouvel élan au financement bancaire des économies de l'organisation, en dépit de l'hétérogénéité des pratiques bancaires entre les différentes organisations de la sous-région. En effet, plus d'une dizaine d'année après une longue pratique des sûretés OHADA, l'environnement bancaire s'est développé :

Par l'entrée en vigueur d'un nouvel acte uniforme des sûretés modifiées.

Par la mise en place concernant les banques de l'UMOA, d'un nouveau dispositif prudentiel prévu entré en vigueur le 1^{er} Janvier 2018.

« Le conseil des ministres de l'UMOA, lors de son séminaire du 15 décembre 2004, a examiné les conditions de financement des économies des Etats membres de l'UEMOA. Il a noté avec satisfaction la richesse et la pertinence des réflexions issues des concertations organisées sur cette question par la BCEAO, du 4 mars au 29 avril 2004, dans les huit Etats de l'union, et a relevé le rôle important que joue le secteur financier dans le financement des investissements productifs ainsi que son effet multiplicateur sur les revenus et la croissance économique.

A cet égard, le conseil a approuvé les recommandations à l'endroit des pouvoirs publics, des opérateurs économiques et des établissements de crédit »¹²⁴¹.

Ce dispositif a un impact important sur les sûretés, en raison du rôle des sûretés dans l'activité du crédit, il est indispensable de proposer aux banques, une amélioration des dispositions applicables par :

L'identification et l'appréciation des différentes innovations introduites par les nouveaux textes.

¹²⁴¹ Concertations sur le Financement Bancaire de l'économie dans les Etats de l'UMOA, rapport annuel de la BCEAO, 2004, p.76.

L'hétérogénéité des dispositions bancaires nécessite la reprise de l'ensemble des dispositifs et la refonte de toutes les mesures en un seul acte uniforme¹²⁴². Les investisseurs ont besoin d'un cadre réglementaire et législatif rassurant pour l'ensemble de la sous-région.

Ces manquements constituent une contrainte majeure au développement des échanges de biens et de services entre les Etats OHADA, elles pourraient heurter l'investissement par les banques.

2. Les techniques d'amélioration du système bancaire en droit OHADA

Les entreprises ont besoin des services bancaires pour répondre à leurs besoins économiques, l'histoire des services bancaires remonte à celle de monnaie¹²⁴³. La banque auprès de la société est un support pour accomplir le développement des activités économiques, elle intervient de diverses manières dans l'objectif de satisfaire la demande des entrepreneurs dans le cadre du développement des activités commerciales et la satisfaction des besoins d'une société. Les spécialistes ne cessent de trouver des solutions aux crises du secteur bancaire¹²⁴⁴, car la réglementation bancaire ne doit pas être en dysharmonie avec le droit OHADA des sociétés commerciales.

En effet, parmi les objectifs libellés dans le préambule du traité, il y a la volonté de procéder à un assainissement de la zone OHADA en vue de renforcer l'attractivité des investisseurs et relancer l'économie africaine. Les enjeux de la réglementation bancaire sont proches du droit

¹²⁴² Jacques-Brice MOMNOUGUI, *op. cit.*, p.1480.

¹²⁴³ La pratique du commerce d'argent remonte à l'antiquité, Voir DELOUME Antonin, *les manieurs d'argent à Rome*, hachette, 1889. ; Georges PLATON, « Les Banquiers dans la législation de justinien », *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, 1909 et 1911 ; Rivoire J., *Histoire de la banque*, PUF, 1984 ; concernant la banque pendant la période entre le Moyen âge et le XIXe siècle, Voy. Guy ANTONETT, *Une maison de Banque à Paris au XVIIe siècle*, 1963, Persée, p.527-528 <https://www.persee.fr/>; Louis BERGERON, *Banquiers, négociants et manufacturiers parisiens du Directoire*, ed. EHESS, 1978 ; Jean BOUCHARY, *Les manieurs d'argent à Paris à la fin du XVIIe siècle*, 3 volumes, librairie des sciences politiques et sociales, 1940, p.216-210 ; John Maw GALAVIELLE, « Premier gestionnaire de monnaie », *Banque*, 1977, p.431 ; SAYOUS André E., « Les opérations des banquiers de Gênes à la fin du Xii siècle », *Annales de droit commercial : revue trimestrielle*, 1934, p.284 ; VENE, « Les Banques de Venise », *Banque*, 1948, p. 15 ; Veronique GIRY, *Marchands et banquiers italiens au Moyen âge*, *Banque contemporaine*, voy. Stéphane PIEDELIEVRE, Emmanuel PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica, 2011 P.5-19 ; LAINE Mathieu, « La monnaie privée », *RTD Com avril-juin 2004*, p.227-242 ; Thierry BONNEAU, *Droit bancaire*, LGDJ, 2013, P.12-13 ; Alfred POSE, *La monnaie et ses institutions*, PUF, 1942, p.143-163 ; Galbraith, John. KENNETH, *L'argent*, « idées », Gallimard, p.19.

¹²⁴⁴ Une réunion s'est faite à Abidjan, dans le cadre d'une réunion spéciale du comité des experts OHADA sur le projet d'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, (AUPC). Cette réunion spéciale des 03, 04, et 05 août 2015 qui a permis d'analyser l'AUPC révisé pour son adoption par le conseil des Ministres de l'OHADA. De cette rencontre, il a été retenu que l'Acte uniforme sur les procédures collectives a été révisé car elle présente de nombreuses insuffisances, notamment l'absence d'une procédure préventive de conciliation moderne, l'inexistence de réglementation concernant les mandataires judiciaires ect...

OHADA, elles permettent l'organisation, le suivi, le contrôle et la gestion de la banque, support de taille pour les entreprises¹²⁴⁵. L'homogénéité des dispositions bancaires entre les différentes organisations garantit un accès facile au crédit. C'est dans ce contexte que le nouvel Acte uniforme sur le droit des procédures collectives est venu compléter l'acte uniforme révisé sur la sécurité juridique des transactions, afin de procéder à la modernisation des établissements de crédit au sein de l'OHADA¹²⁴⁶.

Le regroupement des textes contribuerait d'une large manière à l'atténuation des risques encourus par les investisseurs et les créanciers, il permettrait de diminuer l'insolvabilité due aux nombreux emprunts, et ferait baisser les taux d'intérêts. La confiance des investisseurs devrait être renforcée face à des entreprises à faible capitaux et garanties. En effet, elles sont souvent dans l'incapacité d'honorer leurs dettes, l'uniformisation des dispositions bancaires pourrait être avantageuse, car leur rôle est intéressant en matière de développement économique.

Le crédit bancaire est un mode de financement incontournable en Afrique, la Banque mondiale et la société financière internationale ne cessent d'apporter leur soutien à l'OHADA¹²⁴⁷.

Les banques africaines sont conscientes des enjeux de l'entrepreneuriat dans le développement économique des pays OHADA, elles devraient soutenir massivement les PME qui éprouvent d'énormes difficultés pour trouver des financements adaptés à leurs moyens. Par exemple, la Banque *United For Africa* poursuit des objectifs en vue de promouvoir l'entrepreneuriat, elle a signé de nombreux accords de financement avec les banques à l'international. Le but de ces accords est de faciliter le financement des petites et moyennes entreprises, ils permettraient aux programmes d'appui au financement des petites et moyennes entreprises de se solidifier dans divers secteurs.

Les PME représentent une part importante du tissu économique, les banques à l'image de United Banque for Africa déploient beaucoup d'effort pour soutenir l'entrepreneuriat des jeunes africains et financer une grande partie d'entrepreneurs africains. En effet, on a

¹²⁴⁵ Mariame ZERBO, « Les spécificité de la réglementation bancaire au regard du droit OHADA des sociétés commerciales », *afrilex, revue d'étude sur le droit et l'administration dans les pays en Afrique*, p.191.

¹²⁴⁶ Malesh UTTAMCHANDANI, « Les PME de 17 pays africains devraient bénéficier d'un accès amélioré à des financements » Rapport, septembre 2015, p.2. muttamchandani@worldbank.org.

¹²⁴⁷ Elles accordent aux Etats membres de l'OHADA leurs aides en matière d'insolvabilité et de recouvrement des créances.

remarqué que beaucoup de PME après quelques années d'activités disparaissent, en raison des difficultés de financement.

Les initiatives bancaires pour faciliter l'entrepreneuriat sont nombreuses, l'amélioration du système bancaire aiderait les structures à se construire et à se développer.

Les moyens de financement sont diversifiés, mais le crédit bancaire est un outil de financement indispensable pour les entreprises africaines. L'intervention des structures bancaires est une nécessité, l'entreprise ne peut se suffire des financements en fond de roulement, elle a besoin des soutiens bancaires. Les soutiens se manifestent par des programmes d'appui de financement, les entreprises leur accordent des crédits à des taux raisonnables afin de les aider à assurer les remboursements. Les structures pourraient être viables et pérennes avec des moyens de financement adaptés. Le financement bancaire devrait être restructuré, il fait la force des entreprises africaines, il permet d'encourager la volonté des micros et petites entreprises représentant une part importante de notre économie.

Les politiques en matière de garantie devraient être améliorées afin de faciliter l'octroi de crédit bancaire. Les techniques d'analyse du risque sont différentes selon les Etats, les banques africaines devraient se démarquer des méthodes françaises en vue d'une meilleure adaptation des entreprises.

Au Sénégal, l'accès au financement pour les petites et moyennes entreprises est limité¹²⁴⁸, la majorité des demandes de financement sont refusés par les établissements bancaires en raison de l'insuffisance des garanties. Les petites et moyennes entreprises et les très petites entreprises sont constamment préoccupées par la recherche de moyen de financement. Ces financements constituent la clé pour grandir, accroître leur croissance et la gestion quotidienne de leurs entreprises. Le Sénégal a fait le choix de privilégier l'émergence de divers projets dont la finalité est destinée à renforcer le soutien et l'aide financier accordé au PME.

La création de nouvelles institutions de financement bancaires est devenue un impératif d'ordre économique, elle a pour objectif d'aider les structures à faire face au déficit de crédit qu'ils subissent. Par exemple, le nouveau plan Sénégal émergent s'appuie sur les PME pour consolider le tissu économique de ce pays et porter son émergence.

¹²⁴⁸ Les PME sont un levier important de croissance, elles représentent près de 80% des économies.

Ces institutions devraient principalement tenir en compte des difficultés liées aux garanties requises et des méthodes de remboursement, en raison de la précarité de la situation des entreprises. Au Sénégal a été créée la Banque nationale pour le développement économique SA, les fonds de garantie pour les investissements prioritaires pour les PME, et la bonification des entreprises accordées aux acteurs économiques.

Les pays OHADA font beaucoup d'effort pour favoriser la pratique du crédit bancaire dans les activités économiques, le groupe de la banque mondiale préconise la création de services structurés, complets et variés pour mettre en place des infrastructures de crédit¹²⁴⁹ au service des entreprises.

Cependant, afin de contourner les défaillances du système bancaire, il existe d'autres alternatives tel les *Business Angels*¹²⁵⁰, les levées de financement au niveau des diasporas, elles sont viables à long terme en termes de financement et sont gérées par des structures spécialisées. Les banques pourraient s'interférer entre ces entités, afin de financer, soutenir, subventionner les entreprises. L'essentiel pour ces établissements est la sécurisation des systèmes de garanties qui leur permettent de faire face aux éventuels risques.

Les PME ont du mal à obtenir du crédit parallèlement aux grandes entreprises qui n'ont pas de difficultés à lever de gros montants au niveau du marché bancaire.

Les entreprises en Afrique subsaharienne ne devraient plus être confrontées à un durcissement des conditions d'octroi de crédit, l'amélioration du dispositif juridique bancaire est le seul moyen d'y parvenir.

¹²⁴⁹ Sécurisation des transactions, insolvabilité, analyse du crédit.

¹²⁵⁰ Ce sont les anges de l'entrepreneuriat, il s'agit d'entrepreneurs de grandes structures qui sont bénévoles pour travailler et aider les petites entreprises. C'est une personne physique, un individu qui a décidé d'investir une partie de mettre une partie de son patrimoine personnel qu'il a réalisé au cours de sa carrière dans des petites entreprises pour les aider à se développer et en les accompagnant de manière bénévole tout au long de leur développement, en leur offrant des possibilités de contact que les réseaux de *business Angels* a pu développer et également leur donnant des conseils venant de son expérience. C'est une aide financière destinée à faciliter le développement de l'activité économique de l'entreprise. Après sa création, l'entrepreneur va être en mesure de solliciter des aides financières aux *Business Angels* avec un business plan structuré explicite les besoins de financement de l'entreprise. Ce type de financement constitue un moyen de valorisation de la société. En France l'investissement moyen d'un business Angel va de 150 milles euros à 300 milles euros, en plus de sa bienveillance, son carnet d'adresse et son retour d'expérience. L'entreprise doit apporter de la crédibilité et de la confiance à son projet, constitue la clé pour qu'un Business Angel puis prêter de l'argent à l'entreprise. Les bénéficiant le plus souvent de l'aide des *Business Angels* sont les SA, SAS, déjà constituées, certains d'entre eux connaissent un peu le marché. Les *Business Angels* ont connu un gros succès dans l'entrepreneuriat français, il devrait en être de même pour les entreprises africaines.

La coexistence des normes juridiques existantes dans le domaine des marchés financiers et du secteur bancaire est due à un manque d'uniformisation des textes dans plusieurs secteurs notamment en droit des affaires.

§ 2. La coexistence de normes juridiques communautaires concurrentes dans la zone OHADA (UEMOA, CEMAC, CEDEAO)

Selon le professeur Didier LOUKAKOU « Si l'œuvre d'intégration juridique engagée est très largement saluée et encouragée, son aboutissement commande néanmoins, l'adoption d'une démarche cohérente, ainsi qu'une appréhension globale et homogène du cadre normatif, dans un souci d'effectivité et d'efficacité. A défaut ce sont les objectifs du traité qui seraient compromis.

Les objectifs fondamentaux assignés à l'OHADA dans le traité, tels la sécurité juridique et judiciaire ou l'unification générale des législations en droit des affaires, ne se révéleraient-ils pas utopiques si persistent des incohérences et diverses sources d'hétérogénéité normatives et de dissonances ? La survenance du risque de conflit normatif peut-elle être exclue dans un contexte de disparité et d'incohérence des sources de la réglementation des affaires au sein de l'espace OHADA ?

Pourtant en matière de droit pénal des affaires, le traité OHADA organise une dualité de compétences, entre d'une part, les instances de l'OHADA et d'autre part, les Etats membres. Cette organisation quoi qu'originale, permet-elle d'atteindre les objectifs définis dans le traité et, en particulier, la sécurité juridique et judiciaire, ou l'unification nécessaire des législations en droit des affaires ?

L'ensemble des organisations poursuivent un objectif de développement économique, mais le manque d'organisation et de coordination entre les organisations et les Etats est à l'origine des difficultés de financement que rencontrent les différents Etats. C'est une sorte de « Cacophonie, certes relative, mais non moins préjudiciable dans cette francophonie juridique africaine qui tente de s'organiser, de s'embellir et se rendre plus attractive pour mieux tirer son épingle du jeu de la mondialisation des échanges »¹²⁵¹.

La coexistence des normes juridiques n'est pas nouvelle, il a souvent été reproché aux Etats africains d'adhérer à des organisations régionales en l'absence de démarche articulée avec des

¹²⁵¹ Samuel-Jacques PRISO-ESSAWE, *op. cit.*, p.1.

actes similaires antérieurs, ayant pour conséquence des dislocations, voir des « mille feuilles »¹²⁵². La solution serait de procéder à des planifications régionales à l'image de l'union européenne par la délégation pour la planification et la libéralisation des échanges commerciaux, en s'interrogeant sur leurs effets en matière de croissance et de développement¹²⁵³. Une analyse sur la base des règles produites entre les différentes organisations régionales permettrait simplement d'approcher la réalité de plus près du point de vue juridique et de mettre en évidence un fait.

Le manque d'uniformisation est à l'origine des difficultés d'application des dispositions en matière de financement et d'investissement. La sécurisation des investissements, et le renforcement des instruments de financement requiert une amélioration de la sécurité juridique dans les ordres juridiques concernés. Cette insécurité résulte tant de la concurrence des dispositions produites par les différentes organisations, que de croisement des actions et structures juridictionnelles assurant leur application¹²⁵⁴. « La sécurisation des affaires par la sécurité juridique se perd parfois dans les méandres des rapports entre droits communautaires et droits harmonisés »¹²⁵⁵.

La coexistence de plusieurs normes juridiques n'est pas avantageuse pour les Etats membres au traité de l'OHADA. En effet, les inconvénients s'observent au niveau de l'ensemble des espaces communautaires, sur lesquels on trouve des normes régissant des questions parfois identiques, et dont les rapports n'ont pas été toujours pensés dans le sens d'une coordination pourtant nécessaire. La concurrence des espaces juridiques concerne deux types d'organisations qui s'intéressent à la sécurisation des investissements, elles coexistent dans les Etats francophones, et sont à l'origine des difficultés de financement auxquels sont confrontés les Etats (A) et de l'existence de contraintes aux entrées financières des entreprises OHADA (B).

A. La concurrence des espaces juridiques un frein aux financements des entreprises.

Les organisations d'intégration économique sont nées dès le début des années 1960, renouvelées au milieu des années 1990 en Afrique centrale et en Afrique de l'ouest, elles regroupent les

¹²⁵² L'expression est bien connue dans le commerce international, et est décriée tant pour les Etats africains que l'union européenne. Commission économique des nations unies pour l'Afrique, Etat de l'intégration régionale en Afrique, Addis-Abeba, 2004, p.41 à 45.

¹²⁵³ Rapport d'information n°120, 7 décembre 2005, p.72.

¹²⁵⁴ Samuel-Jacques PRISO-ESSAWE, *op. cit.*, p.1.

¹²⁵⁵ *Ibid.*

Etats, selon la typologie de l'union africaine, soit au niveau régional, en Afrique centrale : la communauté économique des Etats de l'Afrique centrale, en Afrique occidentale : la communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale.

La CEMAC a succédé à l'union douanière et économique d'Afrique central ¹²⁵⁶. La réorganisation de ces communautés économiques a entraîné la mise en place de véritables ordres juridiques communautaires. La création en 1993 de l'OHADA rajoute à cet édifice une autre couche institutionnelle et juridique par la mise en place de normes harmonisées, ou plus exactement unifiées ¹²⁵⁷.

Le reproche majeur que l'on peut faire aux Etats africains, c'est l'adhésion à plusieurs organisations régionales en même temps sans que cette démarche ne soit articulée par des actes antérieurs, entraînant ainsi de nombreuses disparités au plan financier.

En effet, les risques de conflits entre l'OHADA et les autres ordres juridiques communautaires sont grands. Ce sont des difficultés d'ordre hiérarchiques, constitutionnelles, et de complémentarité ¹²⁵⁸ compromettant l'objectif initial du traité.

Le développement de plusieurs espaces communautaires est à l'origine des chevauchements (1), la difficulté d'harmonisation n'est spécifique au droit OHADA, on la retrouve dans les autres communautés économiques, d'où un croisement limité des domaines en matière financière (2).

1. Le chevauchement des espaces communautaires

Les espaces de la communauté économique des Etats d'Afrique centrale et des Etats d'Afrique de l'ouest sont plus larges que les espaces CEMAC et UEMOA ¹²⁵⁹, il s'agit d'Etats appartenant aux zones restreintes qui font aussi parti des zones larges se retrouvant aux croisements des deux organisations. Ces organisations peuvent appliquer des dispositions différentes dans l'hypothèse où les deux édictent des normes contradictoires, ou lorsque l'une ne comporte pas les dispositions de l'autre. Certaines dispositions en matière de financement

¹²⁵⁶ Samuel Jacques PRISO ESSAWE, *op. cit.*, p.2.

¹²⁵⁷ *Ibid.*

¹²⁵⁸ Paul Gérard POUGOUE, « Doctrine OHADA et théorie juridique », *Revue de l'Ersuma*, N°spécial, novembre-décembre, 2011, p.4.

¹²⁵⁹ Huit Etats, membre également de la CEDEAO.

font l'objet de renvoi législatif par les Etats membres de l'OHADA, elles génèrent la concurrence entre règles produites par les uns et par les autres et des difficultés d'application.

Par exemple, la réglementation de l'appel public à l'épargne se trouve dans la première partie, « Dispositions générales sur le société commerciale », aux articles 81 à 96 et dans la deuxième partie, « Dispositions particulières aux sociétés commerciales », aux articles 823 à 853¹²⁶⁰.

La CEMAC et l'UEMOA ont également dans leur législation des textes traitant de l'appel public à l'épargne et des instances de régulation et de contrôle des marchés financiers régionaux.

La législation en matière d'appel public à l'épargne adoptée au sein de la CEMAC et de l'UEMOA sont directement en concurrence avec celle de l'OHADA, d'où les chevauchements de normes et de compétence compromettant les objectifs du traité OHADA.

L'appel public à l'épargne au sein de l'espace OHADA est réglementé par un ensemble de règles à articuler, il est régi à la fois par des dispositions d'ordre nationaux propres à chaque Etat et ceux émanant des trois organisations d'intégration régionale : l'OHADA, la CEMAC et l'UEMOA, chacune d'elles a mis en place des normes particulières nécessitant une combinaison pour plus d'efficacité.

L'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales contient des dispositions relatives à l'appel public à l'épargne exclusivement destinées aux grandes structures et qui plus est à celles d'entre elles disposant d'un siège dans un pays membre de l'espace OHADA¹²⁶¹.

Une structure dépourvue de siège social dans l'OHADA doit obligatoirement se plier à la fois aux dispositions de l'OHADA, de l'UEMOA, et de la CEMAC. Cette situation est difficile pour la structure concernée, surtout lorsqu'elle est soumise à plusieurs renvois législatifs. En effet, pour créer sa structure, il faudrait procéder à l'analyse des différentes dispositions proposées en matière d'appel public à l'épargne dans ces pays, le choix se ferait au niveau des réglementations applicables dans les zones UEMOA et CEMAC toutes structures y compris

¹²⁶⁰ Daniel KEUFFI, *op. cit.*, p.823.

¹²⁶¹ Boris MARTOR, THOUVENOT Sébastien, « Les acteurs des marchés financiers et l'appel public à l'épargne dans l'espace OHADA », *Revue de droit des affaires*, 2002, p.749.

étrangères, souhaitant lever des fonds dans des pays membres de ces organisations régionales¹²⁶².

Les investisseurs peuvent être confrontés à des difficultés lorsqu'ils souhaitent faire appel public à l'épargne dans plusieurs marchés, mais « Fort heureusement les législateurs de ces trois organisations ont su adopter des critères similaires pour converger dans la définition de l'appel public à l'épargne au sein de leur divers Etats membres »¹²⁶³.

L'harmonisation des dispositions en matière d'épargne public permettrait le renforcement de l'attractivité des investisseurs, et la multiplication des opérations de souscription des titres dans les différents marchés. Les structures étrangères, ou les fonds d'investissement basés à l'étranger n'ont pas les mêmes privilèges que les structures locales pour adhérer à la cote d'une bourse de valeurs locales¹²⁶⁴.

L'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales ne comporte aucune mesure spéciale sur les droits pour un fonds ou une structure étrangère immatriculée à l'étranger de recourir à l'appel public à l'épargne dans un ou plusieurs pays, avec ou sans cotation à une bourse de valeurs, d'où la nécessité de mettre en place une réglementation unique issue à la fois des zones UEMOA, CEMAC et OHADA.

En effet, si on peut être heureux de ce « foisonnement qui traduit les progrès du droit et de la justice »¹²⁶⁵ et des efforts en vue de promouvoir l'intégration régionale et le développement économique des Etats membres, il est impératif de déplorer l'absence de corrélation entre les différents dispositifs¹²⁶⁶, qui engendre « un avenir de désordre »¹²⁶⁷ et des risques de conflits¹²⁶⁸.

« Ce constat de la prolifération, en Afrique, d'organisations internationales concurrentes, qui n'est pas nouveau semble cependant davantage interpeller la doctrine depuis l'avènement de

¹²⁶² Sébastien THOUVENOT, Emilie AUBRIOT, *op. cit.*, P.38.

¹²⁶³ *Ibid.*

¹²⁶⁴ Particulièrement le règlement UEMOA qui opère une distinction entre les sociétés locales et étrangères, seules les sociétés locales pouvant être cotées à la bourse régionale.

¹²⁶⁵ Georges TATY, « Pluralité des juridictions régionales dans l'espace francophone et unité de l'ordre juridique communautaire : problématique et enjeux, communication à la Deuxième Rencontre Inter-juridictionnelle des cours communautaires de l'UEMOA, de la CEDEAO, de la CEMAC et de l'OHADA », Bamako, février 2009, p.2.

¹²⁶⁶ Samuel-Jacques PRISO-ESSAWE, *op. cit.*, p.60.

¹²⁶⁷ Joseph SAYEGH- ISSA, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », *Revue de droit uniforme*, 1999, p.5 ; Ohadata D-02-11, p.8.

¹²⁶⁸ Daniel KEUFFI, *op. cit.*, p.828.

l'OHADA, dont les compétences se chevauchent, sur de nombreux points, avec celles d'autres organisations communautaires »¹²⁶⁹.

L'existence de plusieurs organisations produisant des normes dans le même domaine est à l'origine de la pluralité de sources du droit applicable, les risques de concurrence et de conflits augmentent, créant des « dysharmonies » qui pourraient rendre illusoire les objectifs de l'OHADA¹²⁷⁰.

L'objectif de l'UEMOA et de la CEMAC est de renforcer la compétitivité des activités économiques et financières des Etats membres « dans le cadre d'un environnement juridique rationalisé ou harmonisant les règles qui contribuent à l'amélioration de l'environnement des affaires et qui régissent leurs fonctionnement¹²⁷¹.

2. Un Croisement limité des domaines en matière financière.

Le droit des affaires défini par le traité de port louis englobe les règles relatives, entre autres, « au droit du travail, au droit comptable, au droit des transports ect.», mais le droit communautaire est présent dans ces domaines ou prévoit de l'être¹²⁷².

L'UEMOA et la CEMAC avaient mis en place une réglementation comptable avant celle de l'OHADA. De plus, dans le cadre de leurs politiques communes des transports, des textes ont été adoptés¹²⁷³. Cependant, le financement des entreprises demeure exclusivement régit par les organisations économiques¹²⁷⁴.

Le traité de l'OHADA énonce clairement les domaines concernés, le domaine de l'harmonisation concerne « toute autre matière que le conseil des ministres déciderait à l'unanimité, d'y exclure », la partie financement n'a pas encore vu le jour au sein de cet ordre juridique.

¹²⁶⁹ *Ibid.* En Afrique, il existe des interférences surtout, en Afrique Centrale (CEMAC), la communauté Economique des Etats de l'Afrique Centrale (CEEAC) et en Afrique de l'ouest, avec l'union Economique et Monétaire de l'Ouest Africain (UEMOA) et la communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'ouest (CEDEAO).

¹²⁷⁰ Samuel-Jacques PRISO-ESSAWE, *op. cit.*, p.59.

¹²⁷¹ Article 4. a. du traité de l'UEMOA et 2. a. de la convention UEAC.

¹²⁷² Samuel-Jacques PRISO ESSAWE, *op. cit.*, p.3.

¹²⁷³ Convention réglementant les transports routiers (15/ 84- UDEAC-146, 146, 19 décembre 1984) ; code UDEAC de la marine marchande (Acte 6 / 94 – UDEAC – 594, 22 déc. 1994) ; code de la navigation intérieure, 17 déc. 1999 ; réglementation des conditions d'exercice de la profession de transporteur routier de marchandises (Acte 5 /96 – UDEAC- 612, 5 juillet 1996) qui posent quelques difficultés par rapport à l'OHADA.

¹²⁷⁴ CEMAC ; UEMOA.

L'harmonisation de l'OHADA s'oriente ainsi, à en croire le conseil des ministres de l'OHADA de BANGUI¹²⁷⁵, vers « le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des sociétés civiles, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des contrats et le droit de la preuve ». On peut relever deux grandes difficultés, d'une part l'existence de certaines questions, notamment dans le droit de la concurrence, qui sont déjà réglementées par les autres organisations communautaires¹²⁷⁶ et d'autre part l'absence de certaines questions financières en droit OHADA que l'on retrouve au sein des autres ordres juridiques communautaires¹²⁷⁷.

De plus, « sur la matière de l'appel à l'épargne (...), le droit communautaire de l'OHADA et celui de l'UEMOA ont deux conceptions différentes des notions de titres et de valeurs mobilières »¹²⁷⁸. L'UEMOA s'appuie sur la « dichotomie titre de capital/ titre de créance »¹²⁷⁹, tandis que l'OHADA recourt non-seulement aux actions ou parts de fonds commun de placement, mais également aux emprunts obligataires »¹²⁸⁰.

Une précision des contours de cette notion est impérative, car elle permettrait de déterminer les conditions d'application du régime de l'appel public à l'épargne¹²⁸¹. En effet, entre les différentes législations en vigueur, on observe des différences dans la qualification de la notion et dans l'appréhension de ses critères distinctifs¹²⁸². Les réglementations de la CEMAC et de l'UEMOA reposaient sur des critères identiques à ceux prévus à l'article 81 de l'Acte uniforme¹²⁸³, mais telle n'est plus la situation au vu des divergences de régime en matière d'appel public à l'épargne¹²⁸⁴.

Les critères de l'appel public à l'épargne, ne sont pas identiques, elles divergent d'une organisation à une autre¹²⁸⁵, d'où l'existence « d'un cadre juridique composite de l'appel

¹²⁷⁵ 21-23 mars 2001.

¹²⁷⁶ Règlements 1/99 et 4/99 de la CEMAC, et les règlements 2/2002, 3/2002, et 4/2002 de l'UEMOA.

¹²⁷⁷ Samuel-Jacques PRISO-ESSAWE, *op.cit*, p.3.

¹²⁷⁸ G.S FELIHO, « la coexistence textuelle dans l'espace UEMOA », www.droit.francophonie.org.

¹²⁷⁹ G.S FELIHO, *op. cit*.

¹²⁸⁰ Suivant la définition donnée par l'article 81 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique, disposition relative à l'appel publique à l'épargne (G.S FELIHO, la coexistence textuelle dans l'espace UEMOA) ;

¹²⁸¹ Daniel KEUFFI, *op. cit*, p.829.

¹²⁸² *Ibid.*

¹²⁸³ Aux termes de l'article 81 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales 17 avril 1997 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998.

¹²⁸⁴ Daniel KEUFFI, *op. cit*, p.830.

¹²⁸⁵ *Ibid.*

public à l'épargne au sein de l'espace OHADA »¹²⁸⁶, il comprend diverses dispositions dont l'articulation et la combinaison ne s'imposent de manière évidente et semblent même, parfois, impossible, compte tenu, d'une part des différences et des « cloisons étanches » établies depuis l'origine par les différentes autorités ou institutions concurrentes¹²⁸⁷.

Par exemple, l'article 81 de l'Acte uniforme évoque « dans ces dispositions, le recours à des prestataires de services d'investissement (établissement de crédit, agents de change ou sociétés de bourse, prestataires de services d'investissement, etc.). Le but est d'offrir au public des titres, il s'agit d'une présomption d'appel public à l'épargne qu'il suffit de soumettre à tout émetteur auteur d'une sollicitation de cette nature¹²⁸⁸. Ce critère n'existe plus dans les législations UEMOA et CEMAC¹²⁸⁹, mais en dehors du recours à des intermédiaires financiers agréés, les autres critères¹²⁹⁰ visés à l'article 81 précité de l'Acte uniforme subsistent¹²⁹¹.

Les différences de régime s'observent également sur le terrain des garanties de financement exigées aux entités faisant appel public à l'épargne. En effet, « Lorsqu'une société fait appel public à l'épargne dans un autre Etat que celui de son siège social et plus précisément lorsque le montant de l'opération est supérieur à 50.000.000 FCFA, ce qui est le cas des opérations enregistrées à ce jour aussi bien par l'autorité de régulation du marché financier de la zone CEMAC, la commission de surveillance du marché financier de l'Afrique Centrale¹²⁹², que par celle du marché financier de l'UEMOA, le conseil régional d'épargne publique et des marchés financiers, l'article 85 alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme impose, dans ce cas, une garantie de bonne fin consentie par un ou plusieurs établissements de crédit de cet autre Etat. Autrement dit, si l'opération s'adresse aux investisseurs des six Etats de la CEMAC, l'Acte

¹²⁸⁶ Sébastien THOUVENOT, Emilie AUBRIOT, *op.cit.*, p.830.

¹²⁸⁷ Daniel KEUFFI, *op.cit.*, p.830.

¹²⁸⁸ *Ibid.*, p. 831.

¹²⁸⁹ En ce concerne l'UEMOA le texte 19 annexé au contrat portant création du conseil régional (autorité de régulation) n'évoque pas ce critère au rang des présomptions d'appel public à l'épargne, il se limite à souligner, au rang des critères distinctifs de la notion, le recours à des techniques quelconques de sollicitation du public, parmi lesquelles il vise expressément la publicité et le démarchage.

¹²⁹⁰ Daniel KEUFFI, *op. cit.*, p.831.

¹²⁹¹ *Ibid.*

¹²⁹² Cette commission a été créée le 8 décembre 2001 par Acte additionnel de la Conférence des Chefs d'Etats de la CEMAC. Les instances dirigeantes de la COSUMAF et de la Bourse des valeurs mobilières de l'Afrique Centrale (BVMAC) ont été mise en place en 2005. La phase opérationnelle a débuté en 2007 par un emprunt obligataire de l'Etat du Gabon. Le marché financier régional est commun au six Etats de la CEMAC.

uniforme exige l'intervention d'un établissement de crédit distinct dans chacun des autres pays concernés »¹²⁹³.

La responsabilité pénale en cas de faute commise dans l'opération d'appel public à l'épargne¹²⁹⁴ génère également des difficultés, le droit OHADA ne prévoit aucune sanction applicable aux personnes physiques¹²⁹⁵. Le règlement de l'UEMOA¹²⁹⁶, à la différence de l'Acte uniforme, consacre la responsabilité pénale des personnes morales¹²⁹⁷.

La confrontation entre les textes est une réalité au sein de ces organisations, il est difficile de mettre en application des dispositions par les Etats lorsque celle-ci sont régies à la fois par plusieurs organisations. Par exemple en matière de concurrence, les règles sont régies par les communautés économiques CEMAC et UEMOA, précisées par la jurisprudence communautaire lorsque les juridictions ont été sollicitées.¹²⁹⁸ Toutefois, la définition large du droit des affaires prévue dans le traité OHADA n'exclut pas l'adoption d'une réglementation sur ces questions. Cette question peut altérer la sécurité juridique des investissements au sein de cette zone de l'Afrique, surtout en cas de divergence au niveau des textes¹²⁹⁹.

Les Etats devraient penser à une coordination entre ces différentes organisations, et au sein des différents espaces juridiques concernés. La charte des investissements adoptée au sein de la CEMAC prévoit que les Etats membres se conforment au droit harmonisé dans le cadre de l'OHADA¹³⁰⁰. Les nouvelles dispositions devraient tenir compte de l'évolution du droit OHADA, comme le prévoit la convention de coopération signée entre les deux organisations¹³⁰¹. Cependant, certaines dispositions ont tendance à se superposer, voir se juxtaposer, et vont avoir d'énormes conséquences dans leur application, particulièrement pour les organes juridictionnels, pourtant très heureusement créés ou renforcés par les droits harmonisés et communautaires.

¹²⁹³ Daniel KEUFFI, *op. cit.*, p.832.

¹²⁹⁴ *Ibid.*

¹²⁹⁵ Article 886 et suivant de l'Acte uniforme.

¹²⁹⁶ Francis LEFEBVRE, *Mémento pratique des sociétés commerciales*, LGDJ, 2018, P.185. PERREIRA Brigitte, *La responsabilité pénale des entreprises et de leurs dirigeants*, EMS, 2011, pp.8 et suivant.

¹²⁹⁷ Daniel KEUFFI, *op. cit.*, p.836.

¹²⁹⁸ Samuel-Jacques PRISSO-ESSAWE, *op. cit.*, p.4.

¹²⁹⁹ *Ibid.*

¹³⁰⁰ Règlement CEMAC n°17/99, 17 décembre 1999. La date d'adoption de ce règlement est de très peu postérieure à celle de l'entrée en vigueur du traité OHADA pour le Congo (17 juillet 1999) et la Guinée équatoriale du 13 août 1999, dernier Etat membre à ratifier le dit traité.

¹³⁰¹ Accord de coopération signé le 3 août 2001, CEMAC, Recueil de texte droit communautaire de la CEMAC, Paris, AIF-GERAF, 2002, p.269.

B. Les contraintes posées par la législation des organisations communautaires aux entrées financières des entreprises OHADA

La coexistence des normes juridiques entre les différentes organisations implique que ces derniers se mettent d'accord sur le fait que le développement de l'entrepreneuriat doit s'effectuer dans le cadre d'une pleine liberté des investisseurs¹³⁰². En effet, depuis de nombreuses années l'Afrique subsaharienne est parvenue à atteindre des taux de croissance positifs et supérieurs à 5 % en moyenne¹³⁰³. Les conditions d'un véritable développement nécessitent un élargissement de la liberté d'invention juridique laissée aux entreprises, par l'éradication des contrôles de sorties d'argent par les autres organisations communautaires tel l'UEMOA, la lutte contre les monopoles, la liberté d'innovation, l'animation du marché financier, le renforcement de la sécurité juridique des opérations¹³⁰⁴.

« Tout le monde s'accorde à dire que l'on a besoin de réformes internes vers la libéralisation du commerce et l'intégration dans l'économie mondiale. Ces réformes comprennent l'amélioration des infrastructures, l'établissement d'instituts pour la protection et l'exercice des lois pour le respect des droits de propriété et la gestion générale, la concurrence, l'amélioration des systèmes financiers et du financement des entreprises »¹³⁰⁵.

La fin de la coexistence des normes communautaires et la libéralisation des contrôles de sortie financières par les organisations communautaires voisines sont les seules conditions pour espérer un bon développement de l'activité économique des entreprises OHADA. Les Etats membres de l'UEMOA et de l'OHADA sont confrontés à des obligations de contrôle des sorties d'argent, telles que l'obligation de l'autorisation du ministre des finances, elle doit se faire avant à toute sortie financière¹³⁰⁶. Cette mesure de l'UEMOA n'encourage pas les investisseurs à fournir leur aide aux Etats, car ils craignent de mettre leur argent dans un piège¹³⁰⁷. De plus, cette disposition est en contradiction avec le droit pour les résidents

¹³⁰² Claude GARRIER, *Financer l'entreprise dans l'espace OHADA, quelques idées pour le développement des Etats africains*, l'Harmattan, p.77.

¹³⁰³ *Ibid.* p.79.

¹³⁰⁴ *Id Ibid.*

¹³⁰⁵ Makhous MONZER, *Pétrole et développement dans le monde arabe : des révolutions en chaîne*, l'Harmattan, 2011, p.207.

¹³⁰⁶ Claude GARRIER, *op.cit.*, p.91.

¹³⁰⁷ *Ibid.*, p.92.

d'acquérir des participations dans des entreprises situées à l'extérieur de sa zone¹³⁰⁸ et de conquérir des territoires commerciaux.

- Les limites aux entrées financières

Le déplacement des capitaux transfrontaliers dans la zone UEMOA est géré de manière différente selon qu'ils restent dans l'espace¹³⁰⁹ ou en sortent¹³¹⁰. En effet, dans le règlement UEMOA¹³¹¹, « Le terme étranger désigne l'ensemble des pays en dehors de l'UEMOA pour le contrôle de la position des établissements de crédit vis-à-vis de l'étranger ainsi que pour le traitement » des multiples transactions financières. L'article 7 de ce règlement indique clairement les paiements possibles en direction de l'étranger. Cette mesure est contraignante à l'égard des entreprises OHADA, elle limite le financement des entreprises à certains, et en prive d'autres, il s'agit d'une barrière à laquelle il faudrait absolument mettre fin, afin de libéraliser les opérations de financement dans tous le continent. L'Afrique subsaharienne dans sa globalité devrait pouvoir bénéficier de l'opportunité des investissements étrangers sur la base d'une logique économique. Les investisseurs étrangers réalisent une part importante de leurs activités de production à l'étranger, dans des pays à faible contraintes réglementaires et sociales, mais ils bénéficient d'infrastructures adaptées au fonctionnement de leurs activités¹³¹². Les investisseurs tiennent compte de plusieurs facteurs avant de s'implanter dans les pays africains.

Ces investissements en raison du contexte économique et des difficultés auxquelles sont confrontées les entreprises africaines pour trouver des aides financières, sont indispensables pour promouvoir l'entrepreneuriat en droit OHADA. Le continent Africain est à l'aune du développement des échanges et de la mondialisation, il est inconcevable qu'à une telle période, les entreprises africaines soient confrontées à une limitation des entrées financières, en raison de barrières et contrôles imposés par les organisations sous-régionales. L'une des spécificités de la mondialisation de l'économie est la polarisation qui se manifeste par la

¹³⁰⁸ L'acquisition d'une participation dans une société dont le siège est hors de l'espace UEMOA, cette dernière requière que 75% du financement proviennent d'un établissement financement du pays en question.

¹³⁰⁹ Règlement UEMOA n°09/2010/CM/UEMOA, art.6 : « Les opérations d'investissement, d'emprunt de placement et d'une manière générale, tous les mouvements de capitaux entre Etats membres de l'UEMOA sont libres et sans restriction aucune, conformément aux articles 76 paragraphe d, 96 et 97 du traité de l'UEMOA et à l'article 3 du traité de l'UEMOA ».

¹³¹⁰ Claude GARRIER, *op.cit.*, p.92.

¹³¹¹ Règlement n°09/2010/CM/UEMOA I, *op.cit.*

¹³¹² Joseph KAMGA, « L'apport du droit OHADA à l'attractivité des investissements étrangers dans les Etats parties » *Revue des juristes de science politique*, n°5, 2012, p.44.

constitution et l'élargissement de dynamique de sous-ensemble appelés « pôles économiques »¹³¹³.

L'intégration régionale réalisée par les grands ensembles économiques, comme l'union européenne, et l'accord de libre-échange nord-américain pourrait être un modèle de la voie à suivre pour les pays africains confrontés à l'étroitesse des marchés nationaux et à l'insuffisance en capitaux¹³¹⁴, il y a eu un premier pas dans la constitution d'un espace économique ou juridique intégré à travers l'OHADA et l'UEMOA montrant la volonté de positionner l'Afrique au niveau du marché mondial.

L'intégration économique entre l'UEMOA et l'OHADA est intéressante, elle permettrait de résoudre les conflits et la coexistence des ordres juridiques, les règles l'UEMOA freinent l'entrée des investisseurs dans les entreprises OHADA.

Le Professeur Joseph Issa SAYEGH disait, « si l'on raisonne par analogie avec l'intégration économique qui consiste en une unification des politiques conjoncturelles, sectorielles, et structurelle sous l'égide d'une autorité supranationale, on est incité à dire que l'intégration juridique doit tendre à une unification des politiques législatives dans les matières juridiques en relation avec l'intégration économique »¹³¹⁵.

« L'intégration la plus achevée, strictement entendue, se définit comme le transfert des compétences étatiques de deux ou plusieurs Etats à une organisation internationale dotée de pouvoir de décision et de compétences supranationales ou supra étatiques pour réaliser un ensemble juridique, unique et cohérent, dans lequel les législations nationales s'insèrent ou se fondent pour atteindre les objectifs économiques et sociaux que les membres se sont assignés »¹³¹⁶.

Cependant quel que soit le modèle d'intégration choisi, la mise en place d'un cadre juridique et institutionnel adapté est nécessaire pour assurer la pérennité de l'activité économique de l'entreprise¹³¹⁷. Les disparités entre les espaces économiques peuvent créer une situation

¹³¹³ Amadou YAYA SARR, « L'intégration juridique dans l'union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) et dans l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) », *Presses universitaires d'Aix Marseille*, p. 21-35.

¹³¹⁴ Nacer BOURENANE, « les fondements théoriques et stratégiques de la construction communautaire, intégration et coopération en Afrique de l'ouest », *Real Lavergne acte colloque du CIRDI 1986 à Dakar*, p.65.

¹³¹⁵ Joseph Issa SAYEGH, « l'intégration juridique des Etats africains de la zone Franc », *Revue Penant* n°823, p.5.

¹³¹⁶ *Ibid*, p.7.

¹³¹⁷ Amadou YAYA SARR, *op. cit*, p.21-35.

d'incertitude pour les opérateurs économiques. Par exemple, un entrepreneur à la recherche de l'implantation d'une entreprise, d'un marché, ou d'une main d'œuvre, avant de se lancer dans un investissement, financé par des bailleurs de fonds¹³¹⁸, va prendre en compte le niveau de sécurité juridique de la zone.

La coexistence des normes juridiques ne facilite pas la restauration de la confiance des investisseurs, la mondialisation de l'économie requière une harmonisation des pratiques.

Les règles relatives à l'investissement, aux entrées et sorties financières doivent être identiques, ce sont des exigences primordiales pour espérer, le drainage de flux importants d'investissements, car investir constitue en soi un danger.

L'ensemble des politiques économiques devraient converger, afin de d'instaurer un climat d'investissement sécurisant. L'intégration juridique est inachevée, en raison de l'inadaptation des aménagements juridiques et institutionnels posés.

L'unification du droit des affaires en Afrique a pour objectif de favoriser le développement économique et financier des Etats membres. La création de normes uniformes en matière de financement des entreprises est l'unique moyen pour aider les entreprises à rassembler le maximum de fonds auprès des investisseurs rassurés par des dispositions juridiques efficaces.

Les Etats devraient mobiliser leurs efforts, car l'investissement est une matière essentielle objet de l'intégration¹³¹⁹. « Les objectifs visés par les deux organisations sont à bien des égards similaires, sinon complémentaires. Il s'agit de promouvoir le développement économique des Etats membres en mettant à la disposition des Etats et des agents économiques des instruments juridiques, harmonisés ou unifiés, en vue de la constitution d'un espace économique unique, couvert par un espace juridique »¹³²⁰.

L'OHADA a été missionnée pour assurer l'uniformisation de l'ensemble du droit des affaires des Etats de l'Afrique subsaharienne, promouvoir l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des conflits, l'amélioration de la formation des magistrats et la création d'un espace juridique commun par des actes uniformes spécifiques dans les Etats parties avec des

¹³¹⁸ *Ibid.*

¹³¹⁹ L'intégration juridique est un instrument qui concerne tous les regroupements étatiques.

¹³²⁰ Mouhamadou Moctar MBACKE, « La problématique de la délimitation des compétences entre la cour commune de justice et d'arbitrage et la cour de justice de l'UEMOA et les juridictions nationales-Session de formation continue à Dakar », Centre de formation judiciaire du 09 au 13 octobre.

procédures judiciaires communes¹³²¹. L'UEMOA est chargée d'assurer la circulation des biens et des personnes, les échanges commerciaux préférentiels, la convertibilité, la transférabilité des monnaies dans la zone, la réglementation commune bancaire et des changes¹³²². Les rôles et objectifs étant déterminés, il serait judicieux de s'intéresser au mérite d'un droit unique.

Le contexte actuel est critique, il est devenu quasiment impossible de prendre une participation dans une entreprise hors de l'espace UEMOA, alors que les Etats OHADA ne sont pas uniquement composés des membres de l'UEMOA. Les restrictions de sorties de capitaux sont inadaptées à la pratique des affaires en Afrique, la réglementation et la qualité des institutions est relative, il faudrait mettre fin à ces contrôles défavorables à l'attractivité des investissements étrangers. C'est une mesure nécessaire pour promouvoir la participation des entreprises étrangères dans l'espace UEMOA et dans les entreprises de l'OHADA.

- L'interdiction des prises de participations dans les structures extérieures à l'UEMOA

Le traité du 10 janvier 1994 portant création de l'UEMOA, impose :

La libre circulation des personnes à l'intérieur de l'union¹³²³

La libre circulation des capitaux¹³²⁴, la liberté des investissements entre membres de l'union¹³²⁵ et la libre création d'entreprises¹³²⁶.

Le Sénégal, pour contraindre cette liberté, exige que la moitié du capital des sociétés implantées sur le territoire sénégalais, soient entre les mains des nationaux¹³²⁷.

La prise de participation au sein d'une d'entreprise existe depuis plusieurs années, c'est un moyen efficace permettant de récupérer une part importante du marché du pays d'implantation¹³²⁸.

¹³²¹ Amadou Yaya SARR, *op. cit.*, p.21-35.

¹³²² *Ibid.*

¹³²³ Art. 91 al.1 du traité de 1994 de l'UEMOA.

¹³²⁴ Art.96 du traité de 1994 de l'UEMOA.

¹³²⁵ Rappelons qu'ils sont également membre de l'OHADA.

¹³²⁶ Art. 92, al. 1, 2, et 3 du traité de 1994 de l'UEMOA.

¹³²⁷ Art. 94, 1^{er} alinéa du traité de 1994 de l'UEMOA.

¹³²⁸ Claude GARRIER, *op.cit.*, p.97.

L'UEMOA a institué des mesures financières contraignantes faisant obstacle à l'acquisition de structures extérieures par les ressortissants de son espace : « Tout investissement à l'étranger effectué par un résident est subordonné à une autorisation préalable du ministre chargé des finances. Il doit être financé à hauteur de 75 % au moins par des emprunts à l'étranger »¹³²⁹.

Cette disposition est restrictive : elle est limitée à des *leveragebuy out*¹³³⁰, les organisations sous-régionales devraient procéder à la suppression de ces mesures, afin de promouvoir les investissements. Les prises de participations représentent une part importante des sources de financement des entreprises. Ce financement est conditionné par la liberté des investissements dans l'ensemble des Etats, à travers une intégration économique et une suppression définitive du phénomène des monopoles.

- La lutte contre les monopoles

Le phénomène des monopoles¹³³¹ est une entrave au développement économique des entreprises africaines, afin d'être compétitive les organisations sous-régionales sont constamment sous l'effet de la concurrence par rapport aux autres organisations. En effet, une organisation bénéficie d'un avantage concurrentiel lorsqu'elle possède un ensemble d'éléments qui aident à la distinction de la concurrence. Le premier moyen utilisé est la baisse de prix, pour une qualité identique aux produits conférés par les concurrents.

L'article 4, 1^{er} alinéa, du traité souscrit en 1994 portant création de l'UEMOA, cite les objectifs de cette institution : « Renforcer la compétitivité des activités économiques et financières des Etats membres dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé ».

¹³²⁹ Règlement n°09/2010/CM/UEMOA I relatif aux relations financières extérieures des Etats membres de l'UEMOA, art.10.

¹³³⁰ *Leveragebuy out* (LBO) : Cette méthode consiste à l'achat d'une entreprise en empruntant la plus grande partie de son prix auprès d'un établissement financier. Par le biais d'une « délégation de dette » de la structure emprunteuse vers l'acquisition. Cette méthode est spécifiquement utilisée par les sociétés de la Triade pour acheter des sociétés dans le Tiers-monde ; l'établissement financier est dans le pays en question. Dans la relation inverse, l'intervention d'un établissement financier est très incertaine. GARRIER Claude, *Géostratégie des entreprises*, l'Harmattan, Paris, 2014, pp.221-225.

¹³³¹ Le monopole correspond à une situation dans laquelle la concurrence est inexistante en raison de l'extrême puissance de l'entreprise qui domine et édicte les modalités de fonctionnement du marché sur lequel est pratiquée l'activité économique.

Cependant, afin de garantir l'ouverture et la concurrence, les monopoles devraient être supprimés. « Un an après l'entrée en vigueur du présent traité sont interdits de plein droit les accords, associations et pratiques concertées entre entreprises, ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'union, toutes pratiques d'une ou plusieurs entreprises, assimilables à un abus de position dominante sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci ; les aides publiques susceptibles de fausser en favorisant certaines entreprises ou certaines productions »¹³³².

Cette disposition exclut monopoles, ententes et autres entraves à la libre concurrence, on ne la retrouve pas dans la pratique des affaires. Par exemple, la côte d'Ivoire ne s'est pas conformée à cette disposition, car auprès des monopoles d'Etat privatisés sous la forme de monopoles privés¹³³³, elles augmentent les « licences d'importation » conférées à d'autres monopoles¹³³⁴.

Les amendes et astreintes destinées à sanctionner les violations des interdictions énoncées à l'article 88 et 89 du traité sont restées inertes¹³³⁵.

Les contraintes d'ordre juridique, tels les accords de protection des investissements étrangers signés entre les Etats africains et d'autres d'Europe et d'Amérique du Nord, devraient être supprimées. La suppression de ces accords permettrait d'épargner les investisseurs des difficultés juridiques que subissent les nationaux¹³³⁶, et les aider à avoir la possibilité de porter leurs décisions devant une justice considérée peu compétente, corrompue, des anciens systèmes d'arbitrage¹³³⁷, qui ne motivent pas leurs décisions, mais tiennent compte de la législation du pays d'hôte sur la base d'une prétendue « *lexmercatoria* »¹³³⁸ reposant sur le

¹³³² Article 88 du traité 1994 portant création de l'UEMOA.

¹³³³ En côte d'Ivoire, SODECLI, CIE.

¹³³⁴ Eau minérale, appareils de prises de vue, etc.

¹³³⁵ Claude GARRIER, *op. cit.*, p.102.

¹³³⁶ Au contraire, des magistrats du Tiers-Monde siègent au tribunal pénal pour le Rwanda : M. LAITYKAMA (Sénégal), Mme Pilay NAVANETHEM, (Afrique du Sud, M. H. SEKULE William (Tanzanie) et à la cour pénale internationale de la Haye (Présidente : Silvia FERNANDEZ DE GUREMDI, Argentine ; procureure : procureur générale : Fatou BENSOUA, Gambie ; magistrats : Losseni CISSE, Côte d'Ivoire : Olga VENEGACIADE C. CARBUCCIA Herrera, République dominicaine ; et Geoffrey A. Henderson, Trinidad et Tobago).

¹³³⁷ Il s'agit du CIRDI, centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, membre du groupe « Banque mondiale ».

¹³³⁸ Appelée aussi « droit des marchands », elle se définit par un ensemble de dispositions professionnelles spécifiques sans référence à un droit déterminé. Cela veut dire qu'elle s'appuie sur des usages et des principes largement reconnus et respectés, sur des usages qui existent entre commerçants, sur des contrats-types et des principes consacrés par les sentences arbitrales rendues en matière de commerce international. Ces dispositions trouvent leurs origines dans les premières pratiques et usages du commerce international : Les Incoterms et d'un droit conventionnel intégrant des conventions bilatérales entre Etats et des conventions multilatérales.

droit des États-Unis et britannique qui réfute les différences de niveau entre un pays et une structure de droit privé¹³³⁹.

Le 10 février 2016, afin de mettre fin à ces difficultés, la Côte d'Ivoire et le Canada avaient signé un pacte au terme duquel, « Chacune des parties encourage la création de conditions favorables permettant aux investisseurs de l'autre partie de faire des investissements sur son territoire et admet ces investissements conformément aux dispositions du présent accord »¹³⁴⁰. Cet accord est différent des APIE¹³⁴¹ signés ailleurs, son article 11, 1 et 2, « transfert », ne prend pas en compte les contrôles de sorties des capitaux imposés par l'UEMOA¹³⁴².

L'objectif est d'aider les parties à la réalisation des transferts en se rapportant à un investissement visé, effectué librement et volontairement vers son territoire et à partir de celui-ci.

Les transferts comprennent généralement :

La participation au capital de l'entreprise, par le biais de sommes destinées à fructifier l'investissement

Les bénéfices, dividendes, les intérêts, les gains en capital, les paiements de redevances, les frais de gestion, d'assistance technique et autres frais, les bénéfices en nature ainsi que toute autre montant venant de l'investissement visé

Le produit d'une partie de l'investissement visé¹³⁴³ etc.

Une entreprise africaine a désormais la possibilité de faire des entrées financières sur le territoire européen¹³⁴⁴, à condition que le règlement UEMOA cité précédemment ne freine lourdement ce mouvement¹³⁴⁵.

L'investisseur devra uniquement se plier au respect des normes juridiques du pays en matière de santé et d'environnement »¹³⁴⁶.

¹³³⁹ Claude GARRIER, *op. cit.*, 103.

¹³⁴⁰ Article 3.

¹³⁴¹ Accords de protection des investisseurs étrangers.

¹³⁴² Claude GARRIER, *op. cit.*, p.104.

¹³⁴³ *Ibid.*

¹³⁴⁴ Exemple du Canada.

¹³⁴⁵ *Ibid.*, p.105.

¹³⁴⁶ Article 15 de l'accord sur les « mesures relatives à la santé, à la sécurité, et à l'environnement et normes relatives à la responsabilité sociale des entreprises ».

L'éradication des contraintes juridiques posées par le règlement UEMOA est devenue un impératif d'ordre économique, le droit des organisations communautaires devrait être uniformisé, afin de faciliter l'application des règles et une entrée massive des investisseurs. L'intégration et le développement économique des entreprises africaines sont conditionnées par une suppression définitive des normes co-existantes à l'intérieur de la sous-région¹³⁴⁷.

Les Etats ont fait des efforts, le Bénin a gagné une place importante dans le dernier rapport *doing business*¹³⁴⁸. L'instauration du guichet unique a beaucoup facilité les formalités de création d'entreprise, il profite d'un cadre régional intéressant tel l'OHADA, l'UEMOA, la CEDEAO, mais il y a des pistes d'améliorations à explorer.

Les entrepreneurs veulent investir, mais à la condition que les normes soient en faveur de leur sécurité juridique. Le droit OHADA a fait des efforts non négligeables pour améliorer le climat des affaires¹³⁴⁹, mais elles sont insuffisantes, en raison d'une intégration régionale inachevée.

Le financement des projets de développement ne peut se faire sans un cadre législatif et réglementaire homogène rassurant pour les investisseurs. La plupart des opérateurs économiques évoluent dans le secteur informel, ce qui n'encourage pas les investisseurs, ils devraient être capables d'intégrer l'économie formelle, afin de garder leur capacité de production et de recette. L'environnement économique et financier est un environnement hautement concurrentiel soumis au respect d'un certains nombres de règles incompatibles avec le système informel. Une synergie entre toutes les organisations sous-régionales permettrait de mettre fin à ce climat d'insécurité causé par l'abondance des activités informelles en Afrique¹³⁵⁰.

L'uniformisation des normes communautaires au sein des différents espaces permet d'éviter des risques de confusion à l'origine des disparités entre régimes juridiques.

¹³⁴⁷ Claude GARRIER, *op.cit.*, p.114.

¹³⁴⁸ Rapport *doing business* 2018 de la banque mondiale, le Bénin a gagné 4 points et se positionne à la 151^{ème} place. Edouard DJOBENOU, www.beninwebtv.com.

¹³⁴⁹ L'instauration du guichet unique des entreprises constitue aujourd'hui une énorme avancée, il favorise la création des entreprises par des formalités simples, et claires.

¹³⁵⁰ Les acteurs de ces organisations, devraient avoir la volonté de mettre sur pied une collaboration, afin d'y remédier définitivement.

Section 2. La marche vers l'intégration financière : Les solutions aux conflits entre les organisations concurrentes.

L'intégration en matière de financement des entreprises est conditionnée par la résolution définitive des conflits à l'échelle communautaire (§ 1). L'objectif d'harmonisation est réussi dans plusieurs domaines du droit des affaires, mais elle suscite d'énormes difficultés en matière fiscale et pénale entre les différentes organisations. L'harmonisation de ses dispositions permettrait de favoriser la coopération institutionnelle entre les marchés (§ 2).

§ 1. L'harmonisation des techniques de traitement des opérations boursières

L'uniformisation des politiques de financement est une nécessité pour une politique de développement durable dans le continent, plusieurs politiques ont été mises en place par les organisations pour favoriser le développement économique, mais les avancés sont faibles en matière de financement.

Une étude sur la possible mise en place d'une bourse de valeurs panafricaine à la diligence de l'union africaine indique que, l'harmonisation de la réglementation financière au niveau de l'Afrique est faible¹³⁵¹, notamment au niveau de la chaîne de traitement des opérations boursières.

Les dispositions juridiques de l'OHADA et ceux l'instituant, dans le même espace géographique, des marchés financiers communautaires de l'union économique ouest africaine et de la communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale ont été élaborées de la même manière, mais sans coordination¹³⁵². L'OHADA et l'Afrique subsaharienne dans sa globalité ont besoin d'intégration financière pour accroître et améliorer leur compétitivité¹³⁵³. Une mobilisation des fonds sur le marché financier permettrait de faciliter la réalisation des projets d'entreprise¹³⁵⁴.

Les autorités de l'OHADA ont institué un espace de dialogue et de concertation, dénommé « Cadre permanent de concertation », afin d'éliminer les sources potentielles de conflits de

¹³⁵¹ Rapport de « l'étude de faisabilité sur la création de la Bourse africaine des valeurs, Union africaine, département des Affaires économiques », décembre 2008, n°86.

¹³⁵² Didier LOUKAKOU, *op. cit.*, p.3.

¹³⁵³ Kalondji TSHIYOMBO, *op. cit.*, p.168.

¹³⁵⁴ Les emprunts obligataires sont importants et servent au financement des entreprises.

normes et de compétences entre les différentes organisations régionales ou communautaires de l'espace OHADA¹³⁵⁵.

Cependant, les objectifs ne sont pas atteints, ils sont isolés et superficiels, qu'il faille penser à trouver d'autres méthodes pour réussir l'intégration entre ces espaces communautaires¹³⁵⁶.

Le développement économique des Etats requiert la mise en œuvre d'une « cohérence en cette matière entre les différents systèmes et un cadre juridique existants. Cette cohérence peut notamment passer par l'instauration d'un passeport à l'instar du « passeport européen » permettant d'intervenir sur plusieurs marchés avec une réglementation minimum édictée par l'OHADA »¹³⁵⁷.

Le « passeport » est une bonne initiative, il permettrait au droit OHADA de s'inspirer du mécanisme du « passeport européen », afin d'aider les acteurs des marchés financiers de l'OHADA d'éviter les barrières créées par l'existence de plusieurs législations sous - régionales¹³⁵⁸. L'idée de mise en place d'un passeport européen est un moyen pour les prestataires de service de l'OHADA de pratiquer leurs activités de manière libre dans tous les Etats, ils doivent être agréés dans leurs Etats d'origine à fournir ces services d'investissement et d'autres services connexes en libre prestation¹³⁵⁹.

L'idée n'est pas récente en droit de l'OHADA, elle est souhaitée dans l'ensemble des organisations sous régionaux. Le passeport n'est pas en soi une difficulté dans la zone UEMOA, car il existe un marché financier unique pour l'ensemble des Etats¹³⁶⁰.

¹³⁵⁵ Le cadre permanent de concertation de l'OHADA a pour objectif la promotion de la concertation, des échanges, et la coopération entre les différents membres dans l'objectif d'éviter les conflits en matière d'élaboration des normes relevant de leurs compétences, dans les Etats- parties au traité de l'OHADA. Le cadre permanent de concertation réuni, près du secrétariat permanent de l'OHADA, les institutions et organes communautaires des zones CEMAC et UEMOA. La première réunion du cadre permanent de concertation a eu lieu à DAKAR, les 6 et 7 décembre 2013.

¹³⁵⁶ Par exemple, les intermédiaires boursiers intéressés par l'espace OHADA sont dénommés Sociétés de gestion et d'intermédiation (SGI) en Afrique de l'ouest (UEMOA) et sociétés de bourse en Afrique centrale (CEMAC) et Prestataires de service d'investissement (PSI) au Cameroun. En plus, avec l'incroyable essor de l'industrie financière, on assiste à la structuration de plusieurs professions qui n'interviennent pas directement sur les marchés financiers mais ont pour rôle de diriger, voire de solliciter les investisseurs. Il s'agit principalement des structures de gestion de portefeuille, des conseillers en placement, des analystes financiers, des conseillers en investissements financiers et des démarcheurs qui actuellement sont considérés comme des professionnels de la finance à part entière.

¹³⁵⁷ Kalondji THYOMBO, *op. cit.*, p.170.

¹³⁵⁸ Ceci permettra de favoriser les choix des investisseurs en favorisant le jeu de la libre concurrence entre eux.

¹³⁵⁹ Articles R.532-20 à 532-29 du code monétaire et financier français ; directive 2004/ 39/ CE du 21 AVRIL 2004 concernant les marchés d'instruments financiers (« directive MIF »).

¹³⁶⁰ Kalondji THYOMBO, *op. cit.*, p.170.

Le « passeport OHADA » répond à la volonté d'harmonisation et d'unification souhaitée dès le départ par les membres fondateurs de l'organisation. Le droit des sociétés OHADA deviendrait plus attractif pour les investisseurs, il va faciliter l'application des dispositions et enrichir le marché par la présence d'investisseurs venant de part et d'autre du continent africain. Ce mécanisme pourrait s'appliquer au-delà des zones de la CEMAC et de l'UEMOA¹³⁶¹. Les prestataires de service pourraient intervenir dans les pays de l'OHADA sans contrainte par rapport à l'Etat d'origine. L'autorité de régulation du marché financier du pays d'accueil du prestataire serait en mesure de coopérer avec le régulateur financier du pays d'origine¹³⁶², une coopération tournant principalement autour de certaines informations à échanger entre régulateurs du marché¹³⁶³.

Cette coopération issue de la mise en place d'un passeport unique serait une innovation de taille dans le cadre de l'intégration de marchés financiers et la construction d'un droit des marchés financiers harmonisé, car selon Thierry Bonneau et France Drummond, « une large coopération entre les régulateurs de différents pays est d'autant plus indispensable que les fraudes potentielles ont beaucoup plus de chances de couvrir plusieurs juridictions, en raison des interconnexions existant au sein du réseau »¹³⁶⁴.

La coexistence de plusieurs organisations sous-régionales n'est pas toujours un aspect positif pour le développement de l'économie dans la sous-région. En effet, même si chacune de ces organisations évoluent dans un domaine précis, elles ne pourraient se développer de manière indépendante, elles vont de paires et se complètent, il s'agit « de synergie renforçant leur efficacité »¹³⁶⁵.

Le rôle de l'OHADA en matière de droit financier est faible, il est possible à l'image de la CEMAC et de l'UEMOA de lui conférer le droit d'avoir un impact certain en évitant d'intervenir dans les matières déjà réglementées par les autres structures, mais également en renforçant le cadre juridique existant dans l'adoption des textes dans des domaines qui ne sont pas régis à l'échelle africaine. Le professeur PRISO-ESSAWE¹³⁶⁶ suggère, d'une part, un

¹³⁶¹ Tel est le cas de la RDC qui est membre de l'OHADA sans appartenir à la CEMAC, encore moins à l'UEMOA.

¹³⁶² Kalondji THIYOMBO, *op. cit.*, p.171.

¹³⁶³ *Ibid.*

¹³⁶⁴ Thierry BONNEAU, France DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Economica, 2010, p.1154.

¹³⁶⁵ Propos du professeur Joseph ISSA-SAYEGH.

¹³⁶⁶ Samuel-Jacques PRISO-ESSAWE, *op. cit.*

meilleur encadrement des domaines non réglementé¹³⁶⁷ et, d'autre part, de mieux coordonner les actions des différents stades de juridiction qui interviennent (nationaux, communautaires, unifié)¹³⁶⁸.

Les Etats africains devraient se regrouper, et suivre le modèle européen à travers l'UE qui a su surmonter ces défis. En effet, il existe une différence entre les mesures et les actions menées entre ces différentes organisations. Cette situation est le fruit de très grands écarts entre ces institutions, chacune d'elles veut préserver son leadership.

La coordination est indispensable, elle permet de débarrasser l'Afrique de l'ouest des conflits et répondre aux attentes des populations. La multiplicité des organisations sous-régionales et régionales ne saurait favoriser le développement de l'Afrique de l'ouest, il est urgent d'harmoniser les prérogatives des organisations sous-régionales et régionales avec une focalisation de chacune d'elles sur un volet précis. « La souveraineté, l'endogénéisation des solutions et un mode financement interne sont mise pour un décollage effectif de la région ».

Un travail a déjà été effectué pour assurer l'interprétation des activités normatives des organisations et leur lien de connexité à la dynamique continentale et internationale s'analysant à deux niveaux par la mise en place de réseaux interactifs¹³⁶⁹.

L'interconnexité pourrait se faire à travers les rapports qu'entretient l'OHADA avec les autres organisations régionales et internationales¹³⁷⁰, mais elle est insuffisante en raison de l'abondance des disparités et la multiplicité des institutions régionales et internationales.

L'entente, la cohésion sont les conditions permettant à l'OHADA d'atteindre son objectif de devenir une grande instance continentale pour le droit des affaires et un interlocuteur direct entre toutes ces organisations d'intégration économique.

La question qui se pose est « comment concilier la réalisation des objectifs fondamentaux de l'OHADA, dans un contexte marqué par la prolifération des organisations d'intégration et une tendance à la banalisation des problèmes de coexistence normative, institutionnelle et

¹³⁶⁷ Par exemple, la détermination du rôle législatif de chacun.

¹³⁶⁸ Kalondji THYOMBO, *op. cit.*, p.176.

¹³⁶⁹ Abdoullah CISSE, « l'harmonisation du droit des affaires Afrique : l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », *Revue international de droit économique*, n°2, 2004, p.207.

¹³⁷⁰ *Ibid.*

juridictionnelle ? ». Certaines solutions ont été proposées par la doctrine pour mettre fin aux conflits d'ordres juridiques communautaires¹³⁷¹.

Les conflits entre les différentes organisations sous-régionales sont une réalité en Afrique auxquels il faut impérativement trouver des solutions par le biais de coopération et de concertation¹³⁷². Ces méthodes sont efficaces, elles concernent les dispositions en concurrence et permettent de mettre un terme aux conflits qui en résultent¹³⁷³. La méthode proposée, est celle de la recherche de la volonté du législateur qui a édicté la norme, afin de découvrir l'objectif et le but poursuivi.

Les solutions au règlement des conflits sont nombreuses, mais celles préventives sont le plus souvent privilégiées¹³⁷⁴. Par exemple, parmi les moyens préventifs, on peut citer la « stricte application des traités existants par les organes compétents »¹³⁷⁵. « La majeure partie de ces dispositions prévoient la conclusion d'accords de coopération avec d'autres organisations communautaires ou internationales »¹³⁷⁶. La collaboration entre les organisations est un mal nécessaire¹³⁷⁷, elle constitue l'une des principales solutions pour prévenir les conflits, cette collaboration se fait par le biais d'accords particuliers en matière judiciaire¹³⁷⁸, par des concertations régulières, dialogue et échange entre organisations¹³⁷⁹. Le dialogue entre juges des différentes organisations pourrait être une bonne méthode¹³⁸⁰ en présence de normes en concurrence¹³⁸¹.

Cependant, l'ensemble de ces démarches destinées à favoriser la communication entre les organisations sous-régionales relèvent le plus souvent d'éléments factuels. L'urgence

¹³⁷¹ Paul DIOUF, *La coexistence entre l'ordre juridique OHADA et les autres droits sous-régionaux d'Afrique Subsaharienne*, thèse, université de Perpignan, décembre 2017.

¹³⁷² Professeur Michel Filiga SAWADOGO.

¹³⁷³ Michel Filiga SAWADOGO, « Les conflits entre normes communautaires : aspects positifs et prospectifs, communication à la 2^e rencontre Inter-juridictionnelle entre les cours communautaires de la CEDEAO, de l'OHADA, de la CEMAC et de l'UEMOA », Bamako, Mali, février 2009, p.30.

¹³⁷⁴ Didier LOUKAKOU, *op. cit.*, p.838.

¹³⁷⁵ Michel Filiga SAWADOGO, *op. cit.*, p.15.

¹³⁷⁶ Article 12 du Règlement préc. du comité ministériel de l'union monétaire de l'Afrique centrale n°06/03-CEMAC-UMAC du 12 novembre 2003. Ce texte autorise la COSUMAF à conclure ce genre d'actes de coopération ; Art. 27 de l'Annexe à la convention portant création du conseil Régional de l'Épargne Publique et des Marchés financiers autorisant la conclusion de tels accords.

¹³⁷⁷ Hervis MIKPONHOUÉ, *l'ordre juridique communautaire ohada et les enjeux d'intégration du droit des affaires*, thèse, université de Perpignan, avril 2016, p.65.

¹³⁷⁸ Dorothee COSSI COSSA, « Les concurrences de compétence entre les hautes juridictions communautaires de l'Afrique de l'ouest et du centre : réalités et approches de solutions », in l'esprit du droit, *Afrilex, Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*, p.16.

¹³⁷⁹ Michel Filiga SAWADOGO, *op. cit.*, p.16.

¹³⁸⁰ Goerges TATY, *op. cit.*, p.6 et S.

¹³⁸¹ Didier LOUKAKOU, *op. cit.*, p.839.

commande leur concrétisation sur le terrain, car c'est le seul moyen permettant de faciliter le financement des entreprises par le biais de dispositions homogènes en faveur des investisseurs.

L'effectivité du droit OHADA dans un environnement parsemé d'organisations n'est pas chose aisée, la plupart poursuivent les mêmes objectifs, et pourraient laisser croire à l'existence d'une multiplicité d'organisations sans vocation effective.

Le désir de « création d'un nouveau pôle de développement en Afrique » est l'une des principales motivations des promoteurs du traité de l'OHADA¹³⁸². L'intervention des autres organisations dans les mêmes domaines ne manquerait de causer des difficultés d'articulation entre entités juridiques autonomes. L'idée n'est pas de procéder à une fusion de toutes organisations, car chacune conserve ses particularités et reste liées à une appartenance croisée de plusieurs pays à des organisations communautaires différentes, les conflits et concurrence entre les normes étaient incontournables. Ces disparités pourraient être réduites par une articulation de celles-ci avec les autres institutions communautaires (A). L'articulation des normes de l'OHADA avec celles de l'UEMOA et de la CEMAC permet d'envisager une articulation des normes nationales avec les actes uniformes (B).

A. Articulation des normes OHADA avec les autres institutions communautaires

Le risque de conflit ou de concurrence des normes est plus grand avec l'UEMOA, en raison de l'importance du nombre d'intersection entre les compétences des organisations¹³⁸³, telles que la coexistence de plusieurs dispositions comptables unifiées et les implications de la mise en œuvre de l'article 449 sur les banques¹³⁸⁴. Les Etats sont contraints au respect du système comptable ouest africain et à l'acte uniforme sur le droit comptable OHADA, ces deux instruments contiennent des dispositions qui s'appliquent directement et en mêmes temps aux Etats membres, la complexité de la situation a poussé les instances de l'UEMOA, à procéder à la mise en conformité du SYSCOA avec l'acte uniforme sur le droit comptable.

En effet, si le législateur OHADA a pu renforcer la promotion de l'entrepreneuriat par la réforme des dispositions relatives au statut de commerçant et des actes de commerce qui sont

¹³⁸² *Ibid.*

¹³⁸³ Abdullah CISSE, *op. cit.*, p.208.

¹³⁸⁴ *Ibid.*

régis par les actes uniformes de l'OHADA, les effets de commerce demeurent réglementés par les dispositions de l'UEMOA.

L'UEMOA a pris une série de mesures favorables au rapprochement des dispositions communautaires dans le cadre de l'objectif de développement économique¹³⁸⁵.

Cependant, l'articulation entre le droit communautaire OHADA et le droit des autres organisations communautaires est difficile à réaliser, en raison de leur autonomie juridique¹³⁸⁶.

La concurrence des normes communautaires est courante entre l'OHADA, l'UEMOA, la CEMAC, les principales organisations de la sous-région. « La règle de la supranationalité posée par l'article 10 du Traité OHADA se retrouve au niveau de l'article 6 du Traité de l'UEMOA »¹³⁸⁷.

Cependant, l'uniformisation des dispositions risque de complexifier l'environnement juridique pour les investisseurs et le juge, lorsque les textes de l'OHADA et l'UEMOA sont directement compétentes dans un domaine¹³⁸⁸. Les mesures envisagées sont la mise en place d'une collaboration entre les organisations communautaires en droit des investissements et de la concurrence.

Certaines organisations poursuivent des objectifs économiques, et d'autres ont une vocation plus spécifique¹³⁸⁹, telles que la conférence inter-africaine des marchés d'assurance et l'organisation africaine de la propriété intellectuelle. En effet, ces organisations n'encouragent pas l'homogénéité des dispositions communautaires, « Le démantèlement latent du droit uniforme par des droits voisins au nom de la spécificité peut engendrer à long terme un labyrinthe normatif fatal à l'ambition d'attirer les investisseurs par la simplicité du droit OHADA recherchée »¹³⁹⁰.

L'absence de collaboration utile et durable entre ces organisations, expose le droit OHADA à un risque potentiel de dislocation du droit uniforme des affaires au niveau africain. L'OHADA et les autres organisations ont besoin de conditions favorables à une unification des dispositions communes, tel la mise en place un marché commun à toutes ces

¹³⁸⁵ Sur cette question, le site uemoa.int offre les différents actes pris par l'UEMOA pour promouvoir l'harmonisation communautaire.

¹³⁸⁶ Ces organisations entretiennent à long terme ces disparités.

¹³⁸⁷ Abdullah CISSE, *op. cit.*, p.221.

¹³⁸⁸ *Ibid.*

¹³⁸⁹ Domaines relevant de la compétence de l'OHADA.

¹³⁹⁰ Abdullah CISSE, *op. cit.*, p.221.

organisations, car la superposition des ordres juridiques dans un espace géographique limité ne favorise pas l'idée de création d'un marché commun à toutes ces organisations économiques.

La mise en cohérence des dispositions communautaires est un impératif d'ordre économique, « elle présente un intérêt en matière d'interopérabilité des dispositions juridiques dans un contexte où l'interprétation des marchés est facilitée par les progrès des nouvelles technologies »¹³⁹¹.

Le législateur OHADA a montré sa volonté de mettre en place un environnement juridique unifié, il lance le défi de l'harmonisation africaine par le biais de la régulation économique communautaire favorisant une participation plus accrue des agents économiques.

Les véritables solutions à la coexistence des normes entre l'OHADA et les autres institutions communautaires sont les mesures préventives, par le biais d'accords particuliers dans le domaine judiciaire¹³⁹² ou par une concertation permanente, coordination de compétences, dialogue entre organisations d'intégration¹³⁹³ et dialogue des juges¹³⁹⁴.

Les mesures préventives à privilégier sont celles qui se prêtent à une mise en œuvre facile dans un souci d'efficacité, la spécialisation des organisations fait partie de l'une des mesures phares, elle s'avère plus qu'efficace et devrait permettre de lutter contre les conflits de normes¹³⁹⁵.

En effet, la spécialisation favorise l'élimination des risques d'incertitudes sur les dispositions applicables en présence de normes concurrentes, et la réduction des risques d'insécurité juridique.

¹³⁹¹ *Ibid.*, p.222.

¹³⁹² Art. 12 du règlement du comité ministériel de l'Union Monétaire de l'Afrique Centrale n°06/03-CEMAC-UMAC du 12 novembre 2003. Ce texte permet à la COSUMAF de conclure de tels accords de coopération ; Art. 27 de l'annexe à la convention portant création du conseil régional de l'Épargne Publique et de Marchés Financiers autorisant ledit Conseil à conclure de tels accords.

¹³⁹³ Michel Filiga SAWADOGO, *op. cit.*, p.838.

¹³⁹⁴ Georges TATY, *op.cit.*, p.6. ; Samuel-Jacques PRISSO ESSAWE, « l'hypothèse d'un dialogue préjudiciel entre juridictions régionales africaines, communication au colloque organisé par la cour de justice de la CEMAC sur la vulgarisation des textes communautaires de la CEMAC », actes du colloque de N'Djamena, 7-12 février 2011.

¹³⁹⁵ G.S FELIHO, « La coexistence textuelle dans l'espace UEMOA : Cas de l'appel public à l'épargne », Actes du séminaire de sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA, oct.2003, p.8 ; Michel Filiga SAWADOGO, *op. cit.*, p.17.

L'analyse de la finalité de chacune de ces organisations nous permet de montrer que les liens entre l'OHADA et les autres organisations africaines sont intéressantes. « L'OHADA est un outil technique de sécrétion du droit pour les besoins des Etats et des communautés régionales. Celles-ci au même titre que les Etats, bénéficiaires des normes de l'OHADA »¹³⁹⁶. La comparaison et la mise en exergue des objectifs poursuivis par chacune d'entre elles contribueraient à l'éradication définitive de conflits et divergences juridiques qui les animent. Le dialogue¹³⁹⁷ entre les organisations régionales et l'OHADA, permettrait de limiter les champs matériels d'intervention¹³⁹⁸, c'est dans ce contexte que l'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés a été mis en cohérence avec des réformes législatives relatives à l'espace UEMOA.

B. L'articulation avec les normes nationales

Le conflit de normes nationales et communautaires est rare, l'article 10 du traité OHADA rappelle que, « les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ».

Les actes uniformes ont une force obligatoire et une applicabilité directe dans les droits nationaux. En effet, la cour commune de justice et d'arbitrage s'est prononcée sur la règle de la supranationalité introduite par l'article 10, « La solution donnée par la cour résout les inquiétudes des Etats membres relatives à leur législation interne en concurrence avec les matières harmonisées par le traité et prolonge l'entreprise d'unification en proposant d'étendre la portée abrogatoire de l'article 10 aux domaines susceptibles d'être harmonisés.

De ce point de vue les rapports entre le droit OHADA et le droit national des Etats parties respectent une certaine hiérarchie dans la mise en cohérence des règles juridiques. Une telle recherche de concordance se trouve aussi dans l'application et l'interprétation des normes régionales par les juges. La cour commune s'est déclarée en faveur du respect du respect des dispositions des actes uniformes dès leur entrée en vigueur dans les Etats parties »¹³⁹⁹.

¹³⁹⁶ Paul Gérard POUGOUE, *op. cit.*, p.5.

¹³⁹⁷ Il regroupe, la concertation, la répartition et la collaboration.

¹³⁹⁸ Paul Gérard POUGOUE, *op. cit.*, p.5.

¹³⁹⁹ La CCJA, par avis n°001/2001/EP, insiste sur la portée abrogatoire de l'article 10 du traité de l'OHADA. Le professeur SAYEGH Joseph a fait des développements à ce propos, « La portée abrogatoire des actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des parties », *Revue burkinabé de droit*, n°39-40, N°spécial, p.51.

Cette analyse de la place accordée aux dispositions rendues par la cour commune de justice et d'arbitrage par rapport à celles nationales a montré, qu'il n'y a pas de difficultés d'articulation entre en normes communautaires et nationales, à l'exception des rapports entre normes communautaires à l'origine des conflits, tensions, disparités et incohérence. « L'observation par les juridictions nationales du droit de l'OHADA dans le règlement des contentieux intervenu après son adoption définitive reste un gage d'effectivité et d'efficacité de ce dernier »¹⁴⁰⁰.

Le droit OHADA sur la question des dispositions de la CCJA a clairement posé le principe de la force exécutoire des décisions rendues par la CCJA à l'image de celles rendues par les juridictions nationales. Ce principe permet au législateur d'autoriser le contournement de la formule exécutoire, en laissant une marge de manœuvre aux juridictions nationales par le biais d'un contrôle national¹⁴⁰¹.

Le principe est celui de l'égalité entre les décisions nationales et communautaires qui ne joue pas pleinement en matière d'arbitrage, mais n'empêche pas la cour de démontrer qu'elle reste prééminente dans le domaine de l'arbitrage en déroulant sa compétence exclusive dans l'attribution d'exequatur¹⁴⁰².

La compétence de la cour dans les démarches d'exequatur est inscrite dans une logique de contrôle de l'adaptation du droit des affaires dans l'espace OHADA, le recours à l'arbitrage comme mode de régulation des litiges d'affaires est adapté à l'objectif de capitalisation des investissements¹⁴⁰³.

« La formules d'articulation entre les normes nationales et communautaires permettent de voir une construction vers les investissements du droit OHADA avec un aménagement des compétences nationales pour les questions « pudiquement » qualifiables d'internes »¹⁴⁰⁴.

Les mesures prises par le législateur en matière d'articulation des normes nationales et communautaires sont sans complexité pour l'application des dispositions en matière

¹⁴⁰⁰ Professeur Abdullah CISSE.

¹⁴⁰¹ Mireille DELMAS-MARTY, Marie-Laure LIZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun en gestation », *Mc Gill, Law JOURNAL, Revue de droit de Mc Gill*, 2001, p.952. M.DELMAS –MARTY et Alii, UMRDC, *société de législation comparée*, Paris, 2001, p.73 et s.

¹⁴⁰² Abdullah CISSE, *op. cit.*, p.210.

¹⁴⁰³ *Ibid.*

¹⁴⁰⁴ Professeur Abdullah CISSE.

d'investissements, mais l'articulation entre normes communautaires et OHADA crée beaucoup chevauchements.

Le droit OHADA envisage dans le futur¹⁴⁰⁵ à s'orienter « vers le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des contrats, le droit de la preuve », ces matières sont déjà réglementées par les droits communautaires¹⁴⁰⁶, et concourent toutes à la réalisation d'un même objectif : le développement économique. Une collaboration permettrait d'éviter le chevauchement règlement CEMAC et UEMOA des dispositions de l'Acte uniforme en dépit du fait que la primauté de ces actes vise également « les normes primaires et dérivées issues du traité de la CEMAC »¹⁴⁰⁷.

Cependant on peut d'ores et déjà commencer à se féliciter, le rapport des activités de la COSUMAF en 2013 avait lancé un appel à la fusion des places financières, il s'agissait d'un premier pas vers la lutte contre les disparités à l'échelle communautaire. En effet, « le comité ministériel de l'Union monétaire de l'Afrique Centrale a créé le 26 septembre 2013 un comité de pilotage ayant pour rôle essentiel de mettre en application les décisions prises par les hautes autorités de la CEMAC en vue de régler définitivement le problème de la coexistence de deux marchés financiers »¹⁴⁰⁸. Les Etats devraient mettre fin aux divergences communautaires, afin de parvenir à une intégration régionale réussie.

L'objectif d'harmonisation est réussi dans plusieurs domaines du droit des affaires, mais elle suscite d'énormes difficultés en matière fiscale et pénale entre les différentes organisations. L'harmonisation de ces dispositions permettrait de favoriser la coopération institutionnelle entre les marchés.

§ 2. L'harmonisation des dispositions fiscales et pénales

Dans un contexte d'harmonisation du droit des affaires, la diversité des sources du droit n'est pas favorable au développement de l'activité économique des entreprises, tel le cas des normes fiscales (A) et pénales (B).

¹⁴⁰⁵ Conseil des ministres OHADA de Bangui, le 21-23 mars 2001.

¹⁴⁰⁶ Règlement 1/99 et 4/99 de la CEMAC et les règlements 2/2002, 3/ 2002 et 4/2002 de l'UEMOA. KWAME M.C, « Droit de confidentialité et droits de la défense dans les procédures communautaires de concurrence, Double variation sur une partition européenne », *RDI comp.*2004, p.329.

¹⁴⁰⁷ Samuel-Jacques PRISSO ESSAWE, *op. cit.*, p.64.

¹⁴⁰⁸ Willy ZOGO, « Cameroun /CEMAC : Valeurs mobilières dématérialisées », *les dossiers, droit des marchés financiers*, février 2015, p.1.

A. Le cas des normes pénales

L'article 5 de l'alinéa du traité de l'OHADA énonce :

« Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues ». Ce texte crée un partage de compétence entre les instances de l'OHADA et les Etats membres, les premiers édictent, en matière de droit des affaires, des incriminations pénales, et les seconds sont chargés de la mise en œuvre des sanctions courantes »¹⁴⁰⁹.

Une telle construction est critiquable en termes d'efficacité de la politique pénale, qui s'oppose à la procédure choisie par les autres organisations. Par exemple, la conférence interafricaine des Marchés d'Assurances (CIMA) et l'organisation Africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) ont des dispositions organiques qui regroupent des dispositions d'incrimination et de sanctions¹⁴¹⁰. Le droit OHADA procède d'une manière différente et peu originale¹⁴¹¹, la CEMAC et de l'UEMOA définissent leurs incriminations pénales en laissant aux Etats membres le libre arbitre en matière de détermination du quantum des peines applicables aux infractions¹⁴¹².

En effet, si la règle des sanctions pénales relève classiquement des privilèges nationaux, elle crée un conflit de compétence traduit par un morcellement du droit des affaires¹⁴¹³.

De plus, en matière de droit des affaires subsistent des inégalités entre les individus, en fonction des Etats auxquelles ils appartiennent, car les sanctions varient selon les législations nationales. Par exemple certains investisseurs peuvent être avant tout en quête de « paradis fiscaux »¹⁴¹⁴ provenant des disparités au niveau du système pénal en vigueur.

L'intégration, l'harmonisation juridique et judiciaire sont des impératifs pour l'ensemble des Etats. Les praticiens du droit admettent l'application de la technique du renvoi législatif en matière de détermination des sanctions, mais ils ont mis en avant les conséquences juridiques

¹⁴⁰⁹ Daniel KEUFFI, *op. cit.*, p.824.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*

¹⁴¹¹ Article 5 du traité de l'OHADA.

¹⁴¹² Les dispositions 60 et suivantes du règlement n°06/03-CEMAC-UMAC du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier de l'Afrique centrale définissent plusieurs incriminations liées aux comportements non réguliers imputables aux investisseurs et acteurs du marché financier. Dans ces dispositions, les Etats membres de la CEMAC se voient octroyés le pouvoir de déterminer des sanctions applicables aux dites incriminations.

¹⁴¹³ Didier LOUKAKOU, *op. cit.*, p.825.

¹⁴¹⁴ PAUL Gérard POUGOUE, Abdullah CISSE et autres, *op. cit.*, p.237.

et économiques qui résultent du partage de compétence entre l'OHADA et les Etats membres en matière pénal. La motivation juridique du législateur à effectuer ce partage de compétence est l'observation, « d'une différence dans le système pénal des Etats signataires du traité OHADA », tel la « rupture d'égalité des justiciables de l'OHADA », qui tenait, selon ces auteurs, à une différence en matière de développement entre les justiciables¹⁴¹⁵.

Ces motivations sont intéressantes, mais il serait mieux de procéder à l'édiction de sanctions pénales dans les actes uniformes de l'OHADA. Par exemple en accordant aux juridictions une marge de manœuvre d'appréciation, ce qui permettrait une adaptation des peines en fonction de la nature de l'affaire. Le droit OHADA doit d'ores-et-déjà envisager la création de normes pénales réprimant les infractions d'affaires, par le biais de la consécration dans les actes uniformes, des mesures déterminant les sanctions y afférent. L'absence de sanction ne remet pas en cause le droit pénal des affaires OHADA, mais elle réduit son efficacité en termes d'homogénéité par rapport aux autres organisations.

L'OHADA devrait s'inspirer des organisations voisines, telle la conférence interafricaine des marchés d'assurances et l'organisation africaine de la propriété intellectuelle, dans lesquelles les textes tiennent plus en compte les mesures d'incrimination que de sanction.

La CEMAC, l'UEMOA, définissent dans leurs réglementations des incriminations pénales en prévoyant pour les Etats membres de décider des sanctions applicables aux infractions¹⁴¹⁶. Ce partage de compétence en matière pénal cause des difficultés¹⁴¹⁷, et suscite des interrogations sur les raisons de ce partage de compétence, son intérêt et ses conséquences¹⁴¹⁸.

Le législateur OHADA a mis en place deux systèmes, le premier correspond à celui de la détermination du régime des infractions¹⁴¹⁹ et le second se rapporte à la mise en place de sanctions pénales¹⁴²⁰ créant des disparités au niveau des systèmes pénaux¹⁴²¹, d'où la nécessité d'un régime juridique complet regroupant les incriminations et sanctions pénales¹⁴²².

¹⁴¹⁵ *Ibid.*

¹⁴¹⁶ Les articles 60 et suivants du règlement n°06/03-CEMAC-UMAC du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier de l'Afrique Centrale définissent plusieurs incriminations liées aux comportements irréguliers imputables aux investisseurs et aux acteurs du marché financier. Dans ces textes, les Etats membres de la CEMAC se voient attribuer le pouvoir de fixer des sanctions applicables auxdites incriminations.

¹⁴¹⁷ Joseph ISSA SAYEGH, Paul Gérard POUGOUE, « l'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions », *revue de droit uniforme*, 2008, p.467.

¹⁴¹⁸ Daniel KEUFFI, *op.cit.*, p.825.

¹⁴¹⁹ Qui relève du législateur OHADA.

¹⁴²⁰ Qui est de la compétence des législateurs nationaux.

L'harmonisation pénale est devenue un impératif en raison de l'éclatement de la compétence en matière pénale, elle fait surgir la nécessité pour l'OHADA de délimiter le champ d'application du droit des affaires, afin de déterminer les comportements susceptibles d'être qualifiés d'infractions d'affaires.

Le législateur dans son article 2 du traité OHADA ne devrait pas ignorer l'harmonisation des infractions reconnues, les renvois législatifs aux Etats membres de définir les infractions dans des domaines relevant du droit des affaires pourraient créer une absence de cohérence de la politique répressive communautaire.

L'harmonisation efficace des infractions d'affaires repose sur décision collective de l'OHADA, l'UEMOA et la CIMA, à travers l'édition des comportements répréhensibles et portant atteinte aux valeurs du marché. Une démarche collective, un consensus entre les différentes organisations devrait permettre de parvenir à l'efficacité des dispositions édictées. Ce consensus n'occultera pas la prise en considération de « l'identité des valeurs de référence chez les émetteurs de la règle commune »¹⁴²³.

Une première étape a été franchie avec l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales¹⁴²⁴, mais cette construction juridique s'est limitée à la détermination des comportements répréhensibles, car le législateur OHADA a préféré procéder par renvoi législatif aux Etats membres de l'organisation communautaire. La distinction des compétences relative à la détermination des infractions et la fixation des sanctions a pour conséquence d'aggraver, la disparité des situations économiques et systèmes pénaux entre Etats parties appartenant au nombre des arguments généralement invoqués pour justifier l'option du traité de l'OHADA.

¹⁴²¹ L'OHADA n'a pas voulu ou, mieux, n'a pas pu harmoniser les sanctions pénales. Chaque Etat prend donc les sanctions qu'il juge opportunes selon les objectifs de répression qu'il s'est fixés et les moyens à sa disposition. En choisissant le principe du renvoi à la répression à des textes à créer par des législateurs nationaux qui ont l'obligation de la détermination des sanctions pénales, le traité n'imaginait que certains Etats membres de l'OHADA, pas plus de quatre pays ont répondu favorablement à l'appel du législateur OHADA parmi lesquels on peut citer le Sénégal par la loi n°98-99 du 26 mars 1998, le Cameroun par la loi n°2003/008 du 10 juillet 2003 et la République centrafricaine par la loi n°10.001 du 6 janvier 2010 portant code pénal centrafricain. Quinze ans après l'entrée en vigueur des premiers Actes uniformes, près de quatorze pays traînent encore le pas et rendent ainsi inapplicable le droit pénal OHADA. Plus grave encore, Ces pays pataugent dans l'illégalité. Et même dans les pays où des peines ont été édictées, il y a encore un « clair-obscur » dans l'application du droit pénal OHADA. Ceci à cause de nombreuses failles que regorgent ces textes.

¹⁴²² Kalondji TSHIYOMBO, *op. cit.*, p.174.

¹⁴²³ *Ibid.*

¹⁴²⁴ Abdullah CISSE et Alii, *OHADA, société commerciale et GIE*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p.1.

L'absence de cohésion au niveau des dispositions pénales est à l'origine de la concurrence entre les justices des Etats membres, la doctrine préconise que la « sanction des infractions découlant de la mise en œuvre des actes uniformes pourrait prendre la forme d'une simple mise en garde ou d'un reproche faible totale ou partielle de la sanction »¹⁴²⁵.

Le système répressif est indispensable pour déterminer le niveau de développement du système économique d'un Etat par les agents économiques.

« Le rapprochement des sanctions pénales doit trouver un espace d'expression dans la création de vecteur commun de fixation des peines encourues amende, prison, par les transgresseurs des normes communautaires. A ce stade la combinaison des principes directeurs pourrait offrir un éventail de solutions au législateur de l'OHADA dans la perspective d'une harmonie des sanctions pénales »¹⁴²⁶.

« La diversité des sources du droit s'avère, en droit pénal des affaires de l'OHADA, un facteur d'instabilité et de disparité de nature à fissurer l'édifice d'intégration juridique de l'OHADA »¹⁴²⁷.

La conférence des chefs d'Etats ou le conseil des ministres de l'OHADA peut, par le biais de concertations et décisions prises à l'unanimité demander aux Etats membres de créer des mesures répressives sanctionnant les infractions visées dans les actes uniformes. Cela permettrait une application plus facile des sanctions qui seraient homogènes à l'ensemble des Etats. Les incriminations sont définies dans l'acte uniforme OHADA et les sanctions relèvent de la compétence des Etats, il est temps de procéder à une articulation entre ordres juridiques communautaires et nationaux, afin de parvenir à une homogénéité de toutes les dispositions pénales¹⁴²⁸. Cependant, cette articulation ne résout pas toutes les difficultés, mais elle contribue à un renforcement du processus d'intégration juridique initié par l'OHADA.

Une nouvelle démarche devrait être instituée, afin de faciliter les échanges au sein de l'espace économique et financier, lutter contre les inégalités, et la délinquance financière dans le cadre d'une communauté d'espace juridique dépendant principalement de la responsabilité des législateurs supranationaux, telle l'OHADA.

¹⁴²⁵ *Ibid.*, p.224.

¹⁴²⁶ Marty DELMAS, « la mondialisation du droit : chances et risques », *Dalloz*, 1997, p.43.

¹⁴²⁷ Daniel KEUFFI, *op. cit.*, p.827.

¹⁴²⁸ PAUL Gérard POUGOUE, Abdullah CISSE, *op. cit.*, p.233.

B. Le cas des normes fiscales

L'UEMOA propose de bons moyens, elle a su prendre une intéressante directive portant harmonisation de la fiscalité applicable aux valeurs mobilières dans l'objectif de diminuer les disparités d'impositions et d'obligations émises sur la BRVM en vue de procéder à l'harmonisation de l'épargne et des valeurs rappelées par le ministre gabonais délégué aux Finances dans son discours d'ouverture des journées du Marché financier de l'Afrique centrale.

Le ministre a indiqué que « l'adoption d'un cadre fiscal incitatif et unifié, est de nature à favoriser l'intervention des épargnants, investisseurs et autres agents économiques de notre sous-région sur le marché. Les mesures fiscales incitatives se traduiront par des réductions d'impôts sur les transactions et les revenus de placement, des abattements ou exonérations d'impôts sur les sociétés, des exonérations d'impôts sur les plus-values de cession de valeurs mobilières »¹⁴²⁹.

L'OHADA a mis en place un droit harmonisé des affaires entre les différents Etats de l'Afrique subsaharienne, il est du devoir des Etats de se réunir pour réaliser l'intégration des marchés.

L'ensemble de cette analyse a permis de nourrir quelques préoccupations en termes d'effectivité du développement des investissements en droit OHADA, le problème de la compétence des organisations d'intégration régionale en Afrique en est la cause majeure.

Les textes de l'OHADA sont d'application directe¹⁴³⁰, en raison de l'autonomie du droit communautaire, il serait judicieux d'œuvrer en marge de la nécessaire coopération entre lesdites instances pour une redéfinition à court terme de leurs frontières dans un souci de clarté, de cohérence, de coexistence harmonieuse, d'effectivité du droit et de la sécurité juridique.

La diversité des sources en droit OHADA est un facteur d'instabilité et de disparité de nature à porter atteinte à l'intégration juridique de l'OHADA¹⁴³¹. En effet, si l'on peut se réjouir des avancées et efforts effectués en matière d'intégration régionale et de développement

¹⁴²⁹ Discours d'ouverture des journées relatives au marché financier de l'Afrique centrale prononcé par le ministre gabonais délégué aux Finances le 4 décembre 2006, in www.cosumaf.org

¹⁴³⁰ Article 6 du traité de l'UEMOA et Art. 10 du Traité OHADA.

¹⁴³¹ Didier LOUKAKOU, *op. cit.*, p.827.

économique¹⁴³², le manque de coordination et d'articulation entre les différents ordres juridiques¹⁴³³ laisse « entrevoir un avenir de désordre »¹⁴³⁴ à l'origine de ces dysharmonies.

En définitive, en matière de sanctions applicables en droit pénal des affaires et de concurrence entre organisations sous-régionales en Afrique, les résultats paraissent très « mitigés », elles portent sérieusement atteinte à la procédure d'intégration juridique poursuivie¹⁴³⁵.

La collaboration est nécessaire, en raison du croisement des espaces, « en Afrique de l'ouest, sur les quinze Etats membres de la CEDEAO :

- Six Etats sont membres à la fois de la CEEAC, de la CEMAC et l'OHADA.
- Un Etat est membre à la fois de CEEAC et (potentiellement) de l'OHADA,
- Trois Etats ne sont membres que de la CEEAC »¹⁴³⁶.

La concertation et la coopération sont les principaux moyens pour mettre fin au conflit entre les ordres juridiques communautaires de la sous-région. La signature d'accord entre l'OHADA et la CEMAC prévoit à cet effet que les deux organisations « s'accordent à coopérer dans la définition des domaines d'harmonisation du droit des affaires »¹⁴³⁷. Ce texte préconise la prise en compte de la production normative de chaque organisation dont les Etats sont aussi membres au traité¹⁴³⁸. La concertation est valable entre les juridictions de deux organisations différentes, l'issue de nombreux séminaires a montré que la CEMAC, l'OHADA et l'UEMOA ont beaucoup de difficultés en commun¹⁴³⁹.

La répartition est aussi conseillée comme mode de résolution des conflits entre ordres juridiques communautaires, elle consiste en la révision des modèles d'organisation avant de procéder à une répartition des compétences¹⁴⁴⁰. La compétence matérielle devrait être répartie entre les juridictions¹⁴⁴¹.

¹⁴³² Georges TATY, *op. cit.*, p.2.

¹⁴³³ Samuel-Jacques PRISO-ESSAWE, *op. cit.*, p.60.

¹⁴³⁴ Joseph ISSA-SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », *Revue de droit uniforme*, 1999-1, p.5 ; Ohadata D-02-11, p.8.

¹⁴³⁵ Didier LOUKAKOU, *op. cit.*, p.841.

¹⁴³⁶ Samuel-Jacques PRISO ESSAWE, *op. cit.*, p.61.

¹⁴³⁷ Article 2 du traité de port Louis.

¹⁴³⁸ Samuel-Jacques PRISO ESSAWE, *op. cit.*, p.64.

¹⁴³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁴⁰ Par exemple en droit des affaires.

¹⁴⁴¹ Samuel - Jacques PRISO ESSAWE, *op. cit.*, p.64.

La coopération entre juridictions est un moyen d'éviter les risques juridiques de superposition et des jurisprudences incidentes, elle permet, d'assurer le respect des juridictions entre elles, de contourner les risques d'une fausse interprétation des dispositions juridiques de l'organisation voisine et de mettre fin aux conflits de compétence entre Etats¹⁴⁴².

Ces réflexions ont permis d'aboutir à un marché financier plus approfondi dans lequel, les opérateurs économiques peuvent se déplacer d'une place financière à une autre sans difficulté et bénéficier des flux de croissance des Etats¹⁴⁴³, car la réglementation est unique.

Le marché est en période de redynamisation, l'objectif est de redonner de la confiance aux investisseurs à travers les mouvements de la bourse. De plus, il serait intéressant d'améliorer le compartiment accordé aux PME.

Le regroupement régional est indispensable, malgré le niveau de développement économique de certains Etats, car l'Afrique a besoin d'un marché des capitaux contribuant suffisamment au financement des entreprises à l'image des marchés européens.

Les projets sont nombreux, la plupart sont financés par les banques, ils devraient également bénéficier de l'opportunité d'être financés par les marchés de capitaux.

Les entrepreneurs OHADA traversent une période difficile et la défaillance des entreprises s'est accrue. La principale cause est liée à un manque de diversification des techniques de financement de l'entreprise en droit OHADA. Néanmoins, il existe des apports ou liens éventuels entre le droit OHADA et le droit des investissements. Les dispositions relatives aux marchés financiers que l'on retrouve en droit OHADA des sociétés ne concernent que les sociétés par actions, il faudrait s'interroger sur les opportunités offertes aux autres sociétés, et les moyens de financement mis à leurs dispositions.

Ces moyens sont-ils suffisants pour garantir un financement effectif des entreprises ? Le développement de l'activité des entreprises varie en fonction des moyens financiers à la disposition de l'entrepreneur. Les gérants et les responsables financier devraient procéder à une diversification des techniques de financement pour faire vivre l'entreprise et élargir les

¹⁴⁴² Il s'agit des cas dans lesquels l'une ou l'autre, parfois les deux, se déclare incompétente, et qu'une des parties au différend prétend le contraire. Dans cette juge situation le juge du conflit peut être une chambre commune OHADA.

¹⁴⁴³ Pour y parvenir, il faudrait une intégration financière réussie entre les différentes organisations et places financières.

possibilités d'entreprendre à l'ensemble des opérateurs économiques quel que soit leur niveau.

Chapitre 2. Les alternatives à l'attractivité des investissements en droit OHADA

La montée en puissance des sociétés françaises et l'émergence des investissements dans les pays européens ont créé un réveil des consciences dans les différents pays de l'OHADA qui souhaitent accueillir le maximum de financement et promouvoir le développement de l'entrepreneuriat dans cette zone. En effet, les Etats de zone OHADA dans le cadre de cette organisation ont entrepris une série de réformes visant la création de nouvelles techniques de financement. Cette dynamique s'est réalisée par l'élargissement des outils de financements à la disposition des entreprises au profit des investisseurs (**Section 1**) et la mise en place de garantie efficace de financement (**Section 2**).

Section 1. Elargissement des mécanismes de financement des entreprises OHADA

Les techniques de financement mises à la disposition des entreprises en droit OHADA sont limitées, le plus souvent ce sont les valeurs mobilières, des outils qui consacrent des droits identiques par catégories et permettent directement ou indirectement l'accès au capital de la société émettrice, ou à un droit de créance général sur son patrimoine¹⁴⁴⁴.

Cependant, en raison des difficultés que rencontrent les entreprises pour se financer et la complexité des marchés financiers, le législateur OHADA a décidé d'élargir la gamme des instruments financiers à la disposition des entreprises OHADA, afin de renforcer leur capacité d'investissement.

« Il y a avec l'acte uniforme révisé, un changement nouveau des alinéas où se trouve la définition des valeurs mobilière. Dans l'ancien acte uniforme, c'était à l'alinéa second que l'on pouvait percevoir la définition des valeurs mobilières »¹⁴⁴⁵. Ce sont de nouvelles formules de financement spécifiques aux sociétés par actions (§ 1) mais il existe d'autres modes alternatifs de financement adaptés à toutes les structures d'entreprises (§ 2).

¹⁴⁴⁴ Patrice BADJI, *op. cit.*, p.5. AUSGIE, art. 744 al.4.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*

§ 1. Les nouvelles formules de financement spécifiques aux sociétés par actions

La réforme du 30 janvier 2014 de l'Acte uniforme OHADA révisé entrée en vigueur le 5 mai 2014, évoque de nouveaux concepts : des formules nouvelles tendant à faciliter le financement des structures d'entreprises en droit OHADA.

L'acte uniforme révisé a instauré de nouveaux outils juridiques de financement, afin de résoudre les difficultés de fonctionnement des marchés financiers en droit OHADA et répondre aux besoins des investisseurs étrangers. Ce sont de nouvelles méthodes de participation au capital social d'une société, elles comportent des avantages pour l'émetteur et les investisseurs. La réforme du droit OHADA des valeurs mobilières est un véritable instrument de financement des actifs (A), elle autorise la création d'actions de préférence (B).

A. La réforme du droit OHADA des valeurs mobilières comme instrument de financement des actifs

La réforme s'est faite par l'introduction de nouveaux concepts de financement, telle la réforme sur les valeurs mobilières. En effet, les sociétés ont longtemps été confrontées¹⁴⁴⁶ à la validité des émissions de valeurs mobilières « complexes » ou « composées » qui jusqu'ici faisait l'objet de débat auprès de la doctrine et devenue par la suite une source d'insécurité pour les praticiens.

L'ancien acte uniforme faisait une distinction classique dans le titre II du Livre IV de la seconde partie intitulée, « Valeurs mobilières et autres titres émis par les sociétés anonymes », il existe deux grandes catégories de valeurs mobilières, les actions et les obligations. « Les sociétés anonymes émettent des valeurs mobilières dont la forme, le régime et les caractéristiques sont énumérés au présent titre »¹⁴⁴⁷.

L'émission des valeurs mobilières est devenue possible en droit OHADA dans les sociétés par actions simplifiée¹⁴⁴⁸. En effet, le lien entre la société anonyme et la société par action simplifiée justifie le recours des techniques de financement de la SA par la SAS¹⁴⁴⁹. L'article

¹⁴⁴⁶ Telles que les obligations convertibles en actions.

¹⁴⁴⁷ Article 744 alinéa 1 (Section 1 : Définition du Chapitre : Dispositions communes du Titre 2 : Valeurs mobilières dont la forme, le régime et les caractéristiques sont énumérées au présent titre ».

¹⁴⁴⁸ Didier LOUKAKOU, « Les valeurs mobilières dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales dans l'espace OHADA », *Recueil Penant*, 2003, p.261 et suiv.

¹⁴⁴⁹ Boris MARTOR, Benoît LE BARS, « Management et financement de la société anonyme de droit OHADA, pratique et actualité du droit OHADA », *JCP E* 2007, p.112 et suiv. (Journée d'études Lexis Nexis).

51 de l'AUSGIE prévoit de manière indirecte, la faculté de la SAS de faire usage des actions pour se financer. L'acquisition de ce mode de financement, à titre principal, résulte de l'appartenance de la SAS à la catégorie des sociétés par actions¹⁴⁵⁰. L'article 780 dudit acte, précise les modalités d'émissions des obligations, mais n'indique pas nommément l'éligibilité de la SAS à en bénéficier¹⁴⁵¹.

Cependant, les outils de financement à la disposition de la SAS sont plus restrictifs que ceux de la SA, en raison de l'interdiction de l'appel à l'épargne public dans la SAS. « La défense de l'actionnaire d'une société faisant appel public à l'épargne impose des règles détaillées et contraignantes, qui ne sont pas compatibles avec une autonomie d'organisation de la société par ses actionnaires aussi large que celle offerte par la SAS »¹⁴⁵², la volonté du législateur OHADA est de protéger l'actionnariat.

L'ancien article de l'AUSGIE avait soulevé une inquiétude sur le droit des sociétés de capitaux à émettre des valeurs mobilières complexes ou composées avant la révision de janvier 2014. Ces inquiétudes sont désormais atténuées par le nouvel article 822 de l'AUSGIE : « Les sociétés par actions peuvent émettre des valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance »¹⁴⁵³.

Les associés sont désormais libres de fixer le montant du capital social : c'est le principe de libre création des valeurs mobilières composées, elles constituent un véritable outil de financement adapté à la SAS et à la SA et contribuent à la diversification des modes de financement.

Le professeur François Nouvion, Avocat au barreau de Paris ¹⁴⁵⁴ a souligné « qu'une conception a priori restrictive était toutefois contrebalancée par une définition plus large des valeurs mobilières donnée par l'article 744 alinéa 2¹⁴⁵⁵, prévoyant de façon plus générale que celles-ci « confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès directement ou

¹⁴⁵⁰ Article 51 et 64 de l'AUSGIE révisé.

¹⁴⁵¹ Art. 780 L'émission d'obligations par les SA et les GIE est subordonnée à la preuve de l'existence des sociétés ou du groupement depuis au moins deux ans et, dans le cas spécifique de la SA, l'établissement de deux bilans successifs, régulièrement approuvés par les actionnaires de la SA.

¹⁴⁵² Pierre-Louis PERIN, *La SAS, la société par action simplifiée, études-formules*, Joly Editions, paris, 2005, p.100, p.115.

¹⁴⁵³ AUSGIE révisé, art.822.

¹⁴⁵⁴ François Nouvion a travaillé plusieurs années au Gabon, comme conseiller juridique et fiscal, et en France en tant qu'avocat depuis 2001 ; Créé en 2010, son cabinet traite en matière juridique et fiscale les entreprises et investisseurs internationaux, implantés en particulier sur le continent africain.

¹⁴⁵⁵ Deuxième partie de la définition.

indirectement à une quotité du capital de la société émettrice, ou à un droit de créance général sur son patrimoine. Elles sont indivisibles à l'égard de la société émettrice » et favorisent le financement interne des entreprises par des valeurs mobilières composées ou complexes (1) et le financement interne par l'émission de valeurs subordonnées (2).

1. Le financement interne des entreprises par l'émission de valeurs mobilières composées et ou complexes

Le droit financier français consacre la notion d'instrument financier qui emporte ainsi celle de la valeur mobilière, il existe deux grandes catégories de valeurs mobilières, d'une part, les actions et d'autre part, les obligations.

Cependant, le droit africain des affaires n'a pas atteint au niveau des textes et de la pratique une telle « sophistication » des instruments financiers. Les valeurs mobilières constituent le dénominateur commun des marchés financiers de la zone OHADA, les produits dérivés sont peu développés¹⁴⁵⁶, d'où la question relative à l'étude des catégories d'actions et obligations, alors qu'il est possible de contourner cette alternative¹⁴⁵⁷.

Le Chapitre IV du Titre est intitulé « Autres valeurs mobilières », certains y voyaient la confirmation que le droit OHADA autorisait au-delà des concepts classiques, les constructions juridiques « complexes » mêlant actions et obligations. Toutefois, cela ne pouvait emporter une totale conviction puisque ce chapitre IV ne contenait qu'un seul article qui ne visait en réalité que les seules obligations subordonnées¹⁴⁵⁸.

Le terme de valeur mobilière dans certaines réglementations est dominé par la notion d'instrument financier¹⁴⁵⁹, il occupe une place intéressante dans le régime des sociétés par actions en droit OHADA¹⁴⁶⁰. « Les valeurs mobilières peuvent être considérées comme le véritable dénominateur commun des marchés financiers de la zone OHADA, dans la mesure où, d'une part, les marchés financiers sont traditionnellement définis comme des marchés de

¹⁴⁵⁶ Kalondji TSHIYOMBO, *op. cit.*, p.151.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*, p.152.

¹⁴⁵⁸ L'article 822 prévoyait ainsi que « lors de l'émission de valeurs mobilières représentatives de créances sur la société émettrice ou donnant droit de souscrire ou d'acquérir une valeur mobilière représentative de créances, il peut être stipulé que ces valeurs mobilières ne seront remboursées qu'après désintéressement des autres créanciers, à l'exclusion des titulaires des prêts participatifs ».

¹⁴⁵⁹ Thierry BONNEAU, France DRUMMOND, *Droit des marchés financiers, op. cit.*, p.2.

¹⁴⁶⁰ Didier LOUKAKOU, *op. cit.*, p.27-28.

valeurs mobilières d'autre part, la définition de leur régime détermine les règles de protection des épargnants et les mécanismes de sécurisation des transactions de marché »¹⁴⁶¹.

La majeure partie des législations n'ont connu que deux catégories de valeurs mobilières : les actions et les obligations auxquelles on peut rajouter, la catégorie des parts de fondateurs¹⁴⁶². « Cette énumération était limitative, la pratique ne pouvant créer de nouvelles catégories de valeurs mobilières »¹⁴⁶³. Le législateur OHADA, en consacrant les deux grandes catégories de valeurs mobilières offre aux émetteurs la possibilité de créer des valeurs mobilières et de conclure des contrats financiers¹⁴⁶⁴.

L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, entré en vigueur en 1998 et modifié le 30 janvier 2014¹⁴⁶⁵, se trouve être la partie la plus importante de la réforme OHADA, mais aussi évoque l'essentiel des dispositions de droit financier directement produites par l'OHADA¹⁴⁶⁶. Le droit OHADA présente de manière successive les particularités des émissions d'actions, d'obligations et de valeurs mobilières composées ».

En effet, « dans le silence de l'ancien Acte OHADA, on s'appuyait sur le décret 53-811 du 25 février 1953 organisant l'émission d'obligations convertibles qui a 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 obligations convertibles en actions »¹⁴⁶⁷.

Une partie de la doctrine a toujours soutenu, l'émission des valeurs mobilières composées, contrairement à d'autres qui étaient réticents à la reconnaissance de la validité de tels instruments juridiques non prévus par l'Acte OHADA sur les sociétés commerciales¹⁴⁶⁸.

¹⁴⁶¹ *Ibid.*

¹⁴⁶² Les parts fondateurs ont été instituées par la loi française du 23 janvier 1929.

¹⁴⁶³ Kalondji TSHIYOMBO, *op. cit.*, p.152.

¹⁴⁶⁴ Art. 744 et 822, 822-1 à 822-21 de l'AUSC.

¹⁴⁶⁵ Journal officiel de l'OHADA, spécial 4 février 2014.

¹⁴⁶⁶ Kalondji TSHIYOMBO, *op. cit.*, p.152.

¹⁴⁶⁷ Joseph ISSA-SAYEGH, « Réflexions sur l'émission d'obligations convertibles en actions dans le droit OHADA », ohadata D-03-08.

¹⁴⁶⁸ L'article 822 prévoyait que « lors de l'émission de valeurs mobilières représentatives de créances sur la société émettrice ou donnant droit à la souscription ou l'acquisition d'une valeur mobilière représentative de créances, il peut être stipulé que ces valeurs mobilières ne seront remboursées qu'après désintéressement des autres créanciers, à l'exclusion des titulaires de prêts participatifs.

De plus, avant la réforme, aucune jurisprudence ou textes ne faisait allusion à la question des valeurs mobilières.

Le droit OHADA pose clairement le régime juridique des principales valeurs mobilières dorénavant dématérialisées.

- **La dématérialisation des valeurs mobilières**

Le législateur OHADA a complètement modernisé le droit des sociétés afin d'améliorer les méthodes de financement des sociétés, il est revenu sur la notion de valeurs mobilières et a généralisé la dématérialisation tout en conservant la limite de la faculté pour certaines valeurs mobilières de prendre la forme de « titre au porteur ». L'acte uniforme OHADA clarifie la définition des valeurs mobilières et des différentes catégories qu'elles recouvrent¹⁴⁶⁹, elle était autrefois composées d'actions, obligations et d'autres valeurs mobilières, sans que cette dernière catégorie ne soit clairement définie et délimitée¹⁴⁷⁰.

Les valeurs mobilières qui ne sont pas émises par des sociétés par action en droit OHADA¹⁴⁷¹, se distinguent négativement des autres titres ou contrats financiers et positivement par références à leurs caractéristiques. L'objectif de cette distinction est de mettre en cohérence les dispositions de l'OHADA, et permettre aux autorités régionales chargées d'organiser les marchés financiers selon leurs propres mesures d'entrer en concurrence avec les textes de l'OHADA¹⁴⁷².

¹⁴⁶⁹ Celles-ci étaient avant composées des actions, obligations, et autres valeurs mobilières, sans que cette dernière catégorie ne soit clairement précisée.

¹⁴⁷⁰ François NOUVION, « Les valeurs mobilières composées et valeurs mobilières subordonnées », *recueil penant*, n°887, Avril-juin, 2014, p.224.

¹⁴⁷¹ Notons que les GIE souvent constitués de sociétés anonymes ou de SAS ont également la possibilité d'émettre des obligations (article 780 de l'Acte OHADA révisé) ; En ce qui concerne les SAS, nouvelle forme de sociétés par actions introduite par l'Acte OHADA révisé, l'article 853-3 renvoie au régime des SA, y compris les articles 744 et suivants concernant les valeurs mobilières sauf les articles 751 à 753 sur le droit vote, dont le régime est propre au SAS.

¹⁴⁷² Par exemple, l'article 111 du Règlement général relatif à l'organisation au fonctionnement et au contrôle du marché financier de l'UMOA définit de manière autonome les valeurs mobilières « Sont considérés comme des valeurs mobilières pour l'application du présent règlement général les titres émis par les personnes morales publiques ou privées, transmissibles pas inscription en compte ou par tradition, qui confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès directement ou indirectement à une quotité de capital de la personne émettrice, à un droit de créance général sur son patrimoine. » Sur cette question, se référer à l'article de Boris MARTOR et Sébastien THOUVENOT, *Ohadata D.04-18*), dans lequel il est prévu « Qu'aux termes des règles de négociation de la Bourse régionale de l'UMOA, la notion de titre est défini par référence à la dichotomie titre de capital/ titre de créance. Le titre de capital selon cette disposition correspond aux actions ordinaires ou privilégiées, et d'une manière générale tous les autres titres, simples ou composés, donnant accès au capital d'une société. Selon cette même disposition, les titres de créances désignent les titres participatifs, les titres

Le nouveau régime juridique des valeurs mobilières devrait être plus efficace et favoriser le développement des mécanismes de financement. L'Acte OHADA a créé l'article 744, et prévoit en son alinéa premier un régime unique des valeurs mobilières, ces valeurs doivent être mentionnées dans un compte au nom du propriétaire et sont transmissibles par virement de compte à compte¹⁴⁷³.

La dématérialisation¹⁴⁷⁴ des valeurs mobilières (actions et obligations) en droit OHADA s'applique à toutes les sociétés par action¹⁴⁷⁵, elle permet leur inscription en compte soit par l'entité émettrice, soit par un intermédiaire financier compétent¹⁴⁷⁶. De plus, avant la réforme, les titres étaient physiques, ils existaient sous forme de papier et avaient la possibilité dans le cadre de titre au porteur, de se transmettre de la main à la main¹⁴⁷⁷. L'objectif visé est la sécurisation des transactions, et la prévention des risques de pertes, de vols, de détériorations, d'erreurs et manœuvre affectant les titres physiques. Le législateur OHADA veut écarter les risques de l'émission de titre papiers sur le fonctionnement normal des marchés financiers.

La dématérialisation des valeurs mobilières contribue au développement des opérations de financement et s'adapte au contexte des marchés financiers régionaux de l'UEMOA et de la CEMAC. L'UEMOA et l'OHADA intègrent un dispositif de sécurité opérationnelle et de prévention des risques au rang desquels, il y a la dématérialisation obligatoire des titres dans le cadre d'un appel public à l'épargne, qu'ils soient cotés ou non.

Le droit OHADA des sociétés autorise le transfert de propriété résultant de l'inscription des valeurs mobilières au compte-titre de l'acquéreur¹⁴⁷⁸. La dématérialisation s'étend à l'ensemble du continent africain, c'est un moyen de stimuler les financements dans les sociétés. Par exemple à l'échelle nationale, le Cameroun a adopté une loi portant sur la

subordonnés et, d'une manière générale, tous les autres titres, simples ou composés exclusivement représentatifs d'une dette de l'émetteur ».

¹⁴⁷³ François NOUVION, *op. cit.*, p.225.

¹⁴⁷⁴ L'institution, en France, de la dématérialisation des valeurs mobilières, est à l'origine de nombreuses interpellations de la doctrine, en raison particulièrement de ses conséquences juridiques : ROBLOT Ripert, *La dématérialisation des mobilières*, brochure ANSA, 1984, n°185 ; GUYON Yves, « Les aspects juridiques de dématérialisation des valeurs mobilières », *Revue des sociétés*, 1984, P.451 ; CAUSSE Herve, « principes, nature, et logique de la dématérialisation », *JCP*, 1992, p.194 ; Martin D.R., « Du titre et de la négociabilité (A propos des pseudo titres de créances négociables » *Dalloz* 1993, p.20. « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droit scripturaux) », *Dalloz* 1996, p.47, « Du gage d'actifs scripturaux », *Dalloz* 1996, p.253 ; « valeurs mobilières défense d'une théorie », *Dalloz*, affaires, 2001, p.1228.

¹⁴⁷⁵ Il s'agit des actions, mais aussi obligations, ainsi que les valeurs mobilières désormais expressément réglementées.

¹⁴⁷⁶ Daniel KEUFFI, *op. cit.*, p.835.

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*

¹⁴⁷⁸ François NOUVION, *op. cit.*, p.225.

dématérialisation des valeurs mobilières¹⁴⁷⁹. Ce texte a été promu par la commission de surveillance du marché financier de l'Afrique centrale le 11 décembre 2014, dans le cadre « d'un séminaire régional portant sur la vulgarisation du règlement communautaire relatif à l'inscription en compte des valeurs mobilières et autres instruments financiers », il correspond au Règlement n°01/14 CEMAC UMAC CM portant institution d'un régime d'inscription en compte des valeurs mobilières et autres instruments dans la CEMAC, qui avaient été adoptés par le comité ministériel de la CEMAC réuni en séance ordinaire le 25 avril 2014 à Douala au Cameroun¹⁴⁸⁰.

Le régime juridique des valeurs mobilières a été clarifié, il se distingue par sa nouvelle flexibilité destinée aux investisseurs, l'introduction des valeurs mobilières composées, et la clarification du régime des valeurs mobilières subordonnées.

- **La création d'instruments financiers « sur mesure » : les valeurs mobilières composées**

Le droit des sociétés OHADA révisé a introduit un Titre 2-2 nouveau intitulé « Valeurs mobilières composées », inséré dans le livre 4 de la deuxième partie destinée aux sociétés anonymes et aux sociétés par actions simplifiées, par le biais d'un renvoi opéré par la disposition 853-3. Ce nouveau dispositif va permettre aux Etats parties aux sociétés de créer des valeurs mobilières qui donnent accès au capital ou un droit de s'attribuer des titres créances¹⁴⁸¹. Les valeurs mobilières composées sont des « valeurs mobilières » soumise au droit commun des valeurs mobilières, elles ont la particularité de donner accès au capital ou droit à l'attribution de titres de créance¹⁴⁸².

Le législateur OHADA veut améliorer les conditions de financement des entreprises par la mise à leur disposition de nouvelles formules de financement. En effet, le droit des sociétés OHADA a longtemps été marqué par l'absence de cadre juridique spécifique aux émissions de valeurs mobilières composées.

- **Les valeurs mobilières composées**

¹⁴⁷⁹ Willy ZOGO, « Cameroun/ CEMAC : Valeurs mobilières dématérialisées », *les dossiers, droits des marchés financiers*, février 2015, p.1.

¹⁴⁸⁰ *Ibid.*

¹⁴⁸¹ Article 822 de l'AUSGIE.

¹⁴⁸² Article 822 de l'Acte OHADA révisé, 1^{er} article du Titre 2-2 nouveau.

L'émission de valeurs mobilières composées est un excellent moyen pour favoriser le financement des entreprises dans les pays développés, telle la France, elle se pratique désormais dans des économies en voie de développement en vue de répondre aux besoins des investisseurs souhaitant bénéficier des nouvelles formules qui pourraient porter cumulativement ou alternativement sur le capital ou la dette.

Les valeurs mobilières composées sont des outils essentiels pour les opérations de « *private equity* »¹⁴⁸³, elles sont utilisées dans les marchés de bourse et favorisent le développement des Etats qui accueillent de plus en plus les fonds d'investissement ou *family office*¹⁴⁸⁴.

L'OHADA a révisé le droit commun des valeurs mobilières et mis en place un régime juridique des valeurs mobilières composées, elles permettent de répondre aux besoins d'adaptation et de « sécurisation » des instruments juridiques complexes jusqu'à présent peu utilisés dans l'espace OHADA, tels qu'exprimés par les participants aux marchés financiers réglementés, mais aussi les différents fonds de *private equity* qui deviennent de plus en plus actif au sein de la zone OHADA¹⁴⁸⁵, elles ont la particularité de donner accès au capital de la société émettrice¹⁴⁸⁶.

La création de valeurs mobilières composées a permis au législateur OHADA de consacrer le principe de libre création permettant plusieurs combinaisons¹⁴⁸⁷, il existe deux catégories de valeurs mobilières composées, les titres primaires¹⁴⁸⁸ et les titres secondaires¹⁴⁸⁹.

De plus, c'est grâce aux valeurs mobilières composées qu'est devenue possible l'émission d'actions nouvelles¹⁴⁹⁰. La liberté de création des valeurs mobilières est applicable à l'émission des valeurs mobilières des sociétés d'un même groupe de sociétés¹⁴⁹¹.

¹⁴⁸³ Le *private equity* est une opération par laquelle un investisseur va acheter des titres d'une structure à la recherche de fond. C'est un mode d'investissement destiné uniquement aux sociétés non cotées en Bourse. Il permet le financement de la société lors de sa création, par une participation à la mise en œuvre du capital, soit à son développement ou redressement financier, par la prise à une part du capital social. L'investisseur va acheter les titres auprès des actionnaires désirant quitter la société ou par le biais d'une augmentation du capital et de la souscription à de nouvelles parts.

¹⁴⁸⁴ François NOUVION, *op. cit.*, p.223.

¹⁴⁸⁵ *Ibid*, p.227.

¹⁴⁸⁶ Exemple : Obligation avec bons de souscription d'actions de l'émetteur.

¹⁴⁸⁷ François NOUVION, *op. cit.*, p.227.

¹⁴⁸⁸ Valeurs mobilières permettant selon les modalités du contrat d'émission d'être converti, échangé, ou remboursé contre un titre de capital ou un titre de créance.

¹⁴⁸⁹ Ce sont les titres de capital et de créance.

¹⁴⁹⁰ Article 822-16.

¹⁴⁹¹ Article 822-6. Par exemple, Une société anonyme ou par actions simplifiées pourra par conséquent émettre des valeurs mobilières composées (actions, obligations, bons) autorisant l'accès au capital.

Le nouveau droit OHADA des valeurs mobilières offre plusieurs combinaisons possibles, parmi lesquelles on peut citer :

Les obligations convertibles en action (OCA)¹⁴⁹²

Les obligations convertibles ou échangeables en actions nouvelles ou existantes (OCEANE)¹⁴⁹³

Les obligations avec bon de souscription d'actions (OBSA)¹⁴⁹⁴

Les obligations remboursables en actions (ORA)¹⁴⁹⁵.

Les obligations avec bons de souscription d'obligation (OBOS)¹⁴⁹⁶

Bons de souscription d'actions- BSA- ou d'obligations- BSO ¹⁴⁹⁷

Les valeurs mobilières composées offrent de nombreux avantages à travers les mécanismes qu'elles accordent aux investisseurs dans le cadre de leurs participations aux opérations de la société. Par exemple, les actionnaires ont le droit d'émettre des valeurs mobilières ouvrant l'accès au capital, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription de ces valeurs mobilières¹⁴⁹⁸. De plus, depuis la réforme, les porteurs de ces titres bénéficient d'un certain nombre de privilèges, tel le cas d'une réduction du capital social motivée par des pertes et réalisée par la diminution de la valeur nominale ou du nombre des

¹⁴⁹² C'est une obligation dotée d'une option de conversion en actions. Cette possibilité permet au porteur du titre (l'obligation), de procéder à la conversion conformément aux conditions prévues dans la convention d'émission, en action nouvelles émises par la société au moment de l'opération de conversion.

¹⁴⁹³ Ce sont des obligations échangeables ou convertibles en actions nouvelles ou existantes, Celui qui fait l'émission à la possibilité de rembourser le titulaire en action nouvelles ou en actions existantes afin d'éviter de diluer le capital.

¹⁴⁹⁴ Elles permettent à leur titulaire, lorsqu'il le souhaite de souscrire des actions en conservant leur titre obligatoire.

¹⁴⁹⁵ Elles permettent le remboursement des obligations, mais uniquement en actions.

¹⁴⁹⁶ Elles donnent droit à la souscription à d'autres obligations, qui seront source de rémunération en cas de baisse des taux d'intérêts. Cette possibilité d'émission était déjà possible dans l'ancien acte OHADA sur les sociétés commerciales. Art. 822.

¹⁴⁹⁷ On les appelle les bons secs ou autonomes, c'est une faculté qui avait été soulevée dans l'ancien acte uniforme, mais elle était uniquement réservée aux sociétés cotées en raison de l'interdiction des promesses d'actions pour les sociétés cotées régies par l'article 760 de l'acte OHADA sur les sociétés commerciales. Benoit LE BARS et Boris Martor, « Management et financement de la société anonyme en droit OHADA », Ohadata D-12-62.

¹⁴⁹⁸ Article 822-16 de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés et groupement d'intérêt économique. Cependant à titre exceptionnel, l'Acte OHADA révisé autorise que les actions de préférence de droit préférentiel de souscription pour les augmentations de capital en numéraire lorsqu'elles sont sans droit de vote à l'émission et qu'y est attaché un droit limité de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage de patrimoine dans l'hypothèse d'une liquidation, sous réserve de clauses contraires des statuts (articles 778-1 de l'Acte uniforme révisé).

titres regroupant le capital, les porteurs de titres donnant accès au capital sont considérés comme des actionnaires de la société¹⁴⁹⁹.

La possibilité pour les sociétés par actions d'émettre des valeurs mobilières qui donnent accès au capital ou droit à l'attribution de titre de créance est une réponse de l'acte uniforme aux besoins en investissement nécessaires au continent africain pour poursuivre son développement. Le droit OHADA pourrait espérer atteindre le même niveau de réussite que le droit français.

Les obligations convertibles en actions, les obligations avec bon de souscription d'actions, les obligations remboursables en actions ou échangeables en actions nouvelles existantes devraient se développer, elles sont efficaces et favorisent les financements.

La réforme des valeurs mobilières favoriserait la promotion de l'accompagnement des opérateurs économiques à travers de bons financements et des fonds spécifiques¹⁵⁰⁰ par la mise en place d'un ordre et des priorités entre ces valeurs mobilières composées et les actions en cas d'insolvabilité, de remboursement anticipé, d'accès au capital.

L'utilisation des valeurs mobilières composées va permettre aux Etats parties de proposer un suivi adapté aux besoins des investisseurs par l'instauration de modes de financement variés, en quasi-fonds propres ou de type « mezzanine »¹⁵⁰¹, il serait possible d'établir un ordre et une priorité entre ces catégories de titres. Les valeurs mobilières composées ont l'avantage d'offrir « un complément de rémunération, surtout en matière de « débouclage » d'opérations grâce à un accès différé au capital dans le cadre d'un management packages »¹⁵⁰².

Le succès obtenu en droit français pourrait être espéré en droit OHADA pour les obligations convertibles en actions, les obligations avec bon de souscription d'actions, les obligations remboursables en actions ou échangeables en actions nouvelles ou existantes¹⁵⁰³.

Les valeurs mobilières composées faciliteraient le développement et l'accompagnement des investisseurs par des financements organisés et des fonds spécialisés à travers la mise en place d'ordre et priorité entre les différentes valeurs mobilières composées et les cautions dans

¹⁴⁹⁹ François NOUVION, *op. cit.*, p.240.

¹⁵⁰⁰ Dettes, mezzanines.

¹⁵⁰¹ Erwan BORDET, Marie GABIANO, « Amélioration et sécurisation du cadre juridique : Une opportunité pour les investisseurs », *revue d'entreprise et expertise juridique*, option Finance n°1279, juillet 2014, p.25

¹⁵⁰² *Ibid.*

¹⁵⁰³ François KROTOFF, « Droit des sociétés en Afrique ; Révision de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *GIDE Loyrette Nouel*, mai 2014, p.4.

l'hypothèse d'une insolvabilité, de remboursement anticipé, d'accès au capital¹⁵⁰⁴. Le droit OHADA autorise également un financement interne par l'émission de valeurs mobilières subordonnées.

2. Le financement interne par l'émission de valeurs mobilières subordonnées

Les valeurs mobilières subordonnées existaient déjà dans l'ancien acte uniforme OHADA sur les sociétés commerciales, mais pas de manière explicite à l'article 822¹⁵⁰⁵, il concernait plus spécifiquement les prêts participatifs¹⁵⁰⁶, une référence qui n'a pas été reprise dans le nouvel acte OHADA.

Les valeurs mobilières subordonnées ont été créées par l'article 747-1 de l'acte OHADA révisé. Cet article se trouve dans la section 4 Titre II du Livre 4 de la seconde partie de l'Acte OHADA révisé, nommée « Valeurs mobilières subordonnées », qui prévoit qu'en cas d'émission de valeurs mobilières représentatives de créances sur la société qui émet ou donne droit de souscription ou d'acquisition d'une valeur mobilière, il est possible qu'il soit stipulé que ces valeurs ne sont remboursées qu'après un désintéressement des autres créanciers¹⁵⁰⁷.

Les valeurs mobilières subordonnées pourraient être stipulées par un ordre de priorité de paiement¹⁵⁰⁸, mais le nouveau droit OHADA autorise la mise en place des titres super subordonnés dont le remboursement ne se ferait qu'après les autres créanciers, d'où la création d'un droit de créance de dernier rang¹⁵⁰⁹.

Cependant, il faut savoir que la subordination est une expression tirée du droit anglo-saxon, elle ne devrait pas être confondue avec la notion de lien de subordination qui caractérise les conventions de travail entre les salariés et employeurs, il s'agit d'un terme nouveau en droit OHADA des sociétés.

¹⁵⁰⁴ François KROTOFF, *op. cit.*, p.4.

¹⁵⁰⁵ Seul l'article du chapitre IV alors intitulé « autres valeurs mobilières », il s'agit d'une copie des dispositions de l'ancien article L.339- 7 de loi du 24 juillet 1966 alors en vigueur à la période de l'adoption de l'Acte uniforme OHADA sur les sociétés commerciales. Comme l'a d'ailleurs noté monsieur Didier LOUKAKOU dans son article intitulé « L'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales : aspects du droit des marchés financiers ».

¹⁵⁰⁶ Il s'agit d'un nouveau mode de financement destiné à répondre aux besoins des entrepreneurs. C'est un type spécifique de prêt en raison de son rapprochement à des fonds propres. L'objectif pour l'entreprise est l'amélioration de sa situation financière assimilée au renforcement des fonds propres.

¹⁵⁰⁷ François NOUVION, *op. cit.*

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*

¹⁵⁰⁹ François NOUVION, *op. cit.*

Le droit de subordination est réservé aux émissions d'obligations¹⁵¹⁰, à l'exception des bons de souscription auxquelles elles sont désormais ouvertes¹⁵¹¹.

Les titres subordonnés sont le plus souvent émis par des établissements financiers pour le renforcement de leurs capitaux propres¹⁵¹², ils contribuent de manière effective au financement de la société.

Les titres subordonnés ont permis à l'Etat français en 2009 de renforcer les capitaux propres de plusieurs structures financières en difficulté. L'émission de valeurs mobilières subordonnées comporte plusieurs avantages pour la société, elle lui permet de renforcer la structure de son bilan sans procéder à l'affectation de capital social et en préservant leur endettement sénior, ouvrant des opportunités aux autres instruments d'accès au capital des sociétés¹⁵¹³.

« La diversification des valeurs mobilières est l'expression du phénomène contractuel »¹⁵¹⁴. L'analyse de ces outils de financement a permis de connaître le régime juridique des valeurs mobilières, et leurs modalités de fonctionnement, elles offrent de nombreux avantages aussi bien pour le souscripteur¹⁵¹⁵ que l'émetteur¹⁵¹⁶.

Cependant, le développement de la pratique des valeurs mobilières composées s'est accompagné de celui des actions de préférence¹⁵¹⁷, destinées à permettre aux actionnaires de librement prévoir que certaines actions pourraient disposer de droits privilégiés, par l'attribution de droit de vote ou des droits financiers supérieurs à d'autres actions, temporairement ou non¹⁵¹⁸. Les actions de préférence favorisent le financement des sociétés par actions.

¹⁵¹⁰ Ce sont les émissions d'obligations subordonnées ou super subordonnées.

¹⁵¹¹ François NOUVION, *op. cit.*, p.243.

¹⁵¹² *Ibid.*

¹⁵¹³ Il s'agit des actions de préférence particulièrement ceux qui affectent le capital social et ont donc un effet dilutif.

¹⁵¹⁴ Hervé CAUSSE, *Les titres négociables- Essai sur le contrat négociable*, Litec, 1993, p.23.

¹⁵¹⁵ Ce dernier aura la possibilité de se faire une idée sur l'image de la société.

¹⁵¹⁶ De son côté il y aura la transformation des capitaux d'emprunts en capitaux propres.

¹⁵¹⁷ Preferredshares, également « importées » des Etats-Unis.

¹⁵¹⁸ François NOUVION, *op. cit.*, p.222.

B. L'impact positif des actions de préférence dans le financement interne des sociétés par actions

Les actions de préférence sont un moyen de financement de l'entreprise prisée dans les sociétés françaises. En effet, la création des actions de préférence en France a fait l'objet de demande, selon un rapport du mouvement des entreprises français « l'axe majeur de la réforme est une libéralisation de l'émission des valeurs mobilières, ainsi des règles générales sont instituées, qui permettront aux acteurs économiques de créer les titres dont ils ont besoin, tout en disposant d'une sécurité juridique quant à leur régime. Dans ce cadre, l'une des innovations les plus importantes est la création de nouveau titre de capital, appelés « actions de préférence ».

L'introduction des actions de préférences¹⁵¹⁹ a permis l'adaptation de nombreuses structures à des investissements spécifiques¹⁵²⁰. Le terme d'action de préférence regroupe les actions sans droit de vote, les actions avec de droit de vote double, les actions conférant des avantages particuliers relatives aux dividendes¹⁵²¹ ou un droit spécial à l'information, de manière temporaire ou permanente¹⁵²². Les actions de préférences ne peuvent bénéficier qu'à certains actionnaires, sous réserve d'une procédure spéciale¹⁵²³, mais le nombre d'actions ne peut excéder plus de la moitié du capital du social. Cependant, outre la structuration des transactions d'investissements privés telles observée dans les autres juridictions, le mécanisme des actions devait être un instrument utile pour les participations gratuites dites de « *free carry* »¹⁵²⁴ accordées aux entités publiques, notamment pour les projets de ressources naturelles¹⁵²⁵.

Les actions de préférence ont été créées en France par l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004, complétée par un décret d'application n°2005-112 du 10 février 2005¹⁵²⁶. Le régime juridique des actions de préférence est consacré dans le code de commerce à l'article L.228-

¹⁵¹⁹ Auparavant, et sous le régime de la SA, il n'existait pas que des droits de vote double pour les actions détenues depuis au moins deux années. Les catégories d'actions conférant des avantages particuliers étaient aussi prévues mais il existait une incertitude quant aux caractères opposable de certains montages en l'absence de précisions sur la nature des droits susceptibles d'être accordés.

¹⁵²⁰ Bruno DERIEUX, David DaSWINBURNE, Aymeric VOISIN, Nicolas LE GUILLOU, « La réforme du droit des sociétés de l'OHADA : Une évolution majeure du régime du droit des sociétés en Afrique subsaharienne », www.linklaters.com, février 2014, p.3

¹⁵²¹ Dividende prioritaire, dividende non proportionnel.

¹⁵²² Bruno DERIEUX, *op. cit.*, p.3.

¹⁵²³ *Ibid.*

¹⁵²⁴ Non contributive, non diluable.

¹⁵²⁵ Bruno DERIEUX, *op. cit.*, p.3.

¹⁵²⁶ Patrice BADJI, *op. cit.*, p.7.

1., elles sont efficaces et adaptées aux besoins des investisseurs dans l'espace OHADA (1) mais il existe également des plans d'actions gratuites destinés à encourager les salariés et dirigeant de l'entreprise (2).

1. Les actions de préférence, instrument juridique adapté aux besoins des investisseurs

Le droit OHADA prévoyait avant la réforme des valeurs mobilières, la possibilité de créer des actions de priorité lors de la constitution de la société, elle offrait certains avantages à leurs titulaires par rapport à des actions classiques¹⁵²⁷.

Cependant, depuis la réforme du 31 janvier 2014, les actions de préférence remplacent les actions de priorité¹⁵²⁸ et sont créées lors de la création de la société ou en cours d'existence de manière temporaire ou permanente¹⁵²⁹. L'introduction de ce nouvel outil de financement des sociétés est innovante, il permet aux sociétés par actions de mettre en place une variété d'actionnaires au sein du capital, par l'instauration d'actions à dividendes prioritaires¹⁵³⁰, dividendes non proportionnels¹⁵³¹, droit à dividendes cumulatifs¹⁵³², droit de vote double¹⁵³³, d'actions comprenant un droit à représentation dans les organes de gestion et de contrôle, etc. Le nouveau régime juridique des actions de préférence est favorable au professionnel du *private equity*.

Les actions de préférence offrent d'énormes possibilités à travers la variation des droits qu'elles attribuent à leurs titulaires¹⁵³⁴, elles ont pour objectif de faciliter le financement des entreprises, par la rémunération spécifique des investisseurs. Les actions de préférence favorisent la promotion et le développement de l'actionnariat salarié, par une focalisation

¹⁵²⁷ Erwan BORDET, Marie GABIANO, *op. cit.*, p.25.

¹⁵²⁸ Article 562 de l'AUSGIE.

¹⁵²⁹ Article 755 de l'AUSGIE.

¹⁵³⁰ C'est une action qui garantit à son détenteur la réception de dividendes lorsqu'un bénéfice est réalisé par l'entreprise. Le montant de ce dividende est plus important que celui d'une action classique.

¹⁵³¹ Le dividende représente une part du bénéfice de l'entreprise, elle rémunère les actions proportionnellement à la part du capital représenté. Les dividendes proportionnels sont contraires à ce principe, la rémunération ne se fait pas en fonction de la part représenté du capital.

¹⁵³² C'est un dividende qui reste dû à l'actionnaire chaque année tant qu'il n'a pas de qu'il n'y a pas eu de détachement de dividende.

¹⁵³³ C'est une action qui permet de conserver le contrôle des actionnaires par dérogation au principe selon lequel le nombre de voix attaché aux actions doit être proportionnel à la part du capital représenté (une action égale une voix).

¹⁵³⁴ Jean LECAT, « Les actions de préférence dans le nouvel acte uniforme sur les sociétés commerciales », *Penant revue trimestriel de droit africain* n°887, Avril-juin, 2014, p.196.

particulière sur les droits financiers attachés à de telles actions et non sur les droits « politiques »¹⁵³⁵.

La création d'action de préférence en droit OHADA élargit les opportunités pour les sociétés émettrices de telles actions¹⁵³⁶. Ces sociétés pourraient faire des propositions de souscription de titres qui ont des caractéristiques proches de la créance¹⁵³⁷, et qui constituent des actions dont la valeur fait partie de ses capitaux propres. L'utilisation des actions de préférence est courante au sein de la SAS¹⁵³⁸, elles ont vocation à créer des droits particuliers à une partie des actionnaires¹⁵³⁹ et permettent de distinguer la détention du capital et du pouvoir. L'objectif est d'intégrer toutes les catégories d'actionnaires, en fonction de leurs objectifs de prise de participation, au capital social. Par exemple, on peut souligner le cas d'une personne morale de droit public, actionnaire d'une société d'économie mixte créée sous la forme d'une SAS¹⁵⁴⁰.

Le législateur veut mettre à la disposition des fonds d'investissement et autres investisseurs des titres plus rentables ou des droits financiers particuliers par rapport aux actions ordinaires et aux droits de contrôle ciblés, adaptés à leurs exigences propres, tout en contournant les difficultés de la dilution ou la perte de contrôle¹⁵⁴¹.

L'émission d'actions de préférence autorise la participation des groupes d'actionnaires à la gouvernance de la société dans les joint-ventures. Le législateur OHADA reproduit les mêmes idées qu'en droit français, le régime juridique est similaire à celui prévu dans l'AUSGIE, art.778-1, il est possible pour toutes les sociétés par actions lors de leur création ou en cours de vie sociale de créer des actions de toute nature. De plus, les valeurs mobilières favorisent l'entrée des opérateurs en capital investissement et la défense des anti-opa¹⁵⁴².

¹⁵³⁵ *Ibid.*

¹⁵³⁶ Jean-Jacques LECAT, *op. cit.*, p.198.

¹⁵³⁷ Rémunération différente de celle attachée aux actions ordinaires, droits de vote diminué ou supprimé.

¹⁵³⁸ Un bilan des enjeux de l'utilisation des actions de préférence en droit français et américain des sociétés est donné par l'article de Pierre-Henri CONAC, « *The New French PreferredShares : Moving Towards a More Liberal Approach* », (2005) *European Company and Financial Law Review* 487.

¹⁵³⁹ AUSGIE, art.778-1.

¹⁵⁴⁰ Frank Elvis VODOM NDJOLO, *op. cit.*, p.70.

¹⁵⁴¹ Jean-Jacques LECAT, *op. cit.*, p.198.

¹⁵⁴² Actions avec ou sans droit de vote.

2. La mise en place de plans d'actions gratuites

Le législateur OHADA permet aux sociétés par actions d'attribuer de manière gratuite aux dirigeants et salariés des actions gratuites, cette attribution existait déjà sur d'autres marchés et permettrait d'attirer des employés ou dirigeants.

En effet, la notion de capital humain est intéressante dans le développement d'une entreprise, elle permet de mobiliser au sein de l'entreprise les salariés les plus compétents. L'attribution d'action gratuite fait partie des moyens efficaces pour renforcer l'attractivité des salariés à la participation du développement de l'entreprise, elle constitue le meilleur moyen d'encourager les mandataires sociaux, tels les présidents des conseils d'administration, des sociétés anonymes, les directeurs généraux, les membres du directoire, ou le gérant des sociétés par actions. Les mandataires peuvent bénéficier des actions simples ou de préférence.

En droit français, les actions gratuites sont régies l'article L225-197-1 du code de commerce au profit des salariés, elles favorisent une meilleure intégration des salariés au sein de la société. Le droit OHADA à l'image du code de commerce français autorise depuis la réforme du 31 janvier 2014 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique l'attribution gratuite d'action par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires¹⁵⁴³. La décision d'attribuer des actions gratuites, dans les sociétés anonymes, relève de la compétence du conseil d'administration ou du directoire¹⁵⁴⁴.

L'attribution d'actions gratuites facilite le financement, car elle représente un outil de rémunération pour la société, son intérêt est fondé sur des coûts faibles par rapport aux autres moyens de rémunération et sur ses modalités avantageuses lors de sa mise en œuvre.

Selon BETICKA Thérèse « La réforme OHADA sur les sociétés commerciales satisfait à un besoin latent des personnes œuvrant discrètement ou pour la stabilité et la croissance de la société. En effet, cet acte uniforme a consacré la distribution gratuite des actions au profit des membres du personnel »¹⁵⁴⁵.

¹⁵⁴³ Cette décision s'opère par l'émission d'actions nouvelles ou le rachat de nouvelles actions. Rappelons qu'en droit français en cas d'augmentation du capital, le droit d'attribuer gratuitement des actions entraîne de plein droit la renonciation des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription.

¹⁵⁴⁴ Son rôle est de déterminer l'identité des bénéficiaires d'actions gratuites et en fixer les conditions et critères d'attribution. Généralement l'attribution est au plus anciens et performant. Le niveau d'ancienneté est un critère très déterminant.

¹⁵⁴⁵ Thérèse BETICKA, « OHADA : consécration de la distribution d'actions gratuites », *droit des affaires OHADA*, www.business-en-Afrique.net.

Les actions gratuites en droit OHADA sont prévues prévu à l'article 626-1 alinéa 1^{er} en vertu duquel : « l'assemblée générale peut autoriser le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, à procéder, au profit des membres du personnel salarié de la société ou de certaines catégories entre eux, à une attribution gratuite d'actions existantes ou à émettre ». L'analyse de cet article révèle que le nouveau mécanisme institué renvoi à une sorte de « libéralité »¹⁵⁴⁶ effectuée par la société pour ses salariés et mandataires sociaux.

La transmission des titres n'est pas onéreuse, elle transforme des salariés en de nouveaux actionnaires de la société sans contrepartie financière. En effet, l'acquisition des titres n'est pas conditionnée à une somme à l'avance déterminée comme dans les opérations de souscription ou d'achat d'actions : Ce sont des facilités offertes aux salariés des sociétés par actions de souscrire à une augmentation du capital ou d'acheter des actions acquises à leurs intentions par la société : stock-options. L'attribution gratuite d'actions contribue au développement de l'activité de la société, c'est une sorte de « stipulation pour autrui »¹⁵⁴⁷, c'est-à-dire une technique par laquelle la société achète ou crée des actions distribuées gratuitement au personnel salarié et dirigeants sociaux. L'attribution gratuite d'action est « un facteur de bonne gouvernance et de motivation introduit par le législateur OHADA pour mieux intégrer les parties prenantes de la société, entre autres », elle favorise l'aide et la croissance de la société par des « investisseurs institutionnels étrangers »¹⁵⁴⁸, elle est avantageuse pour la société émettrice et les investisseurs. En effet, grâce à l'attribution gratuite d'actions les sociétés ont la possibilité d'effectuer des emprunts obligataires accompagnés de droit pour les acquéreurs des obligations de demander la conversion de leurs obligations en actions, dans les conditions exigées pour l'émission de simples obligations¹⁵⁴⁹.

De plus les actions gratuites permettent à la SAS de fidéliser son actionnariat salarié¹⁵⁵⁰, cette opportunité est attrayante au regard des politiques d'intéressement des salariés aux résultats de leur entreprise, un phénomène destiné à se développer dans le continent africain¹⁵⁵¹. Les actions gratuites ont pour vocation de renforcer la participation des salariés au développement

¹⁵⁴⁶ Mayatta MBAYE NDIAYE, Ella Nadine BRUN, « Actions gratuites ou attribution gratuite d'actions : gratuité, récompense ou motivation ? », *Chronique bulletin ERSUMA de pratique professionnelle*, n°1, septembre 2017, p. 4.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*

¹⁵⁴⁸ Erwan BORDET, Marie GABIANO, *op. cit.*, p.25.

¹⁵⁴⁹ *PwcTax Légal* Afrique francophone subsaharienne, « Obligations convertibles création d'entreprises Capitaux propres », *newsletter OHADA* n°08-2017, p.3.

¹⁵⁵⁰ Art.566 et 822-10-3.

¹⁵⁵¹ Art.626-1 al.1, permet aux directeurs généraux délégués de SAS de bénéficier du régime d'attribution d'actions profitables aux salariés.

et à la création de richesse de l'entreprise et de favoriser une adhésion durable à la politique de gestion adoptée par les dirigeants¹⁵⁵². L'attribution d'actions gratuites encourage la filialisation de multinationales dans la zone OHADA¹⁵⁵³, les entreprises multinationales traditionnellement rompues à ces pratiques vont s'adapter selon les réglementations applicables à la sécurité sociale de leurs nouveaux Etats d'implantation¹⁵⁵⁴.

Le financement des sociétés commerciales par les valeurs mobilières est une innovation juridique en droit OHADA, mais il existe des limites au cours des opérations d'augmentation du capital auxquels prendraient part les souscripteurs de valeurs mobilières composées dans les SAS¹⁵⁵⁵. En effet, une fois que l'émission des valeurs mobilières donnant accès au capital est acquise, ni les mesures de répartition des bénéfices, ni la création d'action de préférence, ni la modification du capital de la société ne sont autorisées¹⁵⁵⁶. L'autorisation d'émettre des VMC¹⁵⁵⁷ auprès des associés de la SAS est dans cette hypothèse requise, d'où une réunion en assemblée générale extraordinaire¹⁵⁵⁸. Cependant, il est permis de penser comme certains praticiens du droit que la pratique du droit de conversion, d'échange ou de remboursement des VMC par ses bénéficiaires réalise irrévocablement l'augmentation du capital¹⁵⁵⁹ sans l'intervention du notaire.

L'impact des valeurs mobilières dans le développement des investissements est positif, il contribue au décollage de la bourse, selon LOUKAKOU Didier « La gestion manuelle des transactions est vite prise de vitesse par les volumes croissants des transactions »¹⁵⁶⁰.

¹⁵⁵² Frank Elvis VODOM NDJOLO, *op. cit.*, p.70.

¹⁵⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁵⁴ Au cas particuliers des aspects du droit français sont adaptables. Des éléments de réflexion sont proposés par le texte de Jacques BARTHELEMY, « Société par actions simplifiée et droit social », *Rev. Soc.*, 2000, p.245 et suiv.

¹⁵⁵⁵ *Ibid.* p.69.

¹⁵⁵⁶ Art. 822-8.

¹⁵⁵⁷ Valeurs mobilières composées.

¹⁵⁵⁸ Art.822-5, Rappel des règles formelles de convocation des assemblées générales par le Tribunal Régional de Niamey, 24 octobre 2001, E.M.J. c / V.A.B, jugement civil n°473 (Niger).

¹⁵⁵⁹ Barthélémy FAYE, Jean-Jacques NYEMB, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique », *Droit et Patrimoine* 2014, n°239.

¹⁵⁶⁰ Willy ZOGO, « Séminaire de Yaoundé du 11 décembre 2014 : Cameroun/ CEMAC : valeurs mobilières dématérialisées », droit des marchés financiers, www.journal-ledroit.net, février 2015 .

§ 2 : Les nouvelles formules de financements adaptées à toutes les structures d'entreprises

Il existe plusieurs techniques de financement extra-bancaires, d'une part on a des instruments qui favorisent le financement interne (A) et d'autre part des modes externes de financement des entreprises (B).

A. Le développement des techniques de financement interne

- L'apport en compte courant d'associé

La pratique des comptes courants d'associés est devenue courante dans le fonctionnement des entreprises, elle facilite l'accès au financement alternatif, elle est moins onéreuse que les moyens de financement offerts par les banques. Le compte courant d'associé est un instrument financier efficace, mais il n'est pas spécifiquement réglementé en droit OHADA, d'où l'idée selon laquelle, elle n'est pas juridiquement reconnue par le législateur OHADA¹⁵⁶¹. La doctrine a tenté d'apporter des éclaircissements sur cette notion, les experts du droit fiscal, comptable, et de la finance lui ont accordé des écrits plus précis que l'Acte uniforme OHADA¹⁵⁶².

Le compte courant d'associé est un « vague concept ou concept vaste en droit OHADA »¹⁵⁶³, la notion n'est pas juridiquement définie en droit OHADA, elle « consiste pour l'associé à consentir à la société des avances ou des prêts en versant directement des fonds ou en laissant à sa disposition des sommes qu'il renonce provisoirement à percevoir »¹⁵⁶⁴.

La notion est différente de celle généralement utilisée dans le langage courant par les particuliers titulaires de compte courant auprès des établissements financiers. En effet, « dans un arrêt *World City c/ SOW Souleymane* du 13 avril 2001 précité, la cour d'Appel d'Abidjan

¹⁵⁶¹ « Le CCA est un prêt s'il ne comporte pas de remises réciproques et a un régime juridique différent de celui du compte bancaire » : C.A. Abidjan, n°401, 13-42001 : *World City c/SOW Souleymane*, Eco droit, n°11, mai 2002, p.57, Ohadata J-02-190, obs. Joseph ISSA- SAYEGH; Xavier DELPECH, « Précisions sur le régime du compte courant d'associé », *Dalloz Actualités*, 2013. www.dalloz-actualite.fr

¹⁵⁶² Dans le plan comptable de l'OHADA, la notion de compte courant d'associé est classée parmi les comptes des tiers enregistrant des opérations à court terme, 462- Compte courant d'associé est crédité et débité des fonds avancés. De même que pour le compte 466- Groupe comptes courants ou encore 2711-prêt participatifs. Pour une vue d'ensemble en la matière, voir en ce sens, B.VERSTUYFT, « Impôts sur les sociétés-régime des intérêts de compte courant d'associés-taux d'escompte de la BCEAO », *Grant Thornton*, n°2014/134, p.3. M. DOBIL, *comptabilité OHADA-Comptabilité des sociétés*, AEC-Karthala, Tome 3, 2008, p.61.

¹⁵⁶³ Antoine DELABRIERE.

¹⁵⁶⁴ José CALVO, « Les comptes courants d'associés : aspects juridiques et fiscaux », *LPA* 19 janvier 1998, p.4 ; F. VINCKEL, J-C1. Sociétés, Fasc. 36-20, Comptes courants d'associés ; D. DANET, septembre 2015.

a été amenée à se prononcer sur la nature juridique du compte courant d'associé et sur le point de savoir s'il s'assimilait au compte courant tel qu'on le conçoit en droit bancaire. Par cet arrêt, la cour estime que dès l'instant où il n'existe pas de remises réciproques, le compte courant d'associé ne peut être assimilé au compte bancaire et s'analyse comme un prêt consenti à la société. Cette qualification juridique paraît là, fondée en droit et conforme à la volonté des parties dans la pratique des affaires »¹⁵⁶⁵.

Le compte courant d'associé dans le contexte du droit des sociétés est une technique spéciale visant à faciliter le financement interne de l'entreprise à travers ses associés, il fait partie des modes de financement par excellence des sociétés à risque limité et illimité dans lesquelles, il est impossible de pratiquer les opérations de bourse, et marché, en raison de la nature de la structure et de l'inexistence de valeurs mobilières. Le compte courant d'associé est un moyen pour la SAS et de la SA de diversifier leurs modes de financement.

Le crédit est le mode de financement ouvert à toutes les formes de sociétés, les opérations s'opérant sur le marché financier sont destinées aux sociétés par actions telle la SA, alors que le compte courant d'associé permet aux associés des SARL d'émettre leurs parts sociales sur le marché et de développer l'activité économique de l'entreprise.

Cependant, le compte courant d'associé en tant que nouveau mode de financement doit se conformer aux conventions réglementées¹⁵⁶⁶, elles reposent sur une convention conclue entre une société et ses associés¹⁵⁶⁷.

Le régime du compte courant d'associé peut s'avérer risqué pour les associés qui privilégient leur intérêt personnel au détriment de l'intérêt de la société¹⁵⁶⁸. En effet, le calendrier fixé ou imposé pour le remboursement peut coïncider avec la volonté de l'associé et non avec les capacités financières ou priorités de développement de la société¹⁵⁶⁹. Les comptes courants d'associés ne sont pas clairement régis par le droit OHADA des sociétés, le doute subsiste au

¹⁵⁶⁵ Antoine DELABRIERE, Khaled AGUEMON, « Le compte courant d'associé en droit OHADA », *Revue du droit des affaires en Afrique*, IDEF, septembre 2015, p.5.

¹⁵⁶⁶ Ce sont des actes juridiques intervenant entre sociétés (SA, SARL, SAS) et l'une des personnes visées par la règles de la société, lorsque la convention n'est pas interdite, mais non conclue à des conditions normales.

¹⁵⁶⁷ José CALVO. *op. cit.*, p.4. Jean François BARBIERI, « le sort du compte courant en cas de cession de titres », *Bull. Joly* 2008, p.160 ; Alain COURET, « Dépendance ou indépendance des qualités d'associé et d'apporteur en compte courant », *Bull. Joly* 1992, p. 7 ; Maurice CAUZIAN, Alain VANDIER, Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, lexis nexis, 2014, n°234 et S., Xavier DELPECH, « Compte courant d'associé », *Répertoire de droit des sociétés*, 2009, n°25 et S.

¹⁵⁶⁸ Antoine DELABRIERE, Khaled AGUEMON Khaled, *op. cit.*, p.5.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*

regard de certaines dispositions¹⁵⁷⁰, de savoir s'ils font vraiment partie des conventions réglementées¹⁵⁷¹.

L'article 356 de l'AUSGIE¹⁵⁷² indique « à peine de nullité du contrat, il est interdit aux personnes physiques, gérantes ou associées, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. Cette interdiction s'applique également aux conjoints, ascendants et descendants des personnes visées à l'alinéa premier du présent article, ainsi qu'à toute personne interposée »¹⁵⁷³.

Le compte courant est risqué, car son solde doit toujours rester créditeur¹⁵⁷⁴, l'existence et la validité de ce compte en droit OHADA est conditionnée par ce solde créditeur. La nullité prévue par l'article 356 de l'AUSGIE est d'ordre public¹⁵⁷⁵, il existe des limites posées, par les droits nationaux, afin d'encadrer et restreindre le compte courant d'associé¹⁵⁷⁶.

Le régime juridique du compte courant d'associé en droit OHADA permettrait d'encadrer et limiter certains risques. En effet, dans le cadre de la conclusion d'une convention de compte courant, l'associé devient créancier de la société, il peut être soumis à des situations complexes, car il est entre la préservation de ses intérêts de créanciers et ceux de la société, exigeant le remboursement du solde de son compte¹⁵⁷⁷. Le risque est d'engendrer l'ouverture d'une procédure collective dans laquelle, créancier chirographaire, il peut tout perdre : son apport en compte courant d'associé et son apport à la constitution du capital¹⁵⁷⁸.

¹⁵⁷⁰ Articles 350, 438, et 853-14 de l'AUSGIE.

¹⁵⁷¹ Antoine DELABRIERE, *op. cit.*, p.6.

¹⁵⁷² La procédure légale s'applique aussi dans les sociétés anonymes (Art 450 et 507 AUSGIE), y compris dans la SAS (853-16 AUSGIE).

¹⁵⁷³ Si les associés sont capables de financer leur entreprise en leur prêtant de l'argent, l'inverse est impossible car cela pourrait être qualifié d'abus de biens sociaux. L'objectif de cette règle est de contourner de regrettables confusions de patrimoine. Cependant, dans les sociétés civiles et les SNC, le compte courant d'associé peut être débiteur et l'associé a donc une dette envers sa société.

¹⁵⁷⁴ Antoine DELABRIERE, *op. cit.*, p.6.

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*

¹⁵⁷⁶ Tel est le cas de l'article 9-2 du code général des impôts sénégalais, lequel autorise une double limite : les emprunts en compte courant d'associé, tous confondus, ne peuvent dépasser le montant du capital social ; les intérêts appliqués à ces emprunts en compte courant d'associé sont plafonnés.

¹⁵⁷⁷ Sauf, dans l'hypothèse où il existe entre la société et l'associé une convention de blocage. La société s'engage alors à ne pas payer le solde créditeur avant le terme de la convention. Généralement, l'associé s'engage à ne pas réclamer le paiement avant ce remboursement.

¹⁵⁷⁸ Fernand DERRIDA., *Le crédit et le droit des procédures collectives*, Dalloz, 1981, P.67-84.

L'absence de règles est pour l'associé un moyen de faire primer sa qualité de créancier et de se faire payer, au minimum en partie, son compte courant au détriment de la société elle-même et des autres créanciers, elle crée un conflit entre le statut d'associé et celui de créancier. L'apport en compte courant d'associé est un moyen de contribuer au développement de l'activité économique de la société, mais il peut créer des difficultés à la société lorsque l'associé souhaite récupérer son apport alors que celle-ci est toujours en besoin de financement¹⁵⁷⁹.

L'associé fait primer sa qualité de tiers avant celle d'associé, il porte atteinte à un principe fondamental en droit des sociétés : *l'affectio societatis*, lequel devrait se manifester par une forte solidarité entre les associés en vue de préserver l'intérêt social¹⁵⁸⁰.

Les opérations en compte courant devraient être maniées avec prudence, afin de garantir leur efficacité, il faut éviter les apports trop importants des associés, ils risquent, sans contrôle, ni mesure, de fragiliser la société et l'entente entre les associés¹⁵⁸¹.

Le financement de la société par un apport en compte courant d'associé, change les liens de contrôle existants au sein de la société, elle crée un rapport de domination entre le créancier et les autres associés, le premier peut contraindre les seconds en les menaçant de retirer son prêt. Le législateur devrait rester vigilant sur cet aspect, d'où l'importance de créer un régime juridique adapté au compte courant d'associé en droit OHADA. Ce régime permettrait à toutes les sociétés civiles, et sociétés à risque limité de se prémunir de l'ensemble des contraintes de ce mode de financement avant de s'engager, il permettrait de prévoir les modalités de l'emprunt et préserver les intérêts de la société avant toute approbation d'avance entre la société et son associé créancier.

Le compte courant d'associé est un mode extra-bancaire de financement, il décharge la société de toutes les contraintes d'un crédit bancaire assorti d'intérêts et autres accessoires à la somme principale. Cependant, cet encadrement devrait être limité en termes de règles juridiques au risque qu'il soit dépourvu de tous les avantages qu'il offre par rapport à un prêt bancaire¹⁵⁸². Par exemple, lorsque les avances sont bloquées au même titre que les apports¹⁵⁸³,

¹⁵⁷⁹ Dans ce cas, on se détourne de l'objectif de cette technique qui est de préserver la société.

¹⁵⁸⁰ Yves GUYON, note sous com., 19 mars 1981, *JCP* 1982, 19720.

¹⁵⁸¹ Antoine DELABRIERE, *op. cit.*, p.7.

¹⁵⁸² Philippe AVARE, *Rôle et influence des comptes courants d'associés dans les petites et moyennes entreprises*, Thèse Paris I, 1984, p.139.

¹⁵⁸³ Article 41 de l'AUSGIE.

il n'y aurait pas uniquement une erreur de logique juridique, le risque serait énorme de se tarir une source de financement ¹⁵⁸⁴ extra-bancaire. Le compte courant d'associé est moins contraignant que le financement bancaire qui requiert le respect d'un certain nombre de conditions et formalités préalables. De plus, en Afrique, en raison des moyens limités des petites entreprises, il est difficile pour les banques de leurs accorder des financements.

Les établissements financiers demandent beaucoup de garanties et leur financement sont accompagnés de taux d'intérêts élevés, qui correspondent rarement aux fluctuations du marché.

L'utilisation du compte courant d'associé est une innovation en droit OHADA, la doctrine préconise que son régime juridique soit peu contraignant, afin de continuer de bénéficier de ses nombreux avantages, il n'est pas intéressant d'encadrer le compte courant d'associé ¹⁵⁸⁵. Cependant, le blocage des sommes avancées dans ce compte au même titre que les apports faits à la société ¹⁵⁸⁶ pourrait avoir des conséquences négatives sur les opportunités de financement de la société.

Une place importante devrait être accordée à la liberté contractuelle dans le cadre des accords en compte courant d'associé, afin de lui permettre de répondre aux besoins spécifiques de chaque société ¹⁵⁸⁷. De plus, les normes nationales à vocation spécifiquement fiscales ne devraient pas à elles seules régir le régime juridique de la convention en compte courant d'associé, le risque majeur est la création d'une pluralité de statut juridique du compte courant d'associé au sein de l'OHADA.

L'objectif de clarté et de simplicité voulu par le législateur OHADA s'en trouverait mis à mal, car un même opérateur économique devrait soumettre ses avances en compte courant à des dispositions différentes selon le pays où se trouvent les sociétés concernées.

Par exemple, au Sénégal on se demande si la limitation des avances en compte courant d'associé à celui du capital-social obligeant les associés à immobiliser en capital de l'argent qu'ils ont la capacité de prêter temporairement ¹⁵⁸⁸ est judicieuse ? ¹⁵⁸⁹.

¹⁵⁸⁴ Alain COURET, « Dépendance ou indépendance des qualités d'associée et d'apporteur en compte courant », *Bull. joly société*, n°1, 1992, p.7.

¹⁵⁸⁵ Philippe AVARE, *op.cit.*, p.139.

¹⁵⁸⁶ Article 41 de l'AUSGIE.

¹⁵⁸⁷ Antoine DELABRIERE, KHALED AGUEMON, *op. cit.*, p.8.

¹⁵⁸⁸ Soit à ne pas financer la société temporairement.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*

Le compte courant d'associé en droit OHADA a besoin d'un régime juridique souple et garantissant une facilité de financement aux sociétés, l'harmonisation et la sécurité juridique recherchée dans les financements requièrent l'édiction de normes juridiques.

Ces normes pourraient régir le formalisme du compte courant d'associé, au moins au-delà d'un certain seuil, la vérification de la mise en compte courant d'associés d'avances par un associé, les normes de rémunération du compte courant d'associé, les normes des avances en compte courant d'associé, les normes de remboursement des avances en compte courant d'associé, en considération des intérêts de la société¹⁵⁹⁰. Le droit OHADA, par le choix de mettre en place une définition du compte courant d'associé, en ressortirait plus protecteur et plus fort. Le compte courant d'associé est peu utilisé dans les entreprises africaines, mais sa pratique régulière pourrait conduire à une forte attractivité, afin d'aider les entreprises à se financer soi-même et contourner le financement bancaire plus onéreux.

Les nouvelles techniques de financement adaptées aux structures d'entreprises favorisent la promotion de l'entrepreneuriat en droit OHADA. Le compte courant d'associé est une belle reprise du modèle français, mais par des mesures d'adaptations efficaces, il pourrait convenir aux sociétés africaines. La recherche de financement est le noyau du développement des activités économiques, les Etats africains ne cessent de tendre vers la modernisation des outils de financement et n'hésitent pas à s'inspirer du modèle français.

B. Les nouvelles formules financement externe adaptées aux entreprises

- Vers la vulgarisation juridique du financement participatif en droit OHADA

Le financement participatif est un nouveau mode de financement pratiqué dans les pays OHADA, il s'effectue par le biais d'un emprunt à long terme et par l'émission d'obligations. Ce nouvel outil est destiné aux entreprises qui souhaitent financer leur projet par le biais des plateformes en ligne. Le nouvel article du code de la consommation française indique « qu'est qualifiée d'opérateurs plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunéré ou non, un service de communication public en ligne reposant sur :

¹⁵⁹⁰ *Id Ibid.*

Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens, ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage du contenu, d'un bien ou d'un service »¹⁵⁹¹. Le financement participatif est à l'image du compte courant d'associé un excellent moyen de financement extra-bancaire, il permet à la société de solliciter son aide au monde entier, plutôt que de se limiter aux services de la banque pour une aide financière à la réalisation d'un projet.

Le financement participatif est appelé en anglais « *crowdfunding* »¹⁵⁹², il permet à la société d'être financée par le public. L'opération se déroule comme suit, des fonds sont réunis, par le biais d'internet, auprès des particuliers dans l'objectif de financer le projet de l'entreprise. Le *crowdfunding* est moins contraignant et plus évident que les prêts bancaires, il permet à travers un site web aux entrepreneurs de présenter leurs projets au public, le public à la possibilité de faire des prêts ou don en contrepartie de certaines conditions¹⁵⁹³. La société pourrait demander la somme de son choix et exposer son projet au grand public, afin de bénéficier de l'aide nécessaire pour mener à bien son projet.

Cette technique a eu un énorme succès en Europe et aux Etats unis, mais la plupart des financements obtenus correspondent souvent à de faibles montants. En effet, il est intéressant de savoir que ce type de financement est incompatible avec les investissements d'une société anonyme, le financement participatif est adapté aux entrepreneurs individuels et petites ou moyennes entreprises. Le *crowdfunding* pourrait dès lors servir à beaucoup d'entrepreneurs africains dont les débuts sont souvent difficiles, « on peut voir le financement participatif un peu comme une adaptation sur internet du système africain traditionnel de la tontine »¹⁵⁹⁴.

Cette technique devrait s'adapter aux entreprises africaines, car elle favorise une participation en tant qu'apporteur de fonds, les entreprises peuvent acquérir l'investissement nécessaire pour démarrer leur activité durant les situations de pénurie monétaire devenues courantes dans les zones CFA.

- **Les avantages de la pratique du financement participatif en droit OHADA**

¹⁵⁹¹ Article L 111-7-1 du code de la consommation française.

¹⁵⁹² Financement par la foule.

¹⁵⁹³ Pascal RODMACQ, « Comment utiliser le financement participatif sur internet », *Entreprendre en Afrique Financement*, p.1.

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*

Le *crowdfunding* permet de lever des fonds, il favorise l'union entre investisseurs et entrepreneurs, car les activités économiques requièrent pour leur évolution, la mobilisation d'important fonds. Le *crowdfunding* est un moyen intéressant de financement des entreprises, mais son statut est embryonnaire, les entreprises devraient respecter les conditions d'éligibilité requises, afin de bénéficier d'un financement participatif de leur projet.

Le financement participatif est une opportunité pour la population africaine de montrer à travers le vote avec son portefeuille, les projets qu'ils trouvent significatifs pour le développement de l'activité des entreprises. Le projet proposé par la personne morale ou l'entrepreneur individuel doit avoir une forte attractivité auprès du public, il permet de trouver aisément les fonds nécessaires pour la réussite du projet. Par exemple, lorsqu'il s'agit d'une PME, elle doit avoir une bonne santé financière lors de ces trois premiers exercices pour bénéficier du *Crowdfunding*, afin que cet investissement soit favorable à son évolution, l'entreprise doit présenter le projet de la meilleure manière possible.

Le *crowdfunding* permet aux entrepreneurs d'échapper aux taux exorbitants des emprunts bancaires. Le placement d'argent dans une entreprise permet à l'investisseur de profiter directement de sa croissance et d'obtenir une bonne rentabilité. Le *Crowdfunding* s'est peu à peu développé dans l'entrepreneuriat Africain, c'est un placement pour les épargnants à travers *l'équity Crowdfunding*¹⁵⁹⁵ leur permettant d'obtenir en contre partie des parts importantes dans le capital social de l'entreprise.

De plus, il est possible de demander son financement soit par le moyen d'un prêt¹⁵⁹⁶, soit par le moyen d'un don¹⁵⁹⁷, tout dépend des plateformes en question. Les plateformes se répandent de plus en plus en Afrique, certaines d'entre elles ciblent principalement les Etats africains¹⁵⁹⁸. Les plateformes orientées vers les affaires sont la majeure partie dans les pays anglophones¹⁵⁹⁹, il existe en Afrique du sud de bonnes plateformes, telles que le *FUNDFIND*, et le *THUNDAFUND*. Ce sont des « Projets créatifs et innovants avec un impact social,

¹⁵⁹⁵ L'entrée au capital d'une société.

¹⁵⁹⁶ En ce qui concerne le prêt, il est conditionné par une description exacte des modalités de remboursement (délai, taux d'intérêt, échéancier)

¹⁵⁹⁷ Lorsqu'il s'agit de don, il est obligatoire de procéder à la description précise de la contrepartie offerte aux donateurs, l'entreprise établit des catégories de dons selon leur degré d'importance (par exemple 15 000 FCFA est limité à telle contrepartie, 100 000 FCFA est limité à cela, etc..) la notion renvoie à l'échange et non la définition légale qui en droit ne donne lieu à aucune contrepartie. On pourrait également utiliser le terme de troc pour mieux comprendre la nature de l'opération.

¹⁵⁹⁸ Pascal ROMAQ, *op. cit.*, p.5.

¹⁵⁹⁹ *Ibid.*

économique positif et significatif »¹⁶⁰⁰. Les plateformes existent au Cameroun, et au Maroc, la plupart d'entre elles sont « spécialisées dans les projets africains en zone CFA »¹⁶⁰¹.

Le financement participatif permet à l'Afrique de financer son propre modèle de développement économique adapté à ses réalités, tel a été l'objectif de la plateforme *Equity Crowdfunding* « l'Afrique finance l'Afrique »¹⁶⁰², lancée par la société africaine des Biocarburants et des énergies renouvelables, elle donne la possibilité à chaque africain de financer des projets. La plateforme aurait à accueillir en toute professionnalisme, les investissements des investisseurs privés et africains désirant accompagner l'émergence et le développement économique du continent. De plus, elle permet à plusieurs projets d'être présentés et de favoriser des financements sous forme de capital, d'obligations, ou d'obligations convertibles en action. Ces plateformes permettraient à chaque entreprise de contribuer au financement du développement de l'Afrique.

L'essentiel avant de se lancer dans le financement participatif est de s'assurer de la portée du projet et de son intérêt pour le développement économique. Le niveau de créativité est important, les plateformes africaines devraient être en mesure de garantir une promotion de haut niveau. De plus, il serait intéressant que les entrepreneurs africains se familiarisent avec ces plateformes, l'intervention des acteurs de l'OHADA est indispensable.

Le financement participatif est juridiquement réglementé en droit français, les règles de fonctionnement sont édictées par le code monétaire et financier français et datent de 2014¹⁶⁰³.

L'ordonnance 2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif est à l'origine de l'introduction en France du régime juridique du financement participatif ou financement par la foule, *crowdfunding*¹⁶⁰⁴, mais la mise en œuvre de ce régime était conditionnée, à la

¹⁶⁰⁰ *Id Ibid.*

¹⁶⁰¹ Tel est le cas de la plateforme FADEV.

¹⁶⁰² Cette plateforme est une nouvelle masse d'actifs innovante élaborée avec le partenariat de la société Française financement utile.

¹⁶⁰³ « Décret n°2014-1053 du 16 septembre relatif au financement participatif, JO n°215, 17 septembre 2014, p.15228 ; Arrêté du 22 septembre 2014, portant homologation des modifications du règlement général de l'autorité des marchés financiers, JO n°223, 26 sept. 2014, p.15653 ; position de l'AMF, Placement non garanti et financement participatif- DOC-2014-10, 30 septembre 2014 ; Instruction AMF Informations aux investisseurs à fournir par l'émetteur et le conseiller en investissements participatifs ou le prestataire de services d'investissement dans le cadre d'une offre de financement participatif- DOC-2014-12 »¹⁶⁰³. CONAC Pierre-Henri, « Entrée en vigueur du nouveau régime français du financement participatif (*Crowdfunding*), *Revue des sociétés*, 2015, p.60

¹⁶⁰⁴ Pierre Henri CONAC, *op. cit.*, p.461. Thierry BONNEAU, « Le nouveau financement participatif », *JCP E* n°42, 16 octobre 2014, p.41 ; Daniel PORACCHIA, Dominique VELARDOCCIO « Un cadre juridique pour le financement participatif », *Bulletin Joly*, décembre 2014, p.742.

publication d'un décret, des modifications réglementaires et des précisions de l'Autorité des marchés financiers dans le cadre de l'émission des titres financiers¹⁶⁰⁵.

Les sites spécialisés en matière de *crowdfunding* sont soumis à l'obligation de répondre à plusieurs conditions, précisées par les nouvelles dispositions¹⁶⁰⁶.

Le régime du *crowdfunding* est fondé sur une communication qui s'impose à l'investisseur dont on peut penser qu'il prend connaissance des informations. Ces informations lui sont envoyées par courrier électronique et sont téléchargeables via le site¹⁶⁰⁷. L'Agence des marchés financiers a joué un rôle intéressant dans le développement du *crowdfunding* en France, elle a mis en place une rubrique spéciale dédiée sur son site à donner aux émetteurs et acteurs toutes les informations nécessaires à la bonne marche des opérations¹⁶⁰⁸.

En effet, selon l'expert-comptable Eric HAINAUT, « Il faut remonter qu'à 2011 pour connaître les premières statistiques sur le *crowdfunding*. Et pourtant, en seulement trois années, les chiffres parlent d'eux-mêmes :

Le nombre de personnes ayant soutenu un projet sur une plateforme de *crowdfunding* en France est passé de 133 637 en 2011, à 299 347 en 2012, 50 3395 en 2013. Depuis 2008, la France compte plus de 1 million de financeurs.

Le nombre de projets financés, en France avec succès, est passé de 9 392 en 2011, à 17 518 en 2012, 23 953 en 2013 et probablement à plus de 25 000 en 2014.

Le financement en France représentait 40 millions d'euros en 2012 pour atteindre 80 millions en 2013 et probablement plus de 130 millions d'euros en 2014 »¹⁶⁰⁹.

Ces statistiques permettent de comprendre que l'objectif de la France est de faire du *crowdfunding* un véritable moyen de financement des entreprises, tel devrait être le cas des entreprises africaines qui ont besoin de nouveaux modes de financement pour renforcer la promotion de l'entrepreneuriat. Les initiatives sont nombreuses, en France, elles se manifestent à travers la loi Lagarde du 1^{er} juillet 2010 destinée à rendre le financement

¹⁶⁰⁵ CONAC Pierre-Henri, *op.cit.*, p.60.

¹⁶⁰⁶ Règlement AMF, art.325-32 nouveau.

¹⁶⁰⁷ CONAC Pierre-Henri, *op.cit.*, p.60.

¹⁶⁰⁸ www.amf-france.org

¹⁶⁰⁹ HAINAUT Éric, Rapport sur « Le *Crowdfunding* dans les entreprises des secteurs culture et média - fiscal – social – Comptable - administratif », mars 2015, com'com Département culture et média groupe émergence, mars 2015, p. 2.

participatif plus attractif, les publications de documents officiels d'information par l'AMF dédiées au grand public, aux plateformes et aux porteurs de projets et les assises du financement participatif en septembre 2013 organisées par l'ancienne ministre Fleur Pellerin. Le *crowdfunding* fut réglementé en France le 19 septembre 2014.

Il s'agit d'un mode de financement fiscalement avantageux, l'impôt sur le revenu est réduit pour une seule personne ou pour une société à hauteur de plusieurs FCFA. Le financement participatif permet au créateur d'entreprise de tester la rentabilité de son projet analysée au préalable par les plateformes. L'objectif est d'éviter que l'investisseur ne perde pas son capital dans des projets à faible rentabilité économique, ce mécanisme a permis la réalisation de beaucoup de projet au Cameroun.

Le financement participatif est un moyen pour les petites entreprises de contourner les moyens de financement classiques, il existe plusieurs formes de financement participatif.

- **Les formes de financement participatif**

Le *crowdfunding* englobe plusieurs façons pour bénéficier d'un investissement :

La première correspond à un don c'est à dire le soutien apporté au projet à titre gratuit¹⁶¹⁰. L'entreprise à la recherche de financement conserve toute la propriété intellectuelle de son financement, c'est ce que l'on appelle « *rewardbased* »¹⁶¹¹.

La seconde correspond aux plateformes de financement avec contrepartie en nature, l'entreprise bénéficie d'un soutien financier qui, contrairement au don se ferait à titre onéreux¹⁶¹² puisque, celui qui finance reçoit une contrepartie¹⁶¹³.

La troisième correspond aux plateformes de prêts, c'est un emprunt, avec ou sans intérêt, accordé à la société¹⁶¹⁴ sans l'intermédiaire d'un établissement financier¹⁶¹⁵. De plus, dans les deux premières technique le porteur du projet reste titulaire de l'ensemble de sa propriété intellectuelle¹⁶¹⁶, il s'agit du « *peer to peerlending* »¹⁶¹⁷.

¹⁶¹⁰ Eric HENAUT, *op. cit*, p.5.

¹⁶¹¹ *Ibid.*

¹⁶¹² C'est la vente par anticipation.

¹⁶¹³ Eric HENAUT, *op. cit*, p.5.

¹⁶¹⁴ L'internaute est remboursé par l'entreprise comme s'il était un créancier classique.

¹⁶¹⁵ Eric HENAUT, *op. cit*, p.5.

¹⁶¹⁶ *Ibid.*

¹⁶¹⁷ *Id Ibid.*

La quatrième correspond au financement avec prise de participation et coproduction, « l'internaute », la personne qui finance l'entreprise acquiert la qualité d'investisseur et une participation dans le projet ou en devient coproducteur. En effet, comme tous associés ou actionnaires, il bénéficie de contreparties financières des sociétés, en cas de succès du projet. Cependant, l'entreprise peut être obligée de lui céder la propriété intellectuelle de son projet¹⁶¹⁸, c'est le modèle « *equity* », « *royalties* » ou « *crowdinvesting* »¹⁶¹⁹.

Les entreprises africaines devraient voir leurs difficultés croissantes à trouver des investisseurs diminuer, cependant, il est normal que le financement participatif peine à démarrer dans certains pays africains, en raison de l'inexistence de réglementation et en particulier l'absence de définition juridique propre au *crowdfunding*. Les entreprises qui veulent échapper aux contraintes du prêt bancaire devraient choisir le financement participatif, car il peut à long terme devenir concurrentiel et être une alternative aux modes de financement traditionnels.

Le financement participatif est adapté aux PME, la plupart éprouvent d'énormes difficultés pour trouver des sources de financement, le *crowdfunding* leur permet de s'ouvrir au public et espérer obtenir le soutien nécessaire au démarrage de leurs activités.

De plus, le financement participatif devrait permettre un désengorgement des établissements financiers, car la majeure partie est réticente en matière de financement des PME, en raison de l'insuffisance de leur garantie. Le *crowdfunding* pourrait s'adapter au GIE dont l'objectif principal est le rassemblement des moyens nécessaires pour favoriser le développement de l'activité des entreprises qui trouveraient plus facilement des soutiens à la pérennité de leurs activités.

Les entreprises peuvent à coup sûr bénéficier automatiquement de financement par le biais du *crowdfunding*, mais seules les entreprises présentant des projets innovants peuvent en tirer des avantages. Les sociétés ont besoin d'avoir à leur disposition des modes de financement diversifiés, afin de garantir la pérennité de l'activité économique. Les subventions sont juridiquement reconnues par le droit comptable OHADA comme une source de financement des entreprises.

¹⁶¹⁸ HENAUT Éric, *op. cit.*, p.5.

¹⁶¹⁹ *Ibid.*

« La subvention est une aide accordée à l'entreprise pour lui permettre de couvrir certaines de ses dépenses ; de par sa nature, la subvention n'est pas remboursable. Il ne faut donc pas la confondre avec : Une avance ou un prêt ; un apport à titre capital »¹⁶²⁰. La subvention d'investissement est un mode particulier de financement qui ne donne pas lieu à un remboursement à l'investisseur, elle dispose d'un régime juridique spécifique que l'on retrouve dans l'acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités d'entreprises.

- **Le financement des immobilisations de l'entreprise dans l'AUPCE**

• **Les subventions en droit OHADA**

« Les subventions d'investissement sont des aides financières non remboursables accordées aux entreprises (publiques ou privées), pour différentes raisons : acquisition, création de valeurs immobilisées (subventions d'équipement ou financement d'activités à long terme, afin de pourvoir au remplacement ou à la remise en état des immobilisations. Elles peuvent également consister en l'octroi de biens et services »¹⁶²¹. Le droit OHADA s'efforce au fil des années de se doter d'outils performants pour favoriser le développement des activités économiques. Les financements traditionnels, tels les prêts bancaires sont les plus prisés par les entreprises, mais ils ne devraient pas devenir indispensables. L'entrepreneur devrait à travers les aides publics relancer ces activités, contourner l'endettement et l'entrée de nouveaux actionnaires dans la société.

En effet, l'ouverture du capital ne fait pas toujours l'unanimité des actionnaires, la société souvent contrainte est obligée d'y recourir. De plus, les avances et prêts bancaires en dehors du fait qu'ils nécessitent la conclusion d'accords peuvent mettre la société sur le fait accompli lorsqu'un associé souhaite récupérer ses avances avant le terme prévu.

En effet, il pourrait arriver qu'à l'issue du terme que la société ne soit toujours pas en mesure de rembourser les sommes empruntées, mais elle pourrait bénéficier de l'aide de l'Etat pour faire face à certains besoins de financement. Cette aide est avantageuse, car elle n'est pas

¹⁶²⁰ Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises du 23 mars 2000, chapitre 6 – Opérations et problèmes spécifiques, section 10- Subventions et aides publiques, A. La notion de subvention.

¹⁶²¹ AUDCG du 23 mars 2000, chapitre 2- Contenu et fonctionnement des comptes, Section 1- Classe 1 : comptes de ressources durables, compte 14- Subventions d'investissement.

remboursable. L'entreprise reçoit l'aide par le biais « d'un transfert direct d'immobilisation, à titre gratuit »¹⁶²².

Ces fonds proviennent de l'Etat, des collectivités publiques, des organismes internationaux ou des tiers, afin d'aider la société à acquérir ou créer des immobilisations¹⁶²³ et financer des activités à long terme¹⁶²⁴, elles se trouvent pour leur montant net au passif du bilan, au sein des capitaux propres, jusqu'à ce qu'elles accomplissent leur objet¹⁶²⁵. L'AUDCG distingue les subventions reçues, enregistrées, en fonction de leur finalité aux comptes¹⁶²⁶. Le compte 14 correspond aux subventions d'investissement, il existe d'autres types de subventions relatives à l'exploitation¹⁶²⁷, l'équilibre¹⁶²⁸, les avances reçues de l'Etat¹⁶²⁹, le capital par dotation¹⁶³⁰.

Cependant, il faudrait savoir que seules trois subventions allouées aux entreprises par l'Etat ne sont pas remboursables¹⁶³¹, les autres possibilités sont des affectations de biens aux fonds apportés par l'Etat aux entreprises publiques devant être inscrites¹⁶³².

Les subventions sont indispensables à la bonne marche de l'entreprise, elles servent de véritable support à l'entreprise. L'acquisition ou la création de valeurs immobilisées, le financement des activités à long terme, la compensation de l'insuffisance de certains produits d'exploitation ne pourraient que contribuer à la croissance et au développement économique. La société s'enrichit, elle voit ses capitaux propres augmenter, les coûts d'acquisition ou de production des biens diminuent grâce aux subventions.

La subvention est une forme d'investissement public, l'objectif de l'Etat est de contribuer à la croissance et au développement économique qui constituent les éléments fondamentaux du produit intérieur brut. Ce mode de financement sans contrepartie pourrait au fil des années évincer l'investissement privé notamment les prêts bancaires. En effet, l'Etat en assistant les

¹⁶²² Commentaires, AUDCG du 23 mars 2000, chapitre 2- Contenu et fonctionnement des comptes, Section 1- Classe 1 : comptes de ressources durables, compte 14- Subventions d'investissement.

¹⁶²³ C'est l'ensemble des biens que possède la société sur un exercice comptable, elle ne peut faire l'objet de vente. Elle représente les investissements destinés à assurer le potentiel productif de la société.

¹⁶²⁴ Commentaires, AUDCG du 23 mars 2000, chapitre-2 Contenu et fonctionnement des comptes, Section 1- Classe 1 : comptes de ressources durables, compte 14-Subventions d'investissement.

¹⁶²⁵ *Ibid.*

¹⁶²⁶ C'est un tableau dans lequel sont inscrits les entrées et les sorties, les flux comptables.

¹⁶²⁷ Compte 74.

¹⁶²⁸ Compte 88.

¹⁶²⁹ Compte 163.

¹⁶³⁰ Compte 102.

¹⁶³¹ Ce sont les subventions d'investissement, d'équilibre et d'exploitation.

¹⁶³² Avances reçues de l'Etat, capital par dotation.

entreprises dans leurs activités limite très fortement le recours aux investissements étrangers, il est de son rôle d'accroître les subventions au profit des sociétés.

La plupart des investissements étrangers ne se font jamais à titre gratuit, ils cherchent le plus souvent à bénéficier du monopole de leur secteur et vont par conséquent augmenter leurs bénéfices en fixant les prix qu'ils veulent au détriment de la société, profiter de la diminution des impôts, réduire leurs salaires et contraindre leur évolution dans l'optique de rassembler le maximum de bénéfices. Les subventions sont une source efficace de financement, les entreprises devraient solliciter le maximum d'aide auprès des Etats. Cependant, la subvention n'est pas le seul moyen de financement des immobilisations d'une entreprise, l'AUDCG propose un autre moyen de financement des investissements : le crédit-bail.

- **Le crédit-bail**

« Le crédit-bail ou *leasing* en anglais est une opération qui permet à une personne appelée crédit-bailleur décide d'acquérir des biens qu'elle loue à un locataire appelé crédit-preneur avec possibilité pour ces derniers d'acquérir la propriété du bien à la fin de la période de location. Le mécanisme habituellement utilisé se présente comme suit. Une entreprise-généralement commerciale ou industrielle – désire acquérir du matériel professionnel. Elle ne dispose pas de moyens financiers pour l'acheter au comptant et elle ne souhaite pas obtenir un crédit classique pour l'acquérir.

Elle contacte un établissement de crédit-bail-généralement un établissement de crédit-qui acquiert le matériel auprès d'un fournisseur selon les spécifications du futur locataire et le met à sa disposition. L'établissement de crédit est le crédit bailleur ou bailleur de l'entreprise qui loue le matériel au locataire ou crédit-preneur. Cette dernière paiera un loyer en contrepartie de la mise à disposition du matériel et bénéficiera de la possibilité de devenir propriétaire à l'issue de la période de location »¹⁶³³.

Le crédit-bail est une technique de financement des entreprises, il est adapté aux très petite entreprises et petites et moyennes entreprises à faible ressource financière. Les petites entreprises accèdent difficilement à l'emprunt bancaire, par manque de garanties de

¹⁶³³Yvette Rachel KALIEU ELONGO, « La loi camerounaise du 10 décembre 2010 sur le crédit-bail à l'aune des législations OHADA et CEMAC », *Revue de l'ERSUMA Droit des affaires pratique professionnel*, n°6 janvier 2016, doctrine, p. 1.

financement, leur permettant de mener à bien leur activité économique. Le recours au crédit-bail¹⁶³⁴ en Afrique subsaharienne s'est fait pour plusieurs raisons :

D'une part, parce que les législations nationales l'ont déjà inséré dans leur arsenal juridique : le Sénégal en 2011, le Cameroun en 2010¹⁶³⁵.

D'autre part, elle est juridiquement reconnue par les dispositions 34 alinéas 5 et suivants de l'AUDCG¹⁶³⁶, car sa publication est prévue au registre du commerce et du crédit mobilier pour son opposabilité au tiers, il peut faire l'objet de garantie¹⁶³⁷.

De plus, le résultat des expériences est positif à l'échelle européenne et internationale¹⁶³⁸, le droit OHADA a voulu suivre ces modèles et intégrer cet instrument de financement au sein de son ordonnancement juridique¹⁶³⁹.

Le crédit-bail est un mode de financement adapté aux réalités africaines, il sert d'instrument de développement économique dans les pays africains¹⁶⁴⁰. L'efficacité du crédit-bail se trouve principalement dans les techniques qui lui sont propres et qui facilitent au futur entrepreneur l'acquisition d'un fonds de commerce ou fond artisanal et l'accession à la propriété immobilière¹⁶⁴¹. Le crédit-preneur¹⁶⁴² peut accéder à la propriété alors qu'il ne dispose pas de ressources suffisantes et le crédit bailleur conserve la propriété du bien pendant toute la période du contrat. Le crédit-bail offre aux petites entreprises la possibilité de financer leur activité malgré le faible niveau de leurs capitaux¹⁶⁴³, son efficacité est double, il est à la fois économique et juridique, il allie souplesse, sécurité, et succès économique.

¹⁶³⁴ Moussa SAMB, « Le droit du crédit-bail dans l'espace OHADA : étude comparative des lois camerounaise et sénégalaise », *Revue de l'ERSUMA*, n° spécial, IDEF-Mars 2014.

¹⁶³⁵ Pour le Sénégal c'est la loi n°28/2011 et pour le Cameroun la loi n°2010/020 du 21 décembre 2010.

¹⁶³⁶ Au sein du nouvel acte uniforme sur le droit commercial général, les dispositions 34 alinéa 5, 35 alinéa 6, 38 alinéa 1 sont dédiés à la publicité du crédit-bail et à sa radiation.

¹⁶³⁷ Denis POME, « Plaidoyer pour l'adoption du crédit-bail en droit OHADA », *Afrilex, revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*, septembre 2016, p.1.

¹⁶³⁸ La convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international d'Ottawa du 28 mai 1988.

¹⁶³⁹ Le crédit-bail international, Travaux comité fra. DIP 1989 ; 59 ; R-N Schutz, la convention d'Ottawa sur le crédit-bail international, contrats, concurrence, consommation, mars 1996, p.1 et suivant ; G., MAZET, « La location financière internationale », *RJ com.* 1985, n° spécial, p.42 et suivant. ; F. STEINER et B. RIGAUD, « le leasing international », *banque*, 1982 p.1049 ; E.M BEY et Christian. GAVALDA, « Acte final de la conférence diplomatique pour l'adoption des projets de la convention d'Uni droit sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international », *LPA*, n°84, 15 juillet 1988.

¹⁶⁴⁰ Denis POME, *op. cit.*, p.13.

¹⁶⁴¹ *Ibid.*

¹⁶⁴² Il peut s'agir d'une personne morale ou physique.

¹⁶⁴³ Denis POME, *op. cit.*, p.13.

Par exemple lorsqu'un investisseur veut faire l'acquisition d'un fonds de commerce ou procéder à la construction d'une entreprise, il peut contourner le financement bancaire et recourir au crédit-bail qui lui permet d'en rester propriétaire durant toute la période du bail.

Le droit OHADA autorise l'établissement financier de procéder à l'achat puis à la conclusion du bail avec l'utilisateur, ou utiliser la technique de l'adjonction d'un bail à construction au contrat de crédit-bail immobilier¹⁶⁴⁴. Le crédit-bail achevé, l'utilisateur peut devenir propriétaire des constructions qu'il a payé par le bail à construction¹⁶⁴⁵, grâce au jeu de l'accession à la propriété¹⁶⁴⁶, il en est de même pour le financement d'un bien incorporel dont l'utilisateur devient le propriétaire en fin de contrat¹⁶⁴⁷.

Le crédit-bail est régi par le législateur OHADA, dans l'AUDCG et l'AUCAP¹⁶⁴⁸ aux articles 34 et 35 traitants de l'inscription des contrats de crédit-bail au RCCM¹⁶⁴⁹.

De plus, il fait l'objet d'une stricte réglementation à l'article 10 du Règlement n°01/02/CEMAC/UMAC/COBAC du 26 janvier 2002 traitant des modalités d'exercice et de contrôle de l'activité de micro finance dans la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale qui prévoit que « Les opérations autorisées à titre accessoire comprennent (...) les opérations de crédit-bail ». L'inscription est prise par le crédit-bailleur ou par le crédit-preneur auprès du greffe de la juridiction spécialement désignée. L'AUPCAP traite le crédit-bail aux articles 101 et suivants qui évoquent la revendication du bien par le crédit bailleur en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou liquidation des biens contre le crédit-preneur¹⁶⁵⁰.

Le cadre juridique du crédit-bail devrait constituer un modèle pour les législateurs nationaux et contribuer à rassurer tous les opérateurs économiques qui souhaiteraient bénéficier de ses avantages de financement, afin d'améliorer leurs activités économiques.

¹⁶⁴⁴ Le bail à construction est une variété du bail emphytéotique qui reconnaît un droit de propriété temporaire, un droit de superficie au preneur. Enfin de contrat, le propriétaire du terrain devient propriétaire des constructions.

¹⁶⁴⁵ Denis POME, *op. cit.*, p.14.

¹⁶⁴⁶ Il s'agit d'un ensemble de moyens destinés à l'acquisition de la propriété d'un bien meuble ou immeuble.

¹⁶⁴⁷ Denis POME, *op. cit.*, p.14.

¹⁶⁴⁸ L'Acte uniforme sur les procédures collectives et apurement du passif.

¹⁶⁴⁹ Yvette KALIEU ELONGO, *op. cit.*, p.2.

¹⁶⁵⁰ *Ibid.*

Le crédit-bail participe à la promotion de l'entrepreneuriat en droit OHADA, à la croissance des PME devenues indispensables dans le tissu économique africain, elles contribuent à l'amélioration de la sécurité de l'emploi et à la viabilité de l'économie en général.

La majeure partie des PME évoluent dans le secteur formel, mais elles n'ont ni garanties, ni antécédents de crédit. Le crédit-bail permet de résoudre ces difficultés par des solutions financières alternatives, telles l'acquisition d'équipement et de machines de travail. L'actif du crédit-bail est considéré comme la garantie principale dans l'opération du crédit-bail. L'équipement va lui permettre de créer suffisamment de trésorerie et de devenir après le paiement de la totalité de la valeur des équipements, le propriétaire de l'entreprise.

Le crédit-bail aide l'entreprise à faire des emprunts bancaires par le biais des équipements qui serviraient de garanties de remboursement. L'amélioration de l'accès au financement se traduit par le développement des entreprises, à travers la création d'emploi, l'amélioration de leurs revenus entraînant, la réduction de la pauvreté et des inégalités. Par exemple des programmes comme *Africa leasing facility* spécialisés dans le bail sont destinés à aider les entreprises à se financer par l'attribution d'équipement nécessaire au besoin de leurs activités.

Le crédit-bail offre plus d'options et de flexibilité que les emprunts bancaires, il permet la libéralisation de la trésorerie. Cependant, la location d'équipement requiert une évaluation de son coût direct pour l'entreprise, afin que chaque équipement puisse se payer en lui-même : c'est la libéralisation du capital pour les affaires.

Le crédit-bail soutient les micro-entrepreneurs, il s'est beaucoup développé au Sénégal depuis l'introduction et la réforme de la loi sur le crédit-bail.

En effet, l'activité du crédit-bail a permis d'améliorer l'emploi et la production au Sénégal, les petits entrepreneurs réalisent des chiffres d'affaires importants. Le crédit-bail est adapté aux entreprises qui n'ont pas d'historiques d'emprunts bancaires, il offre des opportunités pour faire de bonnes affaires et représente l'une des plus grandes innovations introduites dans le continent Africain.

La réforme fiscale au Sénégal sur le crédit a eu un impact significatif dans l'activité économique, elle a permis l'augmentation de la production.

Le recours au crédit-bail peut se faire par le biais des institutions en Afrique qui offrent des services de crédit-bail, l'institution achète pour l'entreprise le bien dont il a besoin et le lui remet.

L'institution devrait recevoir chaque mois un versement de la part de l'entrepreneur représentant une forme de traite, il devient le bailleur du bien utilisé par l'entrepreneur qui lui devient le locataire jusqu'à ce qu'il rembourse la totalité de l'argent qui a été dépensé pour acheter ce bien. Cependant, le crédit-bail aussi important soit-il n'est pas suffisamment développé en Afrique. La vérité est que l'opération de crédit-bail peut s'avérer difficile à comprendre pour leurs bénéficiaires. Les africains préfèrent des prêts d'argent, qu'ils vont utiliser pour gérer d'autres difficultés opérationnelles.

De plus, le coût d'obtention du crédit-bail est parfois plus élevé que celui des prêts d'argent et dans ce cas, les investisseurs surtout les petites et les moyennes entreprises préfèrent recourir aux emprunts bancaires classiques qui leurs offrent des conditions de remboursement beaucoup plus souple avec des contraintes financières moins fortes.

Le crédit-bail, à l'instar de l'affacturage¹⁶⁵¹, est une bonne méthode de financement qui n'implique pas le déboursement d'argent, sa pratique devrait être vulgarisée dans l'ensemble des pays de l'OHADA, par exemple en Côte d'Ivoire, il existe très peu d'acteur sur le marché du crédit-bail.

Le crédit-bail devrait satisfaire les besoins de toutes les catégories d'entreprises. L'entrepreneuriat individuel et les PME représentent une partie importante des économies africaines, elles sont confrontées à des difficultés qui freinent leur croissance, alors que l'ensemble des Etats sont unanimement d'accord que le développement de l'Afrique est le fait des PME. Les PME ne devraient plus autant peiner à trouver des financements, le crédit-bail leur permet de contourner les financements traditionnels peu adaptés aux petites structures.

L'attractivité du crédit-bail est faible, le législateur OHADA devrait procéder à l'uniformisation du régime fiscal des établissements de crédit-bail, en raison de leur qualité d'établissement de crédit ou de micro-finance. L'objectif est d'accorder au crédit-bail un régime fiscal unique applicable à l'ensemble des Etats, afin de rendre plus attractive son activité auprès des entreprises qui le pratiquent. Par exemple, on pourrait envisager une forme

¹⁶⁵¹ C'est un moyen de financement et de recouvrement de créance à la disposition des entreprises, qui confient à une structure de crédit la gestion de la créance.

sociale unique pour les établissements de crédit-bail, un capital social minimum commun ou élaborer des normes prudentielles et de gestion propres à ces établissements.

Le mode d'utilisation du crédit-bail en droit OHADA nécessite quelques d'éclaircissements relatifs à son régime juridique¹⁶⁵², car il a tendance à faire l'objet de sûreté. La doctrine¹⁶⁵³ a toujours réfuté le statut de sûreté au crédit-bail aux motifs que la garantie procurée par la propriété se retrouve dans d'autres opérations comme la vente à crédit. Cependant, la propriété n'est pas garant de la créance du crédit-bailleur sur l'utilisateur¹⁶⁵⁴, elle ne réunit pas les conditions d'accessibilité à la fonction de sûreté et ne constitue pas un accessoire à la créance¹⁶⁵⁵. Le crédit-bail, s'il n'est pas constitué comme une sûreté, il produit l'effet d'une sûreté¹⁶⁵⁶. L'entreprise de crédit-bail conserve la propriété du bien¹⁶⁵⁷, en cas de défaillance du locataire, il a une « propriété artificielle » ou « purement juridique »¹⁶⁵⁸, le crédit-preneur bénéficie de la propriété économique¹⁶⁵⁹.

Cependant, le crédit-bail est un outil efficace de financement, l'amélioration de son régime juridique permettrait de sa rendre sa pratique plus attractive. Il existe d'autres modes efficaces de financement, tels le capital investissement et les financements de projet.

- **Le *private equity*¹⁶⁶⁰, et les financements de projet en droit OHADA**

L'Afrique a depuis longtemps été associée à un flux de capitaux lié aux aides internationales provenant du financement des grandes institutions financières et fonds d'investissement privés internationaux¹⁶⁶¹. L'Afrique subsaharienne assiste depuis des années à un développement rapide des investissements financés par des fonds de *private equity* issus de diverses origines et dont la taille est croissante, environ 50 millions à 1 milliards d'euros.

¹⁶⁵² Denis POME, *op. cit.*, p.16.

¹⁶⁵³ Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Philippe PETEL, *Droit des sûretés*, Litec n°587.

¹⁶⁵⁴ Denis POME, *op. cit.*, p.16.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*

¹⁶⁵⁶ Dans la nouvelle version du manuel de droit des sûretés, CABRILLAC-MOULY-PETEL reconnaissent le désaccord des deux auteurs originaires.

¹⁶⁵⁷ Denis POME, *op. cit.*, p.17.

¹⁶⁵⁸ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Pierre CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, Défrénois, 2008, n°762.

¹⁶⁵⁹ Denis POME, *op. cit.*, p.17.

¹⁶⁶⁰ Capital investissement.

¹⁶⁶¹ Boris MARTOR, Sébastien THOUVENOT, « L'OHADA au service du *private equity* en Afrique », Fusions et acquisitions, *Revue juridique et fiscal des rapprochements d'entreprise*, mai 2008, P.1. [www.fusions-acquisitions.fr/article juridique –fiscal-3 / L'ohada-au-service-du-private-équity-en-afriquepar-boris-martor-et-sébastien-thouvenot-eversheds-191](http://www.fusions-acquisitions.fr/article_juridique_fiscal-3/L%27ohada-au-service-du-private-equity-en-afriquepar-boris-martor-et-sebastien-thouvenot-eversheds-191).

Le capital investissement est devenu l'une des sources les plus adaptées au besoin de financement des entreprises, les investisseurs sont continuellement à la quête d'un marché attrayant dans tous les secteurs d'entreprises¹⁶⁶² du continent africain¹⁶⁶³. L'objectif de l'Afrique est d'attirer au mieux les investisseurs¹⁶⁶⁴ à travers le capital investissement, véritable outil de création des entreprises.

- **Le *private equity* en droit OHADA, outil performant de création des entreprises**

Le capital investissement est l'investissement de larges sommes d'argent dans une entreprise pendant plusieurs années pour ensuite les revendre et en retirer au passage de confortables bénéfices. En effet, c'est une pratique financière qui met en jeu beaucoup d'argent à travers des fonds d'investissements, il était pendant des années inexistant en Afrique subsaharienne. Le capital investissement s'est tourné vers l'Afrique à partir des années 2000, le continent pratique de plus en plus cette activité qui consiste pour les investisseurs à entrer au capital des sociétés demandeuses de capitaux.

Le capital investissement ou *private equity* existe depuis plusieurs années à l'étranger, en Afrique on assiste à un nouvel élan de cet instrument du fait de la croissance économique du continent. Les levées de fonds sont intéressantes dans des secteurs clés du développement économique. Les entreprises privées africaines attirent de plus en plus les investisseurs, le principe du capital investissement est de devenir actionnaire d'une entreprise et vendre ses actions quelques années plus-tard¹⁶⁶⁵. Le fond de capital d'investissement apporte des capitaux, mais en tant qu'actionnaire, il peut contribuer à l'amélioration de la capacité de gestion de l'entreprise.

En effet, la croissance au niveau international et la rentabilisation des opérations d'une entreprise, requiert d'avoir dans son capital et au sein de son conseil d'administration, le soutien d'un fond d'investissement apte à le guider dans toutes les démarches de son activité.

La participation des fonds d'investissement au capital d'une entreprise montre sa crédibilité au regard des investisseurs, elle est source d'une grande attractivité des opérateurs

¹⁶⁶² Energie, ressources naturelles, télécommunications.

¹⁶⁶³ Boris MARTOR, Sébastien THOUVENOT, *op. cit.*, p.1.

¹⁶⁶⁴ Cette volonté de renforcer l'attractivité des investisseurs s'explique par les conditions économiques favorables et les énormes flux de liquidités sous l'influence des investisseurs chinois et du golfe, très présents en Afrique subsaharienne.

¹⁶⁶⁵ C'est ce que l'on appelle dans le langage financier, la sortie.

économiques. Les pays OHADA devraient renforcer leur volonté de voir ces fonds intégrer leurs structures, afin de contribuer au développement économique de l'Afrique. Les sociétés béninoises et congolaises sont soutenues par des investisseurs en capital, elles ne sont pas cotées en bourse et permettent à l'investisseur de sortir quelques années plus tard du capital de cette entreprise en revendant plus cher ces actions représentant leurs plus-values.

Le financement du démarrage de nouvelles entreprises correspond au capital-risque, le capital développement est le financement du développement de l'entreprise et le capital retournement cible le redressement des entreprises en difficulté financière. La frilosité des banques et les doutes manifestés par plusieurs établissements financiers à l'endroit des porteurs de projet font du *private equity* un mode alternatif fiable de financement des entreprises en phase de création ou d'expansion économique.

Le capital investissement s'étend progressivement sur le continent africain, plus particulièrement en Afrique subsaharienne. Les investisseurs confient leurs fonds à des équipes de gestion professionnelles et spécialisées, elles sont chargées d'identifier les sociétés les plus crédibles, afin de leur octroyer les moyens financiers nécessaires pour renforcer leurs équipes, les pousser à améliorer leurs informations financières, leurs gouvernances, leurs performances sociales et environnementales.

Les grandes holdings d'investissement françaises accordent beaucoup d'intérêt à l'entrepreneuriat africain, elles investissent dans le capital de plusieurs sociétés africaines.

L'ensemble de ces opérations met en exergue la volonté des investisseurs de contribuer à l'expansion des activités économiques africaines. Les entreprises devraient faire des efforts pour évoluer sur un marché à fort potentialité de croissance, afin d'attirer l'attention des fonds d'investissements.

Les investisseurs préfèrent les entreprises dans lesquelles la bonne maîtrise du secteur d'activité est assurée, ils veulent s'assurer que la situation économique de l'entreprise est positive, en raison des risques que le capital investissement revêt pour l'investisseur qui entre dans le capital d'une entreprise. Un diagnostic profond est posé au niveau du marché sur lequel ils vont intervenir et c'est à la suite de ces analyses qu'ils prennent le risque d'investir dans l'entreprise, afin de ressortir du capital et encaisser leurs plus-values. Les perspectives de

l'entreprise devraient être positives, afin de bénéficier d'un engagement des investisseurs et de leur intervention dans le staff managérial de l'entreprise¹⁶⁶⁶.

Les fonds d'investissement ont un impact dans le fonctionnement de la société par le pouvoir de décision qui leur est conféré, ce pouvoir leur permet d'intervenir dans le staff managérial et de participer au développement économique de l'activité de l'entreprise.

Le capital investissement cible principalement les sociétés anonymes, mais auparavant concernait uniquement les entreprises non cotées en bourse. L'objectif c'est d'être en mesure à la sortie du capital de se retrouver facilement sur le marché financier et vendre les actions à d'autres personnes qui interviennent comme acteur au niveau du marché boursier.

La souscription à un capital investissement permet à l'entreprise d'accéder à de fortes liquidités et de bénéficier de l'expérience managériale du fond d'investissement. Ces entreprises ont la possibilité de bénéficier du réseau relationnel détenu par les fonds d'investissements et lorsqu'elles s'aperçoivent que leurs niveaux d'investissements ont atteint des seuils importants, elles peuvent voir leur compétitivité s'améliorer.

En effet, de la même manière que l'Afrique est très réceptive aux fonds d'investissements en provenance de l'étranger, il serait équitable qu'il le soit à l'égard des fonds d'investissements africains.

« Les pays OHADA observent depuis une dizaine d'années, un accroissement significatif des opérations de capital-investissement. Les perspectives encourageantes, la relative stabilité politique dans la région, ainsi que les prévisions démographiques font de la zone OHADA une cité de premier choix pour les fonds d'investissement, qui y trouvent de formidables opportunités d'investissement et de croissance »¹⁶⁶⁷. Le capital investissement incite à s'interroger sur les facilités du droit OHADA à répondre aux exigences juridiques exprimées par ces nouveaux acteurs économiques lors de la conduite de leurs opérations¹⁶⁶⁸. Les enjeux juridiques du capital-investissement en droit OHADA sont nombreux, c'est un outil juridique de prise de participation, de gestion des sûretés cible, surtout à travers la pratique des pactes d'actionnaires et les modes de sortie de l'investissement.

¹⁶⁶⁶ Le management est l'ensemble des méthodes organisationnelles utilisées dans le cadre de la gestion d'une entreprise. Le staff renvoi à l'équipe chargée de la gestion de l'entreprise, il conseil, coordonne, supervise, les activités au de l'entreprise.

¹⁶⁶⁷ Yassine ALLAM, *Le capital investissement en droit OHADA*, thèse soutenue, Université d'Aix en Provence 02 décembre 2018.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*

Les établissements et institutions financières ne détiennent plus le monopole des investissements. Les fonds utilisés dans le continent sont devenus indispensables, ils contribuent au dynamisme des économies africaines par la mise en avant du financement de leurs entreprises à tous les niveaux. Le capital-investissement compte plus de 5 500 professionnels qui encadrent les sociétés et les aident à devenir beaucoup plus stratégiques sur une longue période, à travers des collaborations et relations de confiance telle l'association française des investisseurs en capital.

Le capital investissement permet par des prises de participations majoritaires ou minoritaires dans le capital de petites et moyennes entreprises, la création d'entreprise, la promotion de l'innovation, la croissance et l'emploi.

Au sein du capital investissement, on retrouve une pluralité d'investissements :

« Le capital-innovation, qui crée et finance les entreprises et les nouvelles technologies ;

Le capital-développement, qui accompagne les entreprises en croissance et à fort potentiel ;

Le capital-transmission, qui acquiert ou cède des entreprises ;

Le capital-retournement, qui rachète des entreprises en difficultés ;

Les fonds d'infrastructures, qui investissent dans la construction et l'exploitation d'infrastructures »¹⁶⁶⁹. Le fond d'infrastructure est un moyen de promouvoir l'entrepreneuriat en droit OHADA, car il a cette particularité d'encadrer l'entreprise depuis ses débuts jusqu'à son expansion. Le *private equity* intervient dans l'entreprise aux moments clés¹⁶⁷⁰ de son existence¹⁶⁷¹, les investisseurs aident l'entreprise à créer de la valeur pour ses clients, ses actionnaires et ses salariés par le biais du capital investissement¹⁶⁷².

« Ni *traders*, ni simples financiers, les investisseurs en capital sont des femmes et des hommes de terrain, qui travaillent auprès des équipes des entreprises qu'ils accompagnent »¹⁶⁷³.

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*

¹⁶⁷⁰ Amorçage, création, expansion, développement, réorganisation de l'actionnariat (capital-innovation), Développement (capital-développement), réorganisation de l'actionnariat, Transmission (capital-Transmission-introduction en bourse)

¹⁶⁷¹ Cycle de vie de l'entreprise et stades de développement.

¹⁶⁷² www.afic.asso.fr

¹⁶⁷³ Hélène PLOIX, Présidente de l'AFIC (2001-2002).

Le capital investissement est un mode alternatif de financement des entreprises¹⁶⁷⁴, car le secteur bancaire n'est plus en mesure de faire face à tous les besoins de financement¹⁶⁷⁵. Le taux de bancarisation est en baisse, par manque de sûretés¹⁶⁷⁶ et les pratiques informelles complexifient l'environnement du droit des affaires.

La notion de capital-investisseur a vu le jour à la fin des années 80 en Afrique du Sud et au Maroc au début des années 90¹⁶⁷⁷. En Afrique subsaharienne, il est récent et est basé sur des investisseurs institutionnels¹⁶⁷⁸ privés¹⁶⁷⁹ intéressés par les taux de croissance élevés de certaines économies africaines favorisant l'émergence de classes moyennes urbaines et par un regain d'attractivité de marchés vus comme pré-émergents¹⁶⁸⁰. La pratique du capital investissement est encouragée par l'ensemble des organisations de la sous-région.

- **L'impact positif des unions monétaires sur l'attractivité du capital-investissement en droit OHADA**

L'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) composée de pays membres de l'OHADA a adopté en 2006, un texte uniforme relatif aux entreprises d'investissement à capital fixe, établissant une directive pour un traitement fiscal de faveur, exonérant les sociétés d'impôts de droits et de taxes pendant leur constitution et leur dissolution ou pour leurs opérations de modification du capital¹⁶⁸¹. Ce texte vise la promotion des entreprises d'investissement à capital non-variable influant sur la création, le développement ou le redressement financier des petites et moyennes entreprises et des sociétés non cotées.

Le Bénin, le Sénégal, le Togo, le Burkina Faso, et le Mali ont par transposition intégré dans leur ordonnancement juridique interne la loi uniforme de l'UEMOA.

¹⁶⁷⁴ Neil ROBERTSON, Astrid DESSI-FOULON, « Le cadre juridique embryonnaire du droit OHADA », www.ohada.com.

¹⁶⁷⁵ Neil ROBERTSON, Astrid DESSI-FOULON, *op. cit.*

¹⁶⁷⁶ Entre 5 et 15 %. www.ohada.com

¹⁶⁷⁷ Neil ROBERTSON, Astrid DESSI-FOULON, *op. cit.*

¹⁶⁷⁸ Banque Africaine de développement, *Common wealth développement corporation*, Banque des Etats islamiques.

¹⁶⁷⁹ Hélios, ECP (*Emerging capital partners*, il constitue l'un des fonds les plus importants, IP (investissement patrimonial).

¹⁶⁸⁰ Neil ROBERTSON, Astrid DESSI-FOULON, *op. cit.*

¹⁶⁸¹ *Ibid.*

Cependant, les Etats devraient créer de nouvelles dispositions communes à toutes les organisations, afin d'encourager le capital investissement pour lequel les expertises locales sont peu nombreuses.

L'adoption d'un nouvel acte uniforme portant sur le capital investissement permettrait d'éviter la prolifération des nombreuses techniques d'investissement. L'introduction d'un nouvel acte dédié au capital investissement serait un moyen d'attirer la confiance en capital, et pallier les manquements des dispositions du texte uniforme de l'UEMOA.

Le législateur OHADA devrait prévoir des moyens de gestion et de contrôle propres aux sociétés de capital-investissement. Le capital investissement est encadré dans la zone OHADA, les fonds d'investissements sont rigoureux, d'où la frilosité de certaines entreprises à ouvrir leur capital. En effet, les actionnaires ont souvent peur de se faire absorber par l'acquisition de la majorité des parts, car si en terme de capital ils sont négligents, ils risquent d'être minoritaires et le fond d'investissement majoritaire.

Le fond d'investissement va imposer, sa politique, ses avis et finalement le chef d'entreprise peut voir son affaire lui échapper pour être totalement piloté par le fond d'investissement. Le capital investissement est encadré au sein de la zone OHADA.

- **L'encadrement du capital *private-equity* dans la zone OHADA**

L'AUSDGIE révisé le 30 janvier 2014 est une véritable opportunité pour les investisseurs, il participe au développement du capital-investissement dans l'espace OHADA, la prise de participation dans les entreprises est soumise à des conditions strictes¹⁶⁸², elles doivent faciliter les obligations juridiques et financières par l'informatisation des données au registre du commerce et du crédit immobilier¹⁶⁸³.

De plus, l'émission d'actions de préférence permet lors de la création de la société ou en cours d'existence, l'augmentation du capital et l'encouragement du capital risque¹⁶⁸⁴. Le droit

¹⁶⁸² Elle doit être précédée de la collecte d'un ensemble d'informations sur la société en question en matière d'audit d'acquisition, favorisant la connaissance de la société cible, limitant les risques de l'investissement et négociant les garanties.

¹⁶⁸³ Le capital investissement est pratiqué au Mali, au Burkina Faso, en guinée Biseau et au Congo.

¹⁶⁸⁴ Il a pour objet de faire entrer les investisseurs au capital de la société pour augmenter les capitaux de l'entreprise. Le risque majeur est de ne jamais trouver un acquéreur pour revendre leurs actions lorsque l'activité de l'entreprise n'évolue pas, ou de tout perdre en cas de dissolution de la société. Cependant, les bénéficiaires peuvent dépasser leurs attentes si la société atteint le succès espérer. Il permet aux sociétés de bénéficier de fonds à une étape de croissance où il est quasiment impossible d'obtenir un prêt à la banque.

OHADA à travers les sociétés par actions de valeurs mobilières¹⁶⁸⁵ favorise l'accès à terme au capital, sous quelque forme qu'il soit, pouvant être utilisé à titre de récompense pour le risque pris par le capital-investisseur en lui octroyant plus tard le droit d'acquisition de titres¹⁶⁸⁶.

Le capital investisseur peut par le biais des valeurs mobilières attirer les dirigeants¹⁶⁸⁷, les professionnels qualifiés dans la société financée, car les salariés ne sont pas adaptés à la tradition des entreprises africaines. L'amélioration du cadre juridique et fiscal profiterait à un plus grand nombre d'entreprises en Afrique subsaharienne, elle permettrait le renforcement de l'efficacité des opérations, car la rigueur législative est un avantage pour les entreprises.

L'avenir du financement des entreprises africaines est en progrès, le capital investissement est « un joli mot qui a permis de rendre des projets viables et réels. Un mot qui évoque le long terme, un investissement sur l'avenir »¹⁶⁸⁸. Le contexte est celui de la diversification des modes de financement, le financement de projet est le nouvel instrument au service du développement des entreprises.

- **Le financement de projet en droit OHADA**

« A la fois instrument de financement et de développement, la technique du financement de projet est de plus en plus utilisée dans les Etats membres de l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires »¹⁶⁸⁹, elle trouve son origine dans le monde anglo-américain à travers les gros projets dans le secteur de l'énergie, de l'eau et des infrastructures etc.¹⁶⁹⁰. Le financement de projet est un mode courant de financement en droit OHADA, son succès a conduit les Etats membres à l'utiliser comme mode financement des projets d'entreprises.

En effet, c'est un instrument cohérent et prévisible, il repose sur l'apport de solides garanties. « Le droit des obligations est de plus en plus utilisé dans les financements de projet, car il correspond bien aux contraintes de ce type de financement qui repose sur la participation de

¹⁶⁸⁵ Elles donnent accès directement au capital.

¹⁶⁸⁶ Neil ROBERTSON, Astrid DESSI-FOULON, *op. cit.*

¹⁶⁸⁷ Généralement, il s'agit d'action à bon de souscription d'actions ordinaires ou de préférence destinées à l'investisseur ou de bons de souscription d'actions pour les dirigeants.

¹⁶⁸⁸ Jean-Baptiste RUDELLE, Directeur Général de CRITEO.

¹⁶⁸⁹ Koffi OBENG, *Le cadre juridique du financement de projet dans l'espace OHADA*, Thèse université Aix en Provence, mai 2013. www.thèse.fr

¹⁶⁹⁰ Anne-Marie TOLEDO-WOLFSOHN, « Financement de projet : Sûretés sur les créances de la société du projet », *Droit et patrimoine*, n°106, juillet 2002, p.1.

plusieurs parties au projet »¹⁶⁹¹. Les avantages du financement de projet sont nombreux, celui-ci repose sur des méthodes de constitution à la différence des sûretés classiquement utilisées.

Le financement de projet a un caractère multipartite, il préconise le recours à des mécanismes tels la délégation¹⁶⁹², la cession de créance¹⁶⁹³, et la stipulation pour autrui¹⁶⁹⁴.

Par exemple, lorsque l'Etat confie un projet à une société de projet¹⁶⁹⁵, la société de projet va recourir à diverses modes de financements auprès des établissements bancaires dans plusieurs pays sous forme de « crédits syndiqués »¹⁶⁹⁶ auprès de sponsors¹⁶⁹⁷. Les entreprises apprécient de plus en plus le financement de projet, car il repose sur le fait que les parties devraient prendre des risques plus importants dans ce type de projet que dans tout autre¹⁶⁹⁸. Les plus grands projets sont financés par un emprunt obligataire¹⁶⁹⁹, mais la société peut bénéficier de l'aide des grands établissements financiers¹⁷⁰⁰, surtout lorsque le projet est réalisé dans des pays émergents.

Le financement de projet est adapté au financement des entreprises OHADA, le législateur OHADA devrait améliorer son cadre juridique, afin de réduire la diversité des dispositions qui lui sont applicables¹⁷⁰¹. Le traité OHADA devrait servir de base, afin de mobiliser l'ensemble des dispositions hétérogènes, par une uniformisation des sources, des règles et l'amélioration des modalités de mise en œuvre « Les financements de projet entrent clairement dans le spectre de ses compétences et compléteraient les huit actes uniformes déjà en vigueur dans

¹⁶⁹¹ *Ibid.*

¹⁶⁹² Défini à l'article 1336 du code civil « C'est l'opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur ».

¹⁶⁹³ C'est un mécanisme régi par l'article 1321 du code civil « la cession de créance est un mode de créance d'un créancier à un autre : le créancier originel cédant, cède la créance dont il est titulaire contre son débiteur à un tiers (généralement son propre créancier), entre les mains duquel le débiteur devra se libérer.

¹⁶⁹⁴ Article 1121 du code civil « c'est la convention par laquelle il est convenu entre les parties comparante à l'acte que c'est une tierce personne et qui n'en ai pas le signataire qui bénéficiera des avantages du contrat. Dès son acceptation, qui est le plus souvent tacite, le tiers dispose d'une action directe contre le promettant pour le contraindre à exécuter son obligation ».

¹⁶⁹⁵ Anne-Marie TOLEDO-WOLFSOHN, *op. cit.*, p.2.

¹⁶⁹⁶ C'est un crédit accordé à une société par plusieurs établissements financiers. Le placement d'un crédit syndiqué est similaire à celui d'une obligation. La structure va dans un premier temps choisir une banque qui va se charger de gérer l'opération. Celle-ci va réaliser une sur l'ensemble du crédit qu'elle syndiquera ensuite.

¹⁶⁹⁷ Anne-Marie TOLEDO-WOLFSOHN, *op. cit.*, p.2.

¹⁶⁹⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹⁹ Jean-Pierre BOUERE, Philippe DEROUIN, Jean-Marc DESACHE Jean-Marc, Alain DUHAMEL Edmond MALINVAUD, Hubert DE VAUPLANE, *Titres et emprunts obligataires*, tome 1, édition Banque, 2012-2013, 1000 p.

¹⁷⁰⁰ Comme le Banque la mondiale.

¹⁷⁰¹ Koffi OBENG, *op. cit.*

cette région d'Afrique »¹⁷⁰². La diversification des modes de financement se poursuit, un nouveau mécanisme est mis à la disposition des entrepreneurs, il offre au profit des entrepreneurs à faibles revenus, dépourvues de garanties suffisantes, des services financiers adaptées à leur niveau.

La micro-finance est devenue un mode intéressant de financement des entreprises dans un contexte où les populations peinent à développer leurs activités, c'est un moyen de réalisation et de développement des projets, grâce à l'obtention de prêt d'argent auprès des institutions financières, elle est la source principale de financement des PME.

- **La micro-finance : Source principale de financement des PME**

Les établissements de micro-finance sont plus rapides en matière de décaissement que les banques, ils accordent plusieurs milliards de FCFA de crédit aux Etats africains, ils comptent des millions de clients et enregistrent des milliards de CFA en dépôt. De plus, les agences sont désormais agréées à octroyer ces financements aux petits porteurs de projets. L'entrepreneur doit disposer d'un compte au sein de l'institution de micro-finance et c'est au bout de trois mois d'ancienneté qu'il peut faire une demande de prêt pour financer son activité.

L'Afrique de l'ouest a connu de nombreuses initiatives visant à faire développer ce mode de financement des petites entreprises, telles la mutuelle islamique du Sénégal et la Banque islamique du Sénégal.

- **La micro-finance islamique**

La micro-finance islamique est une tendance dans beaucoup de pays de l'OHADA, elle offre des pourcentages importants de croissance annuelle avec des liquidités à des seuils élevés. Le marché de la finance islamique est estimé à plusieurs milliards de dollars en Afrique, il a été initié dans les années 70 et se trouve en pleine expansion.

En effet, à la différence des systèmes bancaires classiques, le taux d'intérêt est inexistant, l'entrepreneur peut financer son activité sans contrepartie. Les banques islamiques prospèrent de plus en plus en Afrique, la majeure partie de leur capital provient de subventions ou capitaux résultant de projets réalisés, telles que la Banque islamique sénégalaise qui reçoit des

¹⁷⁰² *Ibid.*

subventions de l'Etat du Sénégal, qu'ils vont en retour utiliser pour aider les PME à développer leurs activités.

La micro-finance permet de découvrir une pluralité de moyens pour aider et faciliter l'entrepreneuriat en Afrique. Le financement est la base essentielle de ce secteur, il existe plusieurs types de techniques d'investissement en Afrique, l'important c'est qu'elles soient rentables pour le projet, afin que l'on puisse rembourser les sommes dues. La micro-finance islamique génère beaucoup d'aides financières en Afrique, c'est une innovation de taille, à la différence des institutions européennes, soumises à des taux d'intérêts dans le cadre de leur investissement bancaire.

La micro-finance islamique est une forme de finance participative, le porteur de projet trouve à travers la finance islamique la satisfaction de ses besoins, il est soutenu dans le cadre d'un partenariat fondé sur le partage des risques, la structure apporte le capital, l'entrepreneur son expertise et au terme de l'investissement un diagnostic est effectué sur la rentabilité de l'activité. Une répartition est prévue avant le début de l'opération pour la rémunération du travail et du capital en tant que facteurs de production.

La micro-finance islamique est adaptée et répond aux difficultés des petites structures au-delà des aspects juridiques. Le développement de cette finance est une opportunité pour les pays africains. Les principaux Etats promoteurs de la micro-finance islamique possèdent des excédents de liquidités qui permettent de répondre au besoin de financement des économies africaines. Le développement de l'entrepreneuriat fait appel à tous les nouveaux concepts et idées favorables au financement des activités économiques.

L'institution financière, à la différence de l'investisseur se propose d'acheter le bien et le vendre à l'entrepreneur qui aurait voulu emprunter de l'argent pour l'acheter. Cette méthode lui permet d'éviter le taux d'intérêt, il lui est impossible de spéculer et il doit maîtriser avec précision la valeur des matériaux achetés. Les gains et les pertes doivent se partager, car l'institution prend des actions dans les structures qu'elle finance.

La micro-finance ne permet pas de réaliser de grands projets, elle porte un grand intérêt pour les petites entreprises.

La diversification des modes de financement permet d'atténuer la dépendance financière des entreprises africaines sur les investisseurs étrangers, afin de promouvoir les richesses

africaines. Ceci permettrait de mettre sur place des modèles adaptés de financement et faire face à la complexité des marchés financiers.

La finance islamique¹⁷⁰³ est proche du leasing pratiqué dans les pays européens, c'est à dire l'achat d'un produit dont on se fait payer sur une commission avec une double taxation au moment de l'achat et de la revente à l'entrepreneur.

Les structures financières islamiques prêtent en *leasing* ou en location-vente, l'entrepreneur obtient facilement un bien ou un équipement qu'il n'a pas pu acquérir avec un établissement bancaire classique faute de garantie de remboursement. L'accession à la propriété est facilitée par la micro-finance islamique.

La micro-finance comporte de nombreux atouts quel que soit son mode de fonctionnement, il existe des institutions de micro-finance classique à l'image de celles françaises.

- **La micro-finance Africaine classique**

Les institutions de micro-finance¹⁷⁰⁴ ont commencé à s'implanter sur le continent il y a près de de trente années, elles ont été créées pour faciliter la tâche aux entrepreneurs à faibles moyens financiers. Les programmes de micro-crédit ont connu un véritable succès en Afrique, l'objectif visé à travers la mise en place de ces institutions est d'accorder des prêts financiers à toutes les couches de la population.

Les programmes de microcrédit constituent aujourd'hui un véritable outil de développement, elles attirent l'activité commerciale, en permettant à l'entrepreneur d'accroître son chiffre d'affaires et répondre aux exigences des clients pour le bon fonctionnement de l'entreprise.

Les institutions de micro-finance fournissent des services financiers à divers entrepreneurs qui n'avaient jamais accès auparavant aux établissements de micro-crédit. Ce programme en dehors du Sénégal a vu le jour dans beaucoup de pays de l'OHADA, les citoyens béninois les plus pauvres ont décidé de se lancer dans l'entrepreneuriat, afin d'améliorer leur mode de vie et contribuer au développement du pays.

Le Bénin a conçu un programme à travers le fonds national de la micro-finance spécifique à cette catégorie d'entrepreneurs. Les politiques de micro-crédit dans le continent sont

¹⁷⁰³ Elle offre d'énormes possibilités de financements et d'épargne.

¹⁷⁰⁴ Elles sont agréées par la banque centrale des Etats de l'Afrique de l'ouest.

efficaces, mais les populations sont souvent confrontées à la faiblesse des sommes allouées qui tournent autour de trente mille et cinquante mille francs FCFA. Ces sommes devraient être revues à la hausse pour tenir compte du niveau d'activité économique des bénéficiaires, en raison de leur ancienneté dans ce système. Les aléas du contexte économique et la croissance des activités des entrepreneurs requiert une augmentation des sommes prêtées.

Ce niveau croissant est conditionné par un montant plus consistant des ressources pour permettre la prise en charge des nombreux besoins exprimés par les clients de l'entreprise. Les besoins de financement sont accrus, les banques nationales devraient financer au maximum les micro-crédits. En effet, la plupart des institutions de micro-finance sont privées par défaut d'agrément de la banque centrale. Le microcrédit a fait ses preuves en finançant des secteurs importants de l'activité économique, mais la banque reste un levier fondamental dans le développement de l'économie.

La micro-finance est devenue la solution pour les jeunes qui veulent embrasser le monde de l'entrepreneuriat africain. Les programmes de micro-crédit ne financent pas seulement les entreprises africaines en besoin de fond de roulement, ils s'ouvrent aux initiatives de création d'entreprises, afin de stimuler les populations locales qui ont la volonté d'entreprendre, mais dépourvues de financements bancaires, de subventions de l'Etat et dans l'impossibilité de contribuer au développement économique de leurs pays.

Le micro-crédit a eu un succès fulgurant auprès de ces jeunes devenus de dynamiques entrepreneurs. Le taux de remboursement est élevé, le microcrédit peut être individuel ou collectif, les montants varient en fonction de la rentabilité et de la crédibilité du client.

Le micro-crédit est un levier d'amorce favorisant le lancement d'une activité, mais ce n'est pas un mode universel de financement. Le microcrédit est une première étape pour le jeune entrepreneur, il lui permet de faciliter le démarrage de son activité.

L'entrepreneur pourrait par la suite accéder à d'autres modes de financement traditionnels de projet plus adaptés au développement des activités économiques. La micro-finance prospère en Afrique depuis la crise bancaire des années 1980, elle a été un moyen de lutte contre les systèmes bancaires informels pratiqués dans le continent.

Elle répond au besoin des populations exclues du système bancaire par le nouveau système d'inclusion.

Les investisseurs ont mis en place de nouveaux fonds destinés à contribuer au financement des entreprises, ce sont des leviers puissants pour la croissance et le développement de l'économie des pays de l'OHADA.

- **Les fonds d'investissement en Afrique subsaharienne**

Un fonds d'investissement est la mise en commun d'argent disponible de la part d'investisseurs, ils peuvent investir dans les sociétés qui sont cotées en bourse et dans les sociétés non cotées en bourse. Ce sont des fonds de capital risque d'entrepreneurs qui se réunissent pour investir dans d'autres entreprises, ils investissent dans les petites entreprises, d'où l'appellation de capital risque.

En effet, leurs investissements sont risqués, car il s'agit de petites entreprises dont on ignore les perspectives de rentabilité. L'objectif à la fin est de trouver un investisseur ou un acquéreur qui soit prêt à racheter ses parts et actions résultant des investissements effectués pour faciliter le développement économique de l'entreprise.

Le but de cet investissement est d'aider l'entreprise à avoir un fort potentiel économique et une activité florissante. Une fois cette mission réussie, l'entreprise va procéder à la revente de ces actions à d'autres opérateurs économiques sur le marché. Ce sont de nouveaux investisseurs qui vont également entrer dans le capital de l'entreprise et participer à son développement.

Cette technique d'investissement s'est beaucoup développée en Afrique subsaharienne, les fonds d'investissement interviennent beaucoup dans les entreprises sénégalaises, togolaises, burkinabaises etc. L'opération est simple, l'entreprise en besoin entre en contact avec le fonds avec lequel il souhaite collaborer, le choix est fondé sur la nature et le secteur d'activité adapté à ses projets.

Les fonds ont chacun leur propre stratégie et valeur ajoutée il existe plusieurs fonds d'investissement, tel *Africa 50*, un fonds africain destiné à aider les entreprises à évoluer dans leur secteur de travail.

L'idée de création d'un fonds d'investissement africain est apparue pour la première fois à Genève lors de la réunion du conseil de ministres des pays membres de la conférence interafricaine, elle se justifie par un constat selon lequel il est difficile pour les pays africains

de promouvoir leur développement économique sans investissements. Les Etats africains devraient mutualiser leurs moyens pour l'éradication de la pauvreté.

Les fonds d'investissements sont populaires en Europe, la SICAV¹⁷⁰⁵ et le fond commun de placement sont très courantes en France.

Le fonds est un instrument de financement avec plusieurs gammes destinées à s'adapter à la taille de l'entreprise. Par exemple, il y a des fonds destinés spécifiquement à financer les petites et moyennes entreprises. L'origine des fonds est intéressante, car elles ne gèrent pas les mêmes montant, certaines peuvent être plus élevés que d'autres.

Les gestionnaires du fonds sont des investisseurs et des entrepreneurs, la levée des fonds dépend des performances. En effet, lorsque les fonds gagnent de l'argent cela profite à l'entrepreneur qui en tire profit. Les fonds obéissent à un mode spécifique de règlement, afin de déterminer la taille cible¹⁷⁰⁶. Cependant, certains fonds fonctionnent dans le cadre d'une grande liberté sectorielle, elles peuvent financer plusieurs secteurs.

Le développement de l'entreprise passe par la levée de fonds, l'entrée de nouveaux actionnaires ou associés qui pourraient acquérir la partie la plus haute ou la plus faible part du capital et aider l'entreprise à franchir une nouvelle étape par l'augmentation de son capital. Les investisseurs mettent en commun leur argent et investissent ensemble dans divers actifs.

Le fonds d'investissement est un organisme de placement collectif, l'investisseur peut faire le choix de placer ses sommes dans le fonds qu'il souhaite et la valeur des parts d'un fonds investissement est établie par l'addition de l'ensemble de ces actifs avec déduction des sommes destinées au paiement de la structure chargée de gérer le fonds¹⁷⁰⁷. Les pays OHADA ont évolué, la mise en place d'une réglementation juridique en matière d'investissement permet de mieux gérer les d'investissement sur le continent.

¹⁷⁰⁵ Portefeuille de valeurs mobilières détenu collectivement par des épargnants et géré par un établissement spécialisé.

¹⁷⁰⁶ C'est-à-dire si les structures sont cotées ou non, étrangères ou locales.

¹⁷⁰⁷ Les fonds sont gérés par une société de gestion professionnelle, elles sont soumises à une réglementation d'ordre public. Ces gérants sont généralement de véritable expert des marchés financier. Le gérant d'un fond d'investissement suit de manière très habituelle la vie des entreprises, les actualités économiques et financières, ils travaillent avec la collaboration d'équipe performante l'aidant à anticiper sur l'évolution des marchés. En fonction de ces anticipations, il fait le choix d'acheter ou de vendre les titres.

Certains fonds sont destinés à accompagner la personne morale de droit public dans la réalisation de son projet¹⁷⁰⁸. La mission du fonds d'investissement est d'augmenter le rendement des dividendes de la société. « Le bénéfice des actions de préférence modulera le délai de conservation des actions par le fonds d'investissement »¹⁷⁰⁹. La possibilité d'un cumul de la fonction de président avec celle de contrat de travail séduirait avec certitude les commerciaux intéressés par la création d'entreprises.

L'émergence des fonds revolving ou crédits renouvelables est une nouvelle astuce de financement des entreprises, elle permet de combler les déficits des aides en provenance des établissements financiers. Les fonds sont mis à la disposition des entreprises par l'Etat, mais il serait intéressant de maîtriser la technique d'utilisation des crédits. Le fonds revolving correspond à une réserve de somme d'argent à la disposition de l'entreprise¹⁷¹⁰ qui se renouvelle lorsqu'elle est dépensée. Cependant, l'entrepreneur pourrait être tenté de puiser à nouveau dans cette réserve une fois la somme dépensée. Le crédit renouvelable est la solution aux emprunts inférieurs à 1000 euros en France, il offre des taux d'intérêts attractifs¹⁷¹¹.

L'opérateur peut par exemple utiliser une somme de 500 euros qui lui coûtera 25 euros pendant plusieurs mois pour un taux qui tourne autour de 10%. Le Sénégal a financé plusieurs GIE par le biais des fonds revolving, c'est un mode de financement qui permet aux entreprises de faire face aux imprévus ou de démarrer un nouveau projet tout en conservant leurs capitaux. Les modalités de remboursement varient en fonction du montant de crédit accordé avec la possibilité d'augmenter ou réduire le rythme de remboursement. Le financement des entreprises en Afrique se développe peu à peu, de nouvelles formes d'investissement ont vu le jour à travers les *Business Angels*.

- **Le financement par les *Business Angels***

Les *Business Angels* sont des entreprises ou chefs d'entreprise africains en activité et animés d'une volonté d'investir dans différents projets qui appartiennent à d'autres entreprises, afin de les aider à se développer sans passer par des financements bancaires. Ce sont des entrepreneurs passionnés par l'entrepreneuriat et souhaitant en même temps défiscaliser leurs impositions. L'objectif principal d'un business Angel est de trouver des projets qui lui

¹⁷⁰⁸ Infrastructures énergétiques.

¹⁷⁰⁹ Frank Elvis VODOM NDJOLO, *op. cit.*, p.70.

¹⁷¹⁰ Personne physique ou morale.

¹⁷¹¹ Crédit renouvelable avec CETELEM.

permettrait de fructifier son capital, ils sont sélectifs à l'entrée, car le but est à la fin d'obtenir une plus-value.

Le projet de la société qui souhaite être financée ou du futur chef d'entreprise se présente sous la forme d'un business plan. Le business correspond à une présentation du projet, un détail sur l'activité économique dans lequel l'entrepreneur doit convaincre le business Angel de la rentabilité du projet. Ce document permet à l'entrepreneur de se distinguer des autres porteurs de projet à la quête d'un financement de leurs activités. Le projet est présenté à l'ensemble des investisseurs qui vont procéder par sélection.

Le risque des *Business Angels* est que l'ouverture du capital de l'entreprise à d'autres pourrait entraîner une perte de la totalité du contrôle exercé. L'entreprise partage les pouvoirs de gestion et de décision avec ces nouveaux associés¹⁷¹². Cependant, en dépit des risques, les entreprises préfèrent recourir aux *Business Angels*, afin de contourner les taux d'intérêts élevés et permettre à l'investisseur de tirer une plus-value sur les parts ou actions souscrites.

Le risque¹⁷¹³ et la finance sont liés, mais la pratique des *Business Angels* permet de réduire le paiement élevé des taux d'intérêts. Les investisseurs en Afrique accompagnent les entreprises dans leur business plan, ils bénéficient d'un suivi sur l'état d'avancement de leurs projets et peuvent par la suite s'associer avec l'investisseur et créer la société. Le défi lié à l'investissement est un impératif d'ordre économique, le cadre juridique offert aux entreprises est insuffisant pour garantir la prospérité de l'activité économique, une société a besoin d'un cadre juridique efficace et de solides moyens financiers pour se développer.

L'Afrique offre des opportunités de financement dans tous les secteurs d'activités, les Etats sont confrontés à des défis que le continent doit relever pour assurer la relance des activités économiques. Cependant, face au potentiel énorme que l'Afrique offre en matière de ressources, se pose le problème du cadre juridique et institutionnel susceptible de garantir la rentabilité et la viabilité de l'investissement. En effet, la promotion de l'intégration et la libre circulation des personnes et des biens permettraient d'améliorer le climat des affaires.

L'Afrique subsaharienne est la destination privilégiée des investissements, mais elle devrait renforcer son attractivité auprès des investisseurs.

¹⁷¹² Le prêt bancaire n'influe pas sur le contrôle de l'entreprise.

¹⁷¹³ Il peut arriver que le projet connaisse un échec, dans cette hypothèse aussi bien l'entreprise, que l'investisseur subissent les conséquences.

L'un des principaux objectifs du droit OHADA est d'améliorer et sécuriser le cadre juridique des investissements dans les 17 pays dans lesquels le droit des sociétés commerciales est régi. La mise en place de nouveaux modes alternatifs de financement est destinée à favoriser la promotion et le développement économique dans la zone OHADA. L'ensemble de ces financements requiert l'apport de garanties fiables. En effet, les garanties par leur efficacité aideraient les micros, les petites et les moyennes entreprises à accéder à des méthodes de financement plus favorables et compétitives.

Section 2. La mise en place de garanties efficaces de financement en droit OHADA

Les garanties du crédit sont avantageuses pour les Etats en développement ou en transition qui s'y engagent, ils veulent fournir aux prêteurs et fournisseurs à l'échelle nationale et à l'étranger des financements favorisant la croissance des entreprises nationales¹⁷¹⁴ et le développement des échanges¹⁷¹⁵. Les garanties aident à la création et la croissance des entreprises individuelles, le régime juridique des garanties en droit OHADA promeut le crédit, il a un impact positif sur la prospérité générale des Etats. Les garanties sont facteurs d'attractivité des investisseurs, elles permettent un déclenchement efficace des investissements.

Le soutien des établissements financiers de crédit dans les financements apportés aux entreprises ne peut s'accroître que lorsque l'opérateur économique est muni de garanties fiables. L'étude des sûretés dans le développement des activités économiques est intéressante, elles sont indispensables au développement du secteur privé dans les Etats membres de l'OHADA.

Selon Lionel BLACK YONDO, la nouvelle réglementation du droit OHADA des sûretés est source de sécurité pour les établissements financiers, elle permet de diminuer les risques de non remboursement de crédit par le biais de solides garanties dont la valeur économique est préalablement déterminée. Une coordination a été faite entre les mesures relatives au

¹⁷¹⁴ Particulièrement les petites et moyennes entreprises.

¹⁷¹⁵ Lionel BLACK YONDO, « Enjeux économiques de la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés un atout pour faciliter l'accès au crédit », *Droit et patrimoine*, n°197, 1^{er} novembre 2010, p.12.

traitement des sûretés en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de l'entreprise¹⁷¹⁶, dans le but d'assurer la protection des créanciers.

Le rôle des garanties est de faciliter l'obtention de crédit, afin de financer l'activité de l'entreprise par une diminution des risques de non-paiement que pourrait subir l'investisseur.

Les garanties favorisent l'augmentation du crédit dans les Etats où les créanciers peuvent se fier aux procédures de recouvrement des sommes impayés et des mesures applicables au non remboursement ou à la faillite de l'entreprise en cas de cessation de paiement.

Une étude a montré que le crédit représente 60% du PIB dans les Etats qui ont un bon système juridique de protection et uniquement 30% dans les Etats qui n'ont pas de système de protection efficace du créancier¹⁷¹⁷.

La fiabilité des garanties proposées dans un Etat permet d'obtenir du crédit à des coûts moindres. En effet, en offrant des garanties fiables, les entreprises bénéficient de crédit dont le volume est largement supérieur aux Etats non soumis à un régime juridique efficace en matière de sûretés. Ces Etats ont des périodes de remboursement largement supérieures et de faibles taux d'intérêt.

Les études ont démontré que les difficultés d'accès au financement sont la première contrainte au développement des petites et moyennes entreprises en Afrique dans l'espace OHADA devant les difficultés de corruption, de déficience des infrastructures etc. En effet, dans les pays OHADA, 64% des structures considèrent l'accès au financement comme une contrainte majeure aux activités économiques. L'accès au financement varie d'un pays à un autre¹⁷¹⁸, c'est un élément intéressant pour le développement économique¹⁷¹⁹. Boris MARTOR, Nanette PIKILINGTON, David SELLERS et Sébastien THOUVENOT sous la rubrique « Sûretés et investissements en Afrique » soulignent que l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés régleme de nombreuses garanties utiles à la protection des créanciers pour la sécurité de l'exécution des obligations souscrites par leurs débiteurs. Cet acte uniforme propose de

¹⁷¹⁶ Mactar SAKHO, *op. cit.*, p.5.

¹⁷¹⁷ M. SAFAVIAN M., H. FLESIG, J. STEINBUCKS, "Unlocking Dead Capital: How Reforming Collateral Laws Improves Access to Finance Private Sector Development View point", *the World Bank*, Washington D.C, mars 2006, n° 307.

¹⁷¹⁸ 73, 2 et 79,8 % au Bénin et au Burkina Faso, 49,2 % au Sénégal.

¹⁷¹⁹ Mactar SAKHO, « la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit », *Droit et Patrimoine*, n°197, novembre 2010, p. 47-48.

nouvelles sûretés adaptées aux besoins des investisseurs et à leurs créanciers pour faciliter le financement de leurs projets.

La place des sûretés dans le droit communautaire OHADA est intéressante, elles facilitent la réalisation des opérations de crédit dans le financement des grands projets du continent Africain. Les projets concernent plusieurs domaines, parmi lesquels on peut citer l'énergie, les infrastructures, la télécommunication ou le transport, qui nécessitent la plupart du temps des garanties fiables sur les biens et les créances pendant l'opération.

Un consensus existe autour de l'idée selon laquelle, le cadre juridique et judiciaire efficace est la condition de la mise en place d'un environnement propice au développement du crédit et du marché financier. Le but de l'OHADA est d'apporter des solutions aux difficultés que rencontrent les opérateurs économiques de la sous-région. L'entrée en vigueur de l'AUS a eu un impact considérable dans le développement du financement des entreprises OHADA (§1), il prend en compte de nouveaux mécanisme de garantie de financement (§2).

§ 1. L'impact des garanties dans le développement du financement des entreprises OHADA

La volonté du législateur OHADA est de procurer aux Etats membres un environnement des affaires adapté aux besoins des entreprises. L'Acte uniforme sur le droit des sûretés OHADA, procède à de nouvelles modifications, le législateur OHADA a entendu réformer la législation des garanties du crédit, afin de fournir le maximum d'avantages significatifs aux opérateurs économiques et faciliter l'accès aux investissements. Les garanties facilitent le développement des activités économiques au sein des entreprises privées (**A**), le nouveau droit des sûretés renforce l'efficacité des sûretés fondées sur une situation d'exclusivité (**B**).

A. Le rôle des garanties personnelles et réelles dans le développement du secteur privé en droit OHADA

Les garanties représentent le fondement du développement des investissements, elles facilitent l'accès au financement, par la réduction des pertes « potentielles »¹⁷²⁰ dues au risque d'insolvabilité que pourrait subir les investisseurs.

Le crédit est indispensable pour trouver un financement, les entreprises peuvent bénéficier de longues durées de remboursement et de faibles taux d'intérêts.

Les taux d'intérêts fixés dans la CEMAC pour les petites et moyennes entreprises sont élevés.

Les sûretés permettent aux entreprises de profiter des marchés de financement, les banques en tant qu'outils de financement des entreprises ont besoin de protection juridique de leurs portefeuilles de prêt. Les garanties permettent le développement du secteur de la finance, une meilleure gestion du risque par la variation des portefeuilles de prêts des banques. De plus, elles pourraient aider les autorités de contrôle et de réglementation à prévenir les risques des portefeuilles bancaires.

Le niveau d'implication des banques dans les Etats de l'OHADA est faible, la totalité des prêts du secteur privé est plafonnée à 18 % du produit intérieur brut, d'après la Banque mondiale. En effet, ce sont les grandes structures qui bénéficient des meilleures opportunités de financements¹⁷²¹. Par exemple, au Sénégal les PME représentent plus de 80 % du tissu économique, et seuls 20 pourcent ont accès au financement bancaire¹⁷²², en raison de l'insuffisance de garanties à leurs dispositions.

Le problème de l'accès au financement, la corruption, la défiance des infrastructures, les fiscalités abusives sont un frein au développement des petites et moyennes entreprises en Afrique et dans les pays OHADA¹⁷²³. Les pays de l'OHADA, considèrent que l'accès au financement est la contrainte majeure des activités économiques, le rôle des garanties est d'atténuer cette contrainte par des sûretés efficaces. Cependant, le problème de l'accès au

¹⁷²⁰ Elle se détermine par un instrument d'analyse des risques permettant de connaître la perte maximale d'un portefeuille sur une durée. Il indique la perte potentielle pour l'établissement financier si ce type d'événement survient.

¹⁷²¹ Julien LEFILEUR Julien, « Comment améliorer l'accès au financement pour les PME d'Afrique subsaharienne ? » *Revue Afrique contemporaine* n° 227, 2008, p.3.

¹⁷²² Mouhamed Abdoulaye SECK, « Accès au financement Bancaires des petites et moyennes entreprises au Sénégal » *Consortium pour la recherche Economique en Afrique (CREA)- AfricanEconomicresearchconsortium –AERC*, octobre 2014.

¹⁷²³ *Africappractice*, 2005 ; FMI, 2004 ; Aryeety, 1998.

financement varie d'un Etat à un autre selon les moyens et garanties existantes¹⁷²⁴, les grandes institutions telles la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, le Fond monétaire international, la Banque africaine de développement et la Banque Européenne pour la reconstruction et le développement ont démontré l'importance des garanties dans l'octroi de crédit.

Les entreprises OHADA ont besoin d'un environnement juridique favorable et des instruments efficaces pour créer un climat adapté à la pratique du crédit. En effet, si l'accès au financement est la base du développement de l'entreprise, le droit OHADA se doit de protéger les emprunteurs. Les opérateurs économiques déplorent le manque de souplesse et la lourdeur des formalités de mise en œuvre des garanties de financement.

La volonté du législateur OHADA a alors été de réformer le droit des sûretés OHADA, afin de le rendre plus moderne et adapté à l'ensemble des dispositions relatives aux garanties à l'échelle internationale. L'objectif est de faire de l'AUS un cadre juridique effectif dans le monde des affaires internationales en tenant compte des réalités locales. Le droit des sûretés OHADA en 1997 était innovant, mais selon la doctrine certaines dispositions étaient à cette époque perfectibles. En effet, le droit OHADA était riche en nouvelles sûretés, mais dix années après l'entrée en vigueur de ces dispositions, elles étaient devenues inefficaces et ne permettaient plus de répondre aux besoins des entreprises.

L'analyse du cadre juridique des sûretés dans l'OHADA par des professionnels du droit et les échanges engagés avec les représentants des Etats et opérateurs économiques sur le terrain a démontré qu'une refonte était impérative. La réforme permettrait de corriger les imperfections, incohérences, manquements, générer de nouvelles facilités de financement et relancer les investissements.

Les nouvelles mesures proposées par L'AUS sont nombreuses et effectives tant sur le fond que sur la forme. Les premières traitent du régime des sûretés personnelles et réelles et les secondes du rôle des garanties personnelles et réelles dans le financement des entreprises.

Le législateur OHADA a entendu simplifier, alléger les formalités de constitution et de publication des garanties réelles et personnelles en droit OHADA, afin de redonner confiance

¹⁷²⁴ 73, 2 et 79, 8 % au Bénin et au Burkina Faso, 49, 2 % au Sénégal.

aux investisseurs. L'assiette des sûretés réelles mobilières a été élargie, la constitution de sûreté peut désormais s'effectuer sur des biens présents ou futurs.

La création d'un fichier national du crédit mobilier informatisé permet d'enregistrer toutes les sûretés mises en œuvre dans un pays membre. La simplification des modalités de réalisation des sûretés réelles s'est faite par l'introduction d'un mécanisme extrajudiciaire, l'assouplissement du régime des hypothèques et la création du statut d'agent de sûretés, afin de faciliter les opérations de syndication bancaire et le financement des entreprises.

Le droit de l'OHADA veut améliorer le cadre juridique du crédit à l'image des pays européens, telle la Roumanie qui a effectué des réformes qui ont eu un impact positif en matière d'accès au financement¹⁷²⁵. En effet, depuis cette réforme du droit des crédits en Roumanie, en trois années le nombre d'emprunteurs n'a cessé de croître et la totalité des crédits émis par les établissements financiers a beaucoup augmenté.

Le diagnostic du département du climat des investissements du groupe de la banque mondiale et le faible niveau de qualité des données disponibles ont permis de conclure que la réforme ne peut avoir qu'un effet positif dans le financement des entreprises. La banque mondiale estime un impact positif sur trois ans de 266 millions de dollars US de crédits supplémentaires à la disposition du secteur privé des Etats de la Zone OHADA.

L'objectif de la réforme est de trouver le juste milieu entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur. Le droit de l'OHADA en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières s'inspire fortement de la législation française qui elle-même semble de moins en moins s'adapter aux besoins des activités économiques¹⁷²⁶. La redéfinition du cadre juridique des sûretés réelles permettrait d'augmenter le volume des crédits accordés aux entreprises et faciliter la constitution des sûretés, par le biais de garanties réelles immobilières.

La constitution de sûretés sur toutes les catégories de biens, présents et futurs, est autorisée avec ou sans dépossession, en vue de permettre aux opérateurs d'obtenir du crédit grâce à des outils de travail et produits de celui-ci. L'acte uniforme sur le droit des sûretés va faciliter le nantissement des sommes d'argent, de compte bancaire, de compte de titre financiers et de propriétés intellectuelles. Le compte bancaire est devenu l'un des meilleurs moyens de

¹⁷²⁵ Frederique DAHAN, "*Secured Transactions Reform and Access to credit*", *Elgar Finacial Law Series*, 2009.

¹⁷²⁶ Réforme du droit des sûretés françaises par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

financer l'entreprise, il permet de réunir avec sécurité les revenus provenant des activités du débiteur.

Les innovations pour faciliter la constitution de garantie sont nombreuses, la technique des propriétés-sûretés est juridiquement reconnue en droit OHADA, elle permet de protéger le créancier lorsque l'entreprise est en procédure collective. En effet, l'entreprise ne pourrait lui opposer l'interdiction de s'attribuer le bien dont il a conservé la propriété sans l'autorisation du juge¹⁷²⁷. De plus, il est conseillé aux banques dans l'espace OHADA de favoriser la cession des créances professionnelles à titre de garantie, elle permettrait de faciliter aux PME l'accès au crédit¹⁷²⁸.

Les modifications en matière de sûretés personnelles sont attachées au cautionnement et la garantie autonome, devenue la « lettre garantie », elles sont très efficaces (1). Le législateur a également assoupli les modalités de constitution des garanties réelles traditionnelles telles le gage, l'hypothèque et procéder à la consécration de la propriété sûreté (2).

1. L'efficacité des sûretés personnelles en droit OHADA

Après une dizaine d'année de pratique avec des dispositions qui se sont avérées insuffisantes et des imperfections à corriger, afin de faire des garanties OHADA, un instrument efficace, souple et adapté aux financements des entreprises, le législateur OHADA a souhaité renforcer l'attractivité des garanties par l'édiction de normes plus souples.

Le régime juridique des sûretés personnelles a fait l'objet de nombreuses réformes, le législateur OHADA a voulu atténuer le formalisme relatif au cautionnement, par l'assouplissement de son régime juridique et des efforts de clarification des dispositions afférentes à la garantie autonome devenue la « lettre de garantie. Le nouveau régime juridique est adapté au financement des entreprises.

- **Un nouveau régime juridique du cautionnement adapté au financement des entreprises**

¹⁷²⁷ *Ibid.*

¹⁷²⁸ *Ibid.*, p.7.

Le législateur OHADA a effectué de nombreux aménagements parmi lesquels, la suppression du cautionnement réel¹⁷²⁹, qui consiste pour une personne, autre que le débiteur, à affecter en garantie un bien lui appartenant. La caution est considérée comme une sûreté réelle, les modifications portent sur les notions de caution réelle, de cautionnement hypothécaire et sur les conséquences en matière de régime juridique¹⁷³⁰. La réforme du 23 mars 2006 a supprimé toute mention au concept de cautionnement réel, elle s'est faite à l'image des grandes décisions françaises¹⁷³¹.

En effet, le régime juridique du cautionnement réel était obsolète¹⁷³² et complexe, il était considéré par la doctrine comme une variété de gage ou d'hypothèque, il empruntait à la fois les régimes des deux sûretés¹⁷³³. Le cautionnement réel était devenu complexe, dans un contexte où la pratique des affaires allie souplesse et efficacité, la difficulté était comment faire coexister des sûretés différentes¹⁷³⁴.

Le cautionnement réel a causé d'énormes difficultés en raison de sa nature mixte¹⁷³⁵, il a été supprimé en droit OHADA dans l'optique de clarifier le mécanisme qui consiste pour une personne autre que le débiteur à donner en garantie son bien¹⁷³⁶. Le législateur veut l'adapter à la pratique des affaires, car la « double nature du cautionnement réel » est contraignante, elle ne saurait être maintenu dans la catégorie des garanties personnelles. Les entreprises ont besoin d'une législation claire et précise, afin relancer l'économie des pays et attirer les investisseurs¹⁷³⁷. Le cautionnement réel demeure une « sûreté complexe et un complexe de sûretés »¹⁷³⁸.

¹⁷²⁹ La suppression du cautionnement réel a été jugée intéressante, car elle ouvre droit à de nombreux avantages.

¹⁷³⁰ Mactar SAKHO, « Le nouvel acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : Propos introductif autour d'une refonte d'envergure du droit des sûretés », *Revue de l'Ersuma*, novembre-décembre, 2011, p.6.

¹⁷³¹ Voir Cassation chambre mixte, 02 décembre 2005, *recueil Dalloz*, 2006, *Cahier Droit des affaires*, page 61. Cass. Civ, 1^{ère}, 07 février 2006, *Dalloz*, 2006, *Cahier Droit des affaires*, page 1543, Cass. Com, 27 février 2006, *Cahier Droit des affaires*, p.1543. Il résulte de ces jurisprudences que l'appellation cautionnement réel n'engendrait aucun engagement personnel du constituant.

¹⁷³² François GRUA, « le cautionnement réel », *JCP*, 1984, p. 3197 ; MIGNOT Michel, « nature du cautionnement réel, quand la volonté de la cour de cassation l'emporte sur celle des parties », *RDLC*, janvier 2006, n°954- SIMLER Philippe, « le cautionnement réel est réellement aussi un cautionnement », *JCP*, 2001, p. 367- Bernard BEIGNIER, « Bicentenaire d'Austerlitz, le Trafalgar du cautionnement réel », *Dr. Fam.* 2006, n°13.

¹⁷³³ Philipe SIMLER, cautionnement, garantie autonome, garantie indemnitaire, lexis-nexis, mai 2015.

¹⁷³⁴ Marie-Thérèse ANTAGANA-MALONGUE, « Le cautionnement réel dans l'acte uniforme OHADA », *Penant revue trimestriel de droit africain*, juillet-septembre 2010, p.293.

¹⁷³⁵ *Ibid.*

¹⁷³⁶ Mactar SAKHO, *op. cit.*, p.6.

¹⁷³⁷ François ANOUKAHA, Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA, *op. cit.*, p.9. L'auteur se pose la question au-delà des classifications, si l'on peut affirmer que le nouveau régime des sûretés est fiable. Va-t-il

Le souci des rédacteurs est d'éviter le risque qu'un lourd formalisme n'entraîne un faible recours du cautionnement et la prolifération des garanties autonomes dans laquelle le régime de protection des intérêts contractuels est faible¹⁷³⁹.

Le nouveau cautionnement permet d'élargir le régime juridique de la garantie par la consécration expresse du cautionnement des obligations futures. Cette nouvelle définition a permis de supprimer le cautionnement à l'insu du débiteur, d'où une obligation d'information de nature implicite de ce dernier lors de la constitution du cautionnement¹⁷⁴⁰. Le cautionnement des obligations futures est régi à l'article 13, alinéa 1^{er}, qui dispose que « Le cautionnement est un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, d'exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même ». Cette disposition admet le cautionnement de la créance future, à condition qu'elle soit déterminable lors de la mise en œuvre de la garantie¹⁷⁴¹, mais il est de coutume que le débiteur soit exclu du rapport contractuel entre la caution et le créancier, même si en réalité, le cautionnement est souscrit, à sa demande¹⁷⁴².

De plus, il n'en demeure pas moins que l'exclusion de la société débitrice ou de l'entrepreneur est possible implicitement dans l'AUS qui, en son article 3, alinéa 2, in fine, reconnaît que le cautionnement peut être souscrit à l'insu du débiteur. Cette exclusion s'explique par le fait que le cautionnement est une convention dans laquelle les parties sont seules à l'acte, la caution et le créancier. Le débiteur reste extérieur à la convention, en dépit du caractère incertain de son intérêt. Toutefois, il est possible pour la société débitrice de s'opposer au contrat de cautionnement souscrit à son insu, car on ne peut stipuler contre le gré du débiteur, ceci pourrait causer l'inefficacité du cautionnement¹⁷⁴³.

La réforme a voulu insister sur l'importance d'informer l'entreprise qu'elle bénéficie d'un contrat de cautionnement. En effet, une telle information n'est pas une condition obligatoire à la mise en œuvre du contrat de cautionnement, elle devient une obligation à la charge de la

convaincre l'étranger à investir davantage en Afrique, et les hommes d'affaires africains eux-mêmes à croire au potentiel économique de leurs pays ? La réponse affirmative, poursuit l'auteur, suppose que la réforme assouvisse les deux besoins essentiels des affaires, que sont la célérité et la sécurité. Cf. également Felix ONANA ETOUNDI « La révision du traité OHADA de Port Louis », *Revue Penant*, n°865, 2008, pp. 397-404.

¹⁷³⁸ François GRUA « Le cautionnement réel », *Dalloz*, 1984, p. 3167.

¹⁷³⁹ Michel BRIZOUBA-BI, « Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA », *Droit et patrimoine*, novembre 2010, p.2.

¹⁷⁴⁰ *Ibid.*

¹⁷⁴¹ Cour d'Appel de Paris, 19 novembre 1980, *Dalloz* 1981, L.R., p.227.

¹⁷⁴² Michel BRIZOUBA-BI, *op. cit.*, p. 4.

¹⁷⁴³ *Ibid.*

caution et du créancier d'informer l'entreprise qu'en cas de défaillance, un contrat de cautionnement est prévu pour lui faciliter le remboursement du financement obtenu. Le droit OHADA reste sur le même cheminement que l'AUS de 1997, mais s'efforce de renforcer l'efficacité du cautionnement, à l'égard du créancier, et dans l'intérêt de la société.

Le législateur a modifié deux aspects de la réglementation, le premier est relatif aux formalités de constitution et la seconde au domaine d'application. Le législateur OHADA, en facilitant les modalités de constitution encourage les opérateurs économiques à recourir massivement au cautionnement pour accéder à des financements qui ne peuvent s'acquérir sans sûreté. L'article 14 de l'AUS dispose que « le cautionnement « se prouve par un acte comportant la signature de la caution et du créancier ainsi que la mention écrite de la main de la caution, en toutes lettres et en chiffres, de la somme maximale garantie couvrant le principal, les intérêts et autres accessoires. En cas de défaillance, le cautionnement vaut pour la somme exprimée en lettres ».

Cette disposition comporte deux mentions intéressantes, l'expression « se prouve » et « doit être constaté » de l'article 4 de l'AUS de 1997, elles clarifient l'importance du consensualisme dans le contrat de cautionnement¹⁷⁴⁴. Cependant, elles ont été à l'origine de nombreuses controverses doctrinales¹⁷⁴⁵, sur la problématique de la nature formaliste et consensuelle du cautionnement. La doctrine exige pour plus d'efficacité que le manquement à ces exigences soit sanctionné par la nullité¹⁷⁴⁶. Les décisions rendues sur le fondement de l'AUS de 1997 sont également de cet avis¹⁷⁴⁷.

L'ensemble des interprétations et le texte en question montre que le cautionnement tacite est impossible et que la volonté des parties est obligatoire, elle doit être exprimée avec certitude¹⁷⁴⁸. Le législateur OHADA a procédé à une réécriture de l'article 8 alinéas 1ers de l'AUS de 1997, par l'ajout, dans le nouvel article 18, l'expression « Sauf clause contraire », pour montrer « le caractère supplétif de la règle de l'étendue de l'obligation garantie qui

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*, p.5.

¹⁷⁴⁵ Abdoulaye SAKHO et Issa NDIAYE, « Pratique des garanties du crédit », *Revue africaine de banques* 1998, p.17. François ANOUKAHA, « Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA », *Presses universitaires d'Afrique*, 1998, p.35 et S.

¹⁷⁴⁶ François ANOUKAHA, *op. cit.*, p.35.

¹⁷⁴⁷ C. Supérieure Côte d'Ivoire, ch. jud., 15 mars 2001, n°137/2001, *Actualités juridiques* n°40, p.28, www.ohada.com, Ohadata J-04-67 ; CCJA, 19 octobre 2003, n°18/2003, *Le juris-Ohada*, n°4/2003, p.10, note M. Brou Kouakou, *Recueil de jurisprudence Ohada*, juill.-déc.2003, n°2, p.30, www.ohada.com, Ohadata J-04-119.

¹⁷⁴⁸ François ANOUKAHA, Abdoulaye Cisse-Niang, M. FOLI, Joseph Issa-Sayegh, Moussa Samb, *Droit uniforme africain*, Bruylant, 2002, p.5.

n'était rendue que par l'usage du verbe pouvoir »¹⁷⁴⁹. Le nouveau texte est l'article 19, dans lequel la mention « les intérêts » a été ajoutée en « incluant le principal » et « tous les accessoires », le but est de renforcer la sécurité juridique et mieux préciser les éléments à tenir en compte dans la détermination du montant maximal garanti, dans le cadre d'un cautionnement général¹⁷⁵⁰.

Le droit OHADA a souhaité revisiter les dispositions relatives aux effets du cautionnement, ces effets conditionnent son efficacité lors de sa constitution. Les modalités de mise en œuvre de la caution ont été formellement modifiées, afin de faciliter l'entrée en jeu de la caution lorsque l'entreprise n'est plus en mesure de satisfaire ses obligations.

L'article 23 de la réforme du 15 décembre 2010 remplace l'article 13 de l'AUS de 1997, l'obligation d'informer la caution de toute défaillance du débiteur a été supprimée. Le texte ne conserve que l'obligation de mise en demeure du débiteur antérieurement à toute action contre la caution.

Cette mesure supprimée à l'article 23 a été reprise par l'article 24 de la réforme du 15 décembre 2010, qui à son alinéa 1^{er} dispose que « dans le mois de la mise en demeure de payer adressée au débiteur principal et restée sans effet, le créancier doit informer la caution de la défaillance du débiteur principal en lui indiquant le montant restant dû par ce dernier en principal, intérêts et autres accessoires à la date de cet incident de paiement ».

L'alinéa 2 ajoute « qu'à défaut, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de cet incident et la date à laquelle elle en a été informée ».

L'objectif de cette mesure est de protéger la caution en lui permettant de payer le créancier beaucoup plus rapidement et éviter l'augmentation des pénalités et intérêts de retard à son détriment. Cette mesure est attractive, elle encourage les personnes morales ou physiques à se porter caution pour une entreprise tout en évitant de devoir désintéresser le créancier d'un montant élevé en raison des pénalités et intérêts de retard.

¹⁷⁴⁹ Michel BRIZOUA-BI, *op. cit.*, p.6.

¹⁷⁵⁰ *Ibid.*

De plus, cela permet d'éviter des cas où la caution éprouve des difficultés à désintéresser le créancier, car les accessoires à la créance sont dangereux, ils peuvent faire augmenter très rapidement la dette.

Les garanties devraient s'accompagner de mesures efficaces, la protection juridique doit concerner le créancier et la caution¹⁷⁵¹. La réforme du 15 décembre 2010 de l'AUS maintient la sanction du manquement à cette obligation importante à l'égard de la caution. En effet, l'obligation d'information doit être périodique¹⁷⁵² et la sanction consiste à la déchéance, vis-à-vis de la caution, des intérêts contractuels échus depuis la date de la précédente jusqu'à la date de la communication de la nouvelle information¹⁷⁵³. Le droit des sûretés personnelles s'est amélioré, notamment avec le nouveau régime juridique de garantie autonome.

- La nouvelle garantie autonome dans les opérations de financement

La garantie autonome a fait l'objet de nombreuses modifications, afin de répondre aux nombreuses critiques formulées par les praticiens du droit et de renforcer son efficacité en tant que garantie de financement des entreprises. Le premier amendement effectué est relatif à sa dénomination, c'est-à-dire le remplacement de la notion de « garantie autonome » à celle de « lettre de garantie ». Les autres amendements concernent les modalités de constitution de la garantie autonome et leurs effets.

La garantie autonome est issue de la pratique bancaire internationale des années 1960, c'est une garantie efficace de paiement extérieure au contrat initial et peu contraignante pour le débiteur. La méthode utilisée est celle de la consignation de somme d'argent, c'est-à-dire un gage d'espèce¹⁷⁵⁴. La garantie autonome a efficacement remplacé dans les années 70 la pratique du dépôt qui avait le tort d'immobiliser de considérables sommes d'argent¹⁷⁵⁵.

En effet, le contractant étranger demandait le dépôt d'une somme d'argent sur un compte, la somme lui était remise si son partenaire commercial devenait insolvable¹⁷⁵⁶. La garantie

¹⁷⁵¹ L'information doit recouvrir le montant restant dû par le débiteur en principal, intérêts et autres accessoires à la date de l'incident de paiement en question. L'absence d'information de la caution a de grave conséquence sur le remboursement des sommes, la caution ne pourra être tenue responsable des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de l'incident de paiement et la date à laquelle, elle en a été informée.

¹⁷⁵² Article 25 du projet de réforme de l'AUS.

¹⁷⁵³ Michel BRIZOUA-BI, *op. cit.*, p.7.

¹⁷⁵⁴ Tony MWABA KAZADI, « Quelques doutes sur l'efficacité de la garantie autonome en droit OHADA » *Juri-Afrique*, octobre 2016, p.1.

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*

¹⁷⁵⁶ *Id Ibid.*

autonome assure la sécurité des investisseurs dans les opérations de financement des entreprises, le bénéficiaire est payé à première demande sans se voir opposer d'exception autre que la fraude et l'abus, elle autorise au constituant le placement d'argent ailleurs¹⁷⁵⁷. La garantie autonome est efficace, elle a été introduite dans plusieurs législations modernes, elle est connue sous le terme de garantie à première demande dans l'acte uniforme OHADA du 17 avril 1997, révisé par celui du 15 décembre 2010¹⁷⁵⁸.

Les principaux changements sont la nouvelle dénomination de la lettre de garantie » se substituant à celle de « garantie autonome », les autres modifications portent sur la constitution de la garantie autonome et ses effets.

La lettre de garantie est la seconde sûreté personnelle organisée par le droit OHADA après le cautionnement, elle a permis de combler les insuffisances du cautionnement et s'adapte parfaitement à la pratique des affaires par l'efficacité qu'elle offre en tant que garantie fiable de paiement, extérieure à la convention principale et devant laquelle aucune contrainte ne peut désintéresser le créancier.

La réforme du 15 décembre 2010 a donné une nouvelle définition des garanties et contre garanties autonomes¹⁷⁵⁹, la garantie autonome et la contre-garantie autonome sont des engagements par lesquels le garant ou le contre-garant s'engagent « en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instruction de ce donneur d'ordre (...) à première demande ou suivant les modalités convenues »¹⁷⁶⁰.

Cette nouvelle définition est innovante, le législateur OHADA fait de la garantie autonome un engagement unilatéral, contrairement aux avis de la doctrine¹⁷⁶¹ et de la jurisprudence¹⁷⁶² française qui sont en faveur d'une qualification contractuelle de la garantie autonome, en

¹⁷⁵⁷ Christophe ALBIGES., Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 2^{ème} Dalloz, 2009, n°224 S. ; Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURRASIN, Vincent BREMOND, *Droit des sûretés*, Sirey, 2007, n°828 ; Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 2009, n°269 s.

¹⁷⁵⁸ Tony MWABA KAZADI, *op. cit.*, p.1.

¹⁷⁵⁹ Projet de réforme, art.39.

¹⁷⁶⁰ Michel BRIZOUA-BI, *op. cit.*, p.7.

¹⁷⁶¹ Philippe SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 1999 ; Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC et Philippe PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, 2006 ; Laurent AYNES, Pierre CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, Défrénois, 2009 ; Christian GAVALDA, et Jean-Michel SOUFFLET, « La lettre de garantie internationale », *RTD com* n°6, 1980, p.1 et s. André PRUM, *Les garanties à première demande : essai sur l'autonomie*, LITEC, 1994, p.5.

¹⁷⁶² Cass. Com., 2 février 1988, n°85-17, 276, Bull. civ. IV, n°55, JCP G 1988, Somm., p.239, obs. Emilie VASSEUR et Laurent AYNES p.274, Dans cette décision, la cour de cassation qualifie expressément la garantie autonome de « contrat ». Voir aussi Tribunal de Commerce Paris, 26 mai 1989, Dalloz 1990, sommaire.

raison de la réticence traditionnelle du droit français à admettre les actes unilatéraux¹⁷⁶³. Le législateur OHADA a choisi l'option déjà prise par des Etats, tel la Belgique et l'Allemagne, où la lettre de garantie s'analyse comme étant, un engagement unilatéral de volonté¹⁷⁶⁴. L'intérêt de cette qualification est de reconnaître l'existence de la garantie sans l'accord du bénéficiaire, car l'engagement unilatéral est l'essence de la garantie autonome. Une telle sûreté est adaptée au besoin en financement des entreprises, la sécurisation de l'investissement requiert la volonté unilatérale d'un tiers¹⁷⁶⁵ qui s'engage à rembourser les sommes investies en cas d'insolvabilité du débiteur.

La définition de l'AUS de 1997 semblait beaucoup plus restrictive, le garant était soumis à l'exécution à première demande, c'est-à-dire que l'appel en garantie intervenait au préalable¹⁷⁶⁶. La nouvelle définition est proche du droit français, le droit OHADA accorde une plus grande liberté à la pratique, afin d'adapter la technique de cette garantie à la spécificité des investissements.

Cependant, les modifications lors de cette réforme ne sont pas nombreuses, l'article 30 de l'AUS de 1997 a été reprise dans son intégralité par l'article 41 de la réforme qui dispose que « Les garanties et contre-garantie autonomes ne se présument pas. Elles doivent être constatées par écrit mentionnant, à peine de nullité :

La dénomination de garantie ou contre-garantie autonome ;

Le nom du donneur d'ordre ;

Le nom du bénéficiaire ;

Le nom du garant ou contre garant ;

¹⁷⁶³ Michel BRIZOUA-BI, *op. cit.*, p.8.

¹⁷⁶⁴ Jean-Pierre MATTOUT, André PRUM, « Les règles uniformes de la CCI pour les garanties sur demande », *Banque et droit*, n°30,1993, p.111.

¹⁷⁶⁵ Personne physique ou morale.

¹⁷⁶⁶ L'art 45 de l'AUS dispose « La demande de paiement au titre de la garantie autonome doit résulter d'un écrit du bénéficiaire accompagné de tout autre document prévu dans la garantie ». Cette demande doit indiquer les manquements reprochés à la société débitrice dans l'exécution de l'obligation en considération de laquelle la garantie a été souscrite. La demande de paiement au titre de la garantie autonome doit provenir d'un écrit du garant indiquant que le garant a reçu une demande de paiement provenant du bénéficiaire et en conformité avec les mentions de garantie. Le droit OHADA exige que les demandes en paiement, soit en conformité avec les termes de la garantie autonome ou, en cas de contre-garantie, au lieu où a été émise cette garantie autonome. Guy Auguste LIKILLIMBA, « l'agent des sûretés en droit OHADA, régime juridique », *revue de l'ERSUMA*, édition spéciale 2011.

La convention de base, l'action ou le fait, en considération desquels la garantie ou la contre-garantie est émise ;

Le montant maximum de la garantie ou de la contre-garantie ;

La date ou le fait entraînant l'expiration de la garantie ;

Les conditions de la demande de paiement, s'il y a lieu ;

L'impossibilité, pour le garant ou le contre garant, de bénéficier des exceptions de la caution ». Cette mesure fait de la garantie autonome, une garantie solennelle, par la prescription des formalités sous peine de nullité¹⁷⁶⁷. Le droit des sûretés OHADA se veut garant de la sécurité juridique des investissements.

La réforme a également conservé le principe de l'incessibilité des garanties¹⁷⁶⁸, elle apporte des précisions sur les limites à ce principe. L'article 42 dispose que « Sauf clause ou convention contraire expresse, le droit à garantie du bénéficiaire n'est pas cessible. Toutefois, l'incessibilité du droit à la garantie n'affecte pas le droit de bénéficiaire de céder tout montant auquel il aurait droit à la suite de la présentation d'une demande conforme au titre de la garantie »¹⁷⁶⁹.

La cessibilité est exceptionnellement prévue, sous réserve de l'exigence de présentation d'une demande conforme au titre de la garantie. La cessibilité des droits nés de la garantie autonome est facilitée, il est devenu possible à tout moment au garant de révoquer son engagement unilatéral, cette faculté n'existait pas dans l'AUS de 1997¹⁷⁷⁰.

Cette mesure est intéressante, elle consacre un des grands principes du droit positif, la prohibition de l'engagement perpétuel. Le garant peut retirer son engagement lorsque se présente des situations complexes résultant du fait du débiteur.

L'article 49 de la réforme du 15 décembre 2010 a modifié l'article 38 du texte de 1997 par l'augmentation de nouvelles mesures tendant à la distinction entre la déclaration écrite du bénéficiaire désengageant le garant des obligations au titre de la garantie et la déclaration

¹⁷⁶⁷ Michel BRIZOUA-BI, *op. cit.*, p.9.

¹⁷⁶⁸ Article 42.

¹⁷⁶⁹ Michel BRIZOUA-BI, *op. cit.*, p.9.

¹⁷⁷⁰ L'article 32 de l'AUS de 1997, précisait que sauf clause contraire, les instructions du donneur d'ordre, la garantie et la contre-garantie ne sont pas révocables. Cette interdiction est levée avec les nouvelles dispositions qui prévoient à l'article 32, alinéa 3, que « Les garanties et contre garanties à durée déterminée peuvent être révoquées par le garant et le contre-garant respectivement ».

écrite du garant libérant le contre-garant de son obligation au titre de la contre-garantie¹⁷⁷¹. La contre garantie est l'acte par lequel le contre garant s'oblige, en considération d'un désir souscrit par le débiteur¹⁷⁷² et sur ordre de ce débiteur, de payer une somme déterminée au garant, soit sur première demande de la part de ce dernier, soit selon les modalités prévues¹⁷⁷³.

L'article 49 relatif à l'arrêt de la garantie ou de la contre-garantie autonome, prévoit que :
« La garantie ou la contre garantie cesse :

Soit au jour calendaire spécifié ou à l'expiration du délai prévu ;

Soit à la présentation au garant ou au contre-garant des documents libératoires spécifiés dans la garantie ou la contre-garantie autonome ;

Soit sur une déclaration écrite du bénéficiaire libérant le garant de son obligation au titre de la garantie ou déclaration écrite du garant libérant le contre-garant de son obligation au titre de la contre-garantie ».

En définitive, l'on peut retenir de cette sûreté qu'elle offre de par son cadre juridique performant des opportunités de paiement aux créanciers de l'entreprise. Le paiement à première demande est effectué par le garant du montant avec la prise en compte d'une obligation tierce qui reste autonome. Les garants autonomes peuvent être représentés par des établissements professionnels de crédit ou des profanes¹⁷⁷⁴.

Le législateur OHADA a amélioré l'efficacité des sûretés personnelles, mais de nouvelles mesures sont prises en faveur garanties réelles, car les sûretés n'ont d'intérêt que lorsque le droit facilite l'exécution de ces garanties, en cas d'insolvabilité du débiteur.

Le droit OHADA, afin de faciliter la constitution des garanties et désengorger les juridictions permet aux créanciers de procéder à l'exécution de leurs garanties mobilières et immobilières de manière conventionnelle dans les relations d'affaires entre professionnels, la seule condition est l'expertise désignée par les parties¹⁷⁷⁵.

¹⁷⁷¹ Michel BRIZOUA-BI, *op. cit.*, p.11.

¹⁷⁷² On l'appelle également le donneur d'ordre.

¹⁷⁷³ François BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, LexisNexis, novembre 2004.

¹⁷⁷⁴ Article 40 de l'Acte Uniforme sur les sûretés.

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*

L'objectif de l'OHADA est d'aider les entreprises à mieux optimiser leurs capacités à emprunter, en élargissant l'assiette des sûretés réelles mobilières¹⁷⁷⁶ et en supprimant le titre exécutoire, en matière mobilière et immobilière, d'où l'efficacité du nouveau droit des sûretés réelles.

2. L'efficacité du nouveau droit des sûretés réelles en droit OHADA

Le premier vœu du législateur a été de consacrer l'existence d'un gage sans dépossession, à la différence du nantissement qui pourrait devenir dans le futur une simple option. L'entreprise débitrice utilise le bien dans le cadre de son activité, le gage de ses biens lui permet de renforcer sa capacité à bénéficier de crédit conformément aux objectifs libellés dans le projet de réforme¹⁷⁷⁷. Le gage dépourvu de possession favorise la constitution des gages successifs sur le même bien, d'où l'augmentation de la capacité de l'entreprise à contracter des crédits¹⁷⁷⁸.

La mise en œuvre du gage est facilitée par l'abandon de la remise de la chose, il y a des biens indispensables à la bonne marche de l'activité économique, le fait d'avoir la capacité de les conserver et de les utiliser à titre de garantie est avantageux pour l'entreprise. La réalisation du gage est rendue efficace par l'avènement, sous certaines conditions, du pacte commissaire¹⁷⁷⁹. Selon Lionel BLACK YONDO « L'abandon du gage sans dépossession constitue l'innovation majeure de la réforme de cette garantie. Une rupture avec la tradition empruntée du droit français avant sa réforme est donc opérée ».

La nature réelle du gage était marquée par la dépossession de la chose au bénéfice de l'entreprise débitrice. Cette dépossession était en pratique, à l'origine des difficultés de la sûreté et son maintien aurait empêché sa modernisation. Cependant, il ne faut pas en conclure que la dépossession était sans intérêt, car elle permet de rendre opposable cette créance au tiers au même titre que la publicité, qui n'est plus une condition de validité.

De plus, l'enregistrement et l'inscription constituaient une double formalité contraignante en matière de temps et d'argent. Une inscription en vue d'assurer l'information des tiers est suffisante par une date certaine donnée à la garantie. L'allègement de ces procédures

¹⁷⁷⁶ Ariane COTTE-MARCEAU, « Vers un nouveau droit du gage OHADA », *Droit et patrimoine*, n°197, novembre 2010, p.13.

¹⁷⁷⁷ Le législateur fait allusion aux producteurs et exportateurs de matières premières.

¹⁷⁷⁸ Ariane COTTE-MARCEAU, *op. cit.*, p.13.

¹⁷⁷⁹ *Ibid.*

favoriserait la limitation de certaines pratiques lors de la mise en œuvre de financements assortis de garantis réelles.

La réforme reprend la majeure partie des textes de l'AUS de 1997, en les précisant et en les améliorant, elle offre aux acteurs de la zone OHADA un instrument rénové, à la fois plus souple, plus sûr et plus efficace.

Le souci est d'encourager le financement des entreprises sans contraindre le débiteur à se déposséder du bien gagé et inciter les acteurs du projet à procéder à une redéfinition du gage et du nantissement¹⁷⁸⁰. Le nouveau cadre juridique est libéré de la dépossession, il autorise la société à constituer des gages sur des biens futurs.

La société pourrait voir sa capacité à contracter des crédits s'accroître par la faculté d'offrir en gage des biens qui ne sont pas encore en sa possession. Les opportunités offertes par le gage sont nombreuses, il suffit que les biens futurs soient suffisamment déterminés dans le contrat de gage pour que le créancier puisse se passer de la conclusion de nouvelles conventions, afin que ses droits s'étendent aux biens nouvellement acquis par la société¹⁷⁸¹.

Le gage peut être constitué aussi bien par la société débitrice de la créance que par un tiers¹⁷⁸², cependant le niveau de sécurité des investisseurs doit être amélioré en leur accordant des sûretés faciles à constituer, les aménagements sont impératifs pour assurer la protection des emprunteurs. Le nouveau droit des sûretés de l'OHADA contient aux articles 125 à 178, un chapitre 5 dénommé « nantissement de meubles incorporels ». L'article 125 définit le nantissement comme « l'affectation d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs, en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures, à condition que celles-ci soient déterminés ou déterminables ».

L'article 126 de l'AUS prévoit que nantissement peut être conventionnel ou judiciaire sur une liste limitative de meubles incorporels, que sont les créances, le compte bancaire, les droits d'associés, les valeurs mobilières et le compte de titres financiers, ainsi que sur le fonds de commerce et les droits de propriété intellectuelle¹⁷⁸³.

¹⁷⁸⁰ Le gage et le nantissement ne sont plus distingués en raison de la dépossession ou l'absence de dépossession de la chose gagée ou nantie, mais de leur nature corporelle ou incorporelle.

¹⁷⁸¹ Ariane COTTE-MARCEAU, *op. cit.*, p.13.

¹⁷⁸² *Ibid.* Comme le prévoit actuellement l'article 47 alinéa 2 de l'AUS.

¹⁷⁸³ Ariane COTTE-MARCEAU, *op. cit.*, p.16.

Le nantissement est devenu plus efficace et adapté à la pratique des affaires, les conditions de constitution ont été simplifiées, assouplies, par la suppression de toutes formalités excessives auxquelles pourraient être confrontées les entreprises. Le législateur OHADA a trouvé nécessaire que l'on distingue clairement les conditions de validité et d'opposabilité, en s'efforçant, autant que possible, de faire une application des principes applicables au droit commun du gage. Le nantissement fait partie des sûretés les plus utilisées par les entreprises pour financer leurs projets, à travers le nantissement des parts sociales, de valeurs mobilières et du fonds de commerce.

Les sûretés de l'OHADA portant sur les meubles incorporels concernent d'après le droit positif, les créances, les fonds de commerce, les droits d'associés et les valeurs mobilières. En effet, depuis l'entrée en vigueur du nouvel acte uniforme sur le droit des sûretés du 16 mai 2011, ces sûretés sont soumises à une nouvelle réglementation sous l'appellation de nantissement.

Les formalités d'enregistrement relatives à une modification requièrent un état récapitulatif des nantissements grevés sur le fonds de commerce, car étant le « seul bien incorporel à ne pas avoir été réglementé dans le chapitre relatif aux nantissements de l'AUS, le gage de créance devient, dans le projet, un nantissement réglementé par les articles 127 à 135 »¹⁷⁸⁴.

Les grands projets de financement mis en place dans la zone OHADA dans le domaine pétroliers, minier, télécommunications, construction, sont souvent assortis de nantissement, afin de garantir la créance que détiennent les tiers et leur apport en argent.

Le régime juridique des garanties immobilières est amélioré, elles sont incontournables dans la pratique des affaires. Le droit des hypothèques est nouvellement régi par les dispositions 190 à 223 du nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés. Ces dispositions sont une reprise de l'ensemble des articles 117 à 146 de l'AUS de 1997. L'ensemble des précédentes dispositions ont été globalement reprises, elles ont fait l'objet d'une reconduction sans modifications, à l'exception de la mise à jour des renvois et la référence aux nouveaux articles¹⁷⁸⁵.

¹⁷⁸⁴ *Ibid* p.17.

¹⁷⁸⁵ Michel BRIZOUA-BI, « L'attractivité du nouveau droit des hypothèques », *Droit et patrimoine* n°197, novembre 2010, p.24.

Ces dispositions résultent d'une transposition française modifiée substantiellement, de certaines mesures de l'AUS de 1997 et quelques innovations en matière de réalisation de la garantie hypothécaire.

La nouvelle définition de la garantie hypothécaire est consacrée à l'article 190 de l'AUS, au terme de cet article, l'hypothèque consiste dans « l'affectation d'un immeuble déterminé ou déterminable appartenant au constituant en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables », elle peut être légale ou conventionnelle.

La nouvelle définition apporte beaucoup plus de précision aux opérateurs économiques, car auparavant le législateur se limitait à une définition de l'hypothèque en tant que « Sûreté réelle immobilière conventionnelle ou forcée » accordant à son titulaire un droit de suite et de préférence¹⁷⁸⁶. Par exemple, la nouvelle législation précise, à titre supplétif, dans l'article 192 du projet de réforme, que seuls les immeubles présents et immatriculés peuvent faire l'objet d'une hypothèque.

Une nouvelle disposition reprend les mesures de l'article 132 de l'AUS 1997, elle est assortie d'une suppression de l'alinéa 2 sur l'exigence du caractère déterminé des immeubles objets d'hypothèque forcée¹⁷⁸⁷. En effet, cet alinéa est incompatible avec l'article 190 qui autorise l'hypothèque des immeubles déterminables, le législateur veut par cette suppression assouplir et rendre plus attractif le cadre juridique de l'hypothèque.

L'attractivité de la garantie hypothécaire s'est accrue par la faculté de réaliser une hypothèque pour une créance futur, à la seule condition qu'elle soit déterminée ou déterminable.

Les innovations sont nombreuses et effectives, l'attribution judiciaire en matière d'hypothèque a été étendue, le pacte comissoire¹⁷⁸⁸ s'applique à toute les sûretés réelles à l'exception du nantissement de fonds de commerce.

Le droit OHADA des sûretés autorise dans le cadre de la convention d'hypothèque, à condition que le constituant soit une personne morale ou une personne physique dûment immatriculée au registre du commerce et du crédit immobilier, que l'immeuble ne soit pas à usage d'habitation et que le créancier deviendrait propriétaire de l'immeuble hypothéqué en

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*, p.25.

¹⁷⁸⁸ On l'appelle également attribution conventionnelle.

cas défaut de paiement du débiteur. Ces mesures permettent de renforcer la sécurité juridique de l'investisseur en cas de défaillance de la société.

Le droit OHADA protège le débiteur et les autres créanciers, afin d'éviter la spoliation des biens le créancier ne peut vendre le bien de l'entreprise¹⁷⁸⁹.

Un bon usage du nouveau droit des sûretés réelles pourrait avoir un impact positif sur les investissements nationaux et internationaux, car ce sont des outils essentiellement utilisés par les établissements de crédit à l'échelle local et international pour le financement des activités économiques. Par exemple, la pratique régulière des sûretés réelles permettrait de favoriser l'accès au crédit en milieu rural et semi-urbain, y compris pour les femmes¹⁷⁹⁰.

L'hypothèque est devenue plus facile à réaliser pour les établissements de crédit, la volonté du droit OHADA de conférer aux entreprises des sûretés efficaces et adaptées au développement économique a permis de renforcer l'efficacité des sûretés fondées sur une situation d'exclusivité.

B. Le renforcement de l'efficacité des sûretés fondées sur une situation d'exclusivité

Le droit OHADA des sûretés accordait une faible importance aux sûretés fondées sur une situation d'exclusivité, ce sont des garanties permettant à un créancier de la société d'évincer tout concours avec un autre créancier de son débiteur.

Le créancier peut bloquer le bien de l'entreprise débitrice, afin de recevoir le paiement intégral de sa créance¹⁷⁹¹, il reçoit à titre de garantie un droit de propriété sur une chose susceptible d'être la propriété de son débiteur après complet paiement de sa dette¹⁷⁹².

Cette garantie avait peu d'efficacité dans l'ancienne législation, elle a vu son caractère exclusif être rejeté par l'OHADA, qui l'assimile, lors de sa mise en œuvre, à un modèle de gage à l'article 43 de l'AUS qui prévoit que : « Si le créancier ne reçoit ni paiement ni sûreté,

¹⁷⁸⁹ C'est la clause de voie de parée.

¹⁷⁹⁰ Manuel SIMAVI Sedat, Claude, BLACKDEN, "Gender Dimensions of investment climate Reform. A Guide for policy Makers and Development Practitioners", the World Bank, Washington DC, 2009.

¹⁷⁹¹ En application d'un droit de rétention.

¹⁷⁹² En application de ce que l'on dénomme la clause de réserve de propriété. CROCQ Pierre, « Les sûretés fondées sur situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'acte uniforme portant organisation des sûretés », *Droit et patrimoine*, n°197, 1^{er} novembre 2010, p.20.

il peut, après signification faite au débiteur et au propriétaire de la chose, exercer ses droits de suite et de préférence comme en matière de gage »¹⁷⁹³.

La propriété sûreté avant la réforme du 16 mai 2011 était méconnue par le droit des sûretés OHADA. La cession de bien à titre de garantie était partiellement réglementée, son objet était limité à l'article 284 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général et l'article 103 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité n'ont pas toujours été prisées par la pratique des affaires OHADA, elles étaient méconnues par l'AUS. Cette méconnaissance est difficilement compréhensible au regard de leur importance pratique et enjeux actuels dans le développement du crédit en Afrique¹⁷⁹⁴.

La cession à titre de garantie, communément appelée la clause de réserve de propriété est utilisée dans les pays industrialisés¹⁷⁹⁵, elle a fortement contribué au développement du crédit bancaire. En effet, la fréquence d'utilisation de la réserve de propriété en pratique est telle que l'AUS ne peut plus passer sous silence son existence au regard de l'accessibilité du droit¹⁷⁹⁶.

La nouvelle version du droit de rétention est efficace, elle permet d'assurer la sécurité juridique des investisseurs souvent confrontés à des risques de défaillance des entreprises de transport routier¹⁷⁹⁷(1). Le droit de propriété est admis au rang des sûretés par le droit OHADA (2).

1. La nouvelle version du droit de rétention

Le législateur OHADA, afin de ne pas contourner les objectifs du droit des sûretés et préserver les entreprises de l'échec de toutes procédures de redressement judiciaire, évite qu'elles ne deviennent une arme trop efficace entre les mains des créanciers.

Les rédacteurs de la première version de l'AUS avaient opté pour un droit de rétention au champ d'application vaste, mais son efficacité serait réduite à celle d'un gage et pourrait entraîner la dénaturation et la privation d'une très grande partie de son intérêt pratique.

¹⁷⁹³ *Ibid.*

¹⁷⁹⁴ Pierre CROCQ, *op. cit.*, p.20.

¹⁷⁹⁵ Notamment en matière de cession de créance.

¹⁷⁹⁶ Pierre CROCQ, *op. cit.*, p.20.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*

L'acte uniforme entré en vigueur le 16 mai 2011 a proposé aux entreprises une garantie dans laquelle, « le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû (...) », elle consiste en une exclusion nouvelle des immeubles dans ce domaine d'application¹⁷⁹⁸.

Cette exclusion des immeubles était déjà prévue dans l'AUS de 1997, en raison des réserves émis quant au bien-fondé de sa qualification de sûreté. De plus, on observe l'alignement par l'article 43 de l'AUS des textes du droit de rétention sur ceux du gage, lequel constitue une sûreté mobilière dans le droit OHADA.

La véritable réduction de son domaine d'application se trouve dans la nouvelle définition de la connexité avec le gage adoptée dans le projet de réforme¹⁷⁹⁹.

La nouvelle version actuelle du droit de rétention à la disposition des entreprises est celle « qui ne peut s'exercer qu'avant toute saisie ;

Si la créance est certaine, liquide, et exigible ;

S'il existe un lien de connexité entre la naissance de la créance et la chose retenue.

La connexité est réputée établie si la détention de la chose et la créance sont la conséquence de relations d'affaires entre le créancier et le débiteur.

Le créancier doit renoncer au droit de rétention si le débiteur lui fournit une sûreté réelle équivalente »¹⁸⁰⁰.

Le créancier détenteur du bien de l'entreprise ne reçoit pas le remboursement des sommes versés, à titre de financement, « il peut après signification faite au débiteur et au propriétaire de la chose, exercer ses droits de suite et de préférence comme en matière de gage »¹⁸⁰¹. Par exemple en bloquant le bien de l'entreprise, le créancier bénéficie d'une situation d'exclusivité sur la chose et parvient à éviter toute concurrence avec les autres créanciers, il sécurise son investissement d'un risque de défaillance de l'entreprise.

¹⁷⁹⁸ Pierre CROCQ, *op. cit.*, p.20

¹⁷⁹⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰⁰ Article 42 de l'Acte uniforme sur les sûretés du 16 mai 2011.

¹⁸⁰¹ *Ibid.*, Article 43.

Le droit OHADA veut renforcer la sécurité de la pratique des affaires, la doctrine pense que l'assimilation du droit de rétention au gage réduit son efficacité et lui retire une grande partie des intérêts qu'il peut présenter pour le créancier¹⁸⁰².

L'efficacité de la garantie est parfois limitée, en effet, il résulte de l'article 67 du projet de réforme que « le créancier rétenteur qui n'a pas été payé à la possibilité de retenir le bien que sous réserve de l'application de l'article 107, alinéa 2, du présent acte uniforme ». Cet article prévoit que « lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence gagiste antérieur est inopposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il a été régulièrement publié et nonobstant le droit de rétention de ce dernier ».

Le droit des sûretés OHADA est proche de l'ordonnance française du 26 mars 2006, l'article 107 alinéa 2 est une reprise de la règle énoncée par le texte 2240 alinéa 2 du code civil, il garantit son efficacité au gage publié sans dépossession.

La réforme a résolu certaines difficultés qui existent en droit français depuis 2006, tel le problème de l'opposabilité d'un gage sans dépossession publié aux créanciers titulaires d'un droit de rétention ultérieur, qu'il soit ou non attaché à un gage avec dépossession¹⁸⁰³. La solution résulte du fait que le droit de rétention peut s'exercer sous réserve de l'article 107, alinéa 2.

Le droit de rétention est un gage avec dépossession, son efficacité se trouve dans la protection juridique du créancier gagiste qui a financé l'entreprise contre les créanciers gagistes avec dépossession postérieure.

Le renforcement de cette efficacité ne devrait pas être un moyen pour le créancier de porter préjudice au débiteur, ce qui pourrait être le cas si le créancier rétenteur laisse se déperir le bien retenu sans encourir de sanction¹⁸⁰⁴.

Le créancier devrait se voir imposer un devoir de conservation du bien retenu et le droit OHADA prévoit dans l'AUS un nouvel article 70 alinéa 1^{er} énonçant que « Le créancier a l'obligation de conserver le bien retenu en bon état », mais une telle disposition pose quelques difficultés lorsque les biens en rétention sont de nature périssable.

¹⁸⁰² Pierre CROCQ, *op. cit.*, p.21.

¹⁸⁰³ Article 67 de la réforme de l'AUS du 16 mai 2011.

¹⁸⁰⁴ Pierre CROCQ, *op. cit.*, p.21.

Le droit OHADA prévoit des exceptions au principe selon lequel, le rétenteur ne peut disposer des biens retenus où autoriser leur disposition sans perdre son droit de rétention¹⁸⁰⁵. La protection des intérêts du créancier est importante, l'efficacité de la garantie ne doit pas anéantir ses intérêts, il doit pouvoir disposer des biens de l'entreprise sans encourir des sanctions, en évitant le déperissement de ceux-ci.

Un tel acte de disposition correspond en réalité, à un acte conservatoire ainsi que cela a été admis, au sein de la législation française des successions, par un nouveau texte, l'article 784 alinéa 3 du code civil selon lequel : « sont réputé purement conservatoires : la vente de biens périssables, à charge de prouver que les fonds ont été déposés chez un notaire ou ont été consignés ».

Les frais de conservation d'un bien par le rétenteur titulaire des fonds versés sont excessifs, en comparaison de la valeur du bien retenu, « le transporteur peut faire procéder à la vente de la marchandise sans attendre d'instructions si l'état ou la nature périssable de la marchandise le justifie ou si les frais de garde sont hors de proportion avec la valeur de la marchandise »¹⁸⁰⁶.

Cette idée est admise en droit OHADA, à travers l'article 70, alinéa 2 de l'AUS selon lequel : « Par dérogation à l'alinéa précédent, il (le créancier) peut faire procéder sur autorisation de la juridiction compétente statuant à bref délai, à la vente de ce bien si l'état où la nature périssable de ce dernier se justifie ou si les frais occasionnés par sa garde sont hors de proportion avec sa valeur¹⁸⁰⁷.

Le droit de rétention se reporte sur le prix de vente qui doit être consigné », il est devenu plus efficace grâce à la nouvelle réglementation.

La propriété sûreté est également une sûreté fondée sur une situation d'exclusivité, mais à la différence du droit de rétention, il ne s'agit pas de modifier le contenu d'un chapitre déjà existant dans l'AUS, mais de créer un nouveau chapitre avec de nouvelles sûretés¹⁸⁰⁸.

- La nouvelle propriété sûreté

La propriété-sûreté repose sur la distinction classique énoncée par l'article 71 de l'AUS, elle est inspirée de la législation française aux articles 2367 à 2372-5 du code civil.

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*

¹⁸⁰⁶ Article 12 alinéa 6 de l'Acte uniforme relatif au transport de marchandise.

¹⁸⁰⁷ Pierre CROCQ, *op. cit.*, p.21.

¹⁸⁰⁸ *Ibid.*

- La propriété réservée

L'entreprise en tant que débitrice peut être amenée dans le cours normal de ses activités à mélanger le bien réservé à d'autres biens identiques, à incorporer le bien réservé, à un autre bien meuble ou immeuble, voire à faire une cession de ce bien réservé lorsque ce dernier doit faire l'objet d'une revente¹⁸⁰⁹.

Le droit OHADA dans toutes ces hypothèses permet à la réserve de propriété de conserver son efficacité par une reprise des articles 2369, 2370, 2372 du code civil issus de la réforme du 23 mars 2006 en droit français.

Les articles 75 et 78 du nouveau droit OHADA des sûretés autorisent le report de la réserve de propriété sur des biens de même espèce et de même qualité détenus par le débiteur¹⁸¹⁰ ou sur la créance de l'entreprise à l'encontre du sous-acquéreur¹⁸¹¹ ou sur l'indemnité d'assurance¹⁸¹². L'article 76 de l'AUS du projet prévoit que « l'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage ».

Le droit OHADA pour faciliter la pratique de la réserve de propriété dans les opérations de financement a résolu la difficulté de l'incorporation de la propriété réservée en cas de non remboursement des sommes versées à titre de financement. La question de l'incorporation en droit français n'a pas entièrement été résolue, les effets de l'impossibilité de séparation des biens ne sont pas prévus par l'article 2270 du code civil.

L'article 76 de l'AUS ajoute des éclaircissements que l'on retrouve dans le rapport de la commission Grimaldi, mais ils n'ont pu être repris par l'ordonnance du 23 mars 2006 qui énonce qu'« à défaut de possibilité de séparation sans dommage », le tout appartient au propriétaire de la chose qui forme la partie principale, à charge pour lui de lui payer à l'autre la valeur estimée à la date du paiement de la chose qui y a été unie »¹⁸¹³.

Les conséquences de la réserve de propriété en cas de défaillance de l'entreprise ont été précisées, l'article 77 de l'AUS du projet de la réforme reprend dans ses trois premiers alinéas, les trois alinéas de l'article 2371 du code civil, selon lesquels celui qui bénéficie de la

¹⁸⁰⁹ *Id Ibid.*

¹⁸¹⁰ En cas de mélange avec d'autres bien réservé avec d'autres biens identiques.

¹⁸¹¹ En cas de revente du bien réservé.

¹⁸¹² En cas de destruction du bien.

¹⁸¹³ Pierre CROCQ, *op. cit.*, p.23.

réserve de propriété a le droit de disposer librement du bien, al.1^{er} du code civil et « que toute clause contraire aux alinéas 2 et 3 du présent article est réputée non écrite ».

L'objectif est d'éviter tout contentieux, en montrant une conséquence explicite et inéluctable du caractère accessoire de la réserve de propriété. En effet, le caractère de sûreté de la réserve de propriété ne suffit pas à permettre à une clause du contrat d'assurer sa réalisation et de causer la spoliation des biens de l'entreprise.

Le rôle des suretés est de garantir la sécurité et la protection juridique de l'investisseur qui a le statut de créancier. Cette protection juridique est encadrée, car la garantie ne doit pas être un moyen pour le créancier d'abuser de la situation défailante de l'entreprise débitrice en spoliant ces biens.

Le nouveau régime juridique de la propriété sûreté est efficace, il assure de manière encadrée la protection juridique du créancier. Le financement d'une entreprise n'est pas chose aisée, le choix de la garantie doit être adapté au projet. La clause de réserve de propriété garanti aux investisseurs le remboursement des sommes dues par un droit exercé sur le bien de l'entreprise, mais le créancier ne peut disposer du bien à sa guise. Les textes devraient être améliorés auprès des opérateurs économiques, afin de les aider à mieux comprendre l'impact et les enjeux des garanties en matière de financement des entreprises.

Le droit OHADA offre aux entreprises la possibilité de garantir leurs investissements par le biais de la propriété cédée à titre de garantie.

2. La propriété cédée à titre de garantie

La propriété cédée à titre de garantie est prévue par l'article 79 de l'AUS selon lequel « La propriété d'un bien, actuel ou futur, ou d'un ensemble de biens, peut être cédée à titre de garantie du paiement d'une dette, actuelle ou future, ou d'un ensemble de dettes aux conditions prévues par la présente section ».

Cette définition est proche de celle de la réserve de propriété, mais elle confère un domaine d'application plus large que la réserve de propriété, car on y indique qu'elle peut avoir pour

objet n'importe qu'elle bien, ou ensemble de bien, actuels ou futurs et garantir n'importe qu'elle créance, ou ensemble de créances, actuelles, ou futures¹⁸¹⁴.

Le cadre juridique de cette sûreté est limité par la thèse selon laquelle son existence est soumise aux conditions « prévues par la présente section », la liste des propriétés cédées à titre de garantie énumérées au sein de l'AUS est restrictive.

La propriété cédée à titre de garantie est en général admise dans un droit qui n'en reconnaissait pas du tout l'existence et aurait sans doute été un nouveau tournant en droit OHADA des sûretés¹⁸¹⁵.

La prudence nécessitait l'admission de la propriété cédée à titre de garantie que dans l'hypothèse de son utilité pratique, tel le cas de la cession de créance à titre de garantie et le transfert fiduciaire de somme d'argent¹⁸¹⁶.

Cette sûreté fait partie de l'une des plus grandes innovations de l'AUS, elle est utile aux entreprises et permet à la société titulaire de la propriété d'un bien immobilier, de la céder aux investisseurs à titre de garantie de ses obligations de remboursement, par le jeu de la clause de réserve de propriété¹⁸¹⁷ ou de la céder en garantie d'une créance de l'entreprise.

L'efficacité de la garantie a été constatée en période de cessation de paiement de l'entreprise, le créancier durant cette période est en mesure de s'attribuer la propriété du bien qu'il a conservé à titre de garantie sans intervention du juge.

Le droit OHADA facilite l'obtention des financements aux entreprises en garantissant la sécurité des investisseurs. En effet, La propriété cédée à titre de garantie serait relative, si le créancier se trouvait dans l'impossibilité de conserver cette propriété en cas de défaillance du débiteur. L'efficacité de la garantie se trouve dans les facilités qu'elle offre aux créanciers de recouvrer les sommes versées à titre de financement.

La propriété cédée à titre de garantie est de plus en plus utilisée dans la zone OHADA, les établissements financiers devraient favoriser le développement des pratiques de cession de créances professionnelles à titre de garantie dans cette zone, afin de faciliter le financement

¹⁸¹⁴ *Ibid.*

¹⁸¹⁵ La propriété cédée à titre de garantie a été progressivement admise en droit français.

¹⁸¹⁶ Pierre CROCQ, *op. cit.*, p.23.

¹⁸¹⁷ La réserve de propriété est une clause contractuelle destiné à garantir au vendeur qui a accordé à l'acheteur une créance, qu'il sera payé du prix de la chose vendue, sans avoir à subir un concours avec d'autres potentiels créanciers de l'acquéreur.

des PME. L'accès au crédit dans les petites et moyennes entreprises est faible, c'est la raison pour laquelle le législateur a voulu renforcer l'efficacité des garanties réelles traditionnelles. La cession de créance à titre de garantie et le transfert fiduciaire de somme d'argent pourraient aider les entreprises à accroître la confiance des investisseurs.

- **La cession de créance à titre de garantie**

La cession de créance à titre de garantie est régie par les articles 80 à 86 du projet de réforme de l'AUS, elle a beaucoup de points communs avec la cession *Daily*¹⁸¹⁸ régie par l'article L.313-23 et suivant du code monétaire et financier français¹⁸¹⁹.

La spécificité de cette garantie s'explique par le fait que sa pratique est limitée aux établissements financiers, il n'y a que les banques qui sont en mesure de financer les entreprises par le biais d'une cession à titre de créance. Les garanties de financement des entreprises varient et s'adaptent en fonction de la catégorie des créanciers et des investisseurs. Une banque pourrait céder la créance d'une société à titre de garantie des crédits qui lui sont accordés, afin de financer ses activités.

Une grande partie des investissements en Afrique provient des banques ou établissements de crédit, il était important de leur accorder une sûreté spécifique qui garantit leur financement à travers la cession de créance.

La créance cédée opposable au cessionnaire par le débiteur cédé est incessible¹⁸²⁰, la banque en tant que cessionnaire peut s'opposer à la cession de la créance de l'entreprise débitrice à une catégorie de créancier. La cession de créance est exclusive aux établissements de crédit, les autres catégories d'investisseurs, tels les particuliers ne peuvent s'en prévaloir.

Cette exclusivité se justifie par la place importante des banques dans le financement des entreprises, les banques africaines et internationales font partie des plus gros investisseurs des entreprises. Par exemple, la Banque africaine de développement est l'une des plus grosses banques d'investissement de l'Afrique, les financements ne sont plus le fait des seules structures multinationales (Groupe banque mondiale, Banque européenne d'investissement,

¹⁸¹⁸ Encore appelée bordereau *Daily*, elle permet la cession de toutes les créances (factures, honoraires, etc.) à un établissement financier qui verse le montant total sous forme d'avance.

¹⁸¹⁹ Pierre CROCQ, *op. cit.*, p.23.

¹⁸²⁰ Cabinet LOVELLS et CLIFFORD Chance, Professeur Pierre CROCQ, Professeur Issa SAYEG.

Agence française de développement, Banque africaine de développement)¹⁸²¹. Les fonds attribués par les banques sont devenus indispensables pour le développement des activités économiques, elles contribuent au dynamisme des économies africaines en favorisant le financement de leurs entreprises dans plusieurs domaines.

La mise en œuvre de garanties efficaces et adaptées à l'échelle de l'ensemble des Etats de la zone encourage la vie des affaires, elles ont permis ces dix dernières années, de faciliter largement le développement des investissements.

L'acte uniforme sur les sûretés fait partie des exemples les plus marquants du traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires signé le 17 octobre 1993 par le biais d'actes uniformes qui s'appliquent directement, sans mesures nationales de transposition à l'ensemble du droit des Etats membres, afin d'apporter aux investisseurs une sécurité juridique par la création de règles communes et modernes.

La cession de créance en droit OHADA revêt le respect d'un certain nombre de conditions, elle doit être constatée par un écrit mentionnant, sous peine, de nullité, la désignation de la ou des créances cédées à titre de garantie¹⁸²².

La cession a un effet entre les parties¹⁸²³, en dépit du fait que la créance cédée est née d'un contrat à exécution successive, le cédant à compter de cette date n'est plus en mesure de modifier l'étendue des droits attachés à la créance cédée, les accessoires de la créance cédée devraient en principe être transférés au cessionnaire¹⁸²⁴.

La cession n'est opposable au débiteur de la créance cédée qu'une fois qu'elle lui a été notifiée, les sommes payées au cessionnaire au titre de la créance cédée¹⁸²⁵ sont imputées sur la créance garantie lorsqu'elle est échue.

Le surplus doit être restitué au cédant, afin d'éviter de le spolier, l'AUS précise que toute clause contraire serait réputée écrite¹⁸²⁶.

La cession de créance à titre de garantie en droit OHADA relève d'un domaine beaucoup plus large que la cession « *Daily* » en droit français, elle peut avoir pour objet une créance qui n'a

¹⁸²¹ Sébastien THOUVENOT, Boris MARTOR, *op. cit.*, p.1.

¹⁸²² Article 81 de l'AUS.

¹⁸²³ Article 82 de l'AUS.

¹⁸²⁴ Article 83 de l'AUS.

¹⁸²⁵ Ce qui comprend d'éventuels fruits de cette créance.

¹⁸²⁶ Pierre CROCQ, *op. cit.*, p.23.

pas de caractère professionnel et cela même lorsque le cédant ou le débiteur cédé sont des personnes physiques.

Le débiteur cédé, personne physique non professionnelle, est juridiquement protégé, le droit OHADA lui interdit de procéder lui seul à des actes dont les effets pourraient modifier sa situation juridique et le priver du bénéfice de l'opposabilité des exceptions. L'acceptation de la cession n'est possible que « lorsque le débiteur de la créance cédée est un débiteur professionnel au sens de l'article 3 du présent Acte uniforme »¹⁸²⁷, il s'agit du débiteur dont la dette est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles même si celle-ci n'est pas principale. L'opposabilité de la cession de créance à titre de garantie au tiers est soumise à une inscription au RCCM, elle permet d'assurer leur sécurité juridique¹⁸²⁸. Cependant, certaines entreprises ne souhaitent pas que les tiers soient au courant de la cession de leurs créances à leur banque. L'opposabilité des sûretés portant sur des créances est conditionné par une n'est acceptable, en pratique, que si le registre du crédit mobilier et les modalités d'inscription sont devenues électroniques.

Enfin, parmi les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité, il y a le transfert fiduciaire des sommes d'argent.

- **Le transfert fiduciaire d'une somme d'argent**

Le droit OHADA s'est montré innovant, il introduit au sein de l'AUS une toute nouvelle sûreté qui était depuis lors inconnue du droit OHADA, le transfert fiduciaire des sommes d'argent, mais son régime juridique est différent de celui proposé par le code civil français.

En effet, la proposition faites par la commission « Grimaldi » de réglementer le transfert fiduciaire de somme d'argent sous la forme d'un nantissement de monnaie scripturale n'a pas été reprise dans l'ordonnance du 23 mars 2006, elle a laissé passer l'occasion de clarifier le cadre juridique des sûretés portant sur une somme d'argent. Cette opportunité n'a pas été négligée par l'AUS qui reprend beaucoup de règles qui ne figuraient pas dans l'avant-projet de la commission « Grimaldi », l'AUS donne à cette sûreté une nature juridique quelque peu différente¹⁸²⁹.

¹⁸²⁷ Article 85 de l'AUS.

¹⁸²⁸ Pierre CROCQ, *op. cit.*, p.24.

¹⁸²⁹ *Ibid.*

L'avant-projet élaboré par la commission « GRIMALDI » s'est limité de faire de cette garantie un simple nantissement portant sur des fonds figurant sur un compte bloqué ouvert au nom du constituant, en lui conférant une plus grande efficacité, car il était affirmé dans deux articles de ce texte que « ni le constituant, ni le tiers, ni le syndic d'une procédure d'insolvabilité contre le constituant ou le débiteur demeure sans effet sur la réalisation du nantissement ».

L'article 87 de la réforme de l'AUS du 15 décembre 2010 en fait une garantie fiduciaire, par le biais du transfert de la propriété des fonds affectés en garantie au bénéficiaire de cette sûreté.

Ces fonds doivent obligatoirement être inscrits sur un compte bloqué non pas au nom du constituant, mais au nom du créancier.

Dès lors, il n'est plus nécessaire de prévoir que le constituant ou ses créanciers ne peuvent récupérer ces fonds ou qu'une procédure collective ouverte à l'encontre du constituant ne remet pas en cause l'efficacité de cette sûreté, ces différentes conséquences se déduisant du seul fait que le constituant n'est pas le titulaire du compte¹⁸³⁰.

La production de ces conséquences nécessite que la garantie soit valablement constituée, afin de respecter le principe de spécialité¹⁸³¹. Ce principe requiert d'une part, la rédaction d'un écrit qui « détermine la ou les créances garanties, ainsi que le montant des fonds cédés à titre de garantie, et identifie le compte bloqué » et d'autre part une rédaction opposable aux tiers, par la notification à l'établissement gérant le compte¹⁸³². Une formalité de publicité au RCCM n'est pas nécessaire, car le transfert fiduciaire de somme d'argent est une sûreté avec dépossession¹⁸³³.

Le transfert de la propriété des fonds au créancier peut faire courir un risque au constituant lorsque ce dernier n'avait pas la garantie du recouvrement des sommes et de leurs intérêts, en cas de complet paiement de la créance garantie.

Ce risque est conjuré d'une part, par l'article 90 du projet prévoyant que « si les fonds cédés produisent des intérêts, ils sont portés au crédit du compte, sauf convention contraire » et

¹⁸³⁰ *Id Ibid.*

¹⁸³¹ Article 88 de l'AUS.

¹⁸³² Article 89 de projet de l'AUS.

¹⁸³³ Pierre CROCQ, *op. cit.*, p.24.

d'autre part, par le fait que les fonds se trouvent sur un compte bloqué¹⁸³⁴ et que le déblocage de ce compte ne peut se faire que dans le respect de l'article 91 de l'AUS.

Cet article prévoit qu'en cas de complet paiement à l'échéance de la créance garantie, les fonds doivent être restitués au constituant de la sûreté et ce n'est qu'à défaut de ce complet paiement et huit jours après que l'entreprise est avertie que le créancier peut récupérer les fonds dans la limite du montant restant impayé de la créance garantie¹⁸³⁵.

Le compte est saisissable, car les fonds appartiennent à la société bénéficiaire de la sûreté. Cependant, un créancier saisissant ne peut acquérir plus de droits que son débiteur, la saisie ne pourrait avoir effet que lorsque, à la date d'exigibilité, les fonds sont remis à la société bénéficiaire de la sûreté¹⁸³⁶.

Le « transfert fiduciaire » depuis sa création en 2010 fait l'objet de confusion, les praticiens considèrent que son appellation est complexe¹⁸³⁷, elle est à l'origine des difficultés, en matière d'opposabilité aux tiers. Les praticiens ont proposé de nouvelles solutions, afin de renforcer son efficacité pour les entreprises.

Le transfert fiduciaire est l'une des sûretés les plus prisées par les établissements financiers¹⁸³⁸, en raison des méthodes de constitution, de réalisation rapide et de la trésorerie immédiate qu'elle offre¹⁸³⁹. La qualité de cette garantie ne fait aucun doute, elle fait partie des sûretés les plus efficaces¹⁸⁴⁰.

Cette sûreté sécurise les droits des créanciers, elle ne peut s'établir que par le biais d'une convention¹⁸⁴¹ aux termes de laquelle « Un constituant cède des fonds à un créancier en garantie de l'exécution d'une obligation. Ces fonds doivent être inscrits sur un compte bloqué,

¹⁸³⁴ Cela permet d'empêcher le créancier d'en disposer.

¹⁸³⁵ Pierre CROCQ, *op. cit.*, p.24. Toute clause contraire étant réputée non écrite.

¹⁸³⁶ *Ibid.*

¹⁸³⁷ Arlette BOCCOVI, « Le transfert fiduciaire de somme d'argent en droit OHADA de l'opposabilité aux tiers », *Revue du droit des affaires en Afrique, RDDA*, décembre 2015, p.3.

¹⁸³⁸ En qualité de créanciers.

¹⁸³⁹ Commission Bancaire de l'Afrique centrale.

¹⁸⁴⁰ Article 18 et suivant du règlement 214/01 de la commission bancaire de l'Afrique centrale concernant la classification, la comptabilisation, et le provisionnement des créances des établissements de crédit. Ce règlement exempte de tout provisionnement une créance en souffrance garantie par un transfert fiduciaire de somme d'argent. Selon Arlette BOCCOVI « C'est une créance qui s'oppose à la créance saine, la créance en souffrance est toute souffrance dont le remboursement ne s'effectue pas selon les termes contractuels. Dans l'hypothèse d'une créance en souffrance. La réglementation bancaire exige un provisionnement de la créance sauf exemption ».

¹⁸⁴¹ Article 87 de l'AUS.

ouvert au nom du créancier dans les livres d'un établissement créancier habilité à les recevoir ».

Le transfert de propriété est maintenu toute la durée de la sûreté¹⁸⁴², mais à la différence du nantissement de créance, l'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier est facultative¹⁸⁴³.

Les entreprises, par le biais du transfert fiduciaire peuvent gagner du temps en matière d'obligations et de formalités administratives, à la différence d'une sûreté mobilière classique initiée à la requête du créancier, de l'agent des sûretés ou du constituant¹⁸⁴⁴. Le transfert fiduciaire de somme d'argent permet à l'entreprise de bénéficier d'une réduction des frais élevés d'inscription, calculés en pourcentage du montant de la créance à nantir, ces frais sont le plus souvent à la charge du constituant¹⁸⁴⁵.

Cependant pour que le transfert fiduciaire produise l'effet de garantie attendu à l'égard des tiers, il est important que les sommes bloquées ne fassent l'objet d'aucune contestation par les héritiers ou quelconque ayant droit du constituant en mesure de réclamer à son propre profit. L'article 89 le rend opposable aux tiers à partir de la date de notification adressée à l'établissement financier ayant ouvert le compte bloqué au nom du créancier¹⁸⁴⁶.

L'efficacité de la notification et par conséquent de la sûreté requiert des observations relatives aux formalités de l'acte¹⁸⁴⁷. En effet, le droit OHADA prévoit que lorsque le créancier du compte est une personne autre que l'établissement financier chargé de la gestion des sommes bloquées, la notification est simplement faite à celui-ci. De plus, lorsque le créancier est également la banque dans les livres de la laquelle se trouve le compte bloqué, il devrait à lui-même se notifier l'existence de ce compte comportant le transfert fiduciaire de somme

¹⁸⁴² Article 87 de l'AUS.

¹⁸⁴³ Arlette BOCCOVI, *op. cit.*, p.4. Ce caractère facultatif facilite la pratique.

¹⁸⁴⁴ Article 51 de l'AUS.

¹⁸⁴⁵ La base de ce principe en cas de carence législative dans les pays membres de l'OHADA, peut être conventionnelle.

¹⁸⁴⁶ Arlette BOCCOVI, *op.cit.*, p.5. Selon l'article 90, le compte bloqué peut faire l'objet d'une rémunération, ce qui nécessite qu'elle soit convenue au préalable avec la banque chargée de la gestion du compte.

¹⁸⁴⁷ En ce qui concerne cet aspect, aucune solution n'a encore été donnée par l'AUS. La notification peut être le fait du créancier ou du constituant. D'où l'intérêt de le faire avant toute conclusion de la convention et de l'ouverture de sa garantie en dépend. La banque chargée de la gestion du compte bloqué est le destinataire de la notification.

d'argent¹⁸⁴⁸. La licéité de cette opération se justifie par le fait qu'une même personne a la possibilité d'agir en deux qualités différentes¹⁸⁴⁹.

En droit français, dans le cadre des voies d'exécutions, il est expressément prévu qu'une entreprise débitrice puisse avoir la possibilité de saisir à titre conservatoire, entre ses mains, les sommes dues à un créancier, qu'elle estime être à son tour un créancier¹⁸⁵⁰. La convention conclue avec soi-même est valable à condition qu'elle garantisse des agissements différents en fonction des qualités exercées¹⁸⁵¹. La même personne est autorisée à conclure, contracter avec son cocontractant deux conventions, sous des statuts juridiques différents, l'un en qualité de mandataire, l'autre en qualité de commissionnaire¹⁸⁵².

L'important pour le gérant du compte et le créancier représenté par une seule personne est d'apporter la preuve de l'exactitude de la date de la notification, commandant la sécurité de la sûreté par son opposabilité aux tiers¹⁸⁵³. L'établissement financier en tant que créancier et gérant des sommes bloquées est en mesure de satisfaire la condition d'opposabilité aux tiers que le législateur soumet à la notification par deux voies différentes. La notification peut être le fait d'un acte sous seing privé ou d'un acte d'huissier¹⁸⁵⁴, mais la notification par huissier est plus sécurisante¹⁸⁵⁵.

En définitive, les sûretés propriétés constituent des garanties dotées d'une redoutable efficacité, elles permettent le contournement des procédures collectives d'apurement du passif des débiteurs. La pratique les désigne par « sûretés d'évitement »¹⁸⁵⁶, le droit OHADA a fait des efforts en instaurant dans le nouvel AUS des instruments adaptés aux besoins de financement des entreprises, tel le transfert fiduciaire des sommes d'argent et bien d'autres.

La fiducie est considérée comme la reine des sûretés en droit OHADA, en raison de son efficacité lorsque l'entreprise rencontre des difficultés, elle est inspirée de la fiducie française

¹⁸⁴⁸ Arlette BOCCOVI, *op. cit.*, p.5.

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*

¹⁸⁵⁰ Cassation, 2^{ème} chambre civile 4-7-2007 n°06-14.825 : Bull. civ. II n°201, la convention avec soi-même est admise à condition d'assurer un agissement au titre des deux statuts différents.

¹⁸⁵¹ Tribunal de grande instance de Bordeaux, 5^{ème} chambre civile, jugement du 07 novembre 2013.

¹⁸⁵² CA Paris 24-91981 : BT 1982.198.

¹⁸⁵³ Arlette BOCCOVI, *op. cit.*, p.6.

¹⁸⁵⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵⁵ C'est que l'on appelle la signification en voie d'exécution, elle comporte aussi bien la preuve de la date de la notification, et celle de la prise d'effet de son opposabilité.

¹⁸⁵⁶ François NOUVION, « la réforme du droit OHADA des sûretés mobilières », www.agencecofin.com.

qui apporte une sécurité juridique au créancier et à l'investisseur¹⁸⁵⁷. L'objectif du législateur OHADA est d'améliorer et adapter la fiducie aux réels besoins des entreprises de l'OHADA à l'image de la fiducie française¹⁸⁵⁸.

Le recours au nantissement de compte bancaire¹⁸⁵⁹ permet de procéder à un dépôt à terme pour constituer l'assiette d'un transfert fiduciaire de somme d'argent¹⁸⁶⁰. Cependant, l'application des dispositions relatives au transfert fiduciaire crée des difficultés pratiques. En effet, le transfert fiduciaire risque de susciter peu d'intérêt pour les banques du fait de la complexité de sa formalisation par rapport à la législation et la pratique bancaire.

Les structures financières sont souvent confrontées à la problématique d'interprétation et d'application des mesures relatives au transfert fiduciaire de somme d'argent. L'analyse en profondeur des dispositions montre que le législateur a défini les contours de l'AUS dans un rapport cadré entre le client, la banque et les structures désignées pour assurer la gestion du compte¹⁸⁶¹. Le professeur DIALLO Mamadou, indique « que l'on est même tenté de se demander si le législateur OHADA n'a pas voulu poser les jalons d'une consécration de l'agent fiduciaire après celle de l'agent de sûreté qui constitue la grande innovation de l'acte uniforme ». Les dispositions de l'Acte uniforme attestent de la véracité de cette idée, parmi lesquelles on peut citer :

L'article 87 alinéa 2 : « Ces fonds doivent être inscrits sur un compte bloqué ouvert au nom du créancier dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir ».

L'article 89 : « Le transfert fiduciaire devient opposable aux tiers à la date de sa notification à l'établissement de crédit teneur de compte ».

L'article 91 alinéa 2 : « En cas de défaillance du débiteur et huit jours après que le constituant en ait été dûment averti, le créancier peut se faire remettre les fonds cédés dans la limite du montant des créances garanties demeurant impayées ».

De ces articles se dégagent trois idées :

¹⁸⁵⁷ Elle est régie par la loi n°2007-211 du 19 février 2007, c'est le principal mécanisme faisant usage de la propriété à des fins de garantie ou de gestion depuis plusieurs années.

¹⁸⁵⁸ Différence entre fiducie française et transfert fiduciaire de somme d'argent dans l'OHADA.

¹⁸⁵⁹ Nouveauté dans l'acte uniforme art.136 à139 de l'AUS.

¹⁸⁶⁰ Mamadou DIALLO, « Contribution au Diagnostic des difficultés d'application par les établissements financiers du nouvel acte uniforme sur les droits des sûretés », *Revue de l'ERSUMA*, n°2, mars 2013, p.1.

¹⁸⁶¹ *Ibid.*

L'idée d'un compte au nom du créancier¹⁸⁶² dans un établissement de crédit habilité à la réception des fonds objet de la garantie.

La notification de la réalisation de la garantie à l'établissement teneur de compte ;

La remise des fonds au constituant en cas de défaillance du débiteur examine successivement ces différentes idées et leur application dans la pratique¹⁸⁶³.

Les banques pourraient éprouver de sérieuses difficultés à comptabiliser dans leurs livres un actif appartenant à leur clientèle et inscrit dans un compte ouvert en leur propre nom en leur statut de créancier banquier prêteur. Cette difficulté apparaît lorsque le créancier banquier procède à la rémunération des sommes versées dans son propre compte ouvert en son nom propre pour couvrir les obligations de sa clientèle¹⁸⁶⁴.

De plus, lorsque l'établissement dépositaire des fonds n'est pas la banque prêteuse, d'autres difficultés peuvent surgir. En effet, si cette thèse est théoriquement acceptable, il est difficile pour une banque de confier la gestion des fonds garantissant les obligations auxquelles sont soumis son propre débiteur. La quête de ressources financières et la rivalité entre les établissements financiers font que certaines mesures devraient s'adapter à la réalité des Etats¹⁸⁶⁵.

Par exemple, en ce qui concerne l'usage de la notion de « notification »¹⁸⁶⁶, il est prévu à l'article 89 de l'AUS que « Le transfert fiduciaire des sommes d'argent devient opposable aux tiers à la date de sa notification à l'établissement teneur de compte ». La notification est « l'opération par laquelle un acte judiciaire ou extrajudiciaire est portée à la connaissance de son destinataire »¹⁸⁶⁷, mais la logique voudrait que la notification fasse intervenir les deux parties c'est à dire l'expéditeur et le destinataire¹⁸⁶⁸.

Cependant, il est difficile de concevoir que l'expéditeur soit en même temps le destinataire de la notification ou plus précisément que le banquier prêteur, soit en même temps le banquier

¹⁸⁶² Au nom du débiteur comme tel est le cas dans la pratique.

¹⁸⁶³ Mamadou DIALLO, *op. cit.*, p.2.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*

¹⁸⁶⁵ Ceci peut réduire l'efficacité de la garantie.

¹⁸⁶⁶ Article 89 de l'AUS.

¹⁸⁶⁷ Propos du professeur Rémi CABRILLAC.

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*, p.3. C'est le cas lorsque le banquier est différent du prêteur teneur du compte.

ayant déposé les fonds, se notifiant à lui-même la prise de garantie¹⁸⁶⁹. En effet, tel n'est pas l'esprit du texte lorsque nous analysons les dispositions de l'article 91 alinéas 2 qui traite des conditions de réalisation de la garantie en cas de défaillance de l'entreprise débitrice¹⁸⁷⁰.

Cet article indique « qu'en cas de défaillance du débiteur et huit jours après que le constituant en été dûment averti, le créancier peut se faire remettre les fonds cédés dans la limite du montant des créances garanties demeurant impayées ». Les options prévues sont prévues, soit le dépôt des fonds est le fait de la structure financière autre que la banque à l'origine du prêt, dans ce cas la thèse du rapport triangulaire entre la banque, l'établissement financier teneur de compte et le client est confortée, soit le dépôt des fonds est le fait de la structure bancaire à la fois prêteur et dépositaire des fonds¹⁸⁷¹.

Le législateur OHADA a cependant posé les fondements institutionnels de l'agent de fiducie, en dépit de ces quelques difficultés pratiques. Ce mode de gestion externe des garanties de la clientèle portant sur des sommes d'argent est peu connu de la plupart des systèmes juridiques anglo-saxon.

L'efficacité et l'efficience de la fiducie est prouvée par une l'amélioration de l'environnement des affaires, le développement du crédit et par une véritable sécurisation des opérations de financement dans les pays de l'OHADA. L'idée est de promouvoir des garanties adaptées aux besoins de financement des entreprises africaines, à l'image des garanties observées à l'échelle international.

Le transfert fiduciaire de somme d'argent commence à être utilisé par bon nombre d'Etats africains dans le cadre des conventions pétrolières d'exploration, de production et de partage de production pour assurer une bonne exécution par les exploitants de leurs devoirs de réhabilitation des sites¹⁸⁷².

Le Gabon, depuis la loi du 28 août 2014 portant réglementation du secteur des hydrocarbures oblige les exploitants à doter la constitution des fonds de réhabilitation « d'un mécanisme juridique approprié de protection et de garantie contre notamment les risques de défaillance

¹⁸⁶⁹ Cet exemple est très rare à trouver dans la mesure où le créancier fait une saisie conservatoire ou une attribution de créance entre ces propres mains.

¹⁸⁷⁰ Mamadou DIALLO, *op. cit.*, p.3.

¹⁸⁷¹ *Ibid.*

¹⁸⁷² Thibaud FORBIN, « L'utilisation du mécanisme de transfert fiduciaire de somme d'argent en droit OHADA dans le cadre des contrats d'exploitation pétrolière », *Aspect juridiques* n°109, p.1. www.mwe.com.

du constituant ou de saisie des créanciers »¹⁸⁷³. Le transfert fiduciaire des sommes d'argent est un moyen de se protéger des risques de saisie des tiers à l'encontre de l'Etat et du dépositaire des fonds.

Cette obligation s'explique par le fait que les Etats Africains sont la plupart endettés et à la merci de « fonds vautours » qui seraient tentés d'une saisie des sommes déposées dans les fonds de réhabilitation dont les montants sont souvent significatifs. La saisie de ces fonds entre les mains de l'Etat permettrait à l'exploitant d'éviter un double paiement des coûts de réhabilitation des sites pétroliers.

Le recours au transfert fiduciaire à titre de garantie est efficace lorsqu'il fait l'objet d'une véritable fiducie garantie, il conduit à un transfert de propriété des fonds à titre de garantie pour l'entreprise constituante¹⁸⁷⁴ au fiduciaire¹⁸⁷⁵ avec l'obligation pour le fiduciaire d'assurer le transfert des fonds au bénéficiaire¹⁸⁷⁶ en cas de défaillance de l'entreprise.

Cette technique permet la mise en place d'un véritable patrimoine d'affectation sur lequel ni les créanciers de l'entreprise, ni les créanciers de la banque, ni les créanciers de l'Etat, n'auraient de droits¹⁸⁷⁷. La sécurité juridique de l'investisseur est garantie puisqu'il devient propriétaire des sommes bloqués en cas de défaillance de la société¹⁸⁷⁸.

Cependant, le législateur ne s'est pas prononcé sur l'identité du bénéficiaire, on ignore s'il s'agit de la banque dans les livres de la laquelle l'ouverture du compte bloqué doit être faites ou de l'Etat au nom duquel l'ouverture est prévue¹⁸⁷⁹.

Le « compte bloqué » dans lequel se trouvent les sommes bloquées, suffit-il à garantir qu'elles sont détenues dans un patrimoine fiduciaire séparé du patrimoine de la Banque et de l'Etat¹⁸⁸⁰ ? Cet aspect essentiel de l'opération n'a pas été clarifié par le droit OHADA, mais les sommes bloquées sont indisponibles pour le constituant, le bénéficiaire ne pourrait l'utiliser que dans la limite de sa propriété fiduciaire.

¹⁸⁷³ *Ibid.*

¹⁸⁷⁴ L'exploitant.

¹⁸⁷⁵ La banque.

¹⁸⁷⁶ L'Etat.

¹⁸⁷⁷ Thibaut FORBIN, *op.cit.*

¹⁸⁷⁸ Après le délai de huit jours initialement prévu par l'AUS.

¹⁸⁷⁹ Thibaut FORBIN, *op. cit.*

¹⁸⁸⁰ *Ibid.*

La conclusion de contrat-fiducie-sûreté entre le client, la banque et l'établissement financier teneur de compte est impérative¹⁸⁸¹, elle permet de pallier les incohérences et améliorer l'efficacité pratique du transfert fiduciaire. Cette convention devra expliciter les modalités de fonctionnement de la fiducie-sûreté et le rôle de chaque partie. La jurisprudence française datant d'avant la consécration de la fiducie en droit français avait invalidé la fiducie sûreté, car le droit français ignorait la propriété fiduciaire cédée à titre de garantie¹⁸⁸², à la différence de l'OHADA qui consacre la propriété cédée à titre de garantie¹⁸⁸³.

Le cadre juridique des garanties réelles et personnelles s'est amélioré, les nouvelles sûretés ont permis de faciliter le financement des entreprises.

§ 2. La prise en compte de nouveaux mécanismes de garantie de financement

Le développement du crédit et le financement des entreprises requiert de nouvelles garanties, telles l'Agent de sûreté¹⁸⁸⁴ et les nantissements. Le législateur OHADA a constaté que les entreprises africaines avaient besoin de nouvelles garanties de financement, afin de renforcer leur sécurité juridique, « La sécurisation du crédit est une réelle nécessité et constitue un élément fondamental pour favoriser le développement économique du crédit en Afrique »¹⁸⁸⁵.

Le contexte économique africain est complexe, les structures financières sont réticentes à financer les entreprises des Etats à faible stabilité économique, les entreprises doivent certifiées aux banques que les sommes prêtées seront remboursées à temps.

Le professeur LEGEAIS Dominique disait que « Les sûretés et les garanties du crédit doivent être appréhendées comme un jeu de stratégie dans lequel chaque joueur, considéré comme chaque créancier, doit se munir de la carte stratégique, entendons par là, la meilleure sûreté ou garantie en vue de s'assurer, une fois le crédit donné, d'être payé par le débiteur ou simplement par celui à qui on aura fait du crédit ».

La création de nouveaux outils juridiques est l'unique moyen pour rassurer les investisseurs et les encourager à financer les entreprises. Le financement est le fondement du développement

¹⁸⁸¹ FORBIN Thibaut, *op. cit.*

¹⁸⁸² *Ibid.*

¹⁸⁸³ Article 79 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

¹⁸⁸⁴ Michel BRIZOUBA-BI, *op. cit.*, p.3.

¹⁸⁸⁵ Ikael Frank SOLOU.

des activités entrepreneuriales, de l'économie et du crédit. Les pays OHADA ont compris que « sans sûretés, pas de crédit, sans crédit, pas d'économie moderne »¹⁸⁸⁶.

L'augmentation en nombre et la complexité des opérations de financement en droit OHADA a conduit le législateur à consacrer l'Agent de sûreté chargé de la constitution, de la gestion, et l'exécution des sûretés telles que le ferait un fiduciaire en droit français (A) et le nantissement de compte des titres financiers (B).

A. Consécration de l'agent de sûreté

L'article 5 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés prévoit que « toute sûreté ou garantie de l'exécution d'une obligation peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée par une institution financière ou un établissement de crédit national ou étranger, agissant, en son nom et en qualité d'agent des sûretés, au profit des créanciers de la ou des obligations garanties l'ayant désigné à cette fin ».

Le professeur Mactar SAKHO¹⁸⁸⁷ a indiqué que l'agent des sûretés est proche du fiduciaire français¹⁸⁸⁸. En effet, il n'existe pas une grande différence entre ces deux notions, mis à part une récente modification de la réglementation française accordant la qualité de fiduciaire aux avocats¹⁸⁸⁹. Cependant, en droit français l'agent fiduciaire est muni d'un mandat spécial, tandis qu'en droit OHADA, il a un mandat général.

Le rôle de l'Agent de sûreté est de constituer au profit de l'entreprise à la recherche de financement une ou plusieurs sûretés par inscription auprès des autorités compétentes. L'agent de sûreté est responsable de la gestion des garanties, des obligations et de leur réalisation¹⁸⁹⁰.

L'agent doit faire mention de sa qualité durant l'exercice de sa mission¹⁸⁹¹ et celle-ci est suffisante qu'il n'est pas nécessaire de lui doter d'un pouvoir spécial pour la représentation des créanciers et leurs intérêts en justice¹⁸⁹².

¹⁸⁸⁶ Propos des professeurs Philippe MALAURIÉS et Laurent AYNES.

¹⁸⁸⁷ Mactar SAKHO, « Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés : propos introductifs autour d'une refonte d'envergure du droit des sûretés », *Revue Ersuma*, édition spécial 2011.

¹⁸⁸⁸ Ikael Frank SOLOU, « Les crypto-fiducies du droit OHADA pour la sécurisation et le développement du crédit en Afrique », www.reseau-red.com.

¹⁸⁸⁹ Nouvel article 2015, modifié par la loi n°2008-776 du 04 août 2008 portant modernisation de l'économie.

¹⁸⁹⁰ Ikael Franck SOLOU, *op. cit.*,

¹⁸⁹¹ Ceci n'est pas obligatoire pour le fiduciaire en droit français.

L'AUS a fait de l'agent des sûretés une véritable institution¹⁸⁹³, chargée d'assurer la représentation des créanciers dans leurs liens avec le débiteur, leurs garants, les tiers, les personnes, ayant affecté ou cédé un bien en garantie¹⁸⁹⁴. Le transfert fiduciaire, les garanties et sûretés gérées par l'agent de sûreté font l'objet d'un patrimoine d'affectation, elles sont placées dans un compte spécial¹⁸⁹⁵.

Le compte ne peut être saisi que par les créanciers titulaires¹⁸⁹⁶, ils gèrent l'ensemble des biens à l'exception des créances liées à la gestion de ce patrimoine¹⁸⁹⁷.

Ce compte a pour effet de protéger le patrimoine du contractant de l'agent des sûretés, il est traité à l'article 9 de l'AUS qui pose le principe de l'insaisissabilité du patrimoine d'affectation y compris en cas ouverture d'une procédure collective contre l'agent des sûretés OHADA¹⁸⁹⁸.

L'Agent des sûretés sur de nombreux points convergent avec la fiducie en droit français, il sécurise les opérations de financement et de remboursement entre entreprises et investisseurs. L'agent de sûreté se répand de plus en plus en Afrique, les établissements de crédit de droit congolais sont autorisés à exercer des activités d'agent de sûretés sur le territoire de la RDC¹⁸⁹⁹.

Le mécanisme d'Agent de sûreté instauré en droit OHADA est tellement efficace, qu'il inspire le législateur français. En effet, l'ordonnance n°2019 - 486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, opère une révision totale du cadre juridique de l'agent des sûretés, inspirée pour une grande part du régime juridique de l'agent des sûretés en droit OHADA¹⁹⁰⁰. L'Agent des sûretés après la loi PACTE¹⁹⁰¹ devient en droit français, un

¹⁸⁹² Article 8 de l'AUS.

¹⁸⁹³ Auguste Guy LIKILLIMBA, « l'Agent de sûretés en droit OHADA, régime juridique » *Revue de l'Ersuma*, 2011.

¹⁸⁹⁴ Ikael Franck SOLOU, *op.cit.*

¹⁸⁹⁵ Chiffot Frédérique BOURGEOIS, Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires

¹⁸⁹⁶ Article 8 de l'AUS.

¹⁸⁹⁷ Ikael Franck SOLOU, *op.cit.*

¹⁸⁹⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹⁹ Article 9 de la loi bancaire en RDC ; certaines structures financières sont soumis l'agrément de la banque centrale conformément à l'article 10 de la loi bancaire, sauf substitution à une banque locale congolaise.

¹⁹⁰⁰ Article 5 à 11 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA).

¹⁹⁰¹ L'entrée en vigueur de cette loi est prévue le 22 février 2020.

outil opérationnel dans les financements syndiqués. La loi PACTE¹⁹⁰² a pour objectif de clarifier et améliorer la lisibilité du droit des sûretés, et de renforcer son efficacité.

Cette sûreté est une véritable source d'attractivité des investisseurs en France et dans les pays de l'OHADA. La sécurité des créanciers est au cœur de la réforme, le domaine d'application de l'agent des sûretés en droit français ne se limite plus aux sûretés réelles, mais s'applique à « toute sûreté ou garantie », y compris les sûretés personnelles.

L'agent des sûretés peut être désigné dans le cadre d'une convention par les créanciers, afin d'assurer leur protection¹⁹⁰³. En effet, Les investisseurs sont protégés des autres créanciers de l'entreprise débitrice, des créanciers titulaires de droit de suite, des créanciers titulaires de l'agent des sûretés et d'une éventuelle procédure collective ouvert à son égard.

L'Agent de sûreté¹⁹⁰⁴ doit toujours se plier à son devoir de préserver les intérêts des créanciers¹⁹⁰⁵. Les entreprises africaines et françaises ont à leur disposition les montages juridiques nécessaires pour faciliter la réalisation de leur projet, il appartient aux principaux acteurs¹⁹⁰⁶ d'en faire bon usage.

Le législateur OHADA a su privilégier les investissements importants réalisés par les pools bancaires. La réforme de l'AUS par la consécration de l'agent de sûreté s'est efforcée à donner une réglementation adaptée aux entreprises, en contournant les contraintes subies en droit français par l'actuel article 2328-1 du code civil.

Le nouveau cadre juridique de l'Agent de sûreté est explicite, y sont consacrés sept articles¹⁹⁰⁷. Cependant, les pays de l'OHADA ne connaissent pas le trust et la fiducie, il était impossible de procéder à des renvois législatifs sur ces matières, d'où la création du contrat d'une convention spéciale proche du contrat de commission et de la fiducie¹⁹⁰⁸ : le contrat d'agent de sûreté.

¹⁹⁰² Elle complète la réforme du droit des sûretés déjà entamée par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006.

¹⁹⁰³ Dans le cadre de cette mission, il a la possibilité de procéder à une déclaration de créance, sans mandat spécial.

¹⁹⁰⁴ Il est régi en droit français par l'article 2328-1 du code civil.

¹⁹⁰⁵ Dans le cas contraire, il risque un remplacement pour manquement à ses devoirs.

¹⁹⁰⁶ Banques commerciales françaises, africaines, et institutions financières de développement.

¹⁹⁰⁷ L'article 5 à 11.

¹⁹⁰⁸ Pierre CROCQ, *op. cit.*, p.11. Dans cette dernière hypothèse, la réglementation des représentants fiduciaires que l'on trouve dans les articles 67 et suivants de la loi du 22 mars relative à titrisation.

Le mécanisme de l'agent de sûreté est souvent utilisé dans le cadre de financement dits syndiqués ou consortiaux¹⁹⁰⁹, issus de pools bancaires¹⁹¹⁰. Ce sont des groupements d'établissements de crédit qui soutiennent les clients dans les financements jugés risqués¹⁹¹¹.

Les sûretés permettent de limiter les risques d'insolvabilité de l'emprunteur, l'intervention de l'agent de sûreté est intéressante, lorsque plusieurs membres d'un même secteur bancaire sont titulaires de droits de créance propre à l'emprunteur.

L'agent de sûreté représente le débiteur commun et l'ensemble des créanciers des tiers. Cette unicité de l'agent des sûretés au service des pools chargés de distribuer des crédits contribue à améliorer la sécurisation des droits des créanciers.

De plus, il garantit aux structures de crédit la sécurisation de leur financement dans les secteurs de développement à haute valeur ajoutée en infrastructures de base, tels les marchés publics, partenariat public-privé, BOT, délégations de service public, concessions d'aménagement etc.¹⁹¹².

La fiducie à la différence de l'agent de sûretés correspond à « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits, des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »¹⁹¹³. Cette confusion est générée par les points communs cités précédemment¹⁹¹⁴.

L'article 2011 du code civil français autorise les membres d'une collectivité de créanciers¹⁹¹⁵ de nommer plusieurs agents fiduciaires, à la différence du droit OHADA des sûretés qui

¹⁹⁰⁹ Le crédit syndiqué est un financement à l'échelle internationale, dont la mise en œuvre s'effectue par l'attribution de ressources issues du marché monétaire international. Il s'agit d'un mode de financement prenant la forme d'un crédit bancaire à moyen terme. Généralement les établissements financiers se structurent en pool ou en syndicat. Cette une technique de rassemblement de fonds suffisants et adaptés à la demande des débiteurs, par une mutualisation des risques entre les différents établissements appartenant au syndicat.

¹⁹¹⁰ Groupement d'établissement bancaire qui participe au financement d'un projet.

¹⁹¹¹ Guy Auguste LIKILIMBA, *op. cit.*, p.1.

¹⁹¹² *Ibid.*

¹⁹¹³ Article 2011 et suivant du code civil français.

¹⁹¹⁴ La capacité de gérer des sûretés reçues, ou recevoir des constituants dans le cadre par hypothèse, d'un crédit consenti par un pool bancaire ou (plus souvent) par un autre groupe de créanciers. La faculté d'être propriétaire de certains biens issus de la réalisation d'une sûreté avec pacte comissoire, lorsqu'il s'agit d'une garantie portant sur une cession de créance ou un transfert fiduciaire de somme d'argent, lorsque l'agent de sûreté reçoit le paiement d'un garant ou un contre-garant, d'un débiteur délégué. Le devoir de placer ses biens dans un patrimoine différent de celui de l'agent des sûretés ou de l'agent fiduciaire.

¹⁹¹⁵ Par exemple le pool bancaire.

prévoit un agent des sûretés pour une opération de consorsial identique¹⁹¹⁶. Le patrimoine d'affectation et la représentation fiduciaire sont les éléments nécessaires à l'accomplissement des obligations respectives de l'agent des sûretés et du représentant fiduciaire en droit OHADA.

L'article 79 de l'AUDCG précise que l'agent des sûretés peut utiliser des procédés électroniques pour toute inscription ou demande d'inscription de sûretés au RCCM¹⁹¹⁷.

L'article 72, alinéa 6 de l'AUDCG ajoute que « c'est à l'agent des sûretés de saisir la justice en cas de non-transcription d'une sûreté dans le registre chronologique des dépôts et dans le répertoire alphabétique des données figurant dans le dossier transmis par le RCCM dans un délai de 48h à compter de la réception dudit dossier, pour solliciter cette transcription ».

L'agent de sûreté est responsable de la protection des investisseurs-créanciers, par le biais l'article 9 de l'AUS. Cet article prévoit que « Lorsque la constitution ou la réalisation d'une sûreté entraîne un transfert de propriété au profit de l'agent des sûretés, le ou les biens transférés forment un patrimoine affecté à sa mission et doivent être tenus séparés de son patrimoine propre par l'agent des sûretés.

Il en va de même des paiements reçus par l'agent des sûretés à l'occasion de l'accomplissement de sa mission. Sous réserve de l'exercice éventuel d'un droit de suite sur ces biens et hors les cas de fraude, ils ne peuvent alors être saisis que par les titulaires de créances nées de la conservation et de la gestion de ces biens, y compris en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif à l'encontre de l'agent des sûretés »¹⁹¹⁸.

De plus, « à défaut de disposition contraire dans l'acte le désignant, la responsabilité de l'agent des sûretés à l'égard des créanciers, les obligations garanties s'apprécie comme celle d'un mandataire salarié »¹⁹¹⁹. C'est une responsabilité pour faute dans l'exécution de la mission de mandat confiée à l'agent de sûretés.

¹⁹¹⁶ Guy Auguste LIKILIMBA, *op. cit.*, p.3.

¹⁹¹⁷ *Ibid.*, p.7.

¹⁹¹⁸ Article 9 de l'AUS.

¹⁹¹⁹ Article 11 de l'AUS.

En définitive, le nouvel acte uniforme sur le droit des sûretés fait de l'agent des sûretés un véritable outil de financement des entreprises, mais sa souplesse et son efficacité devrait s'appliquer sur le terrain de la pratique juridique, judiciaire et arbitrale¹⁹²⁰.

Dans le cas contraire, on peut craindre que cette technique soit mal utilisée et ternir l'image du crédit en droit OHADA ; et ce serait un éternel recommencement pour l'impératif de développement qui préside à la création du système juridique OHADA. La marche vers la sécurité juridique des opérateurs économique continue, le droit OHADA crée de nouvelles garanties portant sur les meubles incorporels, tel le nantissement de compte de titres financiers.

B. Nantissement de compte des titres financiers

La révision de l'acte uniforme sur le droit des sûretés, se situe dans le cadre d'une démarche visant l'accroissement du niveau de sécurité des investisseurs par des garanties faciles à mettre en œuvre et d'une réalisation aisée¹⁹²¹. Les Etats ont recours à tous les moyens légaux possibles pour améliorer la pratique du crédit dans l'espace OHADA¹⁹²².

La nouvelle révision a introduit plusieurs sûretés, telles la réserve de propriété¹⁹²³, la cession de créance à titre de garantie¹⁹²⁴, le transfert fiduciaire de somme d'argent¹⁹²⁵, le nantissement de compte bancaire¹⁹²⁶ et le nantissement de compte de titres financiers¹⁹²⁷.

L'article 146 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés définit le nantissement de titre financier comme : « La convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation l'ensemble des valeurs mobilières et autre titres financiers figurant dans ce compte ». Les valeurs mobilières sont des titres financiers qui peuvent figurer au crédit d'un compte, elles confèrent « des droits identiques par catégorie et donnent accès directement ou indirectement à une quotité du capital de la société émettrice, ou à un droit de créance général

¹⁹²⁰ Guy-Auguste LIKILLIMBA, *op. cit.*, p.7.

¹⁹²¹ Gaston DOUJANI KENFACK, « Les nouvelles sûretés introduites dans l'acte uniforme sur les sûretés adoptées le 15 décembre 2010 », *Revue de l'Ersuma : Droit des affaires - Pratique professionnelle*, n° spécial Novembre/Décembre 2011, p.81.

¹⁹²² Article 72-78 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (OHADA), adopté le 17 avril 1997.

¹⁹²³ Art.72-78 de l'acte uniforme portant organisation des sûretés (OHADA), adopté le 17 avril 1997.

¹⁹²⁴ Art-80-86 de l'AUS.

¹⁹²⁵ Art-87-91 de l'AUS.

¹⁹²⁶ Art.136-139 de l'AUS.

¹⁹²⁷ Art.146-159 de l'AUS.

sur son patrimoine »¹⁹²⁸ et sont constituées pour la plupart¹⁹²⁹ d'actions et d'obligations, émises que par des sociétés anonymes.

L'idée d'instituer le nantissement de compte des titres financiers remonte à l'émergence des marchés financiers dans la communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) et dans l'Union économique et monétaire Ouest Africaine (UEMOA) qui amorce une obligation de dématérialisation des valeurs mobilières et par conséquent inspire le législateur de l'OHADA dans l'Acte uniforme révisé portant droit des sûretés lors de sa réforme du 15 décembre 2010¹⁹³⁰.

Le lien entre le droit des sûretés et l'inscription en compte des titres permet de renforcer l'attractivité des investisseurs par le biais des garanties¹⁹³¹. Les comptes de titres financiers ont une grande valeur économique utilisable lors des échanges, elles mettent en évidence la valeur des biens¹⁹³² en droit des sûretés¹⁹³³.

Cependant, le nantissement de titres financiers est-il un moyen approprié, permettant de garantir l'obtention du crédit au créancier ? Cette sûreté serait-elle avantageuse pour les entreprises ? Pour y répondre, il faudrait procéder à la distinction entre le nantissement de compte de titres financiers, le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières¹⁹³⁴.

Cette réflexion permet de mettre en évidence l'importance du nantissement de compte de titres financiers pour les parties et son apport dans le développement des marchés financiers.

Le financement des entreprises par le biais des marchés financiers est indispensable pour les structures cotées et faisant appel public à l'épargne, il est du devoir de législateur de faciliter les opérations financières. Cette sûreté est l'occasion pour les entreprises de combler les lacunes et imperfections observées dans le fonctionnement des marchés financiers.

¹⁹²⁸ Article 744 de l'AUSGIE.

¹⁹²⁹ Les sociétés anonymes ont la possibilité de créer des valeurs mobilières dont le régime est prévu à l'article 822 de l'AUSGIE.

¹⁹³⁰ Actes-uniformes-révisés/938/acte-uniforme-révisé-portant-organisation-des-sûretés.html.

¹⁹³¹ Vanessa HANIA PINTO, *Les biens immatériels saisis par le droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles*, thèse de doctorat, université de Paris-EST Créteil, 2011, P.23.

¹⁹³² Les biens incorporels ont une place importante dans le développement économique.

¹⁹³³ Jean GATSI, *Droit des biens et des sûretés dans l'espace OHADA*, PUL, 2012, p.107.

¹⁹³⁴ Achille KANDEM SUNKAM, *op. cit.*, p.553.

L'ouverture des comptes de titres est une obligation financière¹⁹³⁵, elle doit être adaptée aux exigences du marché financier. L'entreprise qui souhaite donner en garantie son compte de titre doit au préalable effectuer des investissements sur le marché financier.

Le créancier n'accepterait cette garantie, que s'il est satisfait de la souplesse des formalités de constitution et de réalisation. Au regard de la souplesse de ces formalités de constitution d'une part, de la flexibilité et de l'étendue particulièrement large de l'assiette du nantissement d'autre part, se trouve une attractivité indiscutable de cette garantie, souhaitée par le législateur OHADA.

Le législateur a voulu miser sur les avantages du nantissement de compte des titres financiers pour attirer les investisseurs de toutes les places financières d'Afrique noire francophone. L'assiette de cette garantie est exclusivement réservée aux titres cotés en bourse, afin de démontrer que le champ d'action de cette garantie est le marché financier.

Le nantissement de compte de titre financier, à la différence des garanties étudiées précédemment est une exclusivité. Cette exclusivité tient au fait qu'elle favorise le financement des entreprises à travers les marchés financiers et contribue indirectement à leur attractivité¹⁹³⁶.

L'article 151 de l'acte uniforme indique que « Le créancier nanti définit avec le titulaire du compte nanti, les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des titres financiers et des sommes en toute monnaie figurant dans ce compte. Le créancier bénéficie en toute hypothèse d'un droit de rétention sur les titres financiers et sommes en toute monnaie figurant dans ce compte. Le créancier nanti bénéficie en toute hypothèse d'un droit de rétention sur les sommes en toute monnaie figurant au compte nanti ». Le droit OHADA permet au titulaire du compte de poursuivre la gestion du compte tout en réservant les droits du créancier¹⁹³⁷, l'objectif est d'augmenter le portefeuille de titres par une meilleure gestion¹⁹³⁸.

Le nantissement est avantageux pour le débiteur et le créancier, le débiteur peut négocier sans difficulté avec le créancier, en préservant la valeur des titres inscrits en compte, afin de

¹⁹³⁵ *Ibid.*, p.554.

¹⁹³⁶ La contribution de la garantie à l'attractivité des marchés s'est faite par le biais de règles souples de gestion du compte nanti.

¹⁹³⁷ Hubert VAUPLANE, et Jean Pierre BORNET, *op. cit.*

¹⁹³⁸ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *op. cit.*, p.203.

recouvrer la totalité des pouvoirs sur son compte une fois la dette payée¹⁹³⁹. Le créancier bénéficie, dans les pouvoirs qui lui sont conférés, à propos de la gestion du compte nanti, une assurance chargée de garantir la préservation de ses droits, il dispose « en toute hypothèse »¹⁹⁴⁰ d'un droit de rétention sur les valeurs inscrites au compte¹⁹⁴¹. La sécurité juridique du créancier s'est accrue, il bénéficie d'un droit de veto discrétionnaire aux ordres qui lui paraissent inopportun ou trop risqués¹⁹⁴².

La gestion du compte nanti est un des principaux facteurs attirant les investisseurs vers les titres inscrits en bourse et les places financières de l'OHADA¹⁹⁴³. La gestion du compte nanti favorise, la protection du créancier durant la gestion du compte, en l'incitant à une acceptation facile de la garantie, la préservation et la valorisation de ces titres par le débiteur en attendant le remboursement de la totalité de la dette payée. Le nouveau AUS intervenu le 15 décembre 2010 est parvenu à une satisfaction du créancier sans spolier le patrimoine du débiteur.

L'attractivité du nantissement de compte des titres se trouve dans la réalisation de la garantie. En effet, en cas de défaillance du débiteur, la réalisation du nantissement est de droit¹⁹⁴⁴, elle est régie par les articles 152 à 155 de l'Acte uniforme révisé¹⁹⁴⁵. Ces dispositions offrent d'énormes privilèges au créancier, qui est autorisé à réaliser le nantissement huit jours ou à l'échéance de tout autre délai convenu avec le titulaire du compte, mais la créance doit être certaine, liquide, exigible et la mise en demeure du débiteur doit s'effectuer en main propre ou par courrier recommandé¹⁹⁴⁶. Cependant, la mise en demeure doit faire l'objet d'une notification au constituant lorsqu'il n'est pas le débiteur et au teneur de compte s'il n'est pas le créancier nanti¹⁹⁴⁷.

¹⁹³⁹ Achille KANDUM SUNDKAM, *op. cit.*, p.556.

¹⁹⁴⁰ Cela veut dire que le droit de rétention lui est reconnu qu'il ait laissé au constituant l'entière liberté de la gestion ou pas.

¹⁹⁴¹ Achille KUNDUM SUNDAM, *op. cit.*, p.556.

¹⁹⁴² MARTIN Didier R., « Gage d'instruments financiers », *Joly Bourse et produits financiers*, 1997, p .1 et 2.

¹⁹⁴³ *Ibid.*, p.3.

¹⁹⁴⁴ Il est important de rappeler que le créancier nanti dispose d'un droit de rétention qu'il peut exercer suivant les dispositions de l'article 151 al.1 de l'AUS. Le créancier nanti compte de titres financiers a alors la possibilité d'avoir un droit d'une vigueur particulière puisque la précision effectuée par le législateur est chargée d'une intention non équivoque ; assurer au créancier en tout cas de figure ou circonstance, une primauté non seulement quant à la détention de la chose, mais également quant à sa valeur. De ce fait, le créancier nanti ne peut être évincé de sa rétention, sauf par paiement même dans l'hypothèse d'une procédure collective ouverte contre le constituant. MARTIN Didier R., *op. cit.*, p.188.

¹⁹⁴⁵ Achille KANDEM SUNDKAM, *op. cit.*, p.557.

¹⁹⁴⁶ Le contenu de cette mise en demeure est obligatoire à peine de nullité prévue par l'article 153 de l'Acte uniforme révisé portant sur le droit des sûretés.

¹⁹⁴⁷ Article 152 de l'AUS.

Le juge n'intervient pas dans cette opération, car le créancier nanti est investi du pouvoir de décider seul de l'exécution de la sûreté¹⁹⁴⁸.

Le législateur OHADA retient officiellement deux moyens de réalisation du nantissement de compte de titre financiers :

La première correspond à une attribution de la totalité de la propriété au créancier nanti des valeurs inscrites en compte de titres financiers¹⁹⁴⁹. L'attribution s'accomplit par virement à son bénéficiaire de ladite valeur¹⁹⁵⁰, il est exprimé dans le texte par le « transfert en pleine propriété » des titres financiers inscrits en compte et négociable en bourse.

Le créancier doit procéder à la réalisation de la garantie, en cas de défaillance de l'entreprise débitrice, il s'attribuera la propriété du compte s'il est teneur du compte et dans le cas contraire, il fera une demande écrite au teneur de compte de procéder au virement monétaire ou des titres financiers nécessaire à son désintéressement. Ce type de nantissement est simple, à la différence du nantissement des droits des associés, il attire par sa simplicité pratique. L'absence d'intervention judiciaire associée au mécanisme de virement par lequel s'effectue le transfert de propriété au niveau pratique, sont une marque indiscutable de simplicité de ce mode réalisation de la garantie.

Le remboursement du créancier se ferait, après monétisation, sur le prix des titres inscrits, par la technique du virement¹⁹⁵¹.

Les structures, telle la société anonyme ne peuvent se développer sans le placement de titres dans les marchés financiers. La valeur de ces titres inscrits en bourse est importante pour les investisseurs, mais la valorisation des titres inscrits dépend du fonctionnement du marché. Le cours d'un titre est le résultat de la confrontation pendant la séance de bourse, de tous les ordres d'achat et de vente reçus par les prestataires de services d'investissement¹⁹⁵². Les

¹⁹⁴⁸ Article 155 de l'AUS.

¹⁹⁴⁹ Article 154 de l'AUS.

¹⁹⁵⁰ MARTIN Didier R., *op. cit.*, p.32.

¹⁹⁵¹ *Ibid.*

¹⁹⁵² Article 53 du règlement Douala Stock Exchange ; Article 1 du règlement des bourses de valeurs mobilières de la communauté économique et Monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC). Voir : Maurice NUSSENBAUM, « La formation des cours boursiers, dans le droit boursier en mouvement », *RJ COM*, N° spécial, 2003, p.100 : « Les explications rationnelles de la formation des cours boursiers supposent que ceux-ci reflètent les anticipations des investisseurs relatives aux rendements attendus sur les sociétés cotées. Ces anticipations ne sont cependant pas toujours rationnelles, car elles sont faussées par des mécanismes de sur réaction tant à la hausse qu'à la baisse, qui proviennent des déséquilibres existant sur les marchés qui tiennent principalement de la trop

investisseurs devraient prendre en compte des aléas et de la fluctuation du marché avant d'accepter la garantie, car les titres peuvent soit être à la hausse, soit à la baisse, tout dépend de l'état du marché.

L'entreprise qui n'est plus en mesure de payer sa dette verrait, le remboursement du créancier nanti de compte de titre financier s'effectuer par l'attribution en propriété ou par vente sur le marché financier de la quantité desdits titres déterminée par le créancier nanti. Cette quantité est établie sur la base du derniers recours de clôture disponible sur le marché financier¹⁹⁵³.

La valeur des titres inscrits dans le compte nanti sert de base au désintéressement du créancier et est fonction du cours de la bourse au moment de la réalisation¹⁹⁵⁴. Le cours de la bourse est marqué par l'aléa boursier¹⁹⁵⁵, car l'offre et la demande de titres provenant des investisseurs sont issues d'évaluations financières prenant en considération de nombreux facteurs¹⁹⁵⁶. Certains facteurs sont propres aux titres¹⁹⁵⁷, d'autres prennent en compte l'environnement politique et économique, c'est-à-dire cours des matières premières, inflation, politique fiscale, crises internationales¹⁹⁵⁸.

Le comportement des investisseurs est influencé par la qualité de l'information disponible¹⁹⁵⁹. L'ensemble de ces facteurs feraient varier à la hausse ou à la baisse le cours des titres, l'investissement sur un actif côté est risqué, il est difficile d'envisager avec certitude le cours des titres¹⁹⁶⁰. En effet, dans le contexte de l'aléa soit on gagne, soit on perd¹⁹⁶¹, l'aléa est un phénomène courant dans les marchés financiers, d'où son impact sur la

grande convergence des comportements liés au mimétisme ou au parallélisme des comportements des gérants de portefeuille.

¹⁹⁵³ Art. 154 de l'AUS, ce texte précise que la réalisation du nantissement doit intervenir dans la limite du montant de la créance garantie et, le cas échéant dans le respect de l'ordre indiqué par le titulaire du compte nanti.

¹⁹⁵⁴ Achille KANDEM SUNKAM, *op. cit.*, p.561.

¹⁹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁹⁵⁶ *Ibid.*, p.562.

¹⁹⁵⁷ Ce sont les bénéfices réalisés par l'émetteur, les perspectives d'activités, montant du dividende, doutes sur la solvabilité de l'entreprise, augmentation du capital réalisée. BONNEAU Thierry, DRUMOND France, *op.cit.*, p.667. Georges RIPERT, Ripert ROBLOT, *op. cit.*, p.80.

¹⁹⁵⁸ Thierry BONNEAU, Frank DRUMOND, *op.cit.*, p.667, Mark CARRIER BROWN, *La Bourse Montréal*, Editions de l'homme, 1988, p.69.

¹⁹⁵⁹ Achille KANDEM SUNKAM, *op.cit.*, p.562.

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁹⁶¹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, voir dématérialisation. La dématérialisation y est définie comme un assujettissement des valeurs mobilières à une inscription en compte chez la société émettrice ou un intermédiaire habilité, d'où il résulte que les titres ne peuvent se transmettre par que compte à compte, mode de transmission qui abolit, pour les titres au porteur, le système antérieur de l'incorporation du droit dans le titre. Christine LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, PUFDCF et LGDJ, 1997, p.7.

valeur des titres cotés¹⁹⁶². L'augmentation de la valeur des comptes nantis assure la réalisation de la sûreté, mais sa baisse lors de cette réalisation rend aléatoire le remboursement du créancier.

Cet aléa explique la réticence de certains créanciers à recourir au nantissement de compte de titre financier, en raison du risque de marché encouru par l'investisseur¹⁹⁶³.

L'attractivité de la garantie pour le créancier dépend des titres inscrits dans le compte objet du nantissement. De plus, en l'état actuel des marchés financiers de l'OHADA, les cours boursiers sont dans l'ensemble stables et ne connaissent pas de variations importantes. La liquidation des titres cotés est assez limitée, car la culture boursière des populations dans la zone OHADA est faible.

L'essentiel est que le créancier soit suffisamment informé sur le nantissement du compte de titre financier qui lui est proposé, afin qu'en cas de variation du cours des titres, il sache à quoi s'en tenir¹⁹⁶⁴. Cependant quoi qu'il en soit, le droit OHADA, dans l'intérêt de l'investisseur et, afin de le protéger, accorde la possibilité aux parties à la convention de nantissement le droit de prendre des mesures alternatives en cas de perte de la valeur des titres proposés en garantie du financement par des modifications conventionnelles.

Ce sont des mesures conventionnelles permettant de faire face à la baisse de la valeur des titres inscrits en compte. Le législateur OHADA autorise le demandeur de financement et l'investisseur parti à la convention de nantissement de titres financiers d'insérer dans cette convention une clause « d'arrosage ou une clause d'écrêtement, afin de faire face aux de perte de la valeur de l'assiette de nantissement »¹⁹⁶⁵.

En cas de perte de valeur de l'assiette du nantissement, la clause d'arrosage porte, l'engagement du constituant de combler la diminution de la valeur du titre par le versement, au compte du nanti, de titres financiers additionnels de manière à maintenir la valeur globale du nantissement à un niveau convenu¹⁹⁶⁶. L'usage de cette clause est devenu courante dans la

¹⁹⁶² Parmi lesquels ceux inscrits dans le compte.

¹⁹⁶³ Sur le risque financier, consulté « l'Appréhension du risque financier par le droit », Acte colloque organisé le 18 juin 2010 par le laboratoire DANTE, Faculté de droit, Université Versailles, Saint Quentin, *Revue de droit bancaire et financier* : RDBF 2010, 6, n°27 à 33.

¹⁹⁶⁴ Achille KANDUM SUNKAM, *op. cit.*, p.562.

¹⁹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶⁶ MARTIN Didier R., *op.cit.*, p. 1 et 2.

pratique, elle trouve dans le nantissement de compte de titres financiers en droit OHADA matière à se développer¹⁹⁶⁷.

Cette clause représente une promesse de nantissement supplémentaire, elle incite l'entreprise à solliciter des financements. Le nantissement du compte de titre financier a une grande ampleur pour l'investisseur et l'entreprise, son régime juridique est efficace, il veille à la sécurité juridique de l'entreprise et de l'investisseur souvent confronté aux aléas du marché financier. Cependant, ces mesures aussi importantes sont-elles devraient s'accompagner de mesures résolvant les problèmes rencontrés par les marchés financiers.

Le renforcement de l'efficacité de la garantie requiert une prise en compte accrue de « l'incidence de l'évolution des marchés financiers de l'OHADA sur l'avenir du nantissement de compte de titres financiers »¹⁹⁶⁸, le succès de la garantie dépend de l'évolution des marchés financiers.

La création des marchés financiers dans la zone OHADA résulte de la volonté des pays membres, ils s'appuient sur les marchés financiers pour relancer le processus de développement économique et assurer leur insertion dans un environnement financier international plus que jamais marqué du sceau de la globalisation¹⁹⁶⁹. Cependant, peut-on considérer les marchés financiers comme « un créneau susceptible de donner un nouveau souffle aux entreprises cotées »¹⁹⁷⁰.

Le recours des Etats et organismes publics au marché financier s'est accru à travers la technique de l'emprunt obligataire¹⁹⁷¹, ils veulent aider les entreprises à obtenir des moyens suffisants et adaptés au financement de leurs activités.

L'OHADA a fait beaucoup d'effort pour améliorer cette garantie, mais les entreprises demeurent confrontées aux difficultés des marchés financiers. Ces difficultés expliquent le faible recours des marchés financiers par les investisseurs et la faible utilisation du compte titre en tant que sûreté.

¹⁹⁶⁷ Achille KANDUM SUNDKAM, *op. cit*, p.563.

¹⁹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁹⁶⁹ Daniel KEUFFI EBENZER, *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, thèse de doctorat, Université de Strasbourg / université de Dschang, 2010, p.32.

¹⁹⁷⁰ Yvette ELONGO KALIEU, Daniel KEUFFI EBENEZER, « l'émergence des marchés financiers dans l'espace OHADA », *Afrilex, Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*, 2004, p.39- 40.

¹⁹⁷¹ Achille KANDUM SUNDKAM, *op. cit*, p. 564.

La résolution de ces difficultés a pour but d'améliorer la perception que les investisseurs et les créanciers ont du marché, afin qu'ils découvrent que le nantissement de compte de titres financiers est une garantie efficace pour le financement de leurs projets. Cette initiative serait l'occasion de résoudre les difficultés de l'étroitesse des marchés, conduisant à une plus grande mobilisation des ressources disponibles dans la CEMAC¹⁹⁷².

En droit OHADA, « c'est la réalité des marchés financiers qui suggère au législateur OHADA la consécration et l'organisation du nantissement de compte titre financier »¹⁹⁷³.

Le législateur veut faciliter l'accès au crédit, garantir aux investisseurs un remboursement efficace¹⁹⁷⁴ et participer à l'attractivité des espaces financiers en difficulté. L'assiette du nantissement de compte de titre financier est liée au fonctionnement des marchés financiers de l'OHADA¹⁹⁷⁵.

¹⁹⁷² J. SCHULE, « Comment développer le marché financier central en Afrique » *L'Echo de la COSUMAF*, Hors-Série, n°1, octobre 2009, p.27.

¹⁹⁷³ Achille KANDUM SUNKAM, *op. cit.*, p.567.

¹⁹⁷⁴ Gaston DOUANI KENFACK., *op. cit.*, p.81. Art. 72-78 ; 80-86 ; 136-139 ; 146-155. de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (OHADA), adopté le 17 avril 1997, en ligne: < <http://www.ohada.com/actes-uniformes/458/actes-uniformes-portant-organisation-des-suretes.html>.

¹⁹⁷⁵ La résolution de ces difficultés est l'unique moyen de prospérité de la garantie.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

En définitive, Les sûretés constituent la principale source de financement des entreprises en droit OHADA. Le législateur conscient des difficultés auxquelles sont soumis les investisseurs est parvenu à mettre à leur disposition un dispositif sécurisant et garantissant leur remboursement. Le droit OHADA, par le biais de l'acte uniforme sur les sûretés contribue à la préservation de l'équilibre des droits entre l'investisseur et l'entreprise, afin « de ne pas sacrifier les intérêts des créanciers tout en sauvegardant ceux des constituants »¹⁹⁷⁶.

Ce nouvel acte uniforme entré en vigueur le 15 décembre 2011, se substituant à l'Acte uniforme sur le droit portant organisation des sûretés du 17 avril 1997 à Cotonou est proche de la législation française¹⁹⁷⁷ en matière de sûretés et comporte de nombreuses mesures issues du Guide de CNUDCI sur les opérations de garantie¹⁹⁷⁸. Cet acte comporte de nombreuses innovations parmi lesquelles de nouvelles garanties qui n'existaient pas dans l'ancien acte uniforme et contient aussi de nouvelles méthodes de règlement des conflits.

Le but de la réforme est d'offrir aux entreprises un droit attractif de haut niveau favorisant la sécurité des créanciers¹⁹⁷⁹. En effet, dans un contexte de facilitation et de modernisation de l'environnement des affaires, les innovations sont multiples, elles changent fortement les techniques de sécurisation des droits des établissements de crédit et investisseurs¹⁹⁸⁰.

¹⁹⁷⁶Mactar SAKHO, « Le nouvel Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : Propos introductifs autour d'une refonte d'envergure du droit des sûretés », *Revue de l'Ersuma*, décembre 2011, p.1.

¹⁹⁷⁷ Ordonnance française n°2006-346 du 23 mars 2006 modifiant le droit des sûretés, la loi n°2007-211 du 19 février 2007 relative à la fiducie, ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009. Proposition de la commission Grimaldi de réformer le droit français des sûretés et préconisations du Guide la CENUDCI sur les opérations garanties publié en 2008.

¹⁹⁷⁸ Mactar SAKHO, *op. cit*, p.2.

¹⁹⁷⁹ Ce sont les investisseurs et les bailleurs de fonds.

¹⁹⁸⁰ Mactar SAKHO, *op. cit*, p.2.

Les innovations sont nombreuses, on assiste à l'introduction de l'agent de sûreté dont les missions principales sont fixées dans le domaine des crédits consortiaux, des financements structurés et internationaux de projets¹⁹⁸¹.

Le régime juridique du cautionnement et de la garantie autonome est amélioré, les mesures afférentes à l'inscription des sûretés mobilières au Registre du commerce et du crédit mobilier sont devenues plus cohérentes.

Les principales nouveautés en matière de garanties mobilières concernent : la redéfinition des modalités d'exercices du droit de rétention et la création de nouvelles sûretés¹⁹⁸².

De plus en matière de gage des meubles corporels, la dépossession n'est plus une condition obligatoire. Le gage n'est plus une convention réelle, il peut porter sur des objets futurs¹⁹⁸³. Le pacte comissoire est maintenu avec un champ d'application délimité, il est applicable à l'ensemble des nantissements sauf le nantissement de fonds de commerce¹⁹⁸⁴. En effet, le nantissement de fonds de commerce n'est possible que par le biais d'une vente judiciaire dans un contexte prévu par les mesures applicables aux voies d'exécution¹⁹⁸⁵. Il en est de même de l'attribution judiciaire qui est désormais impossible¹⁹⁸⁶.

Le législateur OHADA en matière de garantie immobilière innove par le biais de l'hypothèque de biens futurs, la nouvelle version l'hypothèque de biens indivis, l'attribution de biens sous la forme d'hypothèque et la consécration du pacte comissoire en matière hypothécaire¹⁹⁸⁷.

Le cautionnement légal et judiciaire, les privilèges généraux et spéciaux, les hypothèques légales et judiciaires sont maintenues par le législateur OHADA, mais ils devraient s'analyser en termes d'efficience¹⁹⁸⁸.

¹⁹⁸¹ *Ibid.*

¹⁹⁸² Réserve de propriété, cession de créance à titre de garantie d'un crédit, transfert fiduciaire de somme d'argent, nantissement de compte bancaire considéré comme un nantissement de créance, nantissement de compte de titres financiers, nantissement des droits de propriété intellectuelle.

¹⁹⁸³ Mactar SAKHO, *op. cit.*, p.3.

¹⁹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁹⁸⁵ *Id Ibid.*

¹⁹⁸⁶ Article 178, alinéa du paragraphe 2 du Naupos.

¹⁹⁸⁷ Mactar SAKHO, *op. cit.*, p.3. Cependant, dans l'hypothèse d'une attribution judiciaire ou de mise en œuvre du pacte comissoire la résidence principale échappe à ses modes de réalisation.

¹⁹⁸⁸ Voir efficience économique du droit des sûretés réelles par le professeur Philippe DUPICHOT.

Le droit exige l'inscription des garanties auprès du RCCM, afin que les tiers puissent avoir toutes les informations requises en matière de fiabilité. Par exemple, grâce à l'inscription on peut connaître le niveau d'endettement de la société financée. Cette protection se ferait en fonction de l'efficacité du RCCM et on devrait espérer, que la création d'un système d'harmonisation et d'informatisation du registre du commerce s'effectue dans l'ensemble des pays membres¹⁹⁸⁹.

L'ensemble des changements est destiné à donner un nouvel élan d'attractivité au droit des sûretés. Certaines garanties, tel le cautionnement réel sont supprimées, elle cède la place à de nouvelles beaucoup plus efficaces.

Cependant, le législateur a précisé que le mécanisme selon lequel, une personne, autre que le débiteur, apporte en garantie son bien est toujours possible. Le changement porte sur la notion de caution réelle, de cautionnement hypothécaire et leurs conséquences juridique¹⁹⁹⁰.

La suppression du cautionnement réel, s'explique par le fait que celui-ci n'exige aucun engagement personnel de la personne morale ou physique constituante¹⁹⁹¹. Le régime du cautionnement réel était d'une grande complexité, sa suppression a permis de clarifier le mécanisme selon lequel une personne autre que le débiteur est en droit d'offrir en garantie son bien¹⁹⁹². Les rédacteurs de l'Acte uniforme ont élargi la gamme de sûretés à la disposition des investisseurs par l'introduction de nouveaux types de nantissements¹⁹⁹³ et des sûretés propriétés¹⁹⁹⁴.

¹⁹⁸⁹Philippe DUPICHOT, « Le droit uniforme des affaires issu de l'OHADA », *Lexisnexis*, 2004, p. 193.

¹⁹⁹⁰ Mactar SAKHO, *op. cit*, p.6.

¹⁹⁹¹ Le rédacteur de l'Acte uniforme OHADA ont suivi la démarche adoptée par la législation française. Ordonnance française du 23 mars 2006 des sûretés ayant supprimé toute référence à la notion de cautionnement réel. Cass. Chambre mixte, 02 décembre 2005, recueil Dalloz, cahier Droit des affaires, 2006, page 61, Cass. Civ., 1^{ère} 07 février 2006, Cahier Droit des affaires, page 1543. Cass.Com., 27 février 2006, Cahier Droit des affaires, page 1543. Voir aussi échanges doctrinales en droit comparé français, François GRUA, « le cautionnement réel », *JCP*, 1984, p.3197. Michel MIGNOT, « nature du cautionnement réel quand la volonté de la Cour de cassation l'emporte sur celle des parties », *RDLC*, janvier 2006, n°954. Philippe SIMLER, « le cautionnement réel est réellement aussi un cautionnement », *JCP* 2001, p.367. Bernard BEIGNER, « Bicentenaire d'Austerlitz, le Trafalgar du cautionnement réel », *Dr. Fam.*2006, n°13.

¹⁹⁹² Mactar SAKHO, *op. cit*, p.7.

¹⁹⁹³ Nantissement de compte bancaire, nantissement de compte de titre financier, nantissement des droits de propriété intellectuelle.

¹⁹⁹⁴ Le législateur OHADA s'est inspiré de la loi française du 19 février 2007 codifiée dans le code civil aux articles 2111 et suivants. Il s'agit de la réserve de propriété, la cession de créance à titre garantie, le transfert fiduciaire de somme d'argent.

Les nouvelles sûretés propriétés sont d'une grande efficacité, elles permettent d'éviter les procédures collectives, ce sont des « sûretés d'évitement »¹⁹⁹⁵ chargées d'assurer la sécurité des créanciers¹⁹⁹⁶. Le droit OHADA prévoit que « toute sûreté ou autre garantie de l'exécution d'une obligation peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée par une institution financière ou un établissement de crédit, national ou étranger, agissant, en son nom et en qualité d'agent des sûretés, au profit des créanciers de la ou des obligations garanties l'ayant désigné à cette fin ». L'impact de la nouvelle réglementation du droit des sûretés dans le développement des opérations de crédit est significatif, c'est la raison pour laquelle le législateur OHADA invite les Etats à une consécration dans sa globalité de la fiducie¹⁹⁹⁷.

¹⁹⁹⁵ Mactar SAKHO, *op. cit*, p.7.

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁹⁷ Mactar SAKHO, *op. cit*, p.10. Le nouveau régime juridique de la fiducie devrait traiter de la fiducie, la sûreté fiducie, la gestion des sûretés, fiducie, la fiducie et la fiducie libéralité.

CONCLUSION

Les résultats de l'ensemble de cette analyse sont à la fois positifs et négatifs, car toutes les structures d'entreprises des pays membres de l'OHADA sont soumises au respect des dispositifs des actes uniformes en matière de création d'entreprise. L'AUSGIE occupe une place importante dans le processus de formalisation juridique de toutes les catégories d'entreprises.

L'entrepreneuriat est un puissant levier pour créer des richesses et favoriser le développement des activités économiques. Le nouveau droit OHADA des sociétés a mis à la disposition des entrepreneurs une large gamme de modèle structurel d'entreprises. Le futur entrepreneur doit choisir la structure la mieux adaptée à l'activité en termes de coûts, moyens et capacité de financement. Toutes les structures se valent, l'essentiel est de faire le bon choix, les régimes juridiques proposés ont été allégés et aménagés, de sorte à favoriser l'attractivité vers ces structures. En effet, lorsque la société ne se développe pas, cela peut résulter d'un choix juridique inadapté de la structure à l'activité.

Le droit des sociétés OHADA s'est beaucoup développé, les implications juridiques de la société sont nombreuses, elles nécessitent le respect des procédures, telle la rédaction des statuts transmise au notaire pour diligence d'immatriculation au RCCM. L'entrepreneur est ensuite soumis à la réalisation des formalités juridiques, elles prennent la forme d'une déclaration d'existence au Sénégal. La déclaration de la société est une obligation légale permettant de fournir toutes les informations relatives à la société¹⁹⁹⁸, le non-respect de la déclaration est passible de pénalités. Une fois toutes ces formalités faites, la société peut être considérée comme légalement constituée.

Ce nouveau dispositif a permis de développer l'entrepreneuriat dans les pays de l'OHADA. Par exemple, au Sénégal, il est possible avec les nouvelles règles et structures

¹⁹⁹⁸ Cette déclaration lui permettra d'avoir un NINEA, c'est-à-dire un code d'identifiant fiscal délivré par l'agence national statistique. Avec ce numéro on peut savoir, quel est le régime fiscal auquel le sujet est assujetti et le centre fiscal dont il dépend.

d'accompagnement¹⁹⁹⁹ de créer son entreprise en moins de 48h. Les modalités de création d'entreprises sont devenues souples, l'essentiel c'est la viabilité du projet et de la structure choisie. Des structures sont mises en place pour aider les entrepreneurs dans leurs démarches de constitution de la société, telle l'APIX²⁰⁰⁰, une structure spécialement conçue pour aider les entrepreneurs à créer leurs entreprises, elle accompagne les entrepreneurs désireux de lancer un projet au Sénégal. L'OHADA a déployé beaucoup de moyens, afin de favoriser la création d'entreprise dans les pays membres.

En effet, depuis quelques années, on assiste à une montée en puissance des entreprises africaines, elles constituent les entreprises les plus dynamiques. On les retrouve dans les économies qui ont une solide base juridique, ce sont des structures de taille assez variable, mais qui ont su choisir la forme juridique adaptée à l'objet de leur activité. Les plus grands groupes nationaux sont des SA et SARL, ils sont présents dans divers secteurs en Afrique. L'adaptabilité de la structure au projet est un élément important pour le développement de l'activité économique. En effet, il est intéressant de toujours s'interroger sur la forme juridique propice à un entrepreneur qui n'a pas de patrimoine et veut devenir un acteur dans la vie économique. Les populations africaines ont besoin d'un cadre juridique adapté à la réalité des affaires²⁰⁰¹. Les Etats doivent multiplier les efforts pour instaurer un droit des affaires adapté aux réalités économiques et sociales.

La mission principale des sociétés commerciales en droit OHADA est de contribuer au développement économique des Etats. Cependant, en dépit de la volonté des acteurs de l'OHADA de mettre en œuvre tous les moyens destinés à faciliter la création d'entreprise, les difficultés des pays de l'OHADA en matière de facilité des affaires subsistent. Cette situation s'explique par la fragilité du tissu économique des Etats africains. Ce tissu économique est pour la plupart composé de micro-entreprises dépourvues de véritables structures avec un capital social largement inférieur à 1 000 000 de FCFA soit 1500 euros²⁰⁰², à la différence des entreprises de taille moyenne dont le capital au début de l'activité est supérieur ou égal à 1 000 000 FCFA²⁰⁰³. De plus, la majeure partie des activités se font dans le secteur

¹⁹⁹⁹ Guichet unique des entreprises.

²⁰⁰⁰ Agence nationale pour la promotion des investissements et des grands travaux. www.apix.sn (ce site comporte toutes les informations permettant à un entrepreneur de lancer un projet).

²⁰⁰¹ Un cadre juridique différent du cadre européen.

²⁰⁰² A. DE SABA Apollinaire, « Un nouveau droit des affaires pour attirer les investisseurs en Afrique. Est-ce suffisant ? », *Revue finance et bien commun*, n°28-29, p.99.

²⁰⁰³ *Ibid.*

informel²⁰⁰⁴, les Etats membres tentent actuellement d'éradiquer ces pratiques par le biais du nouveau statut d'entrepreneur.

L'informel représente plus de 50% du PIB des Etats et 90% de l'activité économique, un taux non négligeable qui engendre beaucoup de perte surtout pour l'Etat en matière fiscale, ce qui est anormal car le paiement des impôts est obligatoire. L'analyse des bases de données et statistiques fiscales révèlent que la part de ce secteur dans les recettes fiscales n'atteint pas sa part dans le PIB²⁰⁰⁵. L'informalité influe sur le bien-être social et le niveau de vie des populations engagées dans les activités informelles et celles engagées dans les activités formelles.

Les populations évoluent dans des conditions précaires, car il est difficile de bien se développer dans le secteur informel. Par exemple, au Bénin, au Burkina Faso et au Sénégal, l'économie formelle se limite à des secteurs d'activités qui dépendent de produits primaires, tandis que la plus grande partie du PIB et de l'emploi proviennent du secteur informel²⁰⁰⁶.

Les inquiétudes sont nombreuses, le principal est de faire comprendre aux populations qu'elles peuvent, en sortant du secteur informel, bénéficier de nouvelles facilités accordées par le droit OHADA. L'OHADA a créé le statut d'entrepreneur pour toutes les catégories d'entreprises, il a redéfini le droit des sociétés coopératives. Un statut spécial est prévu pour la comptabilité des très petites entreprises et dans la plupart des pays OHADA, les Etats ont procédé à la création d'impôts libératoires²⁰⁰⁷, des impôts forfaitaires abordables pour ceux qui sont dans le secteur informel. La sortie du secteur informel comporte de nombreux avantages parmi lesquelles celui d'éviter de se faire sanctionner par l'administrateur des impôts.

En effet, le commerçant du secteur informel paiera moins d'impôt car lorsqu'il se trouve sur le marché et tous les jours il subit le contrôle des agents de l'impôt qui lui prélèvent des sommes sur toute l'année, il va finalement payer plus que ce qu'il devait en une fois. Le problème en Afrique n'est pas le manque d'entrepreneurs, mais peu d'entre eux formalisent

²⁰⁰⁴ *Id Ibid.*

²⁰⁰⁵ Amadou Aly MBAYE, Fatou GUEYE de l'Université de Cheikh Anta Diop, « Le secteur informel en Afrique de l'ouest : poids dans l'économie nationale et effet sur le bien-être », Colloque Investissement, financement et normalisation comptable dans l'espace OHADA – Quelles leçons pour la gouvernance économique et financière ? /8 et 9 mai 2013/ Université du Québec à Montréal. www.ohada.com

²⁰⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁰⁷ Il s'agit d'un prélèvement que le contribuable peut choisir à la place de l'impôt sur le revenu à barème progressif pour payer l'impôt dû en raison de ses revenus.

leur activité. L'important c'est la mise en place d'un cadre juridique incitant les entrepreneurs à respecter les formalités légales de création d'entreprise. L'ensemble des structures devraient mettre toutes leurs modalités d'exercices en conformité avec les Actes uniformes de l'OHADA, le RCCM a été instauré afin de faciliter l'exécution des démarches requises.

La persistance de ces lacunes est liée à un manque de sensibilisation des populations sur les avantages que pourraient leur procurer la nouvelle législation des affaires. Les Etats devraient trouver de nouveaux moyens pour la vulgarisation, la sensibilisation et l'application des règles OHADA à travers les textes des différents Actes uniformes.

En effet, c'est uniquement en vertu des dispositions de l'AUSGIE que le futur entrepreneur pourra choisir la forme juridique de sa société, ce texte permettrait de faciliter la maîtrise des procédures à suivre pour constituer régulièrement une société et les modalités de gestion de l'entreprise.

Cet acte devrait être considéré comme un instrument facilitant la création d'entreprise, car la mission du droit OHADA des sociétés est spécialement d'encourager le mouvement des entreprises dans les 17 pays membres de l'organisation. Les textes en vigueur depuis des années ont été modifiés et, à la demande des Etats, des retouches et améliorations y ont été apportées. La révision doit être vue comme un appui et non une contrainte au développement économique des Etats. Le développement économique n'est possible que par la jonction du droit, de l'économie, de l'ingénierie financière et du management. Les modifications et la modernisation de l'Acte uniforme OHADA sur les sociétés commerciales permettraient aux entrepreneurs et opérateurs économiques d'organiser les entreprises, afin de les aider à moderniser et développer leurs pays. Cependant, un tel développement requiert des moyens suffisants de financement.

L'une des principales difficultés auxquelles sont confrontées les entreprises africaines est le manque de financement, c'est à dire la capacité de l'entrepreneur à réunir le capital nécessaire à la création de son entreprise. En effet, lorsque l'on fait le rapprochement entre les moyens mis à la disposition des PME et des grandes structures, il devient plus facile de comprendre les difficultés éprouvées par un jeune entrepreneur qui vient de se lancer dans l'entrepreneuriat.

Par exemple, en raison des capitaux minimum exigés pour la constitution d'une SARL²⁰⁰⁸ ou de la SA²⁰⁰⁹ par le législateur OHADA, les entrepreneurs peinent à réunir les sommes requises pour le démarrage de leurs activités. Les projets semblent souvent quasiment irréalisables pour les petites entreprises à la différence des grandes structures africaines qui n'éprouvent aucune difficulté à répondre à ces exigences. En effet, en dépit de leur place importante dans l'économie africaine, les PME se caractérisent par leur très grande vulnérabilité et les énormes difficultés rencontrées en matière d'accès aux sources de financement leur permettant de faciliter le développement et la promotion de leurs activités.

Le financement n'est pas encore acquis en Afrique, c'est ce qui explique que la majeure partie des populations dans le secteur informel²⁰¹⁰ sont privées de l'existence d'états financiers. Cette inexistence d'états financiers est à l'origine de l'inaccessibilité au secteur bancaire. Au Sénégal, la majeure partie des petites entreprises meurent dès la première année de leur création.

L'objectif du secteur bancaire est d'accompagner ce secteur²⁰¹¹, en lui donnant accès aux sources de financement et l'inciter à bénéficier des avantages sociaux et fiscaux. L'impact de l'informalité sur le bien-être social est très fort, il se manifeste par de faibles revenus par habitant à l'origine de leur mauvais classement au sein du rapport *Doing Business* de la banque mondiale. En effet, l'économie formelle de la majeure partie des Etats africains relève des activités du secteur primaire, alors que la part la plus importante du PIB et de l'emploi relève de l'activité informelle²⁰¹².

L'OHADA a pris conscience de la gravité de la situation que rencontrent les entreprises et a décidé de les aider à avoir un accès plus facile au financement. L'attribution de crédit ou de financement est conditionnée par l'apport de garanties personnelles ou réelles, à la disposition des créanciers par l'entreprise débitrice.

²⁰⁰⁸ 1 000 000 FCFA.

²⁰⁰⁹ 10 000 000 FCFA.

²⁰¹⁰ C'est un secteur qui crée beaucoup d'emploi en Afrique et contrôle une très grande partie de l'activité informelle.

²⁰¹¹ La contribution du secteur informel dans les recettes fiscales est très faible et très inférieure à sa part dans le PIB.

²⁰¹² Amadou Aly MBAYE, Fatou GUEYE, de l'université cheikh Anta Diop de Dakar, Benjamin NANCY de la Banque mondiale, Colloque Investissement, financement et normalisation comptable dans l'espace OHADA- Quelles leçons pour la gouvernance économique et financière ? / 8 et 9 mai 2013/ Université du Québec à Montréal. www.ohada.com

Cependant, malgré la diversification des instruments de financement, les entreprises ont des difficultés à se financer. Les investisseurs sont réticents à octroyer des financements à certaines entreprises, en raison du niveau élevé du risque de non remboursement.

Le développement des activités entrepreneuriales suppose une valorisation de l'ensemble des moyens de financement à la portée des entreprises. Le droit OHADA a doté les entreprises de nouvelles garanties adaptées au financement des entreprises. Les financements sont ouverts au niveau des marchés, établissements bancaires et par d'autres voies. Les entreprises africaines représentent un puissant outil de développement, elles ont permis aux Etats de l'OHADA d'améliorer leur niveau économique et de renforcer la promotion de l'entrepreneuriat en Afrique subsaharienne.

De plus, l'acte uniforme sur les sûretés répond à cette volonté d'améliorer les conditions de financement des opérateurs économiques, il représente un gage de sécurité pour les investisseurs en capital²⁰¹³. Le droit des sûretés OHADA s'est doté de nouvelles garanties adaptées au financement des entreprises. L'AUS autorise en matière de sûretés personnelles, la mise en œuvre de la lettre de garantie, c'est l'une des sûretés les plus prisées dans les opérations de financement. Une sûreté dont le régime juridique est inspirée des textes de la chambre de commerce internationale, lui conférant un aspect plus moderne²⁰¹⁴.

En matière de sûretés réelles, le gage de créance, est une garantie intéressante pour l'investisseur, en raison de sa souplesse et son applicabilité à tout titre de créance, elle est plus souple que les cessions Daily.

L'AUS prévoit également une nouvelle forme de garantie sans dépossession²⁰¹⁵, le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières émises par les structures immatriculées au RCCM.

Les pays OHADA devraient contribuer à l'émergence de l'entrepreneuriat au niveau local par la mise en place de financement nécessaire aux besoins de création d'entreprises. La viabilité d'une société dépend des capitaux mis à sa disposition ; les capitaux étrangers sont souvent insuffisants d'où l'importance de la contribution locale. Les jeunes entrepreneurs africains bien qu'animés par la volonté de réaliser de grands projets n'ont pas toujours accès aux

²⁰¹³ Boris MARTOR, Sébastien THOUVENOT, *op. cit.*, P.2.

²⁰¹⁴ *Ibid.*

²⁰¹⁵ Les formes classiques de garanties sans dépossession sont : le nantissement du fonds de commerce, du matériel professionnel ou des stocks.

capitaux nécessaires pour démarrer, de plus les structures de capital-risque²⁰¹⁶ sont peu présents sur le continent.

Cette situation est à l'origine de l'abondance des structures de micro-crédit²⁰¹⁷ sur le continent africain. Les Etats de l'OHADA devraient trouver d'autres solutions en mettant par exemple à la disposition des entreprises des liquidités ou fonds de garantie pour ceux dont la viabilité du projet est indiscutable. Néanmoins, les Etats africains ont fait beaucoup d'effort, les fonds de garantie africain se développent peu à peu sur le continent.

Les pistes à cultiver sont nombreuses, la capacité des pays OHADA à rassembler les financements nécessaires à la réalisation des projets d'entreprises est encore très faible. Les outils de financement sont nombreux mais peu d'entre eux sont régulièrement utilisés dans les opérations de financement²⁰¹⁸. Les Etats doivent comprendre que le financement n'est pas le seul fait des grandes institutions, telles la Banque mondiale, la Banque africaine de développement, l'Agence française de développement, la Banque européenne d'investissement etc. Les nouveaux modes de financement sont devenus incontournables et contribuent à la relance des économies africaines par le financement des entreprises dans tous les domaines.

De plus, les nouvelles techniques de financement sont propices au développement des entreprises et moins contraignantes que celles classiques²⁰¹⁹.

Il est loisible de constater qu'en Afrique subsaharienne, les petites et moyennes entreprises existent en grande quantité, mais sont parfois confrontées à des difficultés de financement pour accroître leurs capacités à se développer. Le défi lancé par les acteurs de l'OHADA est de réduire le ralentissement des investissements et renforcer la sécurité juridique dans cette zone.

Le but est de donner par de nouvelles règles simples et adaptées l'opportunité aux entreprises africaines de bénéficier d'une plus grande confiance des investisseurs. La notion

²⁰¹⁶ Le capital risque est une technique d'investissement, c'est un apport en argent effectué par des investisseurs pour une jeune entreprise. Ce mode de financement est devenu très courant, il prend la forme d'une prise de participation au sein de la société et permet de faire entrer dans le capital de la société de nouveaux investisseurs, afin d'augmenter les capitaux.

²⁰¹⁷ Le microcrédit est un système permettant de prêter de petites sommes d'argent à des personnes qui souhaitent entreprendre, mais n'ont pas accès aux établissements bancaires. Ces dernières ne sont pas en mesure de se procurer des garanties, et les sommes empruntées sont souvent faibles pour attirer les banques.

²⁰¹⁸ Le Compte courant d'associés, le capital-risque, le financement participatif, Crédit-bail, etc.

²⁰¹⁹ Par exemple, le prêt bancaire requiert de solides garanties de remboursement.

d'investissement est très peu évoquée dans l'Acte uniforme de l'OHADA, à l'échelle nationale chaque Etat-partie au Traité a établi un cadre juridique spécifique en matière d'investissements. La création d'un Acte uniforme en droit des investissements où l'harmonisation des chartes d'investissements applicables dans les communautés économiques d'Afrique de l'ouest et de l'Afrique du centre²⁰²⁰ permettrait de réduire ces imperfections.

En effet, il serait intéressant à défaut d'une harmonisation dans le domaine des investissements se trouvant dans les droits nationaux, de légiférer dans un acte uniforme, de créer et mettre des outils tels les accords de protection relatifs aux investissements étrangers répandus au Canada ou des accords de libre-échange à l'image de l'ALENA.

De plus, depuis plusieurs années, les Etats de l'OHADA ont remplacé les codes d'investissement par des chartes d'investissement²⁰²¹, « la lecture minutieuse du préambule du traité instituant l'OHADA en 1993 en île Maurice et révisé en 2008 au Canada laisse présager que l'investissement est grandement favorisé dans cet espace juridique »²⁰²².

Le législateur OHADA l'encourage mais ne prévoit aucune réglementation spécifique en la matière. En effet, il est étonnant que l'ensemble des Etats signataires de l'OHADA poursuivent leur collaboration avec d'autres organisations spécialisées en matière d'investissement comme le CIRDI²⁰²³, la MIGA²⁰²⁴ fragilisant les mesures prévues par l'OHADA qu'ils auraient pu renforcer par la dénonciation des conventions afférentes aux premières²⁰²⁵. Le même constat a été effectué par le Rapport *Doing business* dans les Etats

²⁰²⁰ Christian KAMENI GAMELEU de l'université d'Angers, » Colloque investissement, financement et normalisation comptable dans l'espace OHADA-Quelles leçons pour la gouvernance économique et financière ? / 8 et 9 mai 2013/ Université du Québec à Montréal. www.ohada.com

²⁰²¹ Aboubacar MFOPAIN de l'université de NGAOUNDERE Cameroun, « Incitations fiscales et comportements d'investissements dans l'espace OHADA : Une étude l'expérience camerounaise et tchadienne », Colloque Investissement, financement et normalisation comptable dans l'espace OHADA- Quelles leçons pour la gouvernance économique et financière ? /8 et 9 mai 2013 / Université du Québec à Montréal. www.ohada.com

²⁰²² *Ibid.*

²⁰²³ Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. C'est une organisation internationale qui fait partie du groupe de la banque mondiale, elle propose des méthodes de conciliation et de règlement des différends relatifs aux investissements opposants les Etats adhérents aux Etats contractants de ladite convention. C'est le regroupement des dispositions s'appliquant à une juridiction ad hoc créée à l'initiative des parties à chaque cas traité.

²⁰²⁴ Multilatéral *Investment Guarantee Agency* : Agence multilatérale de garantie des investissements. C'est une structure spécialisée dans la promotion de l'investissement direct étranger dans les Etats en développement économique afin de renforcer la croissance des économies.

²⁰²⁵ Ibi OTTO de l'université de Sherbrooke, La réglementation des investissements étrangers sous l'OHADA : Une initiative inachevée du législateur communautaire, Colloque investissement, financement et normalisation

membres de l'OHADA en 2012 avec un classement de 166 à l'échelle régionale, loin derrière le Moyen orient et l'Afrique du nord « La région du monde où il est le plus difficile de faire des affaires », d'où cette carence en croissance économique et ce plus de vingt années après l'entrée en vigueur du traité²⁰²⁶.

Le nouveau droit OHADA s'est limité à une révision des conditions de financement des grandes entreprises, telles la SA à travers la consécration d'un nouveau droit des valeurs mobilières comme instrument de financement des acquisitions d'actifs²⁰²⁷. Les valeurs mobilières sont des instruments de financement des entreprises, elles sont présentées sous plusieurs catégories parmi lesquelles les actions de préférence²⁰²⁸.

La titrisation, l'appel au marché financier, aux banques, mezzanines, opérations sur le capital constituent également des outils de financement.

Cependant l'émergence et le développement économique des Etats ne peuvent se faire qu'avec le canal des petites et moyennes entreprises, d'où la nécessité d'une diversification des modes de financement. Cette diversification permettrait à toutes les structures quelle que soit leur taille de contribuer de manière significative à l'objectif de développement économique tel que libellé dans le préambule du traité OHADA.

L'OHADA en tant que modèle d'intégration financière et juridique devrait multiplier ses champs d'intervention. De nouvelles perspectives axées sur la diversification des modes de financements des entreprises permettraient de mieux favoriser les échanges et renforcer la confiance des investisseurs par la sécurité juridique et judiciaire des entreprises.

La réglementation du droit des marchés financiers dans la zone OHADA est d'une très grande portée. Il existe plusieurs bourses chargées d'organiser les opérations et transactions des titres : c'est la BRVM²⁰²⁹, la bourse de Douala et la bourse des valeurs mobilières d'Afrique centrale de la contribuer à l'évolution des marchés financiers dans la zone ? N'est-il pas meilleur de procéder à une intégration de l'ensemble des bourses pour plus d'efficacité en termes d'homogénéité des normes applicables aux Etats de l'OHADA membre de l'UEMOA

comptable dans l'espace OHADA-Quelles leçons pour la gouvernance économique et financière ? / 8 et 9 mai 2013/Université du Québec à Montréal. www.ohada.com

²⁰²⁶ Ibii OTTO, *op. cit.*

²⁰²⁷ Financement d'acquisition d'actifs par appel aux marchés financiers, financement d'acquisition d'actifs par appel aux banques et Mezzanine Providers.

²⁰²⁸ Approche ingénierie financière et optimisation, places des actionnaires publics.

²⁰²⁹ Bourse régionale des valeurs immobilières, elles concernent les Etats de l'UEMOA.

et de la CEMAC ? De plus, les règles régissant la procédure de cotation en bourse devraient être améliorées afin de renforcer la protection des investisseurs, surtout individuels, pour le développement des marchés d'actions et faciliter l'accès à la cotation des petites structures dont la place est importante dans le tissu économique africain²⁰³⁰.

Les difficultés d'accès au financement se justifient par l'inaccessibilité du crédit, indispensable pour le financement de l'économie. L'intégration de la réglementation bancaire islamique dans l'espace OHADA pourrait être un moyen de remédier à ces difficultés. En effet, on a constaté depuis plusieurs années que le financement bancaire classique est en crise, en raison des forts taux d'intérêts et des fortes spéculations. Face à cette crise de nouveaux modes de financement fondés sur des valeurs éthiques et sociaux ont vu le jour²⁰³¹, c'est le cas du financement islamique qui tire ses valeurs dans le droit musulman et prohibe l'intérêt²⁰³². La question qu'on serait tenté de se poser : est de savoir si un établissement financier sans intérêt est en conformité avec la législation bancaire en vigueur dans la zone OHADA car aucun Etat membre de l'OHADA n'admet le droit musulman comme la source de son droit positif.

Cependant, dans les pays de l'OHADA comme le Sénégal, il y a des banques islamiques qui fonctionnent depuis plusieurs années, la spécificité de ce système bancaire et son caractère dérogatoire ont conduit à s'interroger sur la réglementation juridique des produits bancaires islamiques.

La réglementation bancaire dans les pays OHADA a toujours été complexe pour les opérateurs économiques, lesquels essaient autant qu'ils le peuvent de la contourner. Les textes juridiques dans cette matière devraient également s'adapter aux réalités économiques et sociales. Les textes en matière bancaire remontent aux années 1990²⁰³³ avec la naissance des organes de régulation bancaire que sont l'UEMOA et la CEMAC²⁰³⁴.

²⁰³⁰ François BENEDICTE, Mariel GANSOU de l'Université François Rabelais Tours, Les marchés financiers dans l'espace OHADA : Un optimisme raisonné, Colloque investissement, financement et normalisation comptable dans l'espace OHADA-Quelles leçons pour la gouvernance économique et financière ? / 8 et 9 mai 2013/ Université du Québec à Montréal. www.ohada.com

²⁰³¹ Mballo THIAM de l'Université du Sud-Toulon var, « Essai d'intégration d'une réglementation bancaire islamique dans l'espace OHADA », Colloque investissement, financement et normalisation comptable dans l'espace OHADA-Quelles leçons pour la gouvernance économique et financière ? / 8 et 9 mai 2013/ Université du Québec à Montréal. www.ohada.com

²⁰³² *Ibid.*

²⁰³³ AKIOBE Patricia de l'Université de Laval, Les nouvelles perspectives de la réglementation bancaire dans l'espace OHADA, Colloque investissement, financement et normalisation comptable dans l'espace OHADA-

La banque fait partie des principaux instruments de financement de l'entreprise en Afrique, elle a un rôle important dans le développement économique et l'investissement. Les difficultés de financement sont dues à l'inadéquation entre le besoin de financement des opérateurs économiques et les services bancaires à leurs dispositions. Comment faciliter le financement des entreprises dans l'espace OHADA à travers la mise en place d'un nouveau cadre juridique bancaire ? Le rôle de l'OHADA est important dans le fonctionnement du système bancaire des pays membres. Par exemple, en République démocratique du Congo, les banques mobilisent l'épargne publique et l'intègrent dans l'économie par le biais des crédits accordés aux sociétés. Le faible taux de bancarisation réduit le développement de l'activité économique de ce pays. La bancarisation représente la part de la population qui a accès au système bancaire, son faible taux se justifie par le stockage de la masse monétaire par les populations hors des services bancaires privant les sociétés de moyens financiers pour développer leur activité. Le crédit se raréfie au fil des années, le rôle de l'OHADA est d'intervenir et appuyer les entreprises à la recherche de financement, par diverses mesures et programmes.

Le nouveau droit des affaires prend en compte l'ensemble des besoins des économies africaines, il veut améliorer l'efficacité de la gouvernance des entreprises et instaurer de nouveaux modes de financement²⁰³⁵. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique a fait l'objet depuis 2014 d'un énorme succès, les modifications sont nombreuses et concernent toutes les formes juridiques de sociétés. Le droit des sociétés coopératives et le droit commercial général révisé le 15 décembre 2010 constituent également, une remarquable avancée pour l'activité économique des entreprises.

On assiste à l'émergence de nouvelles formes juridiques lesquelles n'existaient pas avant la réforme, telles la Société par Actions Simplifiées et la société anonyme qui est devenue la structure par excellence des gros investissements. La société anonyme favorise une gouvernance équilibrée et une protection accrue des actionnaires qui répondent aux conditions

Quelles leçons pour la gouvernance économique et financière ? /8 et 9 mai 2013/ Universités du Québec à Montréal. www.ohada.com

²⁰³⁴ *Ibid.* Ces réglementations communautaires coexistent avec des mesures nationales spécifiques à chaque Etats.

²⁰³⁵ Ce sont les titres financiers : valeurs mobilières composées, action de préférence etc.

d'exigences des fonds d'investissement²⁰³⁶. La réforme du droit des sociétés est une étape intéressante dans le processus de consolidation de l'état de la législation des affaires.

Le législateur OHADA fait la promotion de nouveaux modes de financement traités dans la partie de l'ingénierie financière de l'AUSGIE. Cependant, ils sont peu nombreux²⁰³⁷ et devraient être diversifiés par de nouveaux des modes alternatifs de financement des entreprises, tels le *private-equity*, le financement bancaire islamique, le *crowdfunding*, le capital-investissement etc.

Les règles de gestion et de gouvernance sont satisfaisantes²⁰³⁸, avant l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme OHADA sur le droit des sociétés, la plupart des Etats se référaient au code de commerce français en matière de gouvernance des entreprises. Cependant, si le droit des sociétés français prévoyait des organes de gouvernance pour les entreprises, on pouvait observer plusieurs manquements notamment en matière d'outils de contrôle et plus spécifiquement du conseil d'administration. Le législateur OHADA a pris de nombreuses mesures pour combler ces carences et adapter les dispositions aux réalités de l'Afrique. Par exemple, la société anonyme OHADA autorise la détention d'un ou plusieurs actions par ses actionnaires, elle peut être administrée par plusieurs dirigeants²⁰³⁹. Ce sont des options récentes en droit français²⁰⁴⁰, alors que le droit OHADA les avait reconnues depuis 1998.

En définitive, après plusieurs années d'application de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés, on peut dire que les résultats sont satisfaisants. Une étude doctrinale a révélé que plus de soixante entreprises ont une composition et un mode de gestion du conseil d'administration conformes aux textes de l'OHADA et ne s'identifient pas à un système étranger de gouvernance et ceci quand bien même que les tâches accomplies par ces organes demeurent dans la réalité plus complexe que les textes prévus par le droit OHADA²⁰⁴¹. L'objectif du législateur OHADA est de garantir la sécurité juridique des investisseurs étrangers. L'harmonisation du droit des affaires en Afrique francophone résulte pour la plupart des pratiques internationales sur la notion de gouvernance d'entreprise.

²⁰³⁶ Boris MARTOR, Sébastien THOUVENOT, *op. cit.*, p.2 ;

²⁰³⁷ A travers l'instauration de valeurs mobilières composées ou complexe par l'instauration des PECEAO (programme d'augmentation du capital par exercice- d'option).

²⁰³⁸ L'expertise de gestion et l'administration provisoire.

²⁰³⁹ Boris MARTOR, Sébastien THOUVENOT, *op. cit.*, p.2. (C'est-à-dire que le conseil d'administration peut être présidé par un administrateur directeur général, un président directeur général ou un président assisté par un directeur général responsable de la gestion.

²⁰⁴⁰ Loi sur les nouvelles régulations économiques en 2001, NRE.

²⁰⁴¹ La gouvernance correspond au modèle de répartition des pouvoirs dans une société.

Les deux modes principaux de gouvernance ²⁰⁴² des entreprises sont, le modèle « *shareholder* »²⁰⁴³ et le modèle « *stakeholder* »²⁰⁴⁴. Les Etats comme l'Allemagne prônent le modèle de gouvernance partenariale²⁰⁴⁵, mais le législateur OHADA a choisi de s'inspirer du modèle privilégiant la valeur de l'actionnariat. Cependant, il n'est pas entièrement étranger au modèle du « *stakeholder* », des améliorations s'imposent dans ce sens²⁰⁴⁶.

L'objectif de l'OHADA est d'installer un climat de confiance et de créer un véritable pôle de développement en Afrique ²⁰⁴⁷. Les investissements sont devenus indispensables au développement économique des entreprises et l'instauration d'un climat de confiance nécessite d'assurer la protection juridique des investisseurs²⁰⁴⁸. Les entreprises doivent se soumettre aux règles de bonne gouvernance et s'interroger sur les dispositions prévues en droit OHADA pour garantir le respect des principes de bonne gouvernance. Quelle analyse peut-on faire des textes régissant la gouvernance des entreprises en droit OHADA ? La réponse à cette question serait un moyen d'évaluer l'impact du droit français en matière de gestion d'entreprise et d'adapter les actes uniformes au cadre économique et social des Etats membres.

L'OHADA, en matière fiscale et comptable a mis en place de nombreuses mesures, afin de promouvoir et de renforcer la compétitivité des entreprises locales et des futures implantations. Le code général des impôts de l'ensemble des Etats membres a prévu des mesures incitatives à cet effet : ce sont des mesures d'exonération, de diminution des impôts avec en contrepartie des objectifs à atteindre²⁰⁴⁹, afin de changer « l'allocation de ressources

²⁰⁴² La gouvernance correspond aux droits et responsabilités qui se partagent dans une entreprise.

²⁰⁴³ Modèle privilégiant la valeur de l'actionnariat.

²⁰⁴⁴ Modèle favorisant le partenariat basé sur le principe selon lequel l'entreprise doit prendre en compte les autres parties interagissant au sein de l'entreprise.

²⁰⁴⁵ Olivia BETOE BI EVIE de l'université d'Aix Marseille, « La gouvernance d'entreprises dans l'environnement OHADA : entre états des lieux et évolutions souhaitées », Colloque Investissement, financement et normalisation comptable dans l'espace OHADA-Quelles leçons pour la gouvernance économique et financière ? / 8 et 9 mai 2013 / Université du Québec à Montréal. www.ohada.com

²⁰⁴⁶ *Ibid.*

²⁰⁴⁷ Maurice FOUA ONGODO de l'université de Douala, « L'OHADA et la protection des investisseurs : une lecture des théories et des modèles de gouvernance », colloque investissement dans l'espace OHADA-Quelles leçons pour la gouvernance économique et financière ? / 8 et 9 mai 2013 / Université du Québec à Montréal.

²⁰⁴⁸ *Ibid.*

²⁰⁴⁹ Aboubacar MFOPAIN de l'université de N'Gaoundéré-Cameroun, Incitations fiscales et comportements d'investissements dans l'espace OHADA : Une étude de l'expérience Camerounaise et tchadienne, Colloque investissement, financement et normalisation comptable dans l'espace OHADA-Quelles leçons pour la gouvernance économique et financière ? / 8 et 9 mai 2013 / Université du Québec à Montréal.

par l'accumulation capital quand les investissements sont détaxés ou que l'autofinancement est favorisé »²⁰⁵⁰.

Le but de l'OHADA est de promouvoir la viabilité et la pérennité des entreprises des Etats membres. L'OHADA en tant que système inspiré du modèle français devrait tendre vers la reconnaissance juridique des entreprises de l'économie sociale et solidaire²⁰⁵¹. En effet, ces entreprises de l'économie sociale et solidaires sont une réponse au capitalisme, elles contribuent à l'humanisme de l'activité économique et sociale²⁰⁵². Les règles ont déjà été édictées en ce sens, elles régissent la totalité des structures membres, à l'échelle communautaire et nationale²⁰⁵³.

Le droit de l'OHADA demeure un droit attractif pour les investisseurs en Afrique, les Etats africains ont atteint un niveau élevé de croissance ces dernières années. Ce droit est la combinaison des objectifs des Etats à la recherche d'un droit adapté aux réalités économiques et sociales des entreprises et des investisseurs à la recherche d'un climat de confiance pour garantir leurs financements. L'existence des marchés boursiers en Afrique subsaharienne est un atout intéressant²⁰⁵⁴.

Cependant, les difficultés auxquelles sont confrontés les Etats en matière politique et économique peuvent parfois freiner l'arrivée des investisseurs sur le continent africain. Le droit de l'OHADA est un droit original, mais son attractivité et son effectivité sont limitées. En effet, bien que les formalités de création d'entreprises aient été améliorées dans les pays OHADA, l'Afrique subsaharienne demeure la région du monde dans laquelle il est le plus difficile de faire des affaires²⁰⁵⁵.

²⁰⁵⁰ *Ibid.*

²⁰⁵¹ Il regroupe un ensemble de coopératives, mutuelles, associations, syndicats et fondations reposant des principes spécifiques de fonctionnement, le principe d'égalité des personnes 1 personne 1 voix, le principe de solidarité entre les membres, et l'indépendance économique.

²⁰⁵² Willy TADJUDJE de l'Université du Luxembourg, « Le développement durable dans les entreprises sociale et solidaire », Quelles leçons pour les sociétés commerciales dans l'espace OHADA, Colloque investissement, financement et normalisation comptable dans l'espace OHADA-Quelles leçons pour la gouvernance économique et financière ? / 8 et 9 mai 2013/Université du Québec à Montréal. www.ohada.com

²⁰⁵³ Ce sont les coopératives, mutuelles, associations et fondations.

²⁰⁵⁴ Bourse des valeurs mobilières des Etats membres de l'UEMOA (BRVM à Abidjan) et la CEMAC (Douala stock Exchange et BVMAC à Libreville)

²⁰⁵⁵ A la différence de l'Afrique du nord et du moyen orient classés quatre-vingt-treizième derrière les pays de l'OCDE. Augustin TCHAMENI de l'université de Lyon 3 « Carence préjudiciable d'une clause démocratique et de bonne gouvernance dans le traité instituant l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires (OHADA) », Colloque Investissements, financement et normalisation comptable dans l'espace OHADA-Quelles leçons pour la gouvernance économique et financière ? / 8 et 9 mai 2013/ Université du Québec à Montréal. www.ohada.com

Les disparités existent dans beaucoup de domaines, car malgré la volonté d'harmonisation des membres de l'organisation, elles sont un frein à la prospérité de l'environnement des affaires.

BIBLIOGRAGHIE

OUVRAGE GENERAUX

ALBIGES C., DUMONT-LEFRAND M-P., *Droit des sûretés*, Dalloz, 2009, 480p.

AYNES L., CROCQ P., *Les sûretés, La publicité foncière*, Défrénois, 2009, 452p.

BA I., *Observations sur l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, EDJA, n°35, p.83.

BACHELLIER J. M.-N., BOURRASIN M., BREMOND, *Droit des sûretés*, Sirey, 2007, 733p.

BERGERON L., *Banquiers, négociants et manufacturiers parisiens du Directoire*, éd. EHESS, 1978, 436p.

BERTEL M., *Droit de l'entreprise*, wolters kluwers, 2014-2015, 2145 p.

BOUCHARY J., *Les manieurs d'argent à Paris à la fin du XVIIe siècle*, 3 volumes, librairie des sciences politiques et sociales, 1940, 286p.

CABRILLAC M., MOULY C., PETEL P., *Droit des sûretés*, Litec, 1990, 780p.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, 986p.

COZIAN M., VANDIER A., DEBOISSY., *droit des sociétés*, LexisNexis, 2017, 900p.

FASQUIELLE D., FASQUELLE LEONETTI M.A., BERTEL, J.P., BERTEL M., *Droit de l'entreprise*, wolters kluwer, 2014-2015 p.

LEFEVBRE F., *Mémento pratique des sociétés commerciales*, LGDJ, 2018, 1792p.

GALBRAITH, J. K., *L'argent*, Gallimard, 1976, 512p.

GATSI J., *Droit des affaires : Droit commercial général et sociétés commerciales*, Presse Universitaires Libres, 2008, 208p.

GERMAIN M. et MAGNIER V., *Traité de droit des affaires, tome 2*, L.G.D.J, 2011, 1082p.

GUYON Y., *Droit des affaires, tome 1 : Droit commercial général des sociétés*, 12^e éd., Paris, Economica, 2003, 1060p.

HOUTHIEFF D., *Droit commercial : acte de commerce, commerçants, fonds de commerce, instrument de paiement et crédit*, Dalloz, 2011, 655 P.

LAGEAIS D., *Droit commercial et des affaires*, Dalloz, 2012, 571 P.

LAGEAIS D., *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, Paris, 2009, 544p.

MALAURIE P., AYNES L., CROCQ P., *Les sûretés, la publicité foncière*, Défrénois, 2008, 386p.

MERLE P., *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, Paris, 2008, p.763.

OPPETIT B., SAYAG A., *Méthodologie de droit des groupes de sociétés*, Dalloz 1973, p.577-598.

POSE A., *La monnaie et ses institutions*, PUF, 1942, 946p.

RIPERT G. et ROBLOT R., *Traité de droit commercial, t.2*, LGDJ, Paris, 2002, 1375p.

OUVRAGE SPECIAUX

AHMADOU A. M., Nancy B., *Les entreprises informelles de l'Afrique de l'Ouest Francophone : taille, productivité et institutions*, AFD, (agence française de développement), 2012, 229p.

AMBOULOU H. D., *Le droit des affaires dans l'espace OHADA*, L'Harmattan, 2014, 278p.

ANOUKAHA et AL OUSSEYNI., *OHADA, Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, Bruxelles 2002, 592p.

ANOUKAHA F., CISSE-NIANG A., FOLI M., ISSA-SAYEGH J., SAMB M., *Droit uniforme africain*, Bruylant, 2002, 279p.

ANOUKAHA F. et Alli, *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p.313.

ANTONETTI G., *Une maison de Banque à Paris au XVII^e siècle*, 1963, éd. Cujas, Persée, 282p.

BADJI S. A.P., *Réforme du droit des sociétés commerciales OHADA*, l'Harmattan, 212p.

BARRIERE F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, Lexis Nexis, novembre 2004, 618p.

BERN P., *La nature juridique du contentieux de l'imposition*, vol.109, LGDJ, 1972, p.166

BERTREL J.-P. et JEANTIN Michel, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales : aspect juridiques de l'ingénierie financière*, Litec, 1989, 447p.

BETTY KOTO – TCHEKA A., *Le règlement préventif dans l'espace OHADA au regard du droit Français des procédures collectives*, édition Publibook, 2014, 283p.

BEZARD P., DABIN (L), ECHARD (J-F), JADAUD (B) et SAYAG (A), *Les groupes de sociétés, une politique législative, volume 3 le droit des affaires*, Librairies techniques, 1975,375 p.

BONNEAU T., DRUMMOND F., *Droit des marchés financiers*, Economica, 2010, 1210p.

BOUERE J- P., DEROUIN P., DESACHE J-M., DUHAMEL A., MALINVAUD E., DE VAUPLANE H., *Titres et emprunts obligataires*, tome 1, édition Banque, 2012-2013, 1000 p.

CAUSSE H., *Les titres négociables- Essai sur le contrat négociable*, Litec, 1993, 579p.

CISSE A. et A., *OHADA, société commerciale et GIE*, Bruylant Bruxelles, 2002, 592p.

COURET A., CASIMIR J-P, BARBIERI, *Droit des affaires gestion juridique de l'entreprise*, Sirey, 1987,507p.

COURET A., LE NABASQUE H., COQUELET Marie-Laure, GRANIER T., PIROCHIA D., REYGROBELLET Arnaud, *Droit des marchés financiers*, Dalloz, 2019, 1329 p.

COURET A., LE NABASQUE H., *Valeurs mobilières –Augmentation du capital*, Francis Lefebvre, 2004, 444p.

CHARREAU G., PITOL-BELIN J-P., *le conseil d'administration*, ed.vuibert, 220 p.

CHAMPAUD C., *Le pouvoir de concentration de la société anonyme*, Sirey, 1962, 349p.

DELABRIERE A., AGUEMON K., « Le compte courant d'associé en droit OHADA », *Revue du droit des affaires en Afrique, IDEF*, septembre 2015, p.5.

DELMAS M. et Alii, UMRDC, *société de législation comparée*, Paris, 2001, p.73 et s.

DELOUME A., *les manieurs d'argent à Rome*, Hachette, 1889, 380p.

DERRIDA F., *Le crédit et le droit des procédures collectives*, Dalloz, 1981, P.67-84.

DEWEDI E., « Réflexion critique sur l'attractivité du groupement d'intérêt économique (GIE) en droit de l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Les cahiers de droits*, vol.57 n°1, mars 2016, 43p.

DIDIER P., *Les sociétés commerciales*, 6^e éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, Presse universitaire de France, 2011, 1168p.

DIEYE A., *Régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA*, (acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du GIE révisé en 2014), édition LGDJ, 2014, 388 p.

DIEYE A., *Le régime des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA*, Editions Cabinet Aziz DIEYE, 2008, 321p.

DIFFO TCHUNKAM J., *Droit des activités économiques et du commerce électronique : L'esprit du droit commercial général issu de la réforme du 15 décembre 2010*, l'Harmattan 2011, 102p.

DIOUF N., *Les sociétés de personnes*, in société commerciale et GIE, Bruxelles, Bruylant, 2002, 592p.

DIZEL-CHANTREAU M., *Droit des affaires et gestion des entreprises*, Ems, 2004, 331 p.

DOBIL M., *comptabilité OHADA-Comptabilité des sociétés*, AEC-Karthala, Tome 3, 2008, 368p.

Dossiers pratiques, *EIRL*, Francis Lefebvre, 2011, 233 P.

Encyclopédie juridique de l'Afrique, Tome 7 : *Le droit des entreprises*, Les nouvelles éditions africaines, 1982, p.121.

Equipe HSD, YOUNG A., *Droit commercial et des sociétés en Afrique*, Edicef, 1989, 180p.

FENEON A., *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*, lextenso éditions, 2015, 1072p.

GARRIER C., *Financer l'entreprise dans l'espace OHADA, quelques idées pour le développement des Etats africains*, l'Harmattan, 169 p.

GARRIER C., *Géostratégie des entreprises*, l'Harmattan, Paris, 2014, 378p.

GATSI J., *Le droit des sociétés coopératives*, l'Harmattan, 2011, 196p.

GATSI J., *Droit des biens et des sûretés dans l'espace OHADA*, PUL, 2012, 148p.

SIMLER P., *cautionnement, garantie autonome, garantie indemnitaire*, lexis-nexis, mai 2015, 1182p.

SIMLER P., DELEBECQUE P., *Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 2009, 894p.

KOMI D., *L'économie informelle en Afrique subsaharienne*, l'Harmattan, 2011, 250p.

KONE M., *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA comparaison avec le droit français*, édition LGDJ, 416p.

KUASSI K., « Les atouts et les faiblesses de la réglementation uniforme de l'OHADA », *Revue Actualités Juridiques*, Edition économique n°4, 2012, p.89.

KWEMO S., *L'OHADA et le secteur de l'informel ; l'exemple du Cameroun*, Larcier, 2012, 432 P.

LASSALAS C., *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, PUFDCF et LGDJ, 1997, p.7.

LE BARS B., *droit des sociétés et de l'arbitrage international, pratique en droit de l'OHADA*, Joly éditions, 2011, 566 P.

LE BARS B., *l'évolution du droit des sociétés au regard du règlement général du conseil des marchés financiers*, Dalloz, 2003, 1138p.

ISSA SAYEGH J., LOHOUS – OBLE J., *OHADA – Harmonisation du droit des affaires, 2007*, juriscope, 245 P.

ISSA-SAYEGH J., POUGOUE P-J., *OHADA traités et actes uniformes commentés et annotés*, éditions juriscope, 2007, 1068 P.

JAILOWSKY S., TOOMEY C., *Dans la jungle du placement, comment j'ai tiré mon épingle du jeu*, Editions Transcontinental, 2005, 161p.

MARK CARRIER BROWN, *La Bourse Montréal*, Editions de l'homme, 1988, p.69.

MARTOR B. PILKINGTON N., SELLERS D., THOUVENOT S., *Le droit uniforme africain de l'OHADA*, Litec, 2009, 382p.

MESTRE J., *La société est bien encore un contrat*, dans *Mélanges Mouly*, t.2, Paris, Editions LITEC, 1998, p.131.

Michel G. et PERIN P-L., *La société par actions simplifiée*, 5^e éd., coll. « Pratique des affaires », Issy-les Moulineaux, Joly Editions, 2016, 670p.

MONSERIE-BON M-H., GROSCLAUDE L., *Droit des sociétés et groupement*, éditions, Lextenso, paris, 2013,496p.

MONZER M., *Pétrole et développement dans le monde arabe : des révolutions en chaîne*, l'Harmattan, Paris, 2011, p.207.

MOULOUL A., *comprendre l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, 2008, 56 p.

NDAYA MUTOMBO M., NSHINGU KAZADI F., BANZA KASEYA J., MWAKWAYE MONSENEPWO J., *L'impact de l'OHADA sur le droit des sociétés commerciales république démocratique du Congo*, l'harmattan, 2015, 272p.

NDOYE D., *Droit des sociétés commerciales et du GIE des pays de l'OHADA*, 2011, 352p.

OBENGA T., *Histoire général du Congo des origines à nos jours*, l'Harmattan, Tome 3, Paris, 2010, 352p.

OHADA, *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 4^e éd. Juriscope 2012, 1524p.

PAILLUSSEAU J., *Cession d'entreprises*, Dalloz Action, 672 p.

PIEDELIEVRE S., PUTMAN E., *Droit bancaire*, Economica, 2011, 816p.

PLATON G., « Les Banquiers dans la législation de justinien », *Nouvelle revue historique des droits français et étrangers*, 1909 et 1911, 281p.

PERIN P-L., *La SAS, la société par action simplifiée, études-formules*, Joly Editions, paris, 2005, 576p.

PERREIRA B., *La responsabilité pénale des entreprises et de leurs dirigeants*, EMS, 2011,250p.

POUGOUE P-G, TAMEGUE S-K., *L'entreprenant en droit OHADA*, presses universitaires d'Afrique, 2013, 268 p.

POUGOUE P-G., KALIEU ELONGO Y-R., *Introduction critique à l'OHADA*, Yaoundé, Presses universitaires d'Afrique, 2008, p.172.

POUGOUE P. G., ANOUKAHA F. et NGUBOU J., *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, presses Universitaires d'Afrique, 1998, 638p.

POUGOUE P.G., KALIEU ELONGO Y-R., *critique à l'OHADA Introduction*, presses universitaires Africaines, 2011, 288p.

PRUM A., *Les garanties à première demande : essai sur l'autonomie*, LITEC, 1994, 36p.

ROCHETEAU G., *Pouvoir financier et indépendance économique en Afrique noire : Le cas du Sénégal*, Paris, Khartala-Orstom, 1982, 389p.

RIVOIRE J., *Histoire de la banque*, PUF, 1984, 125 p.

ROSENBERG A., *Contract's Meaning and the Histories of Classical Contract Law*, (2013) 59-1, R.D. McGill 167, p.176-181.

SAKHO A., *Les groupes de société en Afrique, Droit, pouvoir et dépendance économique*, khartala, 336p.

SAMB O., Diallo M-I., *Guide pratique des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (GIE) OHADA*, ECJ éd., 2015, 1144 p.

SAMB O., DIALLO M.I., *Le praticien, comptable, système comptable OHADA, SYSCOHADA*, ed. Comptables et juridiques, 2018, 1346p.

SANTOS AKUATE p., *OHADA Droit commercial général*, Bruylant Bruxelles, 2002, 444p.

SAWADOGO F-M., *OHADA Droit des entreprises difficultés*, Bruylant Bruxelles, 2002, 444 p.

SITTI A-E., *Investir en Afrique pour gagner, l'entreprise africaine et la mondialisation*, coll. « études africaines », Paris, Editions l'Harmattan, 2012, p.57-58.

SOREL S., KUATE T., *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, L'harmattan, 2010, 694p.

TADJUDJE W., *Le droit des coopératives et des mutuelles dans l'espace OHADA*, Larcier, 2015, 565p.

Terré F., *EIRL L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Lexis nexis, 2011, 300 p.

ARTICLES ET REVUES

Accord de coopération signé le 3 août 2001, CEMAC, Recueil de texte droit communautaire de la CEMAC, Paris, AIF-GERAF, 2002, p.269.

ANOUKAHA F., « l'OHADA en marche », Annales de la faculté de droit Dschang, 2002, p.7, Ohadata D-04-36.

« L'Appréhension du risque financier par le droit », Acte colloque organisé le 18 juin 2010 par le laboratoire DANTE, Faculté de droit, Université Versailles, Saint Quentin, *Revue de droit bancaire et financier : RDBF* 2010, 6, n°27 à 33.

BISSALOUE S., « L'entrepreneur un statut prometteur », *Actualité du droit Wolters /kluwer*, septembre 2017, p.4.

BLACK YONDO L., « Enjeux économiques de la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés un atout pour faciliter l'accès au crédit », *Droit et patrimoine*, n°197, 1^{er} novembre 2010, p.12.

CALVO J., « Les comptes courants d'associés : aspects juridiques et fiscaux », *LPA* 19 janvier 1998, p.4.

DEWEDI E., « L'attractivité du groupement d'intérêt économique en droit OHADA », *Pendant revue trimestrielle de droit africain* n°871, Avril-Juin 2010, p.168.

BOURENANE N., « les fondements théoriques et stratégiques de la construction communautaire, intégration et coopération en Afrique de l'ouest », Real Lavergne acte colloque du CIRDI 1986 à Dakar, p.65.

ADDE, POUGOUE P-G. et ISSA-SAYEGH J., « L'OHADA ; défis, problèmes et tentatives de solutions », Acte du colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007, *Revue de droit Uniforme, UNIDROIT* ; 2008, p.455.

AIMEE MOUTHIEU NJANDEU M., « Radioscopie de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives », *Wolters Kluwer*, mars 2018. www.actualitesdudroit.fr.

ANTAGANA-MALONGUE M.-T., « Le cautionnement réel dans l'acte uniforme OHADA », *Penant revue trimestriel de droit africain*, juillet-septembre 2010, p.293.

ANOUKAHA F., « Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA », *Presses universitaires d'Afrique*, 1998, p.35 et S.

AUDESSAT, « société unipersonnelle et patrimoine d'affectation », *Revue des sociétés*, 1974, p.235.

AZARIAN H., MARON A., « Auto-entrepreneurs artisans » JCP semaine juridique (édition entreprise), Avril 2015, p.22-23.

BA D., CALLEDE P., « La consécration de la société par actions simplifiée (SAS) par l'acte uniforme révisé : libres propos et quelques idées sur cette nouvelle forme de société en droit OHADA », *Etude du cabinet d'avocat vaughan Avocats*, 2014, p.1 en ligne : www.ohada.com.

BADJI S. A. P., « L'évolution des règles du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales », *Bulletin de droit Economique*, 2017, p.2.

BARBIERI J-J. « Cautionnement et sociétés : dix ans de jurisprudence : *cahiers de droit de l'entreprise*, 2/1992, p.16.

BARBIERI J-F., « le sort du compte courant en cas de cession de titres », *Bull. Joly* 2008, p.160.

BARTHELEMY Jacques, « Société par actions simplifiée et droit social », *Revue social*. 2000, p.245 et suiv.

BAKANDEJA wa MPUNGU G., « l'internationalisation des échanges et le droit OHADA », *Revue Lamy, Droit civil*, n°67, janvier 2010, p.82.

BASILE A., « Les nouvelles formes d'investissement », *Revue d'économie politique*, n°3, 1985, p.276.

BERTREL J. P., « Ingénierie comptable : Le montage TAPIE », *Droit et patrimoine*, avril 1998, p.24.

BIRECK M. A., « La saisie du droit d'associés et des valeurs mobilières de la législation OHADA : Une réforme inadaptée au droit des sociétés commerciales », *Penant revue de droit des pays d'Afrique*, 2013, 882p.

BLACK YONDO L., TRAORE TIENMFOLTIEN A., « Les enjeux de la réforme de l'AUSGIE », *Droit et Patrimoine*, n°281, mars 2011, p.47.

BODIGUEL L., La reconnaissance juridique de « l'entrepreneuriat » rural, *Economie agricole, emploi rurale*, année 1999, volume 253, numéro pp. 36-41.

BOCCOVI A., « Le transfert fiduciaire de somme d'argent en droit OHADA de l'opposabilité aux tiers », *Revue du droit des affaires en Afrique, RDDA*, décembre 2015, p.3.

BONNEAU T., « Le nouveau financement participatif », *JCP E* n°42, 16 octobre 2014, p.41.

BORDET E., GABIANO M., « Amélioration et sécurisation du cadre juridique : une opportunité pour les investisseurs », *revue entreprise et expertise juridique*, option finance n°1279, juillet 2014, p.24.

BOYE M. « la formalisation de l'informel : Des systèmes financiers décentralisés à l'entrepreneur », *Penant revue trimestrielle de droit africain*, n°886, avril 2013, p.68.

BROUSSOLE Y., « Les principales dispositions du 09 mars 2012 relative au régime fiscal de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée », *petites affiches*, 27 juin 2012, n°128, p.5.

BRIZOUBA-BI M., « Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA », *Droit et patrimoine*, novembre 2010, p.2.

BRIZOUA-BI M., « L'attractivité du nouveau droit des hypothèques », *Droit et patrimoine* n°197, novembre 2010, p.24.

Bureau international du travail, « Activité de l'OIT en matière de coopération technique », *Conférence d'international du travail*, 87^e session, 1999, p.69.

CASSIA P., « La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes », *Recueil Dalloz*, 2006, p.1190-1193.

CASTAGNE S., « Entreprise – Dispositions générales », *Revue de presse*, décembre 2006, p.10.

COHET-CORDEY F., « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », (1996) *RTD civ*, p. 821.

CONAC P-H., « Entrée en vigueur du nouveau régime français du financement participatif (*Crowdfunding*), *Revue des sociétés*, 2015, p.60.

COSSI COSSA D., « Les concurrences de compétence entre les hautes juridictions communautaires de l'Afrique de l'ouest et du centre : réalités et approches de solutions », in l'esprit du droit, *Afrilex, Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*, p.16.

COURET A., « Dépendance ou indépendance des qualités d'associé et d'apporteur en compte courant », *Bull. Joly* 1992, p. 7.

COULIBALY A. S., « Le droit de la concurrence de l'union économique et monétaire ouest africaine », *Revue burkinabé de droit*, n°43-44, 1^{er} et 2^e semestre 2003, p.6.

Cyrille D., « L'acte anormal de gestion (AAG) (Comparaison fiscale Allemagne, France, Royaume-Uni) », *Litec*, 2009, p.254.

CAMBASSEDES M-J., « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », *Rev. Soc.*, 1976, p.431.

CAUSSE H., « principes, nature, et logique de la dématérialisation », *JCP*, 1992, p.194.

Centre de droit économique de l'université Paul Cézanne d'Aix-Marseille, « Recueil d'études sur l'OHADA et les normes juridiques », *Presses Universitaires d'Aix-Marseille*, 422 p.

CHAMPAUD C., « Société ou pas société ? Patrimoine affecté à une entreprise individuelle. Projet d'innovation législative. SARL, EPRL, EURL, EIRL à quel saint se vouer ? (Projet de loi n° 302 déposé au sénat le 18 février 2010, devenu loi n°2010-658 du 15 juin 2010 » *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2010, p. 349.

CHAMPAUD C., « Le droit français des sociétés à l'aube du XXI^e siècle », *Rev. Soc.* n°10, 2000, p.83.

CISSE A., « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : L'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », *Revue internationale de droit économique*, 2004 /2, P. 197-225.

Concertations sur le Financement Bancaire de l'économie dans les Etats de l'UMOA, rapport annuel de la BCEAO, 2004, p.76.

COLASSON Frédéric, « Le patrimoine professionnel », *PULIM*, 2006, p.112.

Commission économique des nations unies pour l'Afrique, Etat de l'intégration régionale en Afrique, Addis-Abeba, 2004, p.41 à 45.

CROCQ P., « Les sûretés fondées sur situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'acte uniforme portant organisation des sûretés », *Droit et patrimoine*, n°197, 1^{er} novembre 2010, p.20.

COTTE-MARCEAU A., « Vers un nouveau droit du gage OHADA », *Droit et patrimoine*, n°197, novembre 2010, p.13.

DERIEUX B., SWINBURNE D., VOISIN A., LE GUILLOU N., « La réforme du droit des sociétés de l'OHADA : Une évolution majeure du régime du droit des sociétés en Afrique subsaharienne », www.linklaters.com, février 2014, p3.

DESIRE MODI KOKO BEBEY H., « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : regard sous l'angle de la théorie générale du droit », *Revue d'actualité juridique*, Juriscope 2001, p. 2268.

DELMAS M., IZORCHE M. L., « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun en gestation », *Mc Gill, Law JOURNAL, Revue de droit de Mc Gill*, 2001, p.952.

DELMAS M., « la mondialisation du droit : chances et risques », *Dalloz*, 1997, p.43.

DELPECH X., « premier bougie pour le régime de l'auto- entrepreneur », *Dalloz*, 2010, p.77.

DEPROST P., LAFFON P., « Evaluation du régime de l'auto- entrepreneur », *rapport*, Avril 2013, 300p.

DERIEUX B., SWINBURNE D., VOISIN A., LE GUILLOU N., « La réforme du droit des sociétés de l'OHADA : Une évolution majeure du régime du droit des sociétés en Afrique subsaharienne », www.linklaters.com , février 2014, p.3.

DE SABA A. A., « Un nouveau droit des affaires pour attirer les investisseurs en Afrique. Est-ce suffisant ? », *Revue de finance et bien commun*, n°28-29, 2007, p.99.

Didier V., « contexte et méthode de l'adoption du nouveau régime de la société par action simplifiée : article 3 de la loi du 12 juillet 1999. Présentation du dispositif », *Rev. Soc.*, 2000, p.215.

DIALLO B., « Les société créée de fait dans l'OHADA », *Jurisfis*, n°2 mars/avril 2009, p.12.

DIALLO M., « Contribution au Diagnostic des difficultés d'application par les établissements financiers du nouvel acte uniforme sur les droits des sûretés », *Revue de l'ERSUMA*, n°2, mars 2013, p.1.

DIFFO TCHUNKAM J. « Actualité et perspective du droit OHADA des affaires après la réforme de l'Acte uniforme relatif au droit commercial Général du 15 décembre 2010 », *Afrilex*, 2012, n°16, p10.

DJEDJE CLAVER P., YONDO BLACK L., CISSE A., DIALLO B., « Simplification des règles de constitution et de fonctionnement des sociétés commerciales dans la zone OHADA », *Droit et patrimoine* n°239, 2014, p. 8.

DOUAJNI KENFACK G., « Les nouvelles sûretés introduites dans l'acte uniforme sur les sûretés adoptées le 15 décembre 2010 », *Revue de l'Ersuma : Droit des affaires –Pratique professionnelle*, n° spécial Novembre/Décembre 2011, p.81.

DUPICHOT P., « Le droit uniforme des affaires issues de l'OHADA », *Lexis nexis*, 2004, page 193.

EESI 2005 : Phase 2, Enquête sur le secteur informel, rapport principal, p.31.

ELONGO KALIEU Y., KEUFFI EBENEZER D., « l'émergence des marchés financiers dans l'espace OHADA », *Afrilex, Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*, 2004, p.39- 40.

EYANGO DJOMBI D., « La nouvelle définition du commerçant de l'acte uniforme OHADA au regard de la théorie juridique de l'acte commerce » *Penant revue trimestrielle de droit*

africain, *Juris Africa*, 2014, n°888 420 p. BEYNEIX Isabelle, « La prise en compte de l'entrepreneuriat par le droit », *RTD Com.*, 2012, P. 671.

FAYE B., ESSOMBE MOUSSIO J.-J., NYEMB J. J. et LOUKAKOU D., « La modernisation du régime des valeurs mobilières pour les sociétés par actions », *Droit et patrimoine* 2014, P.83.

FAYE NDICK P., « Droit des sociétés commerciales et du GIE », *Revue de l'ERSUMA* novembre -décembre 2011, 216p.

FELIHO G.S., « La coexistence textuelle dans l'espace UEMOA : Cas de l'appel public à l'épargne », Actes du séminaire de sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA, oct.2003, p.8. www.droit.francophonie.org.

FEVILLE-DAWEY C. I., « La révision du traité de l'OHADA », *Revue Congolaise de droit et des affaires*, n°1, oct-dec , *LGDJ*, 2009, p.35.

FONROUGE C., « Entrepreneuriat et innovations organisationnelles », *Revue française de gestion* n°185,2008, 206p.

FONTAINE M. « Le projet d'acte uniforme OHADA et les principes d'un droit relatifs aux contrats de commerce international », *Revue de droit uniforme*, 2/2004, pp. 253-267.

FOKO A., « Le droit OHADA et les droits nationaux des Etats parties : Une complémentarité vieille de plus d'une décennie », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2008, n°4, p.484 et suivant ; YAWAGA Spener, p.76 et s.

FOKO A., « La création d'un nouveau statut professionnel dans l'espace OHADA : Le statut professionnel dans l'espace OHADA : Le cas de l'entrepreneur », *Revue de la faculté des sciences juridiques et politiques*, université de N'Gaoundéré, Janvier, 2016 p.10.

FOKO A., « La consécration d'un nouveau statut professionnel dans l'espace OHADA : Le cas de l'entrepreneur », *Cahiers juridiques et politiques, Revue de la faculté des sciences juridiques et politiques*, 2010, p.4.

FOMCHIBOU MBANCHOUT J-J., « De quelques réflexions sur la codification pénale communautaire du législateur de l'OHADA », *Presse universitaire Africaine*, 2006, p.63.

FRANCOIS B., « Le renforcement des règles de transparence pour les investisseurs institutionnels », *Revue des sociétés*, 2013. P. 399.

FORBIN T., « L'utilisation du mécanisme de transfert fiduciaire de somme d'argent en droit OHADA dans le cadre des contrats d'exploitation pétrolière », *Aspect juridiques* n°109, p.1.
www.mwe.com

GALAVIELLE, J. M., « Premier gestionnaire de monnaie », *Banque*, 1977, p.431.

GALLOIS-COCHET, « Micro entreprise, micro-entrepreneur et auto-entrepreneur après la LME », *semaine juridique Entreprise et affaires*, n°16-17, avril 2009, p.27.

GATSI J., « Le marché financier au Cameroun », *Juridis périodique* n°45, Janv-février-mars 2001, p.63.

GAVALDA C., et SOUFFLET J.- M., « La lettre de garantie internationale », *RTD com* n°6, 1980, p.1 et s.

GENINET M., « Les quasi apport en société », *Revue sociale*, 1987, p.25-52.

GNING T., LARUE F., « Le nouveau modèle coopératif dans l'espace OHADA : un outil pour la professionnalisation des organisations paysannes », *farm*, février 2014, 16p.

GRANIER T., « l'émergence d'un droit des marchés financiers en Afrique : l'exemple du marché financier régional de l'UEMOA », *Revue de droit uniforme africain*, n°000, 9 août 2010, pp. 9 et s.

GRUA F., « le cautionnement réel », *JCP*, 1984, p. 3197.

GONOMY M., « Le statut de l'entrepreneur dans l'AUDCG révisé : Entre le passé et l'avenir », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires pratique professionnelle*, n°4, septembre 2014.

GORRJAS S. et DAMMANN R., « La protection du patrimoine du débiteur personne physique », *Revue des procédures collectives*, 2010, p.3.

Gazette du palais « publication de la loi relative à l'artisanat, commerce au très petites entreprises » *Gazette du palais*, 26 juin 2014 n°177, P.4.

GUYON Y., « l'évolution de l'environnement juridique de la loi juridique du 24 juillet 1966 », *Revue des sociétés*, 1991, p.501.

GUYON Y., « Les aspects juridiques de dématérialisation des valeurs mobilières », *Revue des sociétés*, 1984, P.451.

HAINAUT E., Rapport sur « Le *Crowdfunding* dans les entreprises des secteurs culture et média - fiscal – social – Comptable - administratif », mars 2015, com'com Département culture et média groupe émergence, mars 2015, p. 2.

HERAIL M., « Le lien coopératif au sein des sociétés coopératives », *Revue internationale de l'économie sociale* n°278, 2000, p.47.

HONORAT J., « La société par action simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés (1^{ère} partie) », LPA 1996, p.4.

HUGON P., « Rentabilité du secteur bancaire et défaillances du financement du développement : Le cas de la CEMAC », *Revue tiers monde*, 2007 /4, (n°192), p. 771-788.

ICABONGA S., « L'institution de l'entrepreneur, une maîtrise du secteur informel en RDC ? » Ohadata-D-17-03.

ISSA-SAYEGH J., « L'entrepreneur un nouvel acteur économique en droit OHADA : ambiguïté et ambivalence » *penant revue trimestrielle de droit Africain*, édition Juris Africa, n°878, 141 p.

ISSA SAYEGH J., POUGOUE Paul Gérard, « L'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions », *Revue de droit uniforme*, UNIDROIT, 2008, p.470.

ISSA SAYEGH J., « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », *Revue de droit uniforme*, 1999-1, p.5 ; Ohadata D-02-11, p.8.

ISSA-SAYEGH J., « Droit des sociétés commerciales : droit commun et régimes particuliers », Ohadata D-03-09.

ISSA-SAYEGH J., « L'entrepreneur, Un nouvel acteur économique en droit OHADA : ambiguïtés et ambivalence », *penant*, n°878, janvier-mars, 2012, p.5.

International Tax Dialogue, « la fiscalité des petites et moyennes entreprises », p.36.

Institut de recherche et d'éducation pour coopératives et les mutuels de l'université de Sherbrooke, Québec, 2012, 35p.

KALIEU ELONGO Y. R., « La loi camerounaise du 10 décembre 2010 sur le crédit-bail à l'aune des législations OHADA et CEMAC », *Revue de l'ERSUMA Droit des affaires pratique professionnel*, n°6 janvier 2016, doctrine, p. 1.

KAMGA J., « L'apport du droit OHADA à l'attractivité des investissements étrangers dans les Etats parties » *Revue des juristes de science politique*, n°5, 2012, p.44.

KANDUM SUNKAM A., « Le nantissement de compte de titre financiers dans l'espace OHADA : Regard sur une sûreté nouvelle dans un contexte d'émergence des marchés financiers », *RTJUM*, p. 564.

KANGAMBEGA E., « Observations sur les aspects pénaux de l'OHADA », *Revue Penant*, 2000, pp.331 et s.

KANTE A., « L'ordre public économique et la liberté d'entreprendre au Sénégal », Colloque international de Dakar sur le droit d'entreprendre, Dakar, 19-21 avril 2004, en ligne : <http://www.ohada.com/ohadata/D-06-17>.

KEUFFI D., « La régulation des marchés financiers », *l'Harmattan*, 2010, p.13.

KONE M., « La notion de groupe de société en droit OHADA », *penant revue trimestrielle de droit africain*, p.288.

KOUASSI K., « La société à responsabilité limitée (SARL) », *communication au séminaire de formation à l'ERSUMA*, mai 1999, dactylographiée, 30p.

KROTOFF F., « Droit des sociétés en Afrique ; Révision de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *GIDE Loyrette Nouel*, mai 2014, p.4.

KWAME M.C., « Droit de confidentialité et droits de la défense dans les procédures communautaires de concurrence, Double variation sur une partition européenne », *RDI comp.*, 2004, p.329.

LAITHER Y.-M., « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *Dalloz*, 2006, p.1003.

LAFLEUR M., « Impact socio-économique des coopératives et des mutuelles. Quand le passé inspire le futur : contribution des coopératives et des mutuelles à un monde meilleur », www.USherbrooke.ca/irecus, 35p.

LAINÉ M., « La monnaie privée », *RTD Com avril-juin 2004*, p.227-242 ; BONNEAU Thierry, *Droit bancaire*, LGDJ, 2013, P.12-13.

LANOU GNIDOUBA R., « Le nouveau statut d'entrepreneur : Une réforme inachevée ? », *Bulletin de droit économique*, 2017, p.5.

LASERRE V., « Le risque », *Recueil Dalloz*, 2011 P.1632.

LE BARS B., MARTOR B., « Management et financement de la société anonyme de droit OHADA », en ligne : <http://www.ohada.org>.

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

LECAT J., « Les actions de préférence dans le nouvel acte uniforme sur les sociétés commerciales », *Penant revue trimestriel de droit africain* n°887, Avril-juin, 2014, p.196.

LECOURT B., « Sociétés mutualistes : vers un texte européen », *revue des sociétés*, 2013, P.315.

LECOURT B., « Un droit européen plus souple pour les PME ; Quels sont les dix actes législatifs les plus contraignants pour les PME », *revue des sociétés*, P.309.

LEGRAND V., « L'EIRL pourrait-il prétendre à une procédure de surendettement ? », *Dalloz*, 2010, p.2385.

LENOIR C., « Le portage salarial doit sortir de ses ambiguïté », *Droit social*, 2012, P.771.

LICARI F-X., « Aspect fondamentaux du nouveau droit de la prescription : réflexions théoriques et pratiques sur les choix opérés par la loi du 17 juin 2008 », *RLDA* 2009/42, n° 2251, pp. 84-88.

LEFILEUR J., « Comment améliorer l'accès au financement pour les PME d'Afrique subsaharienne ? » *Revue Afrique contemporaine* n° 227, 2008, p.3.

LOUKAKOU D., « L'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales : aspects de droits des marchés financiers », *Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration des pays d'Afrique*, <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/articles>, janvier 2010, p.3.

LOUKAKOU D., « Les valeurs mobilières dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales dans l'espace OHADA », *Recueil Penant*, 2003, p.261 et suiv.

MALDONADO C. et Alii, « Le secteur informel en Afrique face aux contraintes légales et institutionnelles », *BIT*, Genève, 1999, p.21.

MANTIAUX S., « Que disent les textes OHADA en matière d'investissement ? », *revue de l'Ersuma*, n°1, juin 2012, www.revue.ersuma.org.

MARCHAND H., « Fatou SARR, L'entrepreneuriat féminin au Sénégal. Les transformations des rapports de pouvoirs », *Recherches féministes*, volume 12 numéro 2, 1999, P. 205-208.

MARTIN D.R., « Du titre et de la négociabilité (A propos des pseudos titres de créances négociables » *Dalloz*, 1993, p.20.

MARTIN-CERF, « L'instrumentalisation du droit des sociétés », *Revue de jurisprudence commerciale*, décembre 2001, p.9.

MARTIN D.R., « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droit scripturaux) », *Dalloz*, 1996, p.47.

MARTIN D.R., « Du gage d'actifs scripturaux », *Dalloz*, 1996, p.253.

MARTIN D.R., « valeurs mobilières défense d'une théorie », *Dalloz*, affaires, 2001, p.1228.

MARTIN D.R., « Gage d'instruments financiers », *Joly Bourse et produits financiers*, 1997, p .1 et 2.

MARTOR B., FASSI FEHRI J., « Panorama de la réforme du droit des sociétés OHADA », *JCP E* 2014, P. 18-24.

MARTOR B., THOUVENOT S., « L'Ohada au service du *private equity* en Afrique » fusions, acquisitions, *revue juridique et fiscal des rapprochements d'entreprises*, mai 2018, p.1.

MARTOR B., LE BARS B., « Management et financement de la société anonyme de droit OHADA, pratique et actualité du droit OHADA », *JCP E* 2007, p.112 et s.

MARTOR B., « L'intégration juridique au service de l'émergence du continent africain », 23 octobre 2012 www.jeunafrique.com.

MARTOR B., THOUVENOT S., « Les acteurs des marchés financiers et l'appel public à l'épargne dans l'espace OHADA », *Revue de droit des affaires*, 2002, p.749.

MARTOR B., THOUVENOT S., « L'OHADA au service du *private equity* en Afrique », Fusions et acquisitions, *Revue juridique et fiscal des rapprochements d'entreprise*, mai 2008, P.1. www.fusions-acquisitions

MATTOUT J.-P., PRUM André, « Les règles uniformes de la CCI pour les garanties sur demande », *Banque et droit*, n°30,1993, p.111.

MASSAMBA R., « L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique », *penant*, 2006, n°855, pp.137- 150.

MAZET G., « La location financière internationale », *RJ com.* 1985, n° spécial, p.42 et s.

MBAYE M., « Les groupes de sociétés dans l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires » *Penant*, juillet-septembre 2004, *Revue trimestrielle de droit africain*, p.283.

MBAYE NDIAYE M., BRUN E. N., « Actions gratuites ou attribution gratuite d'actions : gratuité, récompense ou motivation ? », *Chronique bulletin ERSUMA de pratique professionnelle*, n°1, septembre 2017, p. 4.

MBOM KENGNI B., « Droit comparé des sûretés (espace OHADA) : Le nantissement du compte de titres financiers dans l'espace OHADA : regard sur une sûreté nouvelle dans un contexte d'émergence des marchés financiers », *chronique sectorielle*, p.45 et s.

MEMAN THIERO F., « La société unipersonnelle dans le droit des affaires de l'OHADA : Une œuvre législative à parfaire », *penant revue trimestrielle de droit africain*, p.313.

MERLE P., « L'introduction de la SAS dans l'espace OHADA », *Droit et patrimoine*, 2014, p.2.

MEUKE B., « informations pratiques sur la distribution des dividendes fictifs dans l'espace OHADA » *Jurifis info*, *La revue d'information juridique du cabinet d'avocats jurifis consult*, n°02 mars /avril 2009, p.31.

MEUKE B., « l'abus de bien sociaux dans l'espace OHADA : ce que les patrons ne pourront plus faire » *Juris info*, *La revue d'information juridique du cabinet d'avocats jurifisconsult*, n°02, mars/avril 2009, p. 32.

MEUKE B., « Brèves observations sur le risque juridique du mandataire social dans l'OHADA », *juris info*, *la revue d'information juridique du cabinet d'avocat jurifis consult*, n°02, mars/avril 2009, p.4.

MEUKE B., « Quelques précisions sur le sort des engagements de la caution décédée dans l'OHADA », *Juris info*, *La revue d'information juridique du cabinet d'avocats jurifisconsult*, n°02, mars/avril 2009, P. 35.

MESTRE J., « Regard contractuels sur l'OHADA », *Rev. Lamy Civil*, 2010, p.72.

MODI KOKO BEBEY H-D., « Micropropriété, aspects juridiques, attributs de la propriété », 3^e colloque de l'Association du Notariat Francophone : micro-économie et sécurité juridique,

le rôle du notaire au service du développement dans une économie de marché, conseil supérieur du notariat, Paris, 21 septembre 2007, p.66.

MOMNOUGUI J-B., « L'OHADA et la banque : quels enjeux ? », *Recueil Dalloz*, 2015, p.1480.

MOREAU M. « sur un droit obèse », *Revue juridique commerciale*, 2006, n°4, p.271.

NDZUENKEU A., TCHANTCHOU H., « l'exécution provisoire à l'ère de l'OHADA », *Penant* n°850, Janvier-Mars 2005, P.46.

NANCY B. et MBAYE A. A., « Les entreprises informelles de l'Afrique de l'ouest francophone / Taille, productivité et institution », *Broche 2 Agence française de la Banque mondiale*, novembre 2012, 299p.

NOUVION F., « Les valeurs mobilières composées et valeurs mobilières subordonnées », *recueil penant*, n°887, Avril-juin, 2014, p.224.

NOUVION F., « la réforme du droit OHADA des sûretés mobilières », www.agenceecofin.com.

NUSSENBAUM M., « La formation des cours boursiers, dans le droit boursier en mouvement », *RJ COM*, n°spécial, 2003, p.100.

ONANA ETOUNDI F. « La révision du traité OHADA de Port Louis », *Revue Penant*, n°865, 2008, pp. 397-404.

PAILLUSSEAU J., « La nouvelle société par actions simplifiée. Le bigbang du droit des sociétés », *Recueil Dalloz*, 1999, chronique, p .333 et s.

PAILLUSSEAU J., « La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote », *Dalloz*, 2008, p.1563.

PAULLUSSEAU Jean, « L'Acte uniforme sur le droit des sociétés », *Ohadata* D-04-17, www.ohada.com, p.6.

PAILLUSSEAU J. « L'acte uniforme sur le droit des sociétés », *P.A.* 13 octobre 2004, n°205, p.20.

PAILLUSSEAU J., « La logique organisationnelle dans le droit, l'exemple du droit des sociétés », Paris, Litec, lexis-nexis, 2005, p.567 et s.

PASCUAL I., « La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés », *R.T.D. com.*, 1998, p.273.

POME D., « Plaidoyer pour l'adoption du crédit-bail en droit ohada », *Afrilex, revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*, septembre, 2016, p.1.

PORACCHIA D., « Le rôle de l'intérêt social dans la société par action simplifiée », *Rev.soc.*2000, p.223.

PORACCHIA D., VELARDOCCHIO D. « Un cadre juridique pour le financement participatif », *Bulletin Joly*, décembre 2014, p.742.

POUGOUE P. G., NGUEBOU TOUKAM J. et ANOUKAHA F., « commentaire de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales groupement d'intérêt économique », p.558.

POUGOUE P. G., « Les figures de la sécurité juridique, Leçon inaugurale », Inédit, UFD-Université de Yaoundé II, *Revue Africaine des sciences juridiques, African journal of law*, 2004, *l'harmattan*, p7.

POUGOUE P. G., « Doctrine OHADA et théorie juridique », *Revue de l'Ersuma*, n° spécial, novembre-décembre, 2011, p.4.

PRISSO-ESSAWE S. J., « Les espaces juridiques de sécurisation des investissements en Afrique : entre droits communautaires et droit uniforme » *revue lamy droit civil*, n°67, Janvier 2010, p.62.

PwcTax Légal Afrique francophone subsaharienne, « Obligations convertibles création d'entreprises Capitaux propres », *newsletter OHADA* n°08-2017, p.3.

RABANI A., « La nouvelle société par actions simplifiée de l'OHADA », *Bulletin de droit économique* 2014, 49p.

Rapport d'information du Sénat, n°174, 2009-2010, « l'auto-entrepreneur : un bilan positif à nuancer », *Liaisons Sociales Quotidien*, Vendredi 15 janvier 2010, n°15527, p.2.

Rapport d'information de la commission des finances de l'assemblée nationale française sur la « régulation de la mondialisation financière », doct. Ass. Nat. n°2476, du 14 juin 2000, p.7et s.

RIASSETTO I., « Que faire pour accroître l'attractivité des fonds de capital-risque européen et des fonds d'entrepreneuriat social européen », *Bulletin Joly Bourse* n°12, septembre 2015, 539-541 P.

RICHARD J. « A propos de la contribution aux pertes et aux dettes de l'apporteur en industrie », *J.C.P* 1980, p.91-57.

RIGOUZZO, « Les marchés financiers en Afrique : véritable outil de développement ? », *Revue Secteur privé et développement*, n°5, mars 2010, p. 2.

ROBERTSON Neil, DESSI-FOULON A., « Le cadre juridique embryonnaire du droit OHADA », www.ohada.com.

RODMACQ P., « Comment utiliser le financement participatif sur internet », *Entreprendre en Afrique Financement*, p.1.

ROMANIE A-M, « La Banque dans tous ces états », *Petites Affiches*, n°180-181, p.3.

ROUZEAU L., « Etude statistique de la société par actions simplifiée », *bull, joly Sociétés* 2002.11, p.1263.

SAINTOURENS B., « Sociétés coopératives et sociétés de droit commun », *Revue des sociétés*, 1996, p.1.

SAKHO M., « Le nouvel acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : Propos introductif autour d'une refonte d'envergure du droit des sûretés », *Revue de l'Ersuma*, novembre-décembre, 2011, p.6.

SAKHO M., « la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit », *Droit et Patrimoine*, n°197, novembre 2010, p. 47-48.

SAKHO M., « Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés : propos introductifs autour d'une refonte d'envergure du droit des sûretés », *Revue de l'ERSUMA*, 2011, www.revue.ersuma.org

SAKHO A. et NDIAYE I., « Pratique des garanties du crédit », *Revue africaine de banques* 1998, p.17.

SALES J. et LACAZE D., « Les clauses de *earn out* : un avenir promoteur », *Dr. Sociétés* 2000, chr., p.13.

SAMB M., « Le droit du crédit-bail dans l'espace OHADA : étude comparative des lois camerounaise et sénégalaise », *Revue de l'ERSUMA*, IDEF-Mars 2014. www.revue.ersuma.org

SARR G., « Les enjeux de la société coopérative : évolution et perspectives », *Revue de l'Ersuma*, n°2, mars 2013, p.1.

SARR Y. A., « L'intégration juridique dans l'union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) et dans l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) », *Presses universitaires d'Aix Marseille*, p. 21-35.

SAWADOGO M.F., « Aspects juridiques de la micro-entreprise », 3^e Colloque de l'Association du Notariat Francophone : Micro-économie et Sécurité juridique, p.112.

SAWADOGO M.F., « Les conflits entre normes communautaires : aspects positifs et prospectifs, communication à la 2^e rencontre Inter-juridictionnelle entre les cours communautaires de la CEDEAO, de l'OHADA, de la CEMAC et de l'UEMOA », Bamako, Mali, février 2009, p.30.

SAYEGH J. I., « l'intégration juridique des Etats africains de la zone Franc », *Revue Penant* n°823, p.5.

SAYEGH I. J., « Réflexions sur l'émission d'obligations convertibles en actions dans le droit OHADA », ohadata D-03-08.

SAYEGH I. J., « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », *Revue de droit uniforme*, 1999, p.5 ; Ohadata D-02-11, p.8.

SAYEGH I. J. « La portée abrogatoire des actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des parties », *Revue burkinabé de droit*, n°39-40, n° spécial, p.51.

SAYEGH I. J., POUGOUE P. G., « l'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions », *revue de droit uniforme*, 2008, p.467.

SAYOUS A. E., « Les opérations des banquiers de Gênes à la fin du Xii siècle », *Annales de droit commercial : revue trimestrielle*, 1934, p.284.

SIMON J., « La société par actions simplifiée et la proposition de création d'une société privée européenne », *Revue soc*, 2000, p.243.

SIMLER P., « le cautionnement réel est réellement aussi un cautionnement », *JCP*, 2001, p. 367.

SITTI E. A., « Investir en Afrique pour gagner, l'Entreprise africaine et la mondialisation », *l'Harmattan*, 2012, p.59.

SALGADO M.-B., « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : illusion des uns, désillusion des autres », *JCP E* n°1024, 2014, pp.52-59.

SCHULE J., « Comment développer le marché financier central en Afrique » *L'Echo de la COSUMAF*, Hors-Série, n°1, octobre 2009, p.27.

SOLOU I-F., « Les crypto-fiducies du droit OHADA pour la sécurisation et le développement du crédit en Afrique », www.reseau-red.com .

SOULEYMANOU K., TOKO J., « Le Franc CFA et le système comptable OHADA. Instrument de domination ou de développement des économies de la zone ? », *La revue des sciences de Gestion, Dufrénois*, mars 2011 n°06, p.620.

STEINER F. et RIGAUD B., « le leasing international », *banque*, 1982 p.1049.

TADJUDJE W., « L'insuffisance du cadre juridique général du registre des sociétés coopératives en droit OHADA des sociétés coopératives », Contribution au colloque international Droit OHADA des coopératives Yaoundé (Cameroun), 18-19 juin 2013.

TATY G., « Pluralité des juridictions régionales dans l'espace francophone et unité de l'ordre juridique communautaire : problématique et enjeux, communication à la Deuxième Rencontre Inter-juridictionnelle discours communautaires de l'UEMOA, de la CEDEAO, de la CEMAC et de l'OHADA », Bamako, février 2009, p.2

TAUZIN E., « L'intérêt de l'entreprise et le droit fiscal », n°127, Paris, *l'Harmattan*, 2011, p.65.

TCHOFFO A. et SOH FOGNO D. R., « L'assainissement de la profession commerciale dans l'espace de l'OHADA », *Penant revue trimestrielle de droit Africain, janvier-mars 2008*, n°862, p.90

TEMPLE H., « L'OHADA : le droit au service du développement », *Revue ACCOMEX*, mars-avril 2007, n°79, p.56, Ohadata D-07-29.

TERRE F., « La personne et ses patrimoines ou l'EIRL », *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, 2011, n°2, janvier 2011, p.43-48.

TERRE F., « Préambule à l'EIRL », n°11, p.6.

THIAM A. B., « Aspect conceptuels et évaluation de l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif aux sociétés coopératives » novembre-décembre, 2011, p.99.

THIERY P., « L'accès au crédit de l'EIRL : garantir et exécuter », *Defrénois*, 2011, p. 56.

TIETCHEU J., « Droit des affaires : l'OHADA avance à petit pas », *Jeune Afrique Economie* n°264 du 18 mai 1998.

THOUVENOT S., AUBRIOT E. « l'appel public à l'épargne au sein de la CEMAC et de l'UEMOA par une société étrangère à l'espace OHADA », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°1, janv. Fév.2010, p.37.

TIOPOU A., « Marchés financiers africains : rendements exceptionnels mais sérieux problème d'image limitant l'afflux de capitaux étrangers », www.afrology.com.

TOLEDO-WOLFSOHN A-M., « Financement de projet : Sûretés sur les créances de la société du projet », *Droit et patrimoine*, n°106, juillet 2002, p.1.

TRICOT D., « Statut du commerçant et de l'entrepreneur », *droit et patrimoine*, 2011, n°281, p.67.

TSHIYOMBO KALONJI L., « l'ohada et la construction du droit financier dans son espace de compétence », *Penant revue trimestriel de droit africain*, n°891, p.149.

UTTAMCHANDANI M., « Les PME de 17 pays africains devraient bénéficier d'un accès amélioré à des financements » Rapport, septembre 2015, p.2.
muttamchandani@worldbank.org

VERNE, « Les Banques de Venise », *Banque*, 1948, p. 15

VODOM NDJOLO ELVIS F., « Réflexions sur la société par actions simplifiée de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit affaires (OHADA) », *RJTUM*, 2016, p.43.

VAUPLANE H., « *Crowdfunding* : Pour une alter régulation », *Joly Bourse* n°7-8, juillet 2013.

VERSTUYFT B., « Impôts sur les sociétés-régime des intérêts de compte courant d'associés-taux d'escompte de la BCEAO », *Grant Thornton*, n°2014/134, p.3.

YAWAGA S., « Regard sur l'émergence d'un droit pénal des affaires en Afrique : le cas du droit pénal OHADA », *les Mutations juridiques dans le système OHADA*, L'Harmattan, p. 71.

ZOGO W., « Cameroun /CEMAC : Valeurs mobilières dématérialisées », *les dossiers, droit des marchés financiers*, février 2015, p.1.

ZERBO M., « Les spécificité de la réglementation bancaire au regard du droit OHADA des sociétés commerciales », *afrilex, revue d'étude sur le droit et l'administration dans les pays en Afrique*, p.191.

THESES

ALLAM Y., *Le capital investissement en droit OHADA*, thèse, Université d'Aix en Provence, 2018.

AZARIAN H., *Sociétés coopératives, association et groupement d'intérêt économique*, thèse, université de Paris V, 2000.

AVARE P., *Rôle et influence des comptes courants d'associés dans les petites et moyennes entreprises*, thèse, université de Paris I, 1984.

AGUENON M. B., *Le droit de la régulation financière dans l'espace OHADA : Etude comparée avec les législations internationales*, thèse, Université de Toulouse 1 Capitole, 2011, n°101-103.

BOUSLIKHANE A., *Enseignement de l'entrepreneuriat : Pour un regard paradigmatique autour du processus entrepreneurial*, thèse, Université de Nancy 2, 2011.

BOUTHINON-DUMAS H., *Le droit des sociétés cotées et le marché boursier*, thèse, Université de Paris IX, 2006.

CHAMPAUD C., *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, thèse, université de Rennes, 1961.

DIOUF Paul, *La coexistence entre l'ordre juridique OHADA et les autres droits sous régionaux d'Afrique subsaharienne*, thèse, Université de Perpignan, 2017.

HANIA PINTO V., *Les biens immatériels saisis par le droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles*, thèse, université de Paris-EST Créteil, 2011.

KEUFFI D., *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, thèse université de Strasbourg et de Dschang, 2010.

LONGUI MIEKOUNTIMA, *Entrepreneuriat « informel » et développement local*, thèse, université du Littoral, 2000.

LUKASZEWICZ J-P., *Nouveaux aperçus sur l'autonomie du droit fiscal*, Amiens, thèse dactyle, 1973, p.122.

MIKPONHOUE Igor Cariol Hervis, *L'ordre juridique communautaire ohada et les enjeux d'intégration du droit des affaires*, thèse, université de Perpignan, 2016.

MOUSSA MOULOUNGUI A., *Processus de transformation des intentions en actions entrepreneuriales*, thèse, université de Vérone Italie et Lille 3, 2015.

NANDJIP S. épse Moneyang, *Réflexion sur le cadre juridique des coopératives issues de la réforme de 1992*, thèse, Université de Yaoundé II, 2003.

OBENG K., *Le cadre juridique du financement de projet dans l'espace OHADA*, thèse, université Aix en Provence, mai 2013.

TAHAR Y-B., *Analyse du Burn out en entrepreneuriat : étude empirique sur les dirigeants de PME*, thèse, université de Montpellier, 2014.

JURISPRUDENCES

Affaire Oury, Paris, 7 MAI 1997, Banque et droit, n°53, mai-juin 1997, p.40.

C. Supérieure Côte d'Ivoire, ch. jud., 15 mars 2001, n°137/2001, Actualités juridiques n°40, p.28.

CA Angers chambre sociale 11 janvier 2011 n°09/02032

CA Lyon 2015-04-02 12/04716.

Cour de cassation, chambre criminelle, 11 mars 2015, 14-88 171.

CA de Rouen, 8 février 1974, *revue social*, 1974, p.513.

CA Angers 2014-09-1612/01298.

CA Metz 2014-09-10 12/02203.

CA Versailles 2014-03-26 12/00815.

CA de Paris, 17 mai 1991, *Bull. Joly* 1991, p.831.

C.A. Abidjan, n°401, 13-42001: World City c/SOW Souleymane, *Ecodroit*, n°11, mai 2002, p.57.

CCJA, arrêt n°053/2005 du 15 décembre 2005, Société Côte d'ivoire céréales c/ Société *shany consulting*.

CCJA, 19 octobre 2003, n°18/2003, *Le juris-Ohada*, n°4/2003, p.10, note M. Brou Kouakou.

Cass. Civ, 1^{ère}, 07 février 2006, Dalloz, 2006, *Cahier Droit des affaires*, p. 1543.

Cass.com, *RTD com.*, 2 janvier 1967, p.862.

Cass.com., 18 octobre 1994, pourvoi n° 92-18188, *revue des sociétés*, 1995, p.44.

Cass.com., 23 octobre 2007, pourvoi n°06-16537, *Bull.civ. IV*, n°225, D.2008.47.

Cass.com., 5 mai 2009, Pourvoi n°08-17831.

Cass., 9 juillet 1996, Dalloz 1996, Aff. TAPIE, p.465.

Cass. Com., 2 février 1988, n°85-17, 276, Bull. civ. IV, n°55, JCP G 1988, Somm., p.239.

Cass., 2^{ème} chambre civile 4-7-2007 n°06-14.825 : Bull. civ. II n°201.

Cass. Chambre mixte, 02 décembre 2005, recueil Dalloz, cahier Droit des affaires, 2006, p.61.

Cass, Civ., 1^{ère} 07 février 2006, recueil Dalloz, Cahier Droit des affaires, p.1543.

Civ. 1^{ère}, 11 déc. 2008, Bull.civ. 1, n°282

Civ. 1^{ère}, 28 janvier, 2010, j.C.P. n°18.516, obs. Loiseau ; Chambéry. 15 janvier 1964.605.

CE, 3 juin 1998, n°163809, Cuinet.

CE, 3 septembre 1997, req. 133 408, Chagnon, RJF 10/1997.662, n°919, chr. Verclytte, p.587.

CE, 10 décembre 1999, n°164982, Freulon.

CE, 19 mars 2001, n°198543, Cadix ; (2001) 4 *RTD com.* P. 999 à 1005.

CE 5 décembre 1973, n°86298 : *Dupont*, 1974, n°1631.

Com., 1^{er} décembre 1998, Banque et droit, n°64, mars-avril 1995.

Tribunal régional hors classe de Gagnoa, jugement, n°01 du 18/06/2001, affaire F.Y. /La COOPEC de Guiberoua, *JurisOhada*, n°1/2005, Janv. mars, 2005, p.48, *Ohadata J-05-19*.

Tribunal Régional de Niamey, 24 octobre 2001, E.M.J. c / V.A.B, jugement civil n°473 (Niger).

Tribunal de grande instance de Bordeaux, 5^{ème} chambre civile, jugement du 07 novembre 2013.

TEXTE DE LOIS

Acte uniforme portant sur le droit commercial général adopté le 15 décembre 2010, entrée en vigueur le 16 mai 2011, publié au journal officiel n°23 du 15 mai 2011.

Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, adopté le 24 avril 2000, publié au journal officiel OHADA n°10 du 23 novembre 2000.

Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, adopté le 10 avril 1998, publié au journal officiel OHADA n° 2 du 1^{er} octobre 1997.

Acte uniforme portant organisation des suretés adopté le 15 décembre 2010, publié au journal officiel n°22, le 15 février 2011.

Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, J.O. de l'OHADA, numéro spécial du 4 février 2014.

Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, adopté le 10 avril 1998 publié, au journal officiel OHADA n°06 du juillet 1998.

Avis n°001/2001/EP, insiste sur la portée abrogatoire de l'article 10 du traité de l'OHADA.

Circulaire RSI n°2010/033 du 29 septembre 2010.

Circulaire interministérielle n°001/MINJUSTICE/MINPMEESEA/MINFI du 30 mai 2012.

Code de commerce.

Code de la consommation.

Code monétaire et financier.

Code de sécurité sociale.

Code Vert OHADA.

Code UDEAC de la marine marchande (Acte 6 / 94 – UDEAC – 594, 22 déc. 1994).

Code de la navigation intérieure, 17 déc. 1999 ; réglementation des conditions d'exercice de la profession de transporteur routier de marchandises (Acte 5 /96 – UDEAC- 612, 5 juillet 1996) qui posent quelques difficultés par rapport à l'OHADA.

Convention réglementant les transports routiers (15/ 84- UDEAC-146, 146, 19 décembre 1984).

Convention d'Ottawa sur le crédit-bail international, contrats, concurrence, consommation, mars 1996.

Décret n°2012 – 398 du 22 mars 2012 relatif aux modalités d'option de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée pour l'assimilation au régime de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité ou l'exploitation à responsabilité limitée.

Décret n°2008-1354 du 18 décembre 2008.

Décret n°2014-119/PR du 19 mai 2014 déterminant la forme des statuts et le capital social pour les sociétés à responsabilité limitée.

Décret n°2014-462/PRES/PM/MJ/MEF/MICA du 26 mai 2014 portant fixation des dispositions nationales applicables à la forme des statuts et au capital social pour les sociétés à responsabilité limitée.

Décret du premier ministre de 1998 (N°98/300/PM du 9 septembre 1998, fixant les modalités d'exercice des activités des coopératives d'épargne et de crédit, modifié et complété par le décret n°1/02/CEMAC/UMAC/COBAC relatif aux conditions d'exercice de l'activité de micro finance dans la communauté économique et monétaire d'Afrique centrale (règlement qui est en vigueur le 15 avril 2005).

Directive numéro 2011/61/UE du parlement Européen et du conseil du 08 juin sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements CE numéro 1060 et (UE) numéro 1095/2010, Journal officiel de l'union européenne numéro L 174/1 du 1^{er} juillet 2011.

Décret D/2014/124/PRG/SGG du 30 mai 2014 portant dispositions applicables à la forme et à l'établissement des statuts et la fixation du capital social d'une société à responsabilité limitée.

Décret d'application n°2008-1488 du 30 septembre 2008 portant diverses mesures destinées à favoriser le développement des petites entreprises, pris en application des articles 8, 14, 16, 59 de la LME, Journal officiel du 31 décembre 2008, P.20637.

Décret n°2017-409 du 21 juin 2017.

Directive n° 2011/61/UE du parlement Européen et du conseil du 08 juin sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements CE numéro 1060 et (UE) numéro 1095/2010, Journal officiel de l'union européenne numéro L 174/1 du 1^{er} juillet 2011.

Directive 2004/ 39/ CE du 21 AVRIL 2004 concernant les marchés d'instruments financiers (« directive MIF »).

Instruction du premier ministre n°004/CAB/PM au 25 mai 2012.

Loi du 10 septembre 1947 modifiée par la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie social et solidaire.

La loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée et ses récents projets de réforme.

Loi n°17/2014 du 15 avril 2014 portant fixation du capital social minimum de la société à responsabilité limitée.

Loi française n°99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche, J.O, 13 juillet 1999, p.10396.

Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, J.O.R.F, 5 août 2008, p.12471.

Loi n°99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification.

Loi foncière issue de la loi du 17 juin 1964 qui classe une grande partie des terres dans le domaine national.

Loi du 30 décembre 1972 relative aux SNC au Burkina Faso.

Loi du 4 juillet 1966 relative aux SNC au SENEGAL.

Loi du 25 janvier 1985 sur les entreprises en difficulté.

Loi du 1^{er} septembre 1962 supprimant la SCS en Guinée et au Mali.

Loi allemande du 4 juillet 1980 qui régleme la « *Einmann GmbH* » (société à responsabilité limitée d'une seule personne).

Loi n°92043, décembre 1992, consacrant en guinée la société anonyme unipersonnelle dans le code des activités économiques.

Loi n°2005-882 en faveur des PME du 1^{er} Aout 2005.

Loi n°2008-776 du 4 août 2008 dite LME, *Journal officiel* du 5 août 2008, p.12471.

Loi n°2010-658 du 15 juin 2010 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011

Loi n°98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique.

Loi n°2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA.

Loi n°2008-47, 3 septembre 2008, portant réglementation des systèmes financiers décentralisés.

La loi n°2007-211 du 19 février 2007 relatif à l'usage de la propriété à des fins de garantie ou de gestion depuis plusieurs années.

Loi n°28/2011 et pour le Cameroun la loi n°2010/020 du 21 décembre 2010.

La loi n°2007-211 du 19 février 2007 relative à la fiducie, ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009.

Ordonnance n°2014-161 du 02 avril 2014 relative à la forme des statuts et au capital social de la société à responsabilité limitée.

Ordonnance du 14 octobre 1975 et décret du 14 novembre 1975 relatifs aux SNC au Mali.

Ordonnance n°2008- 1345 du 18 décembre 2008.

Ordonnance n°67-821 du 23 septembre 1967, modifiée par la loi n°89-377 du 13 juin 1989, codifiée sous les articles L.251-1 à L.251-23 du code de commerce.

Ordonnance du 14 octobre 1975 sur la réglementation de l'activité.

Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

Ordonnance française n°2006-346 du 23 mars 2006 modifiant le droit des sûretés.

Règlement (UE) n°345/2013 du parlement européen et du conseil du 17 avril 2013 relatif au fonds de capital – risques européens.

Règlement EMF 2002/21 relatif aux formes juridiques liées à chaque catégorie d'établissement de micro finance.

Règlement n°01/02/CEMAC/UMAC/COBAC du 13 avril 2002 relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de la micro-finance.

Règlement n° 02/2002/CM/ UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques à l'intérieur de l'UEMOA.

Règlement n°1/99/UEAC-CM-689 du 31 mars 1999.

Règlement n° 17/99/CEMAC-020-CM-03 relatif à la *Charte des Investissements* de la CEMAC.

Règlement n°06/03 du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier de l'Afrique centrale.

Règlement du comité ministériel de l'Union monétaire de l'Afrique Centrale n°06/03-CEMAC-UMAC du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier de l'Afrique Centrale.

Règlements 1/99 et 4/99 de la CEMAC.

Règlements 2/2002, 3/2002, et 4/2002 de l'UEMOA.

Règlement CEMAC n°17/99, 17 décembre 1999.

Règlement UEMOA n°09/2010/CM/UEMOA.

Règlement n°09/2010/CM/UEMOA I.

Règlement n°532-20 à 532-29 du code monétaire et financier français.

Règlement du comité ministériel de l'union monétaire de l'Afrique centrale n°06/03-CEMAC-UMAC du 12 novembre 2003.

Règlement 1/99 et 4/99 de la CEMAC.

Règlement 2/2002, 3/ 2002 et 4/2002 de l'UEMOA.

Règlement n°06/03-CEMAC-UMAC du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier de l'Afrique centrale.

LEGISLATIONS

Journal officiel 19 juin 2014, p.1015.

Journal officiel de l'OHADA, « collection du journal officiel de l'OHADA organisation pour l'harmonisation du droit des affaires », vol n°1 à 17, imprimerie topp offset, 2001, 1220 P.

Journal officiel de la république française lois et décrets, n°0026, 31 Janvier 2012.

Journal officiel de l'OHADA n°23 du 15 février 2011, p.1 ; publié sur le site www.ohadata.com .

Législation et réglementation, « L'entreprise et le commerce et l'artisanat », éditions des Journaux officiels, 2004, 854.

SITES INTERNET

www.actualitesdudroit.fr

www.afic.asso.fr

www.aftu-senegal.org

www.agenceecofin.com

www.banquemonde.org

www.beceao.int.fr

www.business-en-afrique.net

www.cairn.info

<http://www.conseil-état.fr/Décisions-Avis-Etudes/Sécurité-juridique-et-complexité-du-droit-Rapport-public-2006>

www.cosumaf.org

www.dalloz.fr

www.dalloz-actualité.fr

www.dictionnaire-juridique.com

www.droit.afrique.com/upload/doc/OHADA/OHADA-Acteuniforme-2014-Sociétés-commerciales-GIE

www.ecofin.com

www.économie.gouv.fr

www.ersuma.org

www.fondation.farm.org

www.fusions-acquisitions

www.groupecofina.com

www.gufebenin.org

www.insee.fr

www.institut-idef.org

www.jeunafrique.com

www.lamyline.fr

www.legalnews.fr

www.lextenso.fr

www.l'entreprise.l'express

www.lepetitjuriste.fr

www.linklaters.com

www.monjuriste.com

muttamchandani@worldbank.org

www.mwe.com

www.oecd.org

www.ohadalegis.com

www.ohada.com

www.ohada.com/actes-uniformes/458/actes-uniformes-portant-organisation-des-suretes.html .

<http://www.ohada.com/ohadata/D-06-17>

<http://www.ohada.org>

www.persee.fr/

www.reseau-red.com .

www.revueersuma.org

www.revueersuma.org

www.thèse.fr

www.un.org/fr/events/coopsyear/

<http://www.worldbank.org>

TABLE DES MATIERES

AVERTISSEMENT	3
DEDICACES	5
REMERCIEMENTS	6
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	7
SOMMAIRE	16
INTRODUCTION	17
PREMIERE PARTIE. LE MODELE DE STRUCTURATION JURIDIQUE DES ENTREPRISES EN DROIT OHADA	41
Chapitre 1. L’OHADA un droit au service de la viabilité financière des entreprises	42
Section 1. Les structures favorisant le développement économique par la limitation du risque d’investissement	42
§ 1. Les structures favorisant en droit OHADA l’essor du capitalisme et le développement des PME	43
A. La société anonyme, un levier puissant de financement de capitaux des entreprises OHADA	44
1. Un régime juridique sécurisant et garantissant un financement de haut niveau	45
2. La subsistance des difficultés d’adaptation de la SA dans les pays OHADA	56
B. La société à responsabilité limitée, la structure par excellence des petites et moyennes entreprises	60
1. Les avantages de la société à responsabilité limitée	62
2. Les inconvénients de la société à responsabilité limitée	71
§ 2. Les structures favorisant le libéralisme contractuel dans le développement des activités économiques	74
A. L’apport du libéralisme contractuel en droit des sociétés OHADA.	75
1. Un régime juridique simplifié	75
2. Les limites au libéralisme contractuel	86
	470

B. La liberté statutaire : Un principe encadré	91
1. Les risques de la liberté statutaire	92
2. L'instabilité de l'actionnariat dans la SAS	93
Section 2. L'attractivité économique des structures favorisant le partenariat d'entreprise	96
§ 1. Une contribution effective des structures d'aide au développement des entreprises	96
A. Le groupement d'intérêt économique, outil efficace de regroupement des entreprises OHADA	97
1. Un régime juridique attrayant	97
2. Les limites à l'attractivité du GIE en droit OHADA	106
B. La société coopérative un modèle social démocratique de regroupement des activités économiques	112
1. Les avantages du régime juridique de la société coopérative	114
2. Un régime juridique perfectible	123
§ 2 : L'accueil des situations de concentration économique en droit OHADA	131
A. Vers l'émergence des groupes de société en droit OHADA.	133
1. Approche juridique de la notion de groupe en droit OHADA.	133
2. Les contraintes à la reconnaissance juridique des groupes en droit OHADA	138
B. La place des groupes de sociétés dans l'économie des pays OHADA : l'exemple du Sénégal	142
1. La notion de groupe en droit sénégalais	142
2. L'émergence de nouvelles formes d'investissements et le phénomène de concentration économique au Sénégal	145

Chapitre 2. Les limites à la viabilité économique des structures d'entreprises des pays de l'OHADA **147**

Section 1. Les structures inadaptées au droit OHADA	147
§ 1. La faible attractivité des structures à risque d'investissement illimité	148
A. Un désintérêt manifeste des acteurs de la vie économique pour les sociétés de personnes	149
1. L'inadaptation de la SNC aux besoins de l'économie africaine	149
2. Un droit indifférent aux avantages de la société en commandite simple	155
B. L'inadaptation de la consécration légale des structures sans personnalité morale à l'objectif de formalisation des activités économiques	161
1. La société en participation, un frein à la formalisation de l'informel	161

2. La société de fait, une entrave au développement du secteur formel	165
§ 2. L'uni personnalité et ses imperfections en droit OHADA	167
A. Les limites à l'effectivité du régime juridique de la société unipersonnelle.	168
1. La rigidité des règles de constitution de la société unipersonnelle.	168
2. La rigidité des règles de fonctionnement de la société unipersonnelle.	170
B. Les alternatives à la rigidité de la société unipersonnelle.	173
1. Les mesures atténuant les formalités de constitution.	174
2. Les mesures améliorant l'attractivité de la forme unipersonnelle à l'échelle fonctionnelle	176
Section 2. La relative attractivité du cadre juridique de l'entrepreneuriat individuel	179
§ 1. L'efficacité limitée du statut juridique d'entrepreneur	180
A. Les limites à l'assouplissement des conditions d'accès au statut d'entrepreneur en droit OHADA	181
B. La possible mise en place d'un système efficace de protection du patrimoine personnel adapté à l'entrepreneur	193
§ 2. Les solutions apportées aux insuffisances de l'activité professionnelle de l'entrepreneur.	203
A. Le renforcement de l'efficacité du régime juridique du statut d'entrepreneur	203
1. L'aménagement des obligations de l'entrepreneur	204
2. L'aménagement du régime juridique des avantages de l'entrepreneur	209
B. La nécessité d'un régime fiscal incitatif pour l'entrepreneur	215
1. La mise en place de mesures fiscales adaptées au statut de l'entrepreneur.	216
2. La nécessité d'adopter des incitations fiscales pour l'entrepreneur	217
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	221
DEUXIEME PARTIE. LE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DROIT OHADA	231
Chapitre 1. La complexité des modes de financement des entreprises en droit OHADA	231
Section 1. La nécessité d'un cadre juridique propice aux besoins de financement des entreprises	234
§ 1. La problématique relative au financement des marchés, et établissements financiers	238
A. Les manquements de la réglementation des opérations sur les marchés financiers en droit OHADA	241
	472

A. Le développement des techniques de financement interne	320
B. Les nouvelles formules financement externe adaptées aux entreprises	325
Section 2. La mise en place de garanties efficaces de financement en droit OHADA	356
§ 1. L'impact des garanties dans le développement du financement des entreprises OHADA	358
A. Le rôle des garanties personnelles et réelles dans le développement du secteur privé en droit OHADA	359
1. L'efficacité des suretés personnelles en droit OHADA	362
2. L'efficacité du nouveau droit des suretés réelles en droit OHADA	372
B. Le renforcement de l'efficacité des suretés fondées sur une situation d'exclusivité	376
1. La nouvelle version du droit de rétention	377
2. La propriété cédée à titre de garantie	382
§ 2. La prise en compte de nouveaux mécanismes de garantie de financement	395
A. Consécration de l'agent de sûreté	396
B. Nantissement de compte des titres financiers	401
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	410
CONCLUSION	414
BIBLIOGRAGHIE	429
TABLE DES MATIERES	470