Le quasi associé en Droit OHADA et Droit Français

Edouard-Robert Aquereburu

▶ **To cite this version:**

Edouard-Robert Aquereburu. Le quasi associé en Droit OHADA et Droit Français. Droit. Université Paris-Est Créteil Val-de-Marne - Paris 12, 2022. Français. NNT : 2022PA120015 . tel-03894327

HAL Id: tel-03894327

https://theses.hal.science/tel-03894327

Submitted on 12 Dec 2022

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.

UNIVERSITÉ PARIS-EST
PARIS EST SUP ÉCOLE DOCTORALE
Organisations, Marchés, Institutions

Le Quasi Associé en droit français et droit OHADA

Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en Droit Privé

Universités de LOME et PARIS EST

Présentée et soutenue publiquement le 28 juin à 9h30

Par

AQUEREBURU Edouard-Robert Quam

Codirection

M. Akodah AYEWOUADDAN
Professeur, Université de Lomé

M. Arnaud DE NANTEUIL
Professeur, Université Paris Est

Membres du Jury

Mme le Professeur Marie GORE, Université Paris II Panthéon Assas (Rapporteure)

M. le Professeur Bruno DONDERO, Université Paris I Panthéon Sorbonne (Rapporteur)

M. le Professeur Dorothé Cossi SOSSA, Université d'Abomey Calavi (Examinateur)

Les universités de Lomé et de Paris Est Sup n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Au seuil de cette étude, c'est avec une immense joie que j'exprime ma profonde gratitude à Monsieur le Professeur Akodah AYEWOUADDAN et à Monsieur le Professeur Arnaud de NANTEUIL, mes directeurs de thèse pour la disponibilité avec laquelle ils ont dirigé ce travail, pour les précieux conseils qui ont permis la réalisation de cette modeste ambition. Ma reconnaissance est infinie pour la confiance qu'ils m'ont témoignée durant ces trois années de thèse, tout en m'aiguillant sur des pistes de réflexion riches et porteuses.

Je remercie également l'ensemble des membres du jury qui me font l'honneur de siéger à ma soutenance de thèse : Madame le Professeur Marie GORE, Messieurs les Professeurs Bruno DONDERO et Dorothé Cossi SOSSA. Puissiez-vous trouver ici, le témoignage de ma sincère reconnaissance.

Je suis heureux de pouvoir remercier spécialement Madame Stéphanie BEN ABRIA, assistante administrative à l'Université Paris Est pour son soutien constant et son aide inestimable. Merci aussi à la région Ile-de-France pour son soutien dans le cadre de ma mobilité internationale.

Ma reconnaissance la plus sincère revient également à mes parents Coffi et Ayoko pour leur patience et leur précieux soutien. Bien évidemment je remercie Johanna et Emmanuel qui ont su m'entourer de leur amour durant mon cursus scolaire et universitaire.

Ma reconnaissance va à mes relecteurs : Elsa, Rafaelle, Théo, pour leur œil acéré et leur relecture attentive. Nos discussions et confrontations coopératives ont été d'une aide précieuse. Je remercie tous mes proches et amis, pour leurs encouragements et leur soutien : Cosme, Ruben, Gaspard, Mamadou.

Mes remerciements vont également à tous ceux qui, de quelque manière que ce soit, ont rendu possible la réalisation de ce modeste travail, même s'ils ne sont pas nommément désignés. Qu'ils trouvent ici l'expression de ma parfaite reconnaissance.

A ma fille Quamba,

A Ohniba et Ahlonko,

A Ayoko et Coffi,

A Ognilola et Farida,

A Kwamba Senior,

L'exercice du doctorat en droit n'a pas vocation à être réitéré par celui qui a persisté jusqu'à la soutenance. L'ouvrage est donc unique dans une vie. Pour cette raison, ceux qui ont soutenu son élaboration auront toujours une place privilégiée dans le cœur du rédacteur.

DEDICACES

A la mémoire de :

• † Mon grand-père Édouard, et ma grand-mère Antoinette trop tôt disparus, pour un repos paisible de vos âmes.

• † Mon grand-père Robert et ma grand-mère Alice, malheureusement disparus sans avoir vu que leurs espérances quant à ma capacité à réaliser des études n'étaient pas vaines.

A Maman et Papa, pour qui notre survie n'a pas de prix et qui m'ont donné le goût et les moyens d'apprendre.

A la Famille AQUEREBURU et aux Familles CREPPY et HUNLEDE, pour leur soutien sans faille. Que vos sacrifices trouvent ici leur aboutissement.

A ma Sœur et mon Frère, à ma Antivi, à mes tantes, oncles, cousines et cousins, nièces et neveux, je témoigne toute ma reconnaissance pour leur soutien.

A mes ennemis, mes adversaires, et à tous ceux qui n'ont pas cru en moi, merci sans vous je n'aurais pas évolué.

Que cette contribution soit pour vous tous un motif supplémentaire de fierté et un exemple à dépasser, chacun dans son domaine, car le seul chemin de la réussite est le travail.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Art.	Article
Ass. Plen.	Assemblée plénière
A.U.	Acte Uniforme
AUDCG	Acte Uniforme portant Droit Commercial Général
AUOHC	Acte Uniforme portant Organisation et Harmonisation des Comptabilités
AUSCGIE	Acte Uniforme-Révisé portant droit des Sociétés Commerciales et au groupement d'intérêt économique
AUS	Acte Uniforme portant organisation des Sûretés
BCE	Bon de Créateurs d'Entreprise
BSPCE	Bons de Souscriptions de Parts de Créateurs d'Entreprise
Bull.civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
BJB	Bulletin Joly sociétés
BJS	Bulletin Joly bourse
C.civ.	Code civil
C.com.	Code de commerce
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CCJA	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Concl.	Conclusions
Conseil	Conseil des ministres de la Justice et d'Arbitrage de l'OHADA
Contra	Dans le sens contraire
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Décret
D.*Aff*	Dalloz affaires
D.C.	Décision du Conseil constitutionnel
Dir.	Direction (colloque ou thèse)

Dr. et patr.	Revue Droit et patrimoine
Dr. sociétés	Revue Droit des sociétés
Éd.	Édition
Égal.	Également
Ex.	Exemple
ERSUMA	École Régionale Supérieure de la Magistrature
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Ibidem (au même endroit)
In	Dans
Infra	Ci-dessous
JO	Journal Officiel
JCP E	Juris-Classeur périodique (La semaine juridique), édition entreprise
JCP G	Juris-Classeur périodique (La semaine juridique), édition générale
JCP N	Juris-Classeur périodique (La semaine juridique), édition notariale
L.	Loi
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Mél	Mélanges
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
L'EDC	Revue L'Essentiel Droit des contrats
L'EDED	Revue L'Essentiel Droit des entreprises en difficulté
LPA	Les petites affiches
Obs.	Observations
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
Ohadata	Base de données doctrinale et jurisprudentielle de l'UNIDA sur le droit de l'OHADA
Op. cit.	Opus citatum (ouvrage précité)
Ord.	Ordonnance
P.	Pages
Pand.	Pandecte
Penant	Revue de droit des affaires des pays d'Afrique
Préc.	Précité (article ou note)
Préf.	Préface
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
Q.P.C.	Question prioritaire de constitutionnalité
RapProfesseur	Rapprocher
RCCM	Registre du Commerce et du Crédit Mobilier

RDAA	Revue du droit des affaires en Afrique
RD bancaire et bourse	Revue de droit bancaire et de la bourse
RD *bancaire et fin.*	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
Rép. civ.	Répertoire de droit civil, Encyclopédie Dalloz
Rép. sociétés	Répertoire de droit des sociétés, Encyclopédie Dalloz
Req.	Chambre des requêtes
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDF	Revue trimestrielle de droit financier
s.	suivant
ss.	sous
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Spéc.	Spécialement
Supra	Ci-dessus
T.	Tome
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
Th. préc.	Thèse précitée
UEMOA	Union Économique et Monétaire Ouest Africaine
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
V.	Voir
Vol.	Volume

Sommaire

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS 9

INTRODUCTION GENERALE 13

Partie I - La critique de la qualité d'associé 38

Titre 1. L'insuffisance des critères financiers et sociaux 41

Chapitre 1. La critique du critère de l'apport 42

Chapitre 2. La discussion de la volonté de contribuer aux pertes 104

Titre 2. L'absence d'unification du régime de l'associé 151

Chapitre 1. L'inconstance du régime de l'associé 152

Chapitre 2. Les modes de preuves et de sanctions 172

Partie II - L'émergence du quasi associé 196

Titre 1. L'identification de nouveaux critères financiers et sociaux 200

Chapitre 1. Le renouvellement de l'*intuitu pecuniae* 202

Chapitre 2. Le critère du droit de vote 234

Titre 2. L'identification du régime du quasi associé 261

Chapitre 1. L'assujettissement aux temps du quasi associé 262

Chapitre 2. Le quasi associé, créancier de la société 284

CONCLUSION GENERALE 312

IV. COLLOQUES PUBLIÉS 340

V. DÉCISIONS CITÉES 342

VI. NOTES DE JURISPRUDENCE, OBSERVATIONS ET CONCLUSION 348

VII. SOURCES ELECTRONIQUES 352

INTRODUCTION GENERALE

1. **Intérêt du sujet de recherche. L'objet du droit est de lever des zones d'ombres. Nous avons découvert une nouvelle zone d'ombre. Une situation d'entre d'eux.** Lors d'une émission de valeurs mobilières donnant accès au capital, le détenteur des titres dispose d'une position singulière. Ces titres ont vocation à faire du détenteur un associé, mais l'est-il pour autant ? Non. L'associé peut-il alors s'affranchir de la voix du détenteur de cette valeur mobilière ? Non. Qu'est-t-il concrètement pour la société ? Ces deux sources de droit n'ont identifié aucun critère. Et, par suite, la confusion dans laquelle les praticiens se trouvent, lorsqu'ils sont confrontés à des interrogations sur la qualité de certaines notions, demeure. Or, c'est précisément ce constat qui légitime l'étude de la qualité du quasi associé et la recherche de son critère. En effet, « *il en est du droit français comme de la langue française. Il est fait pour donner droit de cité aux idées qui ont une valeur universelle ; elles ne prennent cette valeur d'universalité que lorsqu'il les a marquées au coin de ses formules claires, précises, dégagées de toute théorie inutile, orientées vers le pur côté pratique des choses* »[1] . L'étude d'une qualité juridique se justifie donc avant tout par le souci d'en faciliter l'application. Or, précisément, cette exigence fait défaut au quasi associé. Il est, à ce jour, très difficile d'affirmer que tel participant ou tel acteur de la vie d'une société a la qualité d'associé, car il n'existe pas de critère qui permette une identification certaine. Dans certaines hypothèses, lorsque le besoin de qualification devient trop pressant, le juge opère ce travail, comme il a pu le faire avec l'usufruitier de titres sociaux[2] ou encore avec les héritiers de titres sociaux[3]. Mais la modification des pratiques et la complexification des techniques d'organisation du patrimoine mènent à une impasse que seul un travail général et collectif de recherche sur les fondements de la notion pourra surmonter. Il y a encore quelques décennies, le paysage du droit des sociétés était relativement

[1] R. SALEILLES, *La déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand,* Paris, Éd. Pichon, 1901, préface, p. IX.
[2] Com., avis, 1er décembre 2021, FS-D, n° 20-15.164.
[3] Civ. 1ère, 2 septembre 2020, FS-P+B, n° 19-14.604.

simple : il y avait autant de parts que d'associés et aucun tiers ne participait à la vie sociale. Puis, progressivement, les associés ont eu besoin d'organiser plus méticuleusement leur patrimoine, ce qui les a conduits à puiser dans les techniques figurant en particulier au sein du droit des biens et à attraire dans les sociétés des « participants » extérieurs. Ce fût tout d'abord la technique de l'usufruit qui fut utilisée, celle-ci offrant des perspectives très variées, que ce soit en matière de transmission ou de gestion du patrimoine[4]. Ensuite, le recours aux valeurs mobilières permit de répondre à un besoin de mobilisation temporaire de ressources au profit de sociétés. Plus récemment, la location de parts sociales ou d'actions a permis une circulation des titres, indispensable dans certains montages imaginés par les praticiens. Ces deux techniques de mobilisation de ressources témoignent plus fondamentalement d'un besoin de circulation des titres éprouvé par des associés ou des acquéreurs de plus en plus nombreux aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Ce besoin est déjà ancien, mais il s'est accentué aux alentours des années 1980. À cette époque, les opérations de « *private equity* »[5] ont connu un essor considérable, tout particulièrement dans l'espace OHADA[6]. C'est au cours de ces années que s'est, en particulier, développée la technique de l'acquisition de parts sociales ou d'actions à titre professionnel, technique que les « bailleurs de fonds » ont exploitée[7]. L'acquisition temporaire, autrefois inexistante, est donc devenue courante. Et le phénomène se manifeste, aujourd'hui, de manière encore plus visible, puisque certains investisseurs deviennent propriétaires de titres dans le seul but d'assister à une assemblée, titres qu'ils cèdent à l'issue de celle-ci. Enfin, en droit français et en droit OHADA, l'intégration du mécanisme de fiducie a introduit une nouvelle pratique en droit des sociétés : celle de la gestion de titres par autrui, en partielle autonomie, dans un but déterminé au profit d'un ou de plusieurs bénéficiaires. Il est donc manifeste que la simplicité qui était autrefois caractéristique du paysage du droit des sociétés a laissé place à une complexité qui ne traduit d'ailleurs ni plus ni moins que le mouvement de spécialisation et de diversification suivi par la société moderne. Et

[4] A. TADROS *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, préf. Th. REVET, Paris, Nouvelle bibliothèque des thèses Dalloz, vol. 130, 2013. P 514.
[5] Expression anglo-américaine contemporaine qui peut être traduite par « capital-investissement ».
[6] Afic, « Le livre blanc du capital investissement en Afrique », *Club Afrique de l'Afic*, 2016 ; France Invest, Investir dans la croissance des entreprises en Afrique, 2019.
[7] Y. ALLAM, *le capital-investissement en droit OHADA*, Th. Université d'Aix en Provence, 2015. P43 PP401.

du point de vue de l'identification de la qualité de quasi associé, ce phénomène n'est pas neutre. Car s'il était auparavant facile de déterminer qui pouvait prétendre à la qualité d'associé, puisqu'il fallait simplement suivre le titre, il est aujourd'hui inenvisageable de procéder de la même façon. Légalement, la propriété peut être classée en deux catégories : (1) la propriété légale (*legal ownership)* et (2) la propriété effective (*beneficial ownership)*. Cette distinction du titre et de la finance opérée par le droit américain existe aussi en droit français. Un propriétaire légal est une personne qui détient le titre légal sous son nom, tandis qu'un propriétaire effectif est une personne qui jouit des avantages de la propriété même si le titre est à un autre nom[8]. Dans bien des hypothèses, il n'est pas possible de déterminer qui de tel ou tel « participant » doit recevoir la qualité d'associé. On peut citer l'agent des sûretés et le fiduciaire.

2. Ces hypothèses se poursuivent notamment en droit OHADA. Dans le secteur formel, celles-ci sont similaires à celles du droit français. Dans le secteur informel, il existe des spécificités qui participeront à notre étude : les Nana Benz, le *Work and Pay* et la tontine. Les Nana Benz sont une catégorie particulière de société commerciale dans l'espace OHADA. Elles représentent indéniablement une composante de la « classe moyenne ». Cette bourgeoisie, enrichie dans le commerce du tissu imprimé, rappelle à bien des égards les marchands drapiers qui ont prospéré au Moyen-Âge en Occident. Les relations qui unissent un conducteur de taxi, voiture ou moto (*zemidjan*), et son propriétaire sous la forme d'une location-vente sont couramment appelées contrat de « *Work and Pay* »[9]. La « tontine », aussi appelée « clause d'accroissement » ou « pacte tontinier », est une convention intervenante entre plusieurs personnes mettant des biens ou des capitaux en commun, avec cette particularité que les sommes versées, leurs produits ou les biens meubles ou immeubles qui auront été achetés à l'aide du capital ainsi constitué, appartiendront au dernier survivant ou encore seront attribués par tour aux membres du groupement.

[8] US Securities Exchange Act of 1934.

[9] Conférence CODATU XV « Le role de la mobilité urbaine pour (re)modeler les villes » 22 - 25 Octobre 2012- Addis Abeba (Ethiopie) Les taxis brousses togolais : une réadaptation des taxis collectifs imposée par la concurrence des taxis-motos dans les villes secondaires ; É. Panier, « Une approche des relations de travail en Afrique en termes de mobilisations du droit. L'exemple du contrat de travail au Togo ». *Droit et société*, 90, 373-392. https://doi.org/10.3917/drs.090.0373 (2015).; https://www.republicoftogo.com/toutes-les-rubriques/societe/lome-a-de-faux-airs-de-bombay.

3. La qualité d'associé n'a jamais, en tant que telle, ni été envisagée par le législateur français, ni été envisagée par le législateur OHADA. En revanche, le contrat de société a été consacré par de nombreux textes[10]. Il faut en déduire que la qualité de quasi associé subit le même sort. Les textes nouveaux, aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, dont on aurait pu attendre qu'ils se penchent sur la question, n'ont d'ailleurs eu pour résultat que d'accentuer ce manque, délaissant de façon continue la qualité d'associé[11]. Chacune des réformes du droit des sociétés français ou OHADA constitue, ainsi, une nouvelle occasion de s'interroger : pour quelle raison la qualité d'associé, fondamentale en droit des sociétés, demeure-t-elle exposée à des incertitudes auxquelles elle aurait pu être soustraite au moyen d'une simple disposition ? Cette interrogation est d'autant plus saisissante que la différence de traitement existant entre le contrat de société et la qualité d'associé précède les origines du Code civil. En droit romain, les jurisconsultes ne s'intéressaient en effet qu'au contrat de société car il importait alors de régir cette forme nouvelle de collectivité[12]. Par la suite, l'associé n'a pas davantage été au cœur des préoccupations, ces dernières étant concentrées sur la nécessité de circonscrire les rapports de force au sein de la société. Et cela était compréhensible : dans la mesure où elle était avant tout une « structure » collective, son fonctionnement devait être organisé et les relations entre ses membres, encadrées. Régir le contrat de société a donc été la première préoccupation des législateurs français et OHADA.

4. L'assimilation qui a été discutée est celle de la notion d'associé au contrat de société[13]. L'accumulation des dispositions nouvelles au sein du droit OHADA et du droit Français a conduit à douter de la nature exclusivement contractuelle de la société. Dans le même temps, par l'effet de la circulation des titres et valeurs mobilières, la figure initiale de l'associé, celle de « l'associé contractant », s'est progressivement éloignée de ses origines. Par voie de conséquence, non seulement l'associé n'était plus uniquement perçu comme celui qui participe à la constitution

[10] Celui-ci bénéficie d'ailleurs d'une définition. V. c. civ., art. 1832 en droit français. V. art. 4 AUSCGIE en droit OHADA.
[11] Les nouvelles lois par exemple l'AUSCGIE révisé en droit OHADA, ne se saisissent pas de la question.
[12] Voir la petite histoire de l'associé.
[13] C. BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, Th. Université Paris Ouest Nanterre, 2016 PP 614

de la société, mais en outre, la société elle-même n'apparaissait plus uniquement comme un contrat. Aussi, l'opportunité de confondre le critère de la qualité d'associé avec ceux du contrat de société a-t-elle été contestée[14]. Il s'ensuit que ceux qui participent à la société ont reçu plusieurs appellations par la doctrine. Ils étaient appelés tantôt « participants », tantôt « associés en puissance ». Ces personnes qui participent à la société subissent le même sort que l'associé. Comme nous l'avons rapporté, la doctrine donne différentes appellations de sorte que l'on peut considérer qu'il n'y a ni définition claire de la part de la doctrine, ni de consensus quant à l'appellation. Au regard de ce qui précède, la définition de la qualité du participant à la société semblerait difficile à établir.

5. L'histoire du quasi associé commence avec M. le Professeur VIANDIER, quand il le dénomme le « participant »[15] dans son étude. Il désigne comme participant tout sujet de droit ne pouvant être qualifié ni de tiers, ni d'associé d'une société. A ce titre, il cite l'usufruitier d'actions ou de parts sociales comme participant. Selon M. le Professeur VIANDIER, il faut se satisfaire du terme « participant » et ne pas utiliser un autre vocable. Il fait un parallélisme avec les « convers » de l'Église catholique. Toujours selon M. le Professeur VIANDIER, on ne peut pas non plus utiliser le terme « partenaire », car il désigne une autre réalité. Ce terme désigne la notion d'associé aussi bien en langue française qu'en langue anglaise. Il déplore que les termes dont l'utilisation aurait pu être envisagée ne fournissent pas toutes les garanties de clarté et de précision nécessaires.

6. L'utilisation du terme « participant » a déjà été faite en droit suisse. La proposition de révision partielle du droit suisse des sociétés anonymes préconise de qualifier de « participants », les porteurs de bons de participation[16]. Il en est de même pour les obligations. Ces instruments financiers retiendront plus tard notre attention.

[14] *Ibid.*
[15] V. Selon le mot de M. le Professeur VIANDIER ; v. A. VIANDIER, La notion d'associé, th. préc., p. 258, n° 263 et s., définissant le participant comme « tout sujet de droit ne pouvant pas être qualifié de tiers ou d'associé d'une société donnée ».
[16] Partitionäre, Art.117, Al 22 du projet.

7. Un article de Mirène GENINET tente un approfondissement[17]. Ce travail détermine que le critère du quasi associé était celui du quasi-apport. Cette affirmation est reprise en 2007 dans les travaux de Florent KUITCHE et Philippe MANKESSI[18]. Ces auteurs entérinent la tentative de définition du quasi associé à partir des quasi-apports. Les quasi-apports sont donc des techniques nouvelles qui se situent entre les apports en société traditionnels et les créances externes envers la société. L'incorporation des apports au capital social et l'attribution de droits sociaux en contrepartie des apports sont les deux critères qui permettent de distinguer un apport d'une créance externe. Il en va différemment des comptes courants d'associé. En raison des propos précédents, notre objet d'étude est appelé tantôt « quasi associé », tantôt « associé en puissance » par la doctrine.

8. Au début des années 2000, on constate une croissance de l'utilisation du terme « associé en puissance ». Cette appellation s'est insérée dans plusieurs ramifications du droit, notamment en droit social, en droit des contrats et en droit financier. L'emploi de ce terme dans plusieurs ramifications atteste de l'évolution du droit. En 2006, François-Xavier LUCAS commente un arrêt de la Cour de cassation[19] et qualifie d'« associé en puissance » les héritiers d'un associé, quand bien même les héritiers ne poursuivent pas la qualité d'associé du défunt. Les mutations sociales ont conduit la société à reconnaître le salarié comme un acteur essentiel de la société. En effet, la valorisation du salarié est devenue un outil de compétitivité pour l'entreprise sur le marché du travail. Cette technique permet à l'entreprise de bénéficier des meilleurs salariés. Certains dirigeants ou associés de sociétés n'hésitent plus à qualifier les salariés d'« associé en puissance »[20]. Le salarié ou dirigeant en question ne détenant que des titres ou droits optionnels, qu'il s'agisse de véritables valeurs mobilières (bons de créateurs d'entreprise, bons autonomes « secs » ou attachés à d'autres valeurs mobilières) ou de simples droits

[17] M. GENINET, « Les quasi-apports en société », *Rev. sociétés*, 1987, p. 25.
[18] Fl. KUITCHE et Ph. MANKESSI, *l'évolution de la notion d'associé*, Université Sophia Antipolis, 2007.
[19] Cass. Com. 17 janvier 2006, n°04-14157.
[20] V. entretien réalisé par Monde des Grandes Ecoles avec Sébastien Durand, Février 2012 ; Voir la fiche de recrutement pour un Auditeur Senior chez Alexander Smith, https://www.absmith.fr/annonces/auditeur-senior-hf/.

contractuels nés de promesses de vente de titres ou d'options qui lui ont été consentis[21].

9. Certains auteurs qualifient ces salariés de « quasi associé »[22]. La pratique fait une corrélation entre la rémunération du dirigeant aux résultats sociaux et la situation financière de la société[23]. Adopter une telle comparaison revient à corréler et à traiter celui-ci comme un quasi associé supportant l'aléa de l'entreprise. C'est ainsi aussi que les salariés renoncent à une partie de leurs revenus afin d'alléger les charges salariales et de conserver leur emploi, ou que les chefs des entreprises individuelles aliènent certains biens ou la totalité de leur patrimoine personnel pour aider leur affaire à surmonter des difficultés qu'ils espèrent passagères.

10. Un tel sursaut interne à l'entreprise n'est pas toujours suffisant et bien des fois, les dirigeants auront recours à une aide extérieure. Elle apparait sous forme de délais de paiement obtenus dans les conditions de l'article 1343-5 du Code civil et d'emprunts : il s'agira de prêts bancaires ordinaires ou de prêts participatifs faisant du prêteur un quasi-associé[24].

11. Dans le cadre de la conception traditionnelle de la concession, l'exploitation du service concédé était faite aux risques et périls du concessionnaire, « *les deniers des collectivités publiques ne devant pas assumer les risques financiers de telles opérations* »[25]. Cependant, l'évolution du régime de la concession a affecté la responsabilité financière du concessionnaire, et le concédant est apparu comme un « *quasi associé avec son cocontractant* »[26].

---

[21] *J.-L. MEDUS,* « Le salarié ou dirigeant-actionnaire : réflexions sur la fiscalité des managements packages », *BJS* mai 2012, n° JBS-2012-0215, p. 453.
[22] T. FAVARIO, « La rémunération excessive du dirigeant, faute de gestion typique », *BJE* septembre 2016, n° 113t1, p. 340.
[23] Cass. com., 31 mai 2016, n°14-24779, F-D.
[24] C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H.MONSÈRIÉ-BON, C.HOUIN-BRESSAND, *Droit des entreprises en difficulté,* Paris, Lextenso, octobre. 2020, P. 1066.
[25] J. DUFAU, *Les concessions de service public*, Paris, éd. du Moniteur, 1979, p. 19.
[26] Gaz. Pal. 5 décembre 2009, n°339 p. 29, V. aussi A. LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DELVOLVÉ, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, T. I, 1983, n°232. O. RAYMUNDIE, Gestion déléguée des *services publics en France et en Europe*, Le moniteur, 1995, n°223. J. DUFAU, op. cit., p. 20. V. aussi Cons. d'État, 30 mars 1916, Compagnie générale de l'éclairage de Bordeaux, Rec., p. 125.

12. On mentionne pour mémoire l'existence de ceux que l'on appelle dans la pratique des « quasi associés »[27], c'est-à-dire des souscripteurs de parts qui n'ont pas encore la qualité d'associé. Ils sont dans l'attente de leur agrément ou bien ont perdu la qualité d'associé et attendent le remboursement de leur titre, qui peut être différé en raison des règles sur la variabilité du capital[28].

13. **Objet de la recherche.** Le projet envisagé est de cerner la notion de quasi associé, d'en délimiter le sujet.

14. Le droit français et le droit OHADA ont mis en place différentes formes de sociétés, dont les règles de fonctionnement diffèrent et n'entraînent pas toutes les mêmes conséquences quant à la responsabilité juridique des associés et les mêmes conséquences pour les créanciers. Notre étude nous mènera à étudier tour à tour les sociétés civiles, commerciales et de personnes.

15. Il n'apparaît, en effet, pas possible de faire abstraction des groupements d'intérêts économiques, et cela, pour une raison simple : leurs membres sont qualifiés par la loi et par la jurisprudence d'« associés »[29]. Leur étude ne pourra donc être exclue. Mais cette exigence complique substantiellement l'analyse, car l'absence de personnalité juridique modifie le rapport qui existe, par principe, entre l'associé et la société. Ce rapport devient moins perceptible et suscite beaucoup d'interrogations : l'associé d'une société en participation est-il titulaire de « parts sociales » ? Effectue-t-il un « apport en société » ? Contribue-t-il réellement aux pertes sociales ? L'utilisation des critères habituels apparaît plus délicate. Pourtant, la recherche du critère du quasi associé ne peut omettre de considérer les groupements dépourvus de la personnalité juridique. Ce large spectre nous permettra de dégager une vue d'ensemble et de réaliser une meilleure démonstration. Toutefois, nous n'étudierons pas les sociétés coopératives et participatives et les sociétés coopératives d'intérêts collectifs.

---

[27] N. OLSZAK, « Coopérative ouvrière de production », répertoire des sociétés, Mai 2009 (actualisation : Janvier 2017).
[28] P. LE VEY, « L'évolution du droit des sociétés coopératives de production ouvrière [SCOP], » Dr. sociétés octobre 2006, Étude 18.
[29] Cass. com., 17 juin 2008, deux arrêts, n° 06-15.045, Société Marina Airport, FS-P+B+R (N° Lexbase : A2140D97) et n° 07-14.965.

16. Nous avons dans le cadre de nos recherches préliminaires, réalisé des recherches sur le droit japonais, le droit américain et le droit chinois. Ces recherches visaient à faire une comparaison de la notion d'associé. Cette démarche avait pour objectif d'identifier si la notion d'associé était commune à ces droits et surtout si une notion de quasi associé pouvait éventuellement se dégager d'un travail comparatif. Notre recherche comparative s'est ensuite intéressée au droit européen. Il aurait semblé peut-être plus intéressant de comparer les deux droits communautaires[30] ensemble, mais cela nous apparaît comme une idée non pertinente. En effet, en droit africain, dans le cadre du traité OHADA, l'uniformisation est effective non seulement pour le droit des sociétés, mais encore pour bien d'autres matières[31]. Il n'en est pas de même pour le droit européen, qui a des racines issues en partie de la *Common Law*, alors que le droit français et le droit OHADA ont une racine civiliste commune. Le droit OHADA est largement inspiré du droit français dans une forme de mimétisme législatif. Ce sont des droits parents. Il semble ainsi plus pertinent de comparer des droits issus de la même famille.

17. Il existe un enjeu : indépendamment de l'exercice des droits d'associé ou de la question de ses obligations, le fonctionnement normal de la société impose de déterminer à qui revient la qualité d'associé. Dans plusieurs situations, cet effort est incontournable. L'exercice des droits et obligations du quasi associé ainsi que le fonctionnement de la société constituent donc les deux enjeux de cette étude.

18. En ce qui concerne, tout d'abord, les prérogatives du quasi associé, les interrogations sont nombreuses et se présentent essentiellement dans deux cas de figure, selon que l'hypothèse a été ou non envisagée par le législateur. Lorsque la technique est connue (tel est le cas de l'usufruit et de la location de titres), les prérogatives du quasi associé sont, attribuées soit directement par la loi, soit, sur son autorisation, par les statuts. Mais en règle générale, la répartition est

[30] Il s'agit du droit UE et du droit OHADA

[31] L'OHADA a déjà élaboré et mis en vigueur 10 Actes uniformes qui couvrent divers domaines de la vie économique : le droit commercial général, le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, le droit des sociétés coopératives, le droit des sûretés, le droit des procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution, le droit des procédures collectives d'apurement du passif, le droit comptable, le droit du transport des marchandises par route, le droit de l'arbitrage et le droit de la médiation.https://www.ohada.org/index.php/fr/actes-uniformes-de-l-ohada).

imparfaite. Non seulement la loi n'envisage que les principales prérogatives d'associé (essentiellement le droit de vote et le droit au dividende)[32], mais il est en outre rare que les statuts pallient ce manque, tant les prérogatives sont nombreuses. Ceci étant, il est probable qu'existent des clauses beaucoup plus générales prévoyant une attribution de l'ensemble des droits d'associé au profit d'un « participant » déterminé et, en particulier, à l'usufruitier ou au locataire de titres. Mais leur validité est douteuse, car celles-ci se heurtent non seulement à la théorie des « *droits propres* »[33] de l'associé qui ne pourraient, par définition, pas lui être ôtés au profit d'un tiers[34], mais également aux règles spécifiques du droit des biens[35] et du droit des sociétés, réservant certaines actions aux associés. Cela semble, à tout le moins, exclure que l'usufruitier et le locataire puissent disposer du droit de demander la dissolution de la société, ou bien encore exercer, s'il existe, le droit de retrait[36]. En ce qui concerne plus spécifiquement la théorie des « droits propres », le résultat de la présente analyse pourrait peut-être conduire à une nouvelle discussion, si l'essence de la qualité d'associé parvenait à être identifiée[37]. Les interrogations sont donc nombreuses, alors même que la technique en cause est connue. Et il en est de même lorsqu'elle l'est moins, en particulier parce qu'elle est récente. Un délai semble, en effet, nécessaire pour qu'un mécanisme issu du droit des biens ou du droit financier puisse être véritablement approprié par le droit des sociétés. Tel est le cas du fiduciaire de parts sociales ou d'actions, mais aussi du *empty voter* et du bailleur de fonds[38].

---

[32] V. pour le droit français c. civ., art. 1844, al. 3 ; c. com., art. L. 225-110, al. 1 et L. 239-3, al. 2. et pour le droit OHADA art. 125 et S. AUSCGIE.

[33] V. en partic. M. COZIAN, A. PROFESSEUR VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris 28ème éd., LexisNexis, 2015, p. 211, n° 369. V. cep. M. GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés », in *Mél. F. Terré*, Dalloz, P.U.F., J.-Cl., 1999, p. 401. V. plus gén. à ce sujet : L. JOBERT, « *La notion d'augmentation des engagements des associés* », *BJS* 2004, n° 5, p. 627, § 124.

[34] V. E. THALLER, note ss. Cass. civ., 30 mai 1892, D. 1893, I, p. 105 ; H. LECHNER, *Des droits propres des actionnaires*, th., 1932 ; J. DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, th., Paris Éd. Les Presses modernes, 1937, n° 136 et s. ; J. NOIREL, *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, th., Éd. Libr. techniques, 1958, préf. R. Roblot, p. 83, n° 122.

[35] Il n'est, par exemple, pas concevable que l'usufruitier puisse disposer du droit de demander la dissolution de la société puisqu'il porterait atteinte à la substance même des titres et donc au droit du nu-propriétaire, ce que lui interdit notamment l'article 578 du Code civil.

[36] V. ex. pour le droit français c. civ., art. 1869. et pour le droit OHADA art. 57 AUSCGIE.

[37] Un auteur explique en effet que l'expression droits propres « met en évidence le lien entre ces droits et l'essence de la qualité d'associé » (D. GALLOIS-COCHET, « Associé », *Joly sociétés* 2015, n° 400).

[38] C.BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, th. Université Paris Ouest-Nanterre, 2016, p.18 p.614.

Ceux-ci exercent, en pratique, certaines prérogatives d'associé, mais leur qualité demeure incertaine. Il s'ensuit que l'attribution des autres prérogatives attachées à la qualité d'associé pose de réelles difficultés. Ainsi, même si des questions maîtrisées par la doctrine, comme celle du droit de vote ou du droit au dividende, sont souvent réglées par la volonté des parties, beaucoup d'autres demeurent. Notamment, le bailleur de fonds peut-il exercer un droit sur le *boni* de liquidation si la société est dissoute puis liquidée pendant la période où il détient les titres ? De même, et d'une manière plus générale, se pose la question de l'exercice, par ces « participants », des actions attitrées. En effet, dans beaucoup d'hypothèses, la loi réserve à l'associé en titre le bénéfice d'une action. Ainsi en est-il de l'action sociale, réservée par l'article 1843-5 du Code civil, ou pour l'article 167 de l'Acte Uniforme sur les Sociétés Commerciales et les Groupements d'Intérêts Économiques (AUSCGIE) à « un ou plusieurs associés », de l'expertise de gestion, dont le bénéfice est réservé aux « actionnaires », ou bien encore de la demande de dissolution anticipée pour justes motifs que seul un associé peut formuler, en application de l'article 1844-7, 5° du Code civil ou en application de l'article 200 AUSCGIE. Ces interrogations constituent autant de doutes qui pourraient être levés si le critère de la qualité d'associé et de celle du quasi associé ou de l'associé en puissance était déterminé. Car si toutes ces actions sont réservées aux associés, des « participants » comme l'usufruitier, le porteur, le locataire et le fiduciaire de titres ne peuvent y prétendre qu'à la condition d'avoir reçu ladite qualité.

19. L'intérêt de la recherche se manifeste avec encore plus d'évidence lorsqu'est envisagée la situation du tiers dans les sociétés à risque illimité. En effet, les difficultés qui rendent nécessaires une réflexion sur ce critère ne concernent pas uniquement les rapports internes. En d'autres termes, les interrogations ne se posent pas uniquement dans les relations entre les associés ou celles existant entre les associés et la société, mais également dans les rapports avec les tiers. À qui ceux-ci peuvent-ils demander le paiement des dettes sociales lorsque la société est en situation de défaillance ? Leur est-il possible de solliciter d'un usufruitier, d'un fiduciaire ou bien encore d'un locataire le paiement du passif social ? Cela n'est envisageable que s'il est admis que ces derniers ont la qualité d'associé, car seuls

les associés répondent indéfiniment des dettes sociales[39]. Cette question constitue probablement l'un des enjeux majeurs de cette recherche, dans la mesure où la protection des tiers semble constituer l'un des impératifs du droit des sociétés depuis de nombreuses années. En effet, beaucoup d'exemples démontrent, tant en droit commun qu'en droit spécial des sociétés, que la volonté de protéger les tiers en les préservant des difficultés internes à la société, est l'une des préoccupations principales du législateur et du juge. La Cour de cassation admet qu'un tiers puisse agir en responsabilité civile contre un associé qui aurait commis une faute dans l'exercice de ses prérogatives[40]. Tous ces exemples témoignent donc d'une volonté très nette de protéger les tiers. Dès lors, l'incertitude sur le critère de la qualité d'associé s'inscrit en rupture avec ce courant et donc avec l'un des objectifs que semble s'être assigné le droit des sociétés.

20. Si, d'un côté, le droit des sociétés protège les intérêts du tiers et que, de l'autre, il ne lui permet pas d'identifier ses éventuels débiteurs, son action devient contradictoire. L'enjeu est, on le comprend, pratique, même s'il ne concerne que les sociétés à risque illimité. Au sein de ces sociétés, en effet, le tiers bénéficie d'une garantie efficace pour le recouvrement de ses créances, puisque les associés supportent le passif social sur leur patrimoine personnel[41]. Mais à défaut de critère, comment est-il possible de déterminer si le tiers pourra ou non agir en paiement des dettes sociales contre l'usufruitier, le locataire, le porteur, la Nana Benz, le *Work and Pay* ou bien encore le fiduciaire ? Naturellement, dans le cas de l'usufruit, la précarité de sa situation est relative, puisqu'il lui est toujours possible d'agir contre le nu-propriétaire, dont la qualité d'associé n'est plus douteuse.

---

[39] V. ex. pour le droit français c. civ., art. 1857 et c. com., art. L. 221-1. Pour le droit OHADA art. 270 AUSCGIE.

[40] Cass. com., 18 février2014, n° 12-29.752 : D. 2014, p. 764, obs. Th. FAVARIO ; Ibid., p. 2434, note J.-C. HALLOUIN, E. LAMAZEROLLES et A. RABREAU ; JCP E 2014, 1160, note B. DONDERO ; RDC 2014, n° 3, p. 372, note G. VINEY ; BJS 2014, n° 6, p. 382, note B. FAGES. RapProfesseur Cass. com., 12 mai 2015, n° 13-27.716 : Dr. sociétés 2015, comm. 163, note R. MORTIER. Dans cet arrêt, la Cour de cassation considère que l'insuffisance de capitalisation d'une société ne constitue pas une faute imputable aux associés. V. égal. B. DONDERO, « La faute séparable de l'associé et la concurrence déloyale », note ss. Cass. com., 11 mars 2014, *Rev. sociétés* 2014, p. 491 ; M. ROUSSILLE, « Agir en responsabilité contre l'associé », note ss. CA Basse-Terre, 2ème civ., 27 janvier 2014, Dr. sociétés 2014, comm. 147 ; I. PARACHKÉVOVA, « L'associé responsable », *BJS* 2015, n° 4, p. 165.

[41] V. ex. pour le droit français c. civ., art. 1857 et c. com., art. L. 221-1. Pour le droit OHADA art. 270 AUSCGIE.

21. Cependant, celle du fiduciaire l'est davantage, car, dans cette situation, le tiers se trouve indiscutablement en difficulté. On peut toutefois imaginer qu'en pratique, il ait intérêt à assigner le constituant et le fiduciaire de manière solidaire, à charge pour le juge de se prononcer. Il en est de même dans le cas d'un portage[42]. Le tiers aura tout intérêt à assigner le porteur et le donneur d'ordre de manière solidaire. Mais, en l'absence de décisions publiées sur ces sujets, le doute persiste. L'incertitude sur ces différentes interrogations semble contradictoire avec les préoccupations contemporaines du droit des sociétés et préjudiciable au tiers.

22. **Critère et qualification**. La recherche du critère de la qualité de quasi associé apparaît désormais inévitable. L'échéance a longtemps été repoussée, mais il faut admettre que la complexification du droit des sociétés rend le besoin de qualification inéluctable. Plus les sujets de droit sont diversifiés, plus il est nécessaire de déterminer avec précision le régime juridique applicable à chacun d'eux. Or, appliquer un régime juridique[43] suppose nécessairement, au préalable, une opération de qualification puisque cette dernière « *consiste à faire entrer des faits dans une catégorie juridique, pour leur appliquer un régime juridique déterminé* »[44]. En droit français ou en droit OHADA, « *la qualification est bien (…), de manière générale, un facteur antécédent l'application de la règle* »[45] de droit. Cela explique sans doute que le droit soit avant tout œuvre de qualification. Pour déterminer si le participant à la vie sociale peut jouir de prérogatives d'associé qui ne lui ont pas été expressément attribuées par le législateur ou, lorsque la loi le permet, par les statuts, et supporter les obligations qui n'ont pas été mises à sa charge, ou bien encore permettre le fonctionnement normal de la société, il est indispensable d'entreprendre une opération de qualification. Et pour

---

[42] D. SCHMIDT, Les opérations de portage de titres de sociétés, *in* Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, éd. FEDUCI, LGDJ, 1985.

[43] J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, 2ème éd., t. III, Sirey, Paris, 1951, n° 951 et s.

[44] V. X. BACHELLIER, « Le pouvoir souverain des juges du fond », B.I.C.C. n° 702, 15 mai 2009, p. 18. Le Doyen Rodière faisait, pour sa part, référence à un « diagnostic » : v. R. RODIÈRE, note ss. T. civ. Alger, 14 décembre1933 in Rev. alg., 1936, p. 61. V. égal. sur la nécessité de qualification préalable : H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de Droit international privé*, 2ème éd., L.G.D.J., 1955, p. 351, n° 298.

[45] F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris II, L.G.D.J., 1957, préf. R. Le Balle, p. 12, n° 13.

qualifier un participant d'associé en puissance, il est nécessaire de connaître le critère de cette qualité. Une réflexion générale sur ce critère semble donc nécessaire, aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Mais ce constat invite à préciser l'objet de cette étude : déterminer le critère qui permettrait d'identifier l'associé en puissance parmi les différents participants à la vie sociale conduit-il à s'interroger sur la notion d'associé en puissance ou plutôt à mener une réflexion sur la qualité de quasi associé ?

23. **De la « notion » et de la « qualité »**. Les premiers travaux ont cherché à déterminer un critère d'identification de l'associé en puissance faisant référence au « *critère de la notion d'associé* »[46]. Une notion s'entend comme la « *représentation que l'esprit se forme d'un objet de connaissance* »[47]. Elle suppose donc un objet déterminé[48] et consiste en la perception collective et intuitive qu'il est possible d'avoir sur cet objet. Une notion désigne donc nécessairement une « *idée générale et abstraite* »[49], dont le contenu apparaît plus ou moins certain selon le degré d'expérience de la conscience collective à son égard. On peut en effet penser qu'une notion suppose une appropriation de l'objet de connaissance auquel elle est rattachée et qui se manifeste, dans son degré ultime, par un travail de définition. Autrement dit, pour qu'une « notion » soit considérée comme assimilée, il est nécessaire de la définir. Ce travail de définition révèle le degré de connaissance de la notion. Il apparaît donc consubstantiel à la notion elle-même, puisqu'il en scelle l'appropriation. En droit français, cette démarche est régulièrement suivie par le législateur, dont l'effort permet aux notions de quitter le domaine de l'abstraction. En droit OHADA, cette démarche est moins régulièrement suivie par le législateur, compte tenu du mode d'adoption et de révision des actes uniformes[50].

[46] A. VIANDIER, *La notion d'associé*, th. préc.
[47] Dictionnaire de l'Académie française, 9ème éd., 1992, v° ce mot.
[48] Comme la « justice », la « liberté » ou bien encore la « vérité » (v. Dictionnaire de l'Académie française, 9ème éd., op. cit., v° « notion »).
[49] Dictionnaire de l'Académie française, 9ème éd., op. cit., v° « notion ».
[50] Le processus de révision, d'adoption d'un acte uniforme est particulièrement long eu égard à la procédure et à son adoption par les ministres concernés des États Membres.

24. Le Code civil est, d'ailleurs, l'un des domaines dans lequel cet effort est le plus visible : les notions de contrat, de condition[51], de terme[52] ou bien encore de société[53], sont autant de notions définies par le législateur. L'étude d'une notion juridique a donc pour finalité de définir l'objet de connaissance considéré. Tel ne peut être l'objet de la présente étude. En effet, dès lors qu'il est question de déterminer le critère permettant d'identifier le quasi associé, ce n'est pas de la notion « *générale et abstraite* »[54] qu'il s'agit, mais bien de la « *qualité* »[55]. Et pour cause, l'étude d'une « qualité juridique » suppose, à la différence de l'étude d'une « notion juridique », de déterminer tant le moment de l'acquisition de cette qualité que celui de sa perte, et d'établir ce qui la distingue d'une autre. En effet, une « qualité juridique » désigne un lien de rattachement entre un individu et une catégorie. Il s'agit du « *titre* »[56] en vertu duquel un sujet bénéficie de droits en contrepartie d'obligations. Ainsi en est-t-il, par exemple, de la « *qualité de commerçant* »[57], de la « *qualité de dirigeant* »[58], de la « *qualité de majeur* »[59], de la « *qualité d'opposant* »[60], de la « *qualité d'héritier* »[61], de la « *qualité de créancier* »[62], de la « *qualité de fiduciaire* »[63], de celle de « *débiteur* »[64] ou bien encore de celle de « *salarié* »[65]. Or, ces qualités n'ont pas de raison d'exister si elles ne sont pas datées : une date d'acquisition et une date de perte sont indispensables à l'existence d'une qualité. Envisager une « qualité juridique » impose donc bien de déterminer à quel moment celle-ci est acquise ou perdue, et ce qui la distingue d'une autre. Il s'ensuit que l'étude d'une qualité se traduit par une approche plus concrète et a pour finalité la recherche d'un critère, là où l'étude de la notion a pour finalité de définir l'objet de connaissance considéré. La

[51] C.Civ.art. 1101.
[52] C.Civ.art. 1168 et S.
[53] C.Civ.art. 1832.
[54] Dictionnaire de l'Académie française, 9ème éd., op. cit., v° « notion ».
[55] Quand bien même, il est parfaitement imaginable que la définition de la notion se serve du critère de la qualité pour faciliter la compréhension du concept.
[56] Dictionnaire de l'Académie française, 9ème éd., op. cit., v° « notion ».
[57] V. not. En droit français c. com., art. L. 123-1, L. 123-9-1 et L. 123-12 et en droit OHADA Art 44 et S. pour le droit OHADA.
[58] V. not. c. com., art. L. 241-3.
[59] C. civ., art. 34.
[60] C. civ., art. 176
[61] C. civ., art. 730.
[62] C. civ., art. 1300
[63] C. civ., art. 2015.
[64] C. civ., art. 2353.
[65] C. com., art. L. 228-23, al. 4.

démarche est donc nécessairement différente et cela s'explique en grande partie par le fait que la notion se nourrit d'intemporalité, tandis que la qualité impose une référence constante à l'outil temporel, puisqu'elle nécessite d'être datée. Déterminer ce qui, en droit français, distingue l'associé d'un tiers, permet de devenir associé. Ce qui conduit à ne plus l'être consiste donc à rechercher un critère. En conséquence, cette démarche, dans la mesure où elle ne consiste pas en une recherche d'ordre général sur la signification du terme « associé », mais tend à déterminer un critère d'identification, aura pour objet le « quasi associé » ou l'« associé en puissance ». La conceptualisation du quasi associé permettrait de donner un cadre aux investissements dans la société et de relancer celle-ci. La maîtrise de ces notions pourrait attirer les acteurs économiques français et africains.

25. **Domaine de la recherche**. La France et les pays de l'Afrique subsaharienne ont partagé une histoire commune[66]. Il s'agit à travers cette étude d'analyser les participants à la vie de la société telle qu'organisée par le droit français et le droit OHADA. Les notions fondamentales du droit des sociétés dans ces pays africains et en France révèlent de nombreuses similarités. Dans cette démarche comparatiste et au regard des différentes législations en présence, nous pourrons apprécier l'efficacité respective des droits proposés et en déceler les insuffisances, afin d'apporter des solutions dans une perspective d'identification. Il est admis que toute comparaison juridique[67] revêt des avantages certains. Ce travail permet en outre, une fois de plus, d'apporter une contribution et d'enrichir le débat quant au positionnement des droits africains dans la classification internationale des droits[68]. Ce positionnement se fera forcément sous l'influence du droit français, en raison des liens juridiques étroits qui existent entre le droit africain et le droit français.

26. Cette étude permet également de mener une réflexion sur la capacité des règles de droit économique conçues pour les pays de l'espace OHADA de rivaliser avec

[66] Les pays africains et la France par le biais de la Francophonie et de la colonisation ont une culture commune et entretienne des liens étroits qui peuvent relever de la filiation.
[67] L.J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t .II, Méthode comparative, LGDJ, 1974, n°286 et s.; E. AGOSTINI, *Droit comparé*, éd. Presses Universitaires de France,1988, n°11.
[68] M. KONÉ, op.cit. p.14.

d'autres règles de droit de pays étrangers, alors que ces dernières sont une réappropriation des solutions souvent abandonnées ou dépassées en droit français[69]. Cette étude se propose enfin d'apprécier la pertinence du droit français, qui n'a cessé de se réformer ces dernières années, pour tenter de gagner en efficacité.

27. Il convient de préciser que les économies des pays de la zone OHADA souffrent d'un véritable fléau : l'économie souterraine. L'économie souterraine, appelée également économie informelle, cachée ou de l'ombre, se définit comme étant « *la production de biens et de services marchands, qu'elle soit légale ou illégale, non prise en compte dans le calcul du PIB et qui est non déclarée aux institutions chargées du recouvrement de l'impôt et des cotisations sociales. Le travail au noir et le marché noir en sont des aspects* »[70]. Cela dit, il convient de distinguer la notion de l'économie souterraine de celle de marché noir. Ce dernier concerne davantage les activités illégales ou interdites, telles que le trafic d'objets ou de services prohibés, la prostitution, la vente d'armes interdite, le braconnage, etc. Il faut noter que pour l'ensemble des États membres de la zone OHADA, la part de l'économie informelle dans le PIB dépasse celle de l'économie formelle[71]. Le Cameroun semble être le pays affichant le taux le plus élevé d'emplois dans le secteur informel de la zone OHADA[72]. A en croire les données présentées par l'Institut National de la Statistique camerounais, ce taux avoisinerait les 90 % de l'ensemble de l'activité économique[73]. A titre de comparaison, les économistes estiment la taille de l'économie souterraine en Europe aux environs de 10 % du PIB[74]. Ceci limite *de facto* le champ d'application du droit OHADA, qui ne gouverne *a fortiori* que le secteur formel.

28. Dans la thèse présentée par Stéphanie KWEMO, sont énumérés des arguments selon lesquels le droit OHADA serait inadapté à la réalité socio-économique

[69] Certaines législations datent d'avant les indépendances. Il faut aussi ajouter que les différentes réformes du droit des sociétés n'ont pas été suivies par le législateur OHADA.
[70] J.-M. ALBERTINI et A. SILEM, *Lexique d'Economie*, 13e ed., Dalloz, 2014, p. 335.
[71] V. Le rapport « Doing Business dans les Etats membres de l'OHADA » élaboré par la Banque Mondiale, 2012.
[72] S. K WEMO, *L'OHADA et le secteur informel, l'exemple du Cameroun*, Larcier, 2012, p.97
[73] *Ibid.*
[74] J. SLOMAN et A. WRIDE, *Principes d'économie,* 7e éd., Person, 2011, p. 389.

africaine, dans la mesure où il ne s'intéresse qu'aux activités des entreprises opérant dans le secteur formel, délaissant ainsi le secteur informel. L'auteur plaide pour une véritable réforme du droit OHADA, afin d'intégrer le secteur informel dans le cadre législatif OHADA. Cette position est également partagée dans la thèse présentée par Yacine ALLAM[75]. Nous partageons cette position dans la mesure où le texte juridique doit être en adéquation avec l'environnement économique et social qu'il régit pour atteindre sa fonction normative[76]. C'est aussi en ce sens que Pierre Legrand avance que « *la technicité des formules que manipulent les juristes dissimule, si l'on veut bien se donner la peine d'y regarder de plus près, des choix et des déterminismes à caractère culturel enracinés dans une histoire et dans une géographie, dans une société et dans une vie politique* »[77]. Nous tacherons, dans notre analyse, d'intégrer cette dimension culturelle et tenterons de proposer des solutions allant dans le sens d'une prise en compte de la réalité économique de la zone OHADA. Du reste, consciente du fléau de l'économie informelle, l'organisation de l'OHADA a entrepris une série de mesures de lutte contre le secteur informel[78], notamment par le statut de l'entreprenant comme nous le verrons au cours de nos développements.

29. Il pourrait s'avérer fructueux d'étudier le droit des régimes matrimoniaux en France et dans l'espace OHADA. En effet, le droit des régimes matrimoniaux entretient de longue date des rapports troubles avec le droit des sociétés[79]. Si les régimes séparatistes peuvent présenter quelques difficultés, ce sont les régimes communautaires qui rassemblent les questions à la fois les plus complexes et les plus récurrentes. La situation de l'associé est singulière chaque fois qu'il est marié

[75] Y. ALLAM, le *Capital-Investissement en Droit OHADA*, Th. Université Aix-Marseille, 2016, p. 401.
[76] B. REMICHE, « Propos introductifs » dans Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA, sous la dir. de Loïc CADIET, IRJS éditions, 2013, p. 9 : « un texte légistiquement « parfait » n'a guère d'intérêt concret s'il ne peut être valablement appliqué dans le contexte économique, social et culturel où il est censé être mis en œuvre ».
[77] P. LEGRAND, « Notes inspirées par une gêne persistante à l'égard de la fascination exercée par l'habitude, l'autorité, la loi et l'Etat dans les facultés de droit françaises », *RTD civ*., 1998, p. 285.
[78] F. BIBOUM BIKAY, « l'entreprenant ohada et les procedures collectives » *Penant* 1 juillet 2017, n° PENA2017-900-357, p. 357 ; S. BISSALOUÉ, « l'entreprenant un statut prometteur », *Wolters Kluwer*, 26 septembre 2017.
[79] L. GALBOIS. « Régimes matrimoniaux et droits des sociétés : les sociétés entre époux ». Droit. 2017. ffdumas-02314849f. P 97.

en communauté, car elle devra être considérée à travers le prisme de son régime matrimonial.

30. Dans une société, il existe un certain nombre d'attributs fondamentaux attachés à la qualité de l'associé. En cette qualité, l'intéressé, et lui seul, bénéficie de droits politiques et financiers, tandis que lui incombent certaines obligations. À l'évidence, ces deux corps de règles qui s'imposent à l'associé commun en biens n'ont pas été établis en contemplation l'un de l'autre. Au contraire, ils se heurtent et l'on ne sait à quel corpus se référer pour répondre aux nombreuses questions qui jalonnent la vie du couple et celle de la société. Ainsi, depuis l'entrée en société et jusqu'à la fin du mariage, il convient de s'interroger sur les pouvoirs de l'associé marié et du conjoint au travers du prisme de son régime matrimonial.

31. A priori, rien ne semble justifier que le domaine d'analyse ne soit réduit. Il comprend le droit français, l'espace OHADA et sa coutume, ainsi que les régimes matrimoniaux ayant une incidence sur le droit des sociétés.

32. **Enjeu de la recherche.** Envisager l'associé dans toute sa diversité pourrait conduire à conclure que la qualité de quasi associé est à géométrie variable et qu'elle prend des apparences différentes selon la personne considérée. Selon cette théorie, pourraient coexister, les « associés réguliers », les « bailleurs de fonds », les « usufruitiers » et les « titulaires de valeurs mobilières composées », les « donneurs d'ordres », les « héritiers », les « *associés investis dans les affaires sociales* »[80], ceux qui ne le sont pas, ceux qui le sont moins et il est possible d'imaginer autant de « types d'associés » qu'il existe de déclinaisons possibles de l'*affectio societatis* ou d'apports *différents*. De même, il pourrait être tentant de considérer qu'une personne peut avoir la qualité d'associé à l'égard des tiers sans être reconnue comme telle dans l'ordre interne. Cette question se pose en effet lorsque la perte de la qualité d'associé n'a pas été rendue opposable aux tiers. Dans cette hypothèse, le tiers créancier pourrait essayer d'arguer que l'associé sortant demeure, à son égard, un « associé en titre », même s'il a perdu cette qualité dans l'ordre interne. Il existerait ainsi une double dimension dans la qualité d'associé :

[80] Il faut entendre par cet expression les salariés.

une dimension interne et une dimension externe. Cette situation est bien le résultat de l'application de la théorie de l'apparence en droit des sociétés et n'est pas sans rappeler celle du « dirigeant de fait »[81]. Cette réflexion invite d'ailleurs, dans une logique proche, à s'interroger sur la question de « l'associé de fait ». Il existe donc beaucoup de « types d'associés » possibles et cela pose une difficulté importante : faut-il se résigner à considérer que la qualité de quasi associé est multiple et qu'il n'existe aucun dénominateur commun, aucun caractère spécifique, et donc aucun critère ?

33. Cette résignation est peu souhaitable car tout l'enjeu d'une réflexion générale sur le critère de la qualité de quasi associé est de se confronter à la diversité pour tenter d'en retirer l'unité. Et l'unité recherchée ne sera pas seulement conceptuelle : certes, il faudra s'interroger sur l'existence d'un critère commun à toutes les formes possibles de quasi associé, mais il s'agira également de déterminer si le critère identifié peut permettre d'unifier les situations passées et présentes. L'enjeu de la recherche apparaît comme identifié. Toutes les interrogations auxquelles est confrontée la qualité de quasi associé concernent la détermination de son critère. Il est donc nécessaire de clarifier cette notion car cela conditionne le succès de la recherche.

34. **La notion de « critère ».** Il doit être observé que le terme « critère » est fréquemment utilisé en droit alors même que les conditions devant être réunies pour qu'un élément déterminé puisse être qualifié comme tel ne sont pas connus. Certes, le « critère » est souvent présenté comme un « *élément d'un système de référence retenu pour procéder à un classement* »[82] ou bien encore comme un « *élément auquel on se réfère pour juger, apprécier, définir quelque chose* »[83]. Mais ces définitions générales ne permettent pas de déterminer les exigences que l'élément doit remplir pour pouvoir être considéré comme un critère. Or, il semble qu'un élément déterminé ne puisse être considéré comme un critère que si deux conditions cumulatives sont remplies.

[81] Cass. com. 25 janvier 1994 n° 91-20.007 ; Cass. com. 02 juin 2021 n° 20-13.735 F-D.
[82] Dictionnaire commercial, de l'Académie des sciences commerciales, ImProfesseur Boutin, 1987, v° ce mot.
[83] T.L.F.I., v° ce mot.

35. Tout d'abord, un critère a pour fonction de distinguer. Dès lors que le critère a vocation à unifier des éléments épars au sein d'une catégorie unique, il doit permettre d'identifier un sujet déterminé comme la composante de cette catégorie et l'exclure d'une autre ou plusieurs catégories. Ainsi, prenons l'exemple d'un commerçant. Pour être soumis au régime juridique qui est applicable à cette catégorie, une personne ne doit pas seulement en avoir l'apparence : elle doit répondre au critère défini par la loi, c'est-à-dire, exercer des actes de commerce à titre de profession habituelle[84]. Mais le critère n'est pas seulement utilisé, en droit français ou en droit OHADA, pour identifier une personne. Il est aussi d'usage d'en faire application aux choses[85]. Un autre exemple pourrait encore permettre d'observer qu'un critère permet aussi de distinguer un acte d'un autre : ne peut être qualifié d'acte authentique que celui qui a été reçu par un officier public, qui a le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, avec les solennités requises[86]. Il est possible de mesurer, à travers ces exemples, que l'existence des « critères » est directement liée au besoin de catégoriser les faits et les actes, les personnes et les choses, puisque des régimes juridiques différents existent et en découlent. La perfection de la règle de droit tient à sa précision, laquelle dépend elle-même de l'existence de catégories. La première condition exigée d'un critère est donc qu'il permette de distinguer un acte, une personne ou une chose, d'une autre, dans l'ordonnancement juridique, afin que ceux-ci intègrent une catégorie prédéfinie et qu'ils soient soumis au régime juridique applicable. Mais le critère ne peut être qualifié comme tel, si la seconde condition n'est pas remplie. Il ne suffit pas qu'il permette de distinguer, encore faut-il qu'il soit commun à tous les éléments de la catégorie en cause.

36. **Le critère de la qualité de quasi associé**. Il est donc possible de déterminer avec davantage de précision les conditions que doit satisfaire le critère de la qualité de quasi associé. Celui-ci doit non seulement permettre de distinguer le quasi associé

[84] Pour le droit français C. com., art. L. 121-1. Et pour le droit OHADA art.2 AUDCG.
[85] C.BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, th. Université Paris Ouest-Nanterre, 2016, p.30 p.614.
[86] C. civ., art. 1317.

de tout autre acteur mais, en outre, il est indispensable qu'il s'impose à toutes les formes possibles de quasi associé.

37. Cette double fonction conduira à discréditer tous les éléments qui ne sont pas communs aux différents associés en considérant comme pertinent le critère qui aura passé avec succès l'épreuve de « *la persistance du plus apte* »[87]. Mais, précisément, dans cette épreuve, il est difficile d'emporter la conviction : les critères qui ont été proposés ont révélé des insuffisances qui empêchent d'apporter les réponses attendues par les praticiens. Ces insuffisances ont souvent été le résultat de l'évolution du droit des sociétés lui-même : les techniques nouvelles nécessitent de modifier les approches habituelles.

38. **Les critères successivement proposés par l'étude**. La première réflexion générale sur le quasi associé a été menée par M. le Professeur VIANDIER qui, lorsqu'il a présenté ses travaux de doctorat en 1976, considérait que le quasi associé était un « participant ». Le critère de la qualité du quasi associé était constitué selon lui d'une absence d'obligation d'apport, mais avec la possibilité ou non d'intervenir par l'apport et par l'existence d'une relation privilégiée avec la société (droit d'information et/ou droit de contrôle)[88]. Aussi selon l'auteur, il n'est pas associé. Cependant, même si le critère de l'apport est encore fréquemment utilisé par la doctrine, il a été observé que ce critère ne permettait pas de rendre compte de l'ensemble des situations existant en pratique. Notamment, celui qui reçoit des parts sociales ou des actions à la suite d'une opération de transmission à titre particulier (cession, donation ex.), a-t-il réellement effectué un apport en société ? Le doute est permis, car l'apport est une opération à laquelle la société est nécessairement partie, ce qui n'est pas le cas lors d'une cession de titres, puisque cette opération ne se réalise qu'entre deux associés ou, dans d'autres situations, entre un associé et un tiers. Par ailleurs, la participation aux affaires sociales n'est plus une prérogative réservée aux associés.

[87] Selon les termes de C. DARWIN, *L'origine des espèces au moyen de la sélection naturelle ou la lutte pour l'existence dans la nature,* trad. par E. Barbier, Paris, Éd. A. Costes, 1921, p. 97.
[88] V. A. VIANDIER, *La notion d'associé*, th. préc.

39. Au demeurant, beaucoup de participants sont présents en assemblée générale et certains d'entre eux disposent du droit de vote alors même que leur qualité exacte est douteuse[89]. Il existe donc désormais des associés qui n'ont pas effectué d'apport en société et d'autres qui ne participent pas aux affaires sociales alors que certains tiers paraissent disposer d'un tel droit. La légitimité du critère proposé à la fin du siècle dernier n'est donc pas totale et cela a permis que de nouvelles propositions soient formulées. Il a notamment été suggéré une analyse à partir du critère de l'*affectio societatis*[90]. Mais cette notion est depuis longtemps critiquée pour l'imprécision de son contenu et nombreuses sont les hypothèses dans lesquelles l'*affectio societatis* d'une personne est douteuse. En particulier, dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, il est difficile de soutenir que tous les associés partagent la même volition. Ceci étant, admettre qu'il existe autant d'associés que de volontés n'est pas inconcevable. Mais cela imposerait alors d'accorder une importance décisive à un acte de volonté, ce qui doit être écarté : un simple acte de volonté ne peut suffire à déterminer l'acquisition ou la perte de la qualité de quasi associé. Seule une extériorisation de la volonté peut produire des effets de droit et en particulier conditionner l'acquisition et la perte d'une qualité. Le critère de l'*affectio societatis* n'a donc pas convaincu. Plus récemment, ce fût le critère de l'*intuitu pecuniae* qui a été proposé pour caractériser la qualité de quasi associé[91]. Mais, il est difficile de soustraire ce critère aux critiques.

40. Considérer qu'il constitue le critère de la qualité d'associé revient en effet à affirmer que toutes les personnes ont vocation au résultat. Or, l'affirmation est partiellement inexacte, car de nombreuses personnes sont soustraites aux bénéfices de l'activité sociale. L'on peut citer, à titre d'exemple, le nu-propriétaire de parts sociales ou d'actions qui a la qualité d'associé et qui, pourtant, ne reçoit aucuns bénéfices, ces derniers étant acquis de plein droit à l'usufruitier[92].

---

[89] C. BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, th. Université Paris Ouest-Nanterre, 2016, p.32 p.614.
[90] D. ESKINAZI, *La qualité d'associé*, th., 2005, dir. A.-S. Barthez.
[91] M. JEANTIN et A. SAYAG (dir. sous) *L'endettement, mode de financement des entreprises, Études du CREDA*., éd. Litec, 1996, n°140, pp. 87 et 88.
[92] C. BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, th. Université Paris Ouest-Nanterre, 2016, p.15 p.614.

41. D'autres auteurs ont donc préféré analyser le quasi associé à partir de ses prérogatives principales que sont les critères sociaux et financiers. Il s'agit de l'exercice du droit de vote et du droit au dividende. Mais, ici encore, il existe des raisons légitimes de douter qu'une telle démarche puisse emporter la conviction, en particulier parce que nombreux sont les associés dont la qualité est consacrée sans ambiguïté et qui en sont privés, ne serait-ce que de manière temporaire, de ces prérogatives. Il faut en déduire que la temporalité occupe une place particulière dans notre étude. Celle-ci semble transformer le quasi associé en « associé en puissance ». A la proposition de critères précédents, Il faut se pencher sur les droits du quasi associé sur sa qualité, notamment sur le critère du titre et/ou de la finance. Ces derniers critères peuvent-ils réellement, dans ces conditions, être considérés comme des critères de la qualité du quasi associé ?

42. Les discussions doctrinales n'ont donc pas satisfait les attentes en la matière et la pratique a tenté de pallier les insuffisances auxquelles chacun refuse pourtant de se résigner.

43. Aussi, la démarche qui sera suivie consistera-t-elle à s'intéresser, en premier lieu, au critère qui semble, à l'heure actuelle, convaincre les praticiens et un nombre croissant d'auteurs : celui de l'apport ou encore de la contribution financière. Cependant, malgré la simplicité d'utilisation que présente ce critère et qui le rend inévitablement séduisant, son étude révèle des insuffisances qui conduisent à discuter du statut de l'associé (**Partie I**). Dès lors que les critères financiers et sociaux ne peuvent être considéré comme des critères apparents véritables, ils doivent être dépassé.

44. Au-delà des apparences, il semble exister un critère sous-jacent, l'assujettissement au temps, permettant d'identifier avec certitude la qualité de quasi associé. Ce critère s'évince tant des actes qui sont à l'origine de l'acquisition de la qualité de quasi associé que de ceux qui en conditionnent la perte. Et, il semble répondre aux exigences attendues : non seulement il permet de rendre compte de la singularité du quasi associé au sein de l'ordre juridique, mais il émerge en outre par rapport à celui de l'associé (**Partie II**).

Partie I : La critique de la qualité de l'associé

Partie II : L'émergence du quasi associé

Partie I -

La critique de la qualité d'associé

45. Il est aujourd'hui devenu courant d'affirmer que l'associé est celui qui a réalisé un apport[93]. Cet usage a d'ailleurs trouvé écho dans les prétoires, les magistrats réaffirmant inlassablement la qualité d'associé à celui qui a contribué à la société[94]. Toutefois, cette assimilation de l'apport à la qualité d'associé n'est pas unique. Cette assimilation se produit à travers le critère social que constitue l'*affectio societatis*. Désormais, il semble que les critères financiers et sociaux présentent des insuffisances. (**titre premier**).

46. Après avoir envisagé, critiqué les critères financiers et sociaux qui définissent l'associé, il faut s'intéresser à son régime. Le régime de l'associé semble faire l'objet d'une absende d'unification. (**titre second**).

[93] V. not. D. GALLOIS-COCHET et R. LE GUIDEC, « Entrée en société et qualité d'associé », *Defrénois* 2015, n° 20, p. 1035, spéc. p. 1038.
[94] C. BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, th. Université Paris Ouest-Nanterre, 2016, p.37 p.614.

Titre 1. L’insuffisance des critères financiers et sociaux

47. L’apport en société conduit non seulement à l’attribution de titres nouveaux au profit de l’apporteur, mais aussi à l’attribution de la qualité d’associé. Toutefois, la suffisance du critère de l’apport est discutée (**Chapitre 1**). Il s’ensuit que ceux qui endossent la qualité d’associé veulent de moins en moins contribuer aux pertes (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La critique du critère de l'apport

48. L'apport a pour première contrepartie l'acquisition de parts sociales ou d'actions. Il peut désormais être constaté que l'apport a pour seconde contrepartie l'attribution de la qualité d'associé. Cette observation est critiquée par le fait que toute personne qui a reçu la qualité d'associé est devenue créancière de la société (**section 2**). En outre, il sera discuté que la notion d'associé est elle-même insuffisante à qualifier le contributeur à la société (**section 1**).

Section 1. L'étude de la contribution à la société

49. A ses origines, la contribution à la société désignait aussi bien l'actif que la contrepartie du contrat de société. Aujourd'hui, la qualification de la contribution au capital de la société nécessite une discusion (**I**). Il en est de même pour celui qui y contribue (**II**).

I. La discussion de la contribution au capital de la société

50. Il s'agit de discuter de la notion d'apport et d'observer son déclin (**A**). Ensuite, il s'agira d'étudier l'apport sous un nouvel angle : celui de l'investissement (**B**).

A. Le débat autour de l'apport

51. **Définition et historique de l'apport.** Le dictionnaire Larousse, définit le verbe « apporter » comme fournir, procurer, donner quelque chose à quelqu'un ou à quelque chose[95]. L'origine de l'exigence d'apport date du droit romain et tient à la nature du contrat de société. Un apport de chaque associé était donc, en droit romain, « *nécessaire pour qu'une convention constitue le contrat consensuel de société obligatoire par le simple accord des volontés* »[96]. Sous l'Ancien Régime, il était de l'essence du contrat de société que chaque associé « *apporte une chose certaine en société* »[97]. Cette idée n'a, par la suite, pas été abandonnée[98]. Elle figurait notamment, un siècle plus tard, dans les travaux d'ARTHUYS : « *la nécessité de faire un apport est la conséquence de cette idée déjà émise que le contrat de société est un contrat à titre onéreux. De plus, elle est écrite dans l'article 1832 et d'une manière plus précise encore dans l'article 1833, c. civ.* »[99]. THALLER écrivait également qu'« *il faut une mise d'apports en commun : chacun des associés doit, de son côté, constituer une mise (...)* »[100]. L'idée que les apports sont indispensables pour qu'il y ait société n'a plus été remise en cause.

---

[95] Larousse. (s. d.). Apporter. Dans *Dictionnaire en ligne*. Consulté le 3 janvier 2020 sur https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/apporter/4729?q=Apporter#4704

[96] P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 563.

[97] V. R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de société*, op. cit., 1807, p. 5, n° 8.

[98] V. not. J. HÉMARD, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait,* 1ère éd., Sirey, Paris, 1912, n° 29.

[99] F. ARTHUYS, *Traité des sociétés commerciales*, t. I, op. cit., p. 33, n° 29

[100] E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5ème éd., op. cit., p. 163-164, n° 232 et 233.

En 1948, le Doyen RIPERT suggérait qu'« *il n'y a pas de société s'il n'y a pas d'apports et l'un au moins de ces apports doit être un apport en capital, afin de constituer un patrimoine social* »[101]. Il ajoutait que « *s'il n'y avait pas d'apports, mais seulement travail en commun, il y aurait collaboration et non société* »[102]. Escarra et Rault ont eux aussi repris cette idée[103]. Il ne faisait donc pas de doute, pour les auteurs classiques, que « *les rapports juridiques considérés ne sauraient être qualifiés de société en l'absence d'apport* »[104]. En ce qui concerne la doctrine contemporaine, celle-ci estime, dans les mêmes termes, que sans apports, il ne peut exister de contrat de société[105].

52. En définitive, le caractère indispensable de l'apport réunit un parfait consensus en droit français. Mais l'on peut s'interroger sur les incidences possibles de la pratique de ces dernières années ainsi que celles du droit OHADA : ont-t-elles infléchi l'exigence d'apports ?

53. Des personnes se regroupant pour réaliser un projet de société dans l'espace OHADA diraient aujourd'hui de l'autre : « *Il doit apporter de l'argent. Il l'a promis*. ». Le terme « apport » comprend tant l'opération juridique consistant à mettre en commun certains biens et à les affecter à la réalisation de l'objet social de la société, que le bien apporté lui-même. L'apport est défini comme l'affectation de certains biens (numéraire, titres, brevets, fonds de commerce, immeubles...) à une entreprise commune, en vue de la réalisation de l'objet social[106]. Il permet à l'apporteur aussi bien en droit français des sociétés qu'en droit OHADA d'acquérir la qualité d'associé de la société[107]. Ces deux droits reconnaissent trois types d'apports : les apports en numéraire, les apports en nature

[101] G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1ère éd., op. cit., p. 223, n° 572.
[102] V. Op. Cit.; p. 252, n° 634.
[103] J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales,* t. I, Paris, Sirey, 1950, p. 132, n° 110 et s. et p. 208, n° 179.
[104] H. TEMPLE, *Les sociétés de fait,* th., L.G.D.J. 1975, préf. J. Calais-Auloy, p. 109, n° 202. Dans le même sens : P. SCREPEL, *Les sociétés de fait,* th. Strasbourg, 1963, n° 45.
[105] V. colloque « L'apport en société dans tous ses états », BJS 2009, p. 1148, § 232 et s. Add. M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, *Cours de droit commercial*, 2ème éd., vol. 2, *Les sociétés commerciales*, Montchrestien, Paris, 1975, p. 83, n° 373 ; M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, Montchrestien, p. 34, n° 63 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit des affaires, t. II, Les sociétés commerciales, op. cit., par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1549.
[106] Dictionnaire Permanent Droit des affaires, Apports, novembre 2020.
[107] V. Art. 1843-1 et s. C.Civ. ; Art 37 AUSCGIE. C. com., art. L. 223-7, al. 1.

et les apports en industrie[108]. L'ancien article 1833 du Code civil disposait que l'apport en numéraire consistait à apporter de l'argent à la société. Cette définition n'a pas été reprise par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil, modifiée par la loi NRE n° 2001-420 du 15 mai 2001. Les écritures de l'article 1843-3 du Code civil n'apportent aucun élément de définition de l'apport en numéraire, se référant seulement aux mots « numéraire » (al. 1) ou « somme » (al. 5). L'apport en numéraire peut être défini comme la mise à disposition, lors de sa création ou à l'occasion d'une augmentation de capital, d'une somme d'argent déterminée dont la propriété est transférée à la société contre rémunération consistant en l'attribution de droits sociaux pour un montant équivalent[109]. Ensuite, bien que les textes relatifs aux sociétés commerciales soient silencieux sur cette question, on peut admettre que l'apport en numéraire concerne aussi les chèques, cette monnaie scripturale étant d'usage fréquent en matière commerciale. L'apport en numéraire peut se réaliser au moyen d'un effet de commerce (lettre de change, billet à ordre). La doctrine majoritaire n'en conçoit cependant la possibilité qu'à l'occasion d'une augmentation de capital avec de « l'argent frais »[110]. Ce qui est certain c'est que l'apport de ces effets est conditionné à la coïncidence de leur échéance coïncide avec la date de la réalisation de l'augmentation de capital. Il faut, en outre, qu'ils soient effectivement honorés par le tiré ou le souscripteur. En pratique, l'apporteur, par définition bénéficiaire des effets, a le choix. Il peut les endosser à l'ordre de la société intéressée et devenir garant cambiaire de leur paiement au bénéfice de celle-ci. Il peut, à l'inverse, encaisser lui-même la somme à leur liquidation puis l'apporter ensuite en numéraire au capital de la société[111].

1 – La discussion du critère de l'apport au sein des hypothèses du secteur formel

54. La première réflexion générale sur l'apport de l'associé a été menée par M. le Professeur VIANDIER qui, lorsqu'il a présenté ses travaux de doctorat en 1976

[108] V. Art 40 AUSCGIE et Art. 1832 C.Civ.
[109] J.-M. MARMAYOU, « Apports », *Etudes Joly Sociétés*, Dalloz, 05 décembre 2016.
[110] J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO et A.-S. MESTRE-CHAMI, *Lamy Sociétés commerciales*, 2016, n° 283 ; D. GIBIRILA, « Sociétés – Constitution de la société : apports », *JCl. Commercial*, fasc. n° 1005, n° 32.
[111] J-M MARMAYOU, « Apports », *Etudes Joly Sociétés*, Dalloz, 05 décembre 2016.

considérait que le critère de la qualité d'associé était constitué par l'apport et la participation aux affaires sociales[112]. Nous retrouvons cette idée en droit OHADA, mimétisme législatif oblige. Le juge OHADA est sans appel quant à l'obligation d'apport de l'associé[113]. La mise en commun des apports constitue donc un élément indispensable à la formation du contrat de société et détermine son patrimoine initial[114]. L'absence d'apport est de ce fait sanctionnée par la nullité de la société[115]. A défaut, celui qui n'a pas libéré ni souscrit d'apport ne peut recevoir la qualité d'associé[116]. Il convient d'en déduire qu'aucune société ne peut fonctionner sans apport. Peut-on en revanche imaginer la validité de tout apport dans tout type de société ?

55. La réponse à cette question doit nécessairement être très réservée. Au sujet de l'apport en industrie notamment, le débat revêt toute sa vigueur. Le législateur de l'Acte Uniforme OHADA à travers son silence généralisé interroge sur la validité d'une telle opération. On peut pencher pour la thèse d'un silence valant acceptation sans limite de cet apport dans toutes les formes de société par lui consacrées, du moment que tout ce qui n'est expressément interdit est implicitement permis. Cependant, lorsqu'on pousse plus loin la réflexion, ceci en se référant notamment à la pratique en vigueur dans le contexte juridique français où la question a été clairement tranchée, on peut conclure à la logique d'une discrimination de l'apport en industrie qui serait d'application sélective[117]. En effet, depuis la loi française du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, il est clairement retenu que « *les actions ne peuvent rémunérer l'industrie des associés* »[118].

56. Les sociétés de capitaux sont réputées ne pouvoir admettre un apport en industrie, quoiqu'aucun article de l'AUSCGIE ne permette de l'affirmer de manière aussi

[112] V. A. VIANDIER, *La notion d'associé*, th. préc.
[113] CA Niamey, arrêt n°240 du 8 décembre 2000 : Ohadata J-02-33, obs, B. TALCHI.
[114] V. Art. 1843-3 al. 5 ; Com. 7 juillet 2009 : Dr.sociétés, 2009, n°183, note GALLOIS-COCHET.
[115] V. Dictionnaire Permanent Droit des affaires, *op. cit*.
[116] V. Art. 1843-3 al. 5 ; CA Niamey, arrêt n°240 du 8 décembre 2000 : Ohadata J-02-33, obs, B. TALCHI.
[117] D. R. SOH FOGNO et C. TALLA, « l'apport en industrie en droit des sociétés commerciales de l'OHADA : réflexion sur un vide juridique, » *Annales de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang* T.13, 2009, pp 199-226.
[118] Une interprétation extensive de ce texte a permis aux auteurs d'étendre l'interdiction aux parts sociales émises par une SARL. A contrario, on a retenu l'admission sans limite de l'apport en industrie dans les sociétés de personnes et celles dont le régime juridique est assimilé à celui de la SNC.

tranchée. C'est pour cette raison qu'on ne saurait l'admettre aussi sommairement, sans avoir à s'attarder sur le débat initié par la doctrine, selon lequel les fondateurs d'une société sont tous des apporteurs en industrie, et que leur rémunération est constituée par les parts bénéficiaires[119]. Si cela est vrai, alors il serait illusoire de dire que l'apport en industrie est prohibé dans les sociétés de capitaux. Quoiqu'il en soit, l'émission des parts bénéficiaires reste interdite, comme ci-dessus précisé, aussi bien en France[120] que dans le contexte de l'OHADA[121]. Considérant ce qui précède, il existe des limites à l'apport notamment en industrie.

57. Cependant, même si le critère de l'apport est encore fréquemment utilisé par la doctrine, il a été observé que ce critère ne permettait pas de rendre compte de l'ensemble des situations existantes en pratique. Notamment, celui qui reçoit des titres à la suite d'une opération de transmission à titre particulier, a-t-il réellement effectué un apport en société ? Il est permis d'en douter car l'apport est une opération à laquelle la société est nécessairement partie, ce qui n'est pas le cas de la cession de titres, puisque cette opération ne concerne que deux associés ou, dans d'autres situations, un associé et un tiers. Poursuivons l'étude des situations existantes en pratique.

58. Aujourd'hui, le législateur de droit français ou de droit OHADA propose l'émission de valeurs mobilières[122]. L'opération de détention de valeurs mobilières peut intervenir soit aux premières heures de la société, soit durant sa vie sociale. Selon le Professeur Antoine TADROS « *c'est au moment où le candidat au groupement effectue son apport qu'il cesse de postuler à la qualité d'associé, celle-ci lui étant acquise en raison de la contrepartie de son apport, les titres sociaux »*[123]. En droit français comme en droit OHADA, l'apport en société a toujours pour contrepartie la remise de parts sociale ou d'action à l'apporteur[124]. Or, la mise à disposition de fonds est effectuée de plus en plus

[119] D. R. SOH FOGNO et C. TALLA, « l'apport en industrie en droit des sociétés commerciales de l'OHADA : réflexion sur un vide juridique », Annales de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang T.13, 2009, pp199-226.
[120] Cf. Loi du 24 juillet 1966.
[121] Cf. Art. 744 al.3 AUSCGIE.
[122] V. pour le droit OHADA réforme de Ouagadougou du 30 janvier 2014. V. pour le droit français l'Ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004.
[123] A. TADROS, La jouissance des titres sociaux d'autrui, th., p. 74, p. 514.
[124] Art. 38 AUSCGIE.

souvent par l'apporteur en échange d'un bon de souscription d'action. Ce bon de souscription ne donne ni automatiquement ni directement droit à des titres sociaux. Ce bon est une promesse d'action en échange d'un apport de liquidités pour un montant défini pour les besoins de financement de l'activité de la société.

59. Cette promesse peut être qualifiée de promesse unilatérale d'action. Par un contrat, la société s'engage auprès du tiers (l'investisseur) à lui octroyer un prix minimum ou maximum d'action[125]. Il y a ici un contrat aléatoire. Les titulaires d'un bon de souscription d'action ne sont en effet pas certains d'avoir un tel nombre d'actions ou ne peuvent déterminer celui-ci avec une parfaite exactitude. En revanche, lors d'un apport, le nombre d'action est déterminé, il n'y a donc pas d'aléa à l'apport[126]. Nous pouvons donc affirmer que l'apport chasse l'aléa que connaît le bon de souscription. Le bon de souscription ne peut alors connaître la qualification d'apport.

60. Il existe une seconde situation dans laquelle la question de l'apport peut être discutée : celle de l'usufruitier de titres sociaux[127]. La Cour de Cassation a répondu à la question relative à la qualité d'associé de l'usufruitier[128]. Pourtant, l'enjeu est important car les hypothèses d'usufruit portant sur des parts sociales ou des actions sont, en pratique, pléthores. Pour les uns, la qualité d'associé doit être reconnue à l'usufruitier, en plus du nu-propriétaire, tandis que pour les autres, seul le nu-propriétaire peut disposer d'une telle qualité[129]. Et c'est essentiellement le critère proposé par M. le Professeur VIANDIER, celui de l'apport, qui est utilisé dans le débat[130].

61. Le Professeur DERRUPPE s'est attaché à démontrer que l'usufruitier a, dans tous les cas, effectué un apport en société. Pour cela, il a étudié quatre situations : l'apport d'un bien grevé d'un usufruit, l'apport d'un bien en pleine propriété mais

[125] Le contrat d'investissement qui précède le bon, contient une formule valorisation floor et valorisation cap qui permet de déterminer le prix par action à l'issue finale de l'opération.
[126] Art. 37 AUSCGIE ; CA Niamey, arrêt n°240 du 8 décembre 2000: *Ohadata* J-02-33, obs. TALCHI.
[127] V. E. DOCKÈS, « Essai sur la notion d'usufruit », *RTD civ.* 1995, p. 479.
[128] Com., avis, 1er déc. 2021, FS-D, n° 20-15.164 ; Cass. 3e civ., 16 févr. 2022, n° 20-15.164 : D. 2022, p. 440, note N. Julian ; JCP G, 7 mars 2022, 288, note J. Laurent.
[129] C. BARRLLON, le critère de la qualité d'associé, Presses Universitaires Aix-Marseille, Décembre 2017, 660 pages.
[130] A.VIANDIER, *la notion d'associé*, Paris, LGDJ, 1978, p 33, PP314.

donnant seulement droit à des titres en usufruit par la volonté des associés, l'hypothèse d'une donation ou d'une vente de titres avec réserve d'usufruit et enfin celle d'un usufruit successoral[131]. L'étude de ces différentes hypothèses l'a conduit à affirmer qu'« *il est inexact de dire que l'usufruitier n'a pas la qualité d'associé. Car il est irréaliste et faux de prétendre qu'il ne fait pas d'apport* »[132]. Selon cette première opinion, l'usufruitier aurait donc, à l'instar du nu-propriétaire, la qualité d'associé. Pourtant, soutenir que l'usufruitier doit recevoir, de manière systématique, la qualité d'associé au motif qu'il accomplit toujours un apport en société est contestable. En particulier, l'associé qui effectue un apport en société et qui, par la suite, réalise un démembrement, a cédé la nue-propriété de ses titres en conservant l'usufruit. Il a bien effectué un apport en société avant le démembrement mais a perdu la qualité d'associé par l'effet de la cession de la nue-propriété[133].

62. Le Professeur COZIAN arguait que l'usufruitier réalisait un apport[134]. Il prend pour exemple l'associé qui cède la nue-propriété de ses titres : « *les objections qui sont traditionnellement invoquées ne sont pas invincibles (...). L'usufruitier n'a pas, dit-on, la qualité d'apporteur ; quand c'est le fondateur qui se dépouille de la nue-propriété, l'objection ne tient pas* »[135]. Mais l'analyse défendue a été contredite par la Cour de cassation : la cession, par l'apporteur, de la nue-propriété des titres, entraîne la perte de sa qualité d'associé[136]. La force de l'argument avancé par le Professeur COZIAN est donc critiquable.

63. Les arguments utilisés pour refuser à l'usufruitier la qualité d'associé sont relativement variés. Historiquement, le premier qui a été avancé est le défaut d'apport de l'usufruitier[137]. Selon cet argument, parce qu'il n'effectue pas d'apport en société « *il ne semble pas que l'on puisse reconnaître à l'usufruitier de parts*

[131] Voir C. BARRLLON *op. cit.*
[132] J. DERRUPPÉ, « Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions », *LPA* 13 juillet 1994, n° 83, p. 15.
[133] En ce sens, v. Cass. civ. 3ème, 29 novembre 2006, n° 05-17.009, préc.
[134] M. COZIAN, « Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? », *JCP E* 1994, 374.
[135] M. COZIAN, « Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? », préc. V. égal. « L'usufruitier de droits sociaux a-t-il ou non la qualité d'associé ? », *JCP E* 2003, 946.
[136] . Cass. civ. 3ème, 29 novembre 2006, n° 05-17.009, préc.
[137] L'argument apparaît dans la première édition du Mémento Sociétés commerciales, édité par les Éditions Francis Lefebvre en 1970.

sociales ou d'actions la qualité d'associé »[138]. Mais les auteurs avaient, dans le même temps, perçu l'objection : l'usufruitier peut avoir effectué un apport puis entre-temps cédé la nue-propriété de ses titres. Dans ce cas, seul le nu-propriétaire a la qualité d'associé puisque l'usufruitier n'a, quant aux apports, ni obligation, ni droit. De même, en cas de liquidation de la société, seul le nu-propriétaire a le droit de reprendre les apports[139] . MM. les Professeurs MERCADAL et JANIN avaient donc, les premiers, fait usage du critère de l'apport et assorti ce dernier d'un critère de « permanence ». Le refus de la qualité d'associé à l'usufruitier au motif que celui-ci n'est pas un apporteur est un argument qui, par la suite, a souvent été réutilisé : « *quels que soient (...) les droits de l'usufruitier dans la société (droit aux dividendes, droit de vote en assemblée ordinaire), il est indiscutable que l'usufruitier ne fait pas d'apport en société et qu'il est difficile dans ces conditions de lui reconnaître la qualité d'associé* »[140].

64. M. le Professeur Thierry REVET a fait observer qu'« *objet du droit de propriété reçu en contrepartie de l'apport, la part sociale n'est pas, dans le système moderne des biens, susceptible d'être scindée en fractions constituant, chacune, l'objet de droits concurrents, car aucun bien ne peut être ainsi divisé, sauf impossibilité, non caractérisée en l'espèce, il s'en faut. L'usufruitier n'a de pouvoir que sur une ou plusieurs utilités de la chose d'autrui : il doit donc cohabiter avec le propriétaire, alors que celui-ci, lorsqu'il jouit de sa chose, n'a à cohabiter avec personne. Le même fait de jouissance s'inscrit donc dans un schéma juridique totalement différent selon qu'il émane du propriétaire ou d'un titulaire de droit rée l*»[141]. En effet, l'usufruitier dispose d'un droit de jouissance et non de propriété de sorte qu'il ne dispose pas de titre matériel[142]. L'usufruitier n'affecte pas le « fond » du droit détenu par le nu-propriétaire. L'usufruitier dispose donc de « prérogatives d'emprunt », mais ce n'est pas pour autant qu'il reçoit la qualité d'associé.

[138] B. MERCADAL et Ph. JANIN, Mémento pratique des sociétés commerciales, 1970, op. cit., p. 51, n° 90
[139] B. MERCADAL et Ph. JANIN, Mémento pratique des sociétés commerciales, 1970, op. cit., p. 51, n° 90.
[140] Y. REINHARD, « L'usufruitier d'actions ne peut demander la désignation d'un expert de gestion », obs. ss. Ord. réf. T. com. de Roanne, 13 septembre 1991, inédit, Golfetto c/ Golfetto, RTD com. 1992, p. 201, préc.
[141] Th. REVET, « L'usufruitier n'est pas associé », note ss. Cass. civ. 3ème, 29 novembre 2006, préc.
[142] A. VIANDIER, *la notion d'associé*, Paris, LGDJ, 1978, p 33, p. 314.

65. A défaut de jurisprudence du droit OHADA en la matière, cette démonstration est soutenue par un arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes[143]. Selon l'arrêt, l'usufruitier de droit sociaux ne détient pas une participation dans le capital social. François-Xavier LUCAS approuve cette opinion[144]. Dans cette perspective, tentons un raisonnement par analogie. Cette analyse semblerait exclure clairement la qualité d'apporteur et donc d'associé pour un usufruitier de parts sociales ou d'actions.

66. Un autre exemple imbrique le droit civil et le droit des sociétés : le conjoint de l'associé. Le conjoint est la personne, homme ou femme, unie à une autre par les liens du mariage[145]. Ce lien peut être légal, civil en France et dans les pays membres de la zone OHADA. Une particularité s'ajoute dans ces pays : le lien peut être coutumier. Le législateur OHADA n'y envisage plus distinctement l'époux et la femme mariée ou le mari et la femme, du moins dans la répartition des droits[146]. Il n'est en aucun cas question du mariage religieux, qui ne contribue pas à notre analyse. En revanche, les types de mariages qui contribuent à notre analyse sont les mariages dits « communautaires » et les mariages coutumiers.

67. Nous constatons que dans le cadre d'un mariage sous le régime communautaire la question de l'apport est importante. En effet, selon la date de réalisation de l'apport, la propriété de ce dernier peut être discutée[147]. Le conjoint est étranger au contrat de société sauf si celui-ci demande le bénéfice des articles 1832-2 du Code civil[148]. Toutefois la position prise par le législateur nous semble discutable. En effet, bien que les conjoints soient placés dans un régime de communauté, l'acte d'apport est réalisé par un seul conjoint et la volonté d'apporter n'émane que d'un seul conjoint. Il serait alors difficile de dire que l'autre conjoint a voulu cet apport. Le texte OHADA étant est un droit harmonisé, il a laissé le soin à

[143] CJCE, n° C-48/07, Arrêt de la Cour, 22 décembre 2008.
[144] F.X. LUCAS, *BJS* juin 2009, n° JBS-2009-123, p. 613
[145] Convention collective nationale de la pâtisserie du 30 juin 1983. Etendue par arrêté du 29 décembre 1983 JONC 13 janvier 1984. - Textes Attachés - Avenant n° 48 du 9 mars 2004 relatif au régime de prévoyance, remplacement de l'avenant n° 38
[146] V. articles 7 alinéa 2, 79 alinéa 2 et 96 de l'Acte Uniforme OHADA portant droit commercial général. Tous ces textes parlent du « conjoint » et non de la femme mariée.
[147] V. Art. 1400 et S. du C.Civ.
[148] Arrêt Floret précité ; cass. civ., 1ère ch., 19 avril 2005, n° 02-18.288 ; cass. civ., 1ère ch., 4 juillet 2012, n° 11-13.384 ; en cas de décès : arrêts Bourcier et Gelada précités ; cass. civ., 1ère ch., 10 février 1998, n° 96-16.735 ; cass. com. 15 mai 2012, n° 11-13.240.

chaque droit national de légiférer sur ce sujet. Il est par conséquent resté silencieux sur ce sujet. Les Codes civils de l'espace OHADA n'ont pas connu la réforme de la Loi n°82-596 du 10 juillet 1982[149], le mimétisme législatif ne s'étant pas poursuivi en ce sens. Les réalités africaines notamment sur les régimes matrimoniaux montrent leurs limites. Nous pouvons donc affirmer sans hésitation que le conjoint de l'associé ne réalise pas d'apport.

68. L'étude se poursuit avec la discussion de l'apport effectué par les hypothèses du secteur de l'informel dans l'espace OHADA.

2 – L'étude de l'apport à la lumière des hypothèses du secteur de l'informel dans l'espace OHADA

69. La Nana Benz, le *Work and Pay* et la société crée de fait sont des formes de sociétés du secteur informel de l'OHADA. Elles sont discutées afin de cerner leur apport en société.

a – Cas de la Nana Benz

70. Poursuivons notre analyse de l'apport à la lumière du droit OHADA. Nous tâcherons de démontrer que le droit tel que pratiqué dans l'espace OHADA s'éloigne de plus en plus de la notion d'apport tel que reconnu par le droit des sociétés.

71. Dans les pays en développement, du fait de leur analphabétisme, des programmes d'ajustement structurel, des réformes économiques et de la croissance démographique réduisant le nombre des emplois, une part importante des femmes sont contraintes de demeurer au foyer[150]. Traditionnellement, lorsque la femme participe à l'activité professionnelle de son mari, elle reste considérée par le droit

[149] V. art. 13 du JORF 13 juillet 1982.

[150] « Il est dans les affaires, dans l'industrie, il est fonctionnaire », « il a une profession libérale » : C'est ainsi qu'on situe un homme. « Elle travaille, elle ne travaille pas », voilà comment on présente une femme. L'auteur de ces propos ajoute que cette situation est injuste car ne pas travailler « c'est faire la cuisine et le ménage, acheter, prévoir, improviser, économiser, gérer » : cf. S. MESNIL-GRENTE, « La femme et son métier », *Femmes dans la vie,* Paris, Centurion, Grasset 1970, p. 11.

comme une personne sans emploi[151]. En dépit de ces constats, les femmes sont aussi de plus en plus dynamiques : création de PME par les femmes, participations plus actives à l'exploitation du mari, femmes commerçantes, travail salarié, création d'associations sous diverses formes, développement des tontines, etc[152]. Le premier exemple qui nous vient est la (re)vendeuse de textile communément appelé « Nana Benz » au Togo[153]. En langue *Guin*, dans le sud du Togo, dont la plupart des Nana Benz sont originaires, « nana » est un terme affectueux et familier, un hypocoristique, venant de *na* (ou *ena*), concept classificatoire de la mère, qui signifient « mère » ou « grand-mère », perdant la dimension parentale originelle pour exprimer la marque de politesse et de respect due à leur position sociale. En outre, elles circulaient dans des véhicules de marque Mercedes-Benz.

72. Pour démarrer tout activité il faut de l'argent issu de ses économies, de sa dot ou encore de sa famille. Cette somme peut correspondre à un apport en numéraire. Dans le cadre de son activité, le sociétaire qu'est la Nana Benz a des besoins communs et spécifiques pour son activité. Il lui faut une assiette foncière (pour son local commercial, son lieu de stockage ou son lieu de vente), il lui faut parfois aussi acheter une voiture de type utilitaire qui servira au transport du personnel et de son stock (marchandise), une expertise, un savoir ou encore une technique de vente afin de pénétrer et de prospérer dans ce marché concurrentiel. Toutefois, nous nous interrogeons sur cet engagement sociétal. Il n'y a en effet pas de contrat de société ni de volonté de s'engager à hauteur de tel bien ou de telle somme, par conséquent, il serait difficile de prouver l'engagement d'un apport. Enfin, il faudrait que la société soit devenue propriétaire du bien apporté et qu'elle ait intégralement et définitivement encaissé les sommes via la Déclaration Notariée de Souscription et de Versement (DNSV). Or dans la structure de notre étude, celle-ci n'est pas déclarée ni valablement constituée. Par conséquent elle n'a pas de compte en banque et ne peut pas réaliser d'encaissement et fournir la preuve ou

[151] « Profession : sans ; activités : toutes ; salaire : zéro » fait remarquer D. RANDOUX, Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale : collaborateur, salarié ou associé ? (Loi n°82-596 du 10 juillet 1982), *JCP,* 1983, CI, 13 932, p. 139 et s.

[152] Au Sénégal, on affirme que les femmes représentent 60 % de la force agricole et fournissent près de 80 % de la production des denrées alimentaires. Elles sont par ailleurs fortement présentes, de manière informelle certes, dans l'agriculture, la pêche et l'artisanat. Et l'entreprenariat féminin qui reste encore timide voit tout de même apparaître des leaders dans l'import-export, dans le textile et dans le bâtiment.

[153] M.SIGNOURET, « Le crépuscule des Nana Benz », *Jeune Afrique*, 17 janvier 2005 ; Togo Archives, The history of the Nana Benz of Togo, 27 Juin 2019.

la quittance de cet apport[154]. La Nana Benz associé unique ou non d'une société ne peut alors affirmer détenir un apport au sens reconnu par la loi.

73. Les apports en nature sont réalisés par le transfert des droits réels ou personnels correspondant aux biens apportés et par la mise à la disposition effective de la société des biens sur lesquels portent ces droits[155]. Cette convention, conclue entre la société et l'apporteur en nature, « *indique l'énumération et l'évaluation des biens à apporter à la société, ainsi que le nombre de droits sociaux à émettre en contrepartie de cet apport et les modalités de l'émission* (…) »[156]. En l'espèce, lorsqu'elle apporte en nature les biens précités, la Nana Benz les met à disposition de sa société. On peut dès lors considérer qu'il y a un apport et qu'elle remet le bien à la société. Dans la mesure où elle sait qu'elle est propriétaire du bien, elle apporte naturellement à sa société la garantie d'éviction et celle contre les vices cachés. Tout semble réuni pour la qualification d'apport en nature pour cette nouvelle société mais une formalité nécessaire manque : l'évaluation des apports en nature sous l'autorité d'un commissaire aux apports (sous réserve des seuils atteints). Chaque apport en nature doit faire l'objet d'un rapport du commissaire aux comptes, cette évaluation est requise pour toutes les formes de sociétés[157]. Cette formalité a pour but d'empêcher qu'une valeur soit fixée unilatéralement. Aussi, l'évaluation d'un apport en nature permet de garantir une opposabilité et servir de preuve. Le défaut de preuve concernant l'existence d'apport en nature pour constituer une société et surtout le défaut d'évaluation des apports font obstacle à la formation du contrat de société.[158] Or, dans le cadre de la création de sa société, la Nana Benz peut réaliser de nombreux apports. Aucun de ces apports dans le cadre de la création d'une société (créée de fait ou non) ne peut résister aux règles de l'apport en nature. Il n'y a donc pas de contrat de société pour la Nana Benz malgré l'existence ou la création d'une société. Il n'est donc pas aisé de la qualifier d'associé, puisqu'elle n'a pas réalisé de contrat de société.

[154] Art.42 AUDSCGIE ; TRHC Dakar Jugement n°139 du 8 avril 2005 Ohadata j-06-173.
[155] V. Art. 45AUDSCGIE.
[156] Mémento Sociétés civiles, n° 14575. ; R. MORTIER, *Opérations sur capital social*, op. cit., p. 269, n° 514. ; Mémento Sociétés commerciales, Éd. Francis Lefebvre, 2015, n° 51020.
[157] V. les SARL (art. 312 et 363 AUSCGIE) et les sociétés anonymes (art. 400 et s. ; 547 et 619 et s. AUSCGIE).
[158] TRHC Dakar, Jugement n°139 du 8 avril 2005 : Ohadata J-06-173.

74. Par ailleurs, les apports en industrie doivent être décrits dans les statuts[159]. A défaut, ils sont considérés comme inexistants[160]. Il convient de rappeler que dans le secteur informel la société bien qu'existante dans les faits n'a concrètement pas d'existence juridique. Ce défaut frappe de nullité (inexistence) l'apport en industrie, de sorte que cet apport ne peut donner droit à des titres sociaux.

b – Cas du *Work and Pay*

75. Le contrat *Work and Pay* s'inscrit autour du cadre de la location de bien. Il est encadré en France par les dispositions législatives et réglementaires qui régissent l'activité de locations de véhicules terrestres à moteurs ainsi que l'article 311-3 du Code de la sécurité sociale en droit français. Dans l'espace OHADA, aucune norme ne s'est exprimée de façon expresse sur le contrat *Work and Pay*. Par conséquent de nature coutumière le *Work and Pay* peut en partie être assimilée au contrat de location plus précisément celui des meubles automobiles[161]. Notre étude reposera alors sur la place que prend le système *Work and Pay* dans l'espace OHADA.

76. Dans le cadre du *Work and Pay*, nous recensons l'ensemble de ces apports : un véhicule terrestre à moteur (fondamental à l'activité), un fonds de départ pour donner le reliquat aux clients ou pour mettre de l'essence au démarrage de l'activité et le savoir-faire du chauffeur ou le savoir-faire du propriétaire du véhicule mis à disposition pour la réalisation de l'activité. Nous pouvons distinguer deux situations :

77. Dans la première hypothèse le propriétaire réalise l'ensemble des apports. La structure dite « de tête » incarnée par le propriétaire (qui lui aussi est plus généralement une société créée de fait) apporte le véhicule terrestre à moteur et les finances nécessaires. Il peut également apporter sa connaissance du terrain et les transmettre au chauffeur. Le chauffeur est un simple participant à la réalisation de l'activité, à qui il est fait promesse de devenir propriétaire de la voiture, si le terme ou le chiffre d'affaires est atteint. Le chauffeur est donc assimilé à un

[159] V. art. 50-2 AUSCGIE-Ohada.
[160] Cass. com. 14 décembre 2004.
[161] *Ibid.*

employé et il y a ici une relation assimilable au commettant-préposé. Il passera de salarié à propriétaire avec le cumul du titre d'associé-gérant d'une société de taxi.

78. Dans la seconde hypothèse, le propriétaire apporte tout sauf l'apport en industrie. Un apport en numéraire peut aussi être réalisé par le chauffeur. Dans cette seconde situation, la structure dite « de tête », incarnée par le propriétaire (qui lui aussi est plus généralement une société créée de fait) apporte la voiture, apporte aussi les finances nécessaires que sont les premiers pleins de réservoirs. Il peut également apporter sa connaissance du terrain et de l'expérience (trajet, technique pour recruter des passagers).

79. Il semble dans ce cas que les deux parties puissent faire un apport. Toutefois, les différents apports ne peuvent être qualifiés comme tels, car ils ne sont pas conformes aux règles du droit des sociétés précédemment énoncées concernant la mise en apport. Or, dans cette nouvelle « Uberisation » de ces métiers[162] , nous constatons que l'apport tend à disparaître au profit d'une contribution.

c – Cas de la société créée de fait

80. En droit français, la société créée de fait est la résultante du comportement de personnes qui ont participé ensemble à une œuvre économique commune dont elles ont partagé les profits et supporté les pertes, et se sont en définitive conduites comme des associés sans en avoir pleine conscience et, par conséquent, sans avoir entrepris les démarches nécessaires à la constitution d'une société[163]. En droit OHADA, l'article 864 de l'AUSCGIE dispose que la société créée de fait est une société dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées, en fait, comme des associés, mais sans avoir exprimé leur volonté en ce sens[164]. Pour cette raison, elle n'est pas immatriculée auprès du greffe, ni auprès du Registre de Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM), elle n'est donc pas dotée de la personnalité morale. La société créée de fait est une société qui est découverte *a posteriori*, le plus souvent lors de sa dissolution.

[162] Y. HELIOS, « le *Work and Pay* », *Université de Lomé*, 24 février 2020.
[163] F.-X. LUCAS, « La société dite « créée de fait » », *in Mélanges offerts,* Guyon, Dalloz, 2003, p. 738. ; C. civ., art. 1832, 1873.
[164] TGI Ouagadougou (Burkina Faso), Jugement commercial n° 215 du 21 février 2001, *STTP Sarl c/ Société africaine de services SA et SOFITEX*.

81. Le juge n'impose aucune date de dépôt d'apport comme pour d'autres types de société. Quant aux biens qui peuvent être apportés à la société créée de fait, il peut s'agir d'argent, dans le cas d'un apport en numéraire, ou de tout autre bien, dans le cas d'un apport en nature (par exemple des locaux)[165].

82. Dans l'espace OHADA, il existe aussi une autre raison pour laquelle les personnes deviennent des associés de la société créée de fait. La volonté de ces associés est de s'affranchir de toutes règles relatives au droit des sociétés soit en demeurant dans l'informel (opportunisme, crainte d'une pression fiscale de l'administration), soit par souci de liberté[166].

83. Revenons au monde formel dans une hypothèse de sociétés légalement établies. Dans le cadre d'une convention de portage, une personne physique ou morale (généralement un organisme financier) s'engage à souscrire ou acquérir des actions pour le compte d'une personne physique ou morale, à charge pour elle de lui racheter au terme d'une date déterminée et moyennant un prix convenu à l'avance (ce prix devra être payé même si à la fin du portage la valeur des titres a chuté)[167]. Cette opération peut avoir pour objet des parts sociales, même si elle porte plus généralement sur des actions[168]. Concrètement, cette opération se déroule par la réalisation d'un apport (en numéraire dans une société) par une personne physique ou plus généralement une personne morale.

84. Elle peut être utilisée chaque fois qu'un associé souhaite se départir momentanément de ses titres ou en acquérir à terme, la période de portage étant mise à profit pour aplanir les obstacles financiers, juridiques ou personnels, à la conservation des titres ou à la prise de participation[169]. Le porteur est propriétaire des titres et exerce l'ensemble des droits qui en découlent. C'est donc lui qui doit exercer les droits sociaux attachés aux titres : la jurisprudence est unanime sur ce

[165] V. ainsi Civ. 1ère , 13 octobre 1987, n°86-14.729 , Bull. Joly 1987. 796; Com. 23 juin 2004, n°00-18.974, Bull. Joly 2005. 299, note J. VALLANSAN, Rev. Sociétés 2005. 131.
[166] M. ZOGHLAMI, Co fondateur, AfricUp, Africa CEO Forum 2020.
[167] B. LECOURT « Conditions de formation de l'acte de cession », *Rép. Sociétés*, Cession de droits sociaux, *Dalloz* Avril 2017 ; Com. 7 décembre1993, RJDA 4/94, n°417.
[168] G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « la convention de portage » *Rép. Sociétés*, Dalloz, 2018.
[169] B. TREILLE, « Les conventions de portages », *Rev. sociétés* 1997. n°721.

point[170]. Bien qu'il ait réalisé l'apport et cela est indiscutable (propriété des titres, inscriptions au registre ou bordereau de la société), nous restons dubitatifs. En effet, le porteur n'achète pas vraiment à son compte puisqu'il réalise une convention extra statutaire avec une autre personne. Ce service à titre onéreux (le portage) est rémunéré par les dividendes de la société[171]. Le porteur ne le fait pas pour lui-même, il réalise le portage au profit d'un tiers. L'apport initial est donc un financement au profit d'un tiers et non une volonté d'apporter un fond à une société. On peut donc en déduire que le contrat d'apport est dans une certaine mesure vidée de sa substance.

85. Une technique récente vient nous rappeler que la notion d'apport tend à disparaître ou à être de plus en plus discutée. En effet, lorsqu'un associé déjà partie au contrat de société souscrit à une augmentation de capital, son apport n'est pas nécessairement rémunéré par des titres nouveaux[172]. L'exception interdit de généraliser le principe de la rémunération de l'apport par des parts sociales ou des actions.

86. L'étude de nos différentes hypothèses nous amène à penser que l'apport tend à disparaître du paysage des sociétés, car celui-ci obéit à des règles parfois rigides du droit des sociétés desquelles les acteurs économiques veulent, à dessein ou non, s'affranchir.

B. L'opposition entre la notion d'investissement et la notion d'apport

87. **Tentative de définition, voire de requalification de l'apport en investissement.** Les consommateurs du monde entier s'adaptent au nouvel environnement tant sur le plan juridique que sur le plan économique. « *Nous avons constaté une émergence d'un nouvel environnement de vente au détail. Les consommateurs qui auraient pu hésiter à accepter les achats en ligne auparavant, les consommateurs de la génération plus âgée, ou les personnes qui hésitaient auparavant à acheter*

[170] Règl. gén. AMF, art. 223-15; T. com. Nantes, 1er juillet 1988: RJ com., 1990, note Ch. Goyet ; Com. 16 novembre 2004, n° 00-22.713, *Rev. sociétés* 2005. 593, H. Le Nabasque ; Com. 3 mars 2009, n° 08-12.359, Bull. Joly 2009. 583, n°118, F.X. Lucas ; Com. 22 février2005, n° 02-14.392 ; Com. 23 mars 2010, n° 09-65039.
[171] B. TREILLE, La convention de portage, *Rev. sociétés* 1997.
[172] C. BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, Presses Universitaires Aix-Marseille, Décembre 2017, 660 pages.

les produits frais en ligne, ont maintenant testé et connu les avantages de sorte qu'il est peu probable de revenir à leurs anciens modes de consommation »[173]. Le droit accompagne la transformation du monde économique, la loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques dite « Loi NRE » illustrant bien notre propos[174]. C'est également dans cet esprit que les législateurs ont conçu l'OHADA[175]. La volonté des législateurs de l'OHADA est de sécuriser les investissements juridiques dans son espace[176]. L'apport au développement était déjà considéré comme un investissement. Nous pouvons constater dès lors que la notion d'investissement était une notion sous-jacente à l'OHADA[177].

88. L'OHADA sécurise-t-elle vraiment juridiquement les investissements dans son espace ? Le droit de l'OHADA est conçu par ses pères fondateurs pour propulser le développement économique et créer un vaste marché intégré afin de devenir un « *pôle de développement* »[178].

89. En dépit de cette volonté affirmée de favoriser et d'encourager les investissements dans l'espace OHADA, aucun acte uniforme ne définit concrètement ce qu'est un investissement. Le vocable « investissement » n'est inscrit que dans le préambule.

90. L'interprétation de l'article 10 du Traité relatif à la règle de la supranationalité met en évidence les contraintes liées à la construction d'un ordre communautaire. Il y

---

[173] R. ZHOU, Vice-Président CPG, Nielsen Connect Chine.

[174] Il s'agit d'une loi française promulguée par le gouvernement Jospin le 15 mai 2001, qui concerne les entreprises cotées en Bourse. Les rapports annuels d'activité des entreprises doivent prendre en compte les conséquences sociales et environnementales de leur activité.

[175] A.N. SINDZINGRE, Les relations entre droit, économie et développement : remarques conceptuelles, XXXIème congrès de L'institut International de Droit d'Expression et d'inspiration Françaises (IDEF) : « Le Rôle du Droit dans le Développement Économique », organisé par Barthélémy MERCADAL, Vice-Président, Secrétaire Général DE L'IDEF, 17-19 novembre 2008, Lomé, Togo.

[176] M. BAKHOUM, « Perspectives africaines d'une politique de la concurrence dans l'espace OHADA », *Revue internationale de droit économique*, 2011/3 (t.XXV), p. 351-378. DOI : 10.3917/ride.253.0351.

[177] C.-A. MICHALET, « L'évolution de la législation sur les investissements directs étrangers de la dynamique de la mondialisation », *in Mélanges Ph. Kahn*, cité par : M.-M.-M. SALAH, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », RIDE, n° 3-2001, p. 263. ; M. BAKHOUM, « Perspectives africaines d'une politique de la concurrence dans l'espace OHADA », *Revue internationale de droit économique*, 2011/3 (t.XXV), p. 351-378. DOI : 10.3917/ride.253.0351.

[178] OHADA, Préambule du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, Port-Louis, Ile Maurice, 17 octobre 1993 ; E. CEREXHE, Préface de l'ouvrage de L. IBRIGA, A.COULIBALY, D. SANOU, Droit communautaire ouest-africain, coll. Précis de droit burkinabé, 2008, in N. DIOUF, « Le recours en cassation dans les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes de l'OHADA », in Conseil National des Barreaux, l'OHADA, un passé, un présent et un avenir, Émergence d'un nouveau pôle de développement, 24-25 avril 2014 – Lyon France, p. 101.

a lieu de constater que la mise en œuvre du droit uniforme a conduit à une certaine résistance des ordres juridiques nationaux[179]. La notion de l'investissement dans l'espace OHADA en est un exemple. La réponse à l'appel des investissements s'est faite au prix d'un remodelage des droits nationaux autour d'intérêts nationaux. On peut constater par exemple la différence entre le Code des investissements du Bénin et celui du Togo[180]. Le Code des investissements du Bénin semble s'inspirer de la notion d'investissement contenu dans les sentences arbitrales à partir de la Sentence Salini[181] (voir *infra*). Le Togo au contraire a adopté une décision plutôt exhaustive. Il peut y avoir autant de définition de l'investissement que de pays dans l'espace OHADA. Afin d'éviter une étude fastidieuse d'une dizaine de définitions nous allons nous baser sur une notion plus générale de l'investissement. Selon le dictionnaire juridique Gérard Cornu, l'investissement est défini comme le « *résultat d'un emploi de biens, fonds ou valeurs dans une opération économique destinée à produire des résultats bénéficiaires au profit des personnes qui en ont pris l'initiative et au profit de leurs clients* ». Une définition plus proche pourrait être celle des tribunaux arbitraux. Les litiges résolus devant un tribunal arbitral ont souvent eu pour genèse la contestation de la notion d'investissement. Le litige le plus célèbre à ce sujet est la sentence *Salini*[182]. Le tribunal arbitral a défini l'investissement à travers plusieurs critères. L'ensemble de ces critères est englobé sous le vocable « test Salini », à savoir qu'un investissement doit contenir les éléments suivants : un apport d'actifs (1), un risque (2), une durée (3) et une contribution au développement ou encore une contribution à l'économie de l'État hôte (4). L'exigence du dernier critère a été la plus controversée. Il est important de noter ce qui suit. Le tribunal de Salini avait défini l'investissement en combinant deux approches différentes de sa définition. Il combine l'approche déductive des professeurs CARREAU, FLORY et JUILLARD, à l'approche intuitive de

[179] J. ISSA-SAYEGH, « Aspects techniques de l'intégration juridique des États africains de zone franc », communication à la session de formation du CFJ de Dakar du 27 au 30 avril 1998, sur le thème : « L'OHADA, un droit régional en gestation ».
[180] V. Loi n°2019-005 du 17/06/2019 portant Code des investissements en République Togolaise et Loi n°2020-02 du 20 mars 2020 portant Code des investissements en République du Bénin.
[181] *Salini Costruttori S.p.A c. Maroc*, Décision sur la compétence du 23 juillet 2001, ICSID Case No. ARB/00/4.
[182] *Ibid.*

Georges DELAUME[183]. L'approche déductive a porté sur le risque, durée et apport d'un investissement. L'approche intuitive s'est concentrée sur l'importance de la contribution à l'économie de l'État hôte, mentionnée dans le préambule de la Convention CIRDI. Le tribunal siégeant pour l'affaire Salini avait combiné ces approches en utilisant l'approche intuitive pour ajouter un quatrième élément de définition d'un investissement[184]. Toutefois, il convient de rappeler que ce test fait l'objet d'une controverse importante[185].

91. La notion générale promulguée par les tribunaux arbitraux récents est que la jurisprudence du CIRDI s'oriente vers trois critères objectifs : l'« *Article 25 de la Convention CIRDI exige que le différend découle directement d'un investissement, mais ne donne aucune définition de l'investissement. Bien qu'il y ait unanimité incomplète entre les tribunaux concernant les éléments d'un investissement, il existe un consensus général sur le fait que les trois critères objectifs de (i) une contribution, (ii) une certaine durée et (iii) un élément de risque sont des éléments nécessaires d'un investissement*[186] ».

92. Les principaux critères actuellement exigés par les tribunaux du CIRDI sont donc la contribution, la durée et le risque. Les critères de la sentence Salini ont évolué[187]. Nous allons tour à tour montrer qu'aujourd'hui la contribution à la société s'oriente plus vers l'investissement que vers l'apport à travers le « test Salini ». Les tribunaux CIRDI appliquent généralement le test de Salini, ou une version modifiée de celui-ci, pour déterminer si un investissement présumé constitue un « investissement » au sens de l'article 25 (1) de la Convention CIRDI.

[183] E. GAILLARD, *Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI*, in Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle. En Hommage aux professeurs Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, Textes Réunies par Jean-Marc SOREL 18, Pédone. 2009.
[184] Construire le droit international de l'investissement : La première 50 Années du CIRDI, pg. 115-116.
[185] A. Martin, « *Definition of 'Investment': Could a Persistent Objector to the Salini Tests Be Found in ICSID Arbitral Practice?* », Global Jurist, 2011. L.BURGER, The trouble with Salini (Criticism of and Alternatives to the Famous Test), Volume 31, Issue 3*ASA Bulletin* (2013) pp. 521 – 536.
[186] Electrabel S.A. v. La République de Hongrie, Affaire CIRDI n °. ARB / 07/19, Décision sur la compétence, Loi applicable et responsabilité, À. 5.43.
[187] Arbitrage International, Le test Salini dans l'arbitrage CIRDI, 16 septembre 2018.

93. Certains tribunaux non CIRDI ont également appliqué le test de Salini, ou une version modifiée de celui-ci, pour déterminer si un investissement présumé constitue un « investissement » en vertu du traité d'investissement applicable.

94. **Application de la qualification d'investissement aux hypothèses.** Le cas du détenteur des valeurs mobilières composées, de l'usufruitier, du portage de titres sociaux et du fiduciaire, ouvrent la discussion sur leur apport en qualification de l'investissement.

a – Cas des valeurs mobilières composées

95. Selon le délégué général de l'Association Nationale des Sociétés par Actions (l'ANSA), Philippe BISSARA, « *le capital social recèle une puissante charge conceptuelle et émotionnelle* », ce qui explique qu'il soit au cœur de controverses depuis deux siècles[188]. Il est vrai que le capital est aujourd'hui un instrument désacralisé. Il mérite certes des transformations, lesquelles auront toutefois pour unique objet d'accroître l'éventail des solutions offertes aux entrepreneurs[189]. C'est ainsi que l'accès différé au capital marque le renouveau de la notion de contribution à la société.

96. Le détenteur de la valeur mobilière donnant accès au capital n'est pas encore associé tant que le bon ou l'obligation n'a pas été converti. Lorsqu'une société émet des valeurs mobilières donnant accès à son capital, ou des bons de souscriptions de parts de créateurs d'entreprise (BSPCE), la société émettrice regroupe ces différents éléments ensemble[190]. Ces bons ne sont pas alors considérés comme étant des actions. Peut-on assimiler le bon de souscription OHADA ou français à un certificat d'investissement ?

97. Le détenteur du bon de souscription a vocation à investir dans la société émettrice. Cet investissement se matérialise généralement par un contrat contenant des conditions (bien souvent suspensives). Dans la pratique, il n'apporte rien d'autre

[188] S. FERNANDES, *l'Accès différé au capital*, Université Cergy Pontoise, 2006. P32.
[189] Tracé du colloque de Paris I sous la direction des professeurs A. COURET et H. LE NABASQUE, « Quel avenir pour le capital social ? », Dalloz 2004 ; Ph. BISSARA, « Rapport de synthèse ».
[190] C. com., article L.228-103 et Art. 822-14 AUSCGIE.

que l'investissement initial. En outre, si le détenteur du bon de souscription voulait être associé, il n'y aurait pas d'activité de spéculation. Il aurait en contrepartie de son apport de liquidités obtenu directement des titres sociaux et non un bon qu'il peut vendre, détacher, gérer ou faire spéculer sur les marchés.

98. Enfin, la volonté contractuelle témoigne de deux choses. D'une part, la société a besoin de capital, mais pas nécessairement d'une entrée immédiate d'un nouvel actionnaire. D'autre part, le détenteur du bon de souscription a besoin de diversifier son portefeuille d'investissements, répartir les risques et assurer son profit. Nous avons précédemment établi que la contribution dans une société dans le cadre d'un contrat de souscription de bon, n'est pas un apport. Ici, nous tenterons d'assimiler le contrat de souscription à un certificat d'investissement. Un parallèle peut être tenté.

99. Les certificats d'investissements sont des titres émis par des sociétés de capitaux et dont les porteurs bénéficient des mêmes droits pécuniaires que les actionnaires ordinaires, à l'exception du droit de vote[191]. Ce type de financement a l'avantage de procurer des capitaux à la société sans que les apporteurs puissent influer sur la vie de l'entreprise. En outre, les valeurs mobilières composées que nous avons énuméré en droit OHADA et en droit français présentent un caractère d'investissement. Premièrement, les valeurs mobilières composées sont émises uniquement par des sociétés de capitaux[192]. Deuxièmement les bons et obligations sont des titres[193]. Troisièmement, ils n'ont ne donnent pas non plus droit au vote, de même que les certificats d'investissement. *A contrario*, les actions ne sont pas définies comme des certificats d'investissements mais plutôt comme des apports. Aussi, les actions confèrent un droit de vote à l'actionnaire sauf convention contraire.

b – Cas de l'usufruitier

100. L'usufruitier n'est pas propriétaire des titres sociaux, mais son droit consiste à des fruits attachés à la chose. Il peut en jouir directement ou indirectement. Il a ainsi

[191] Loi du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne.
[192] Art. L. 228-1 C.Com. pour le droit français et Art.744 AUSCGIE pour le droit OHADA.
[193] Cf. note 18.

le droit d'utiliser le bien et d'en récolter les loyers[194]. Il peut conclure un bail sur le titre social[195]. Une des possibilités émises précédemment est que l'usufruitier était pleinement propriétaire et qu'il avait réalisé un démembrement[196]. Ici, nous sommes dans une situation où le propriétaire transfère à une autre personne la nue-propriété du titre et en conserve l'usufruit[197].

101. On peut affirmer qu'il y a eu transfert de la nue-propriété et conservation de l'usufruit. L'usufruitier souhaite conserver les fruits du bien. En outre, il tend à considérer l'achat de titres sociaux qu'il a réalisé comme un investissement puisqu'il lui apporte des fruits.

c – Application de la qualification d'investissement aux hypothèses du secteur informel dans l'espace OHADA

102. La première hypothèse est celle du constituant d'une société créée de fait en droit OHADA. Analysons la situation où le constituant d'une société créée de fait réalise une activité économique. En fonction du pays membre de l'OHADA et de la culture, il peut décider de réaliser une activité de *Work and Pay*, de Nana Benz, ou encore même de tontine. Ces activités bien que licites ne sont pas déclarées par leurs constituants. Plusieurs raisons viennent justifier cela : un cadre législatif inapproprié, une crainte d'une fiscalité excessive et un manque d'information relative à la création d'une société. Une autre raison serait une volonté de rester dans l'anonymat afin d'obtenir le maximum de profit et de ne pas avoir à payer des charges. Par ailleurs, il y a également une activité qui peut être constitutive d'une société : celle de l'achat de logement par un couple. Cet acte réalisé par un couple a divers objectifs : installer le foyer dans un logement familial, réaliser un établissement d'accueil tel qu'une chambre d'hôtes ou une auberge ou encore assurer des jours heureux en mettant ce bien en bail[198]. Peu importe la destination du bien, le couple réalise un investissement locatif[199]. La jurisprudence reconnaît

[194] Perl, La définition de l'usufruit, 01er Juillet 2019.
[195] H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Paris 1955, t.1, p. 253, n°228
[196] L'article 578 du Code civil français est toujours applicable dans l'espace OHADA.
[197] Cette situation est fréquente entre ascendant et descendant ou entre conjoint à titre de libéralité.
[198] T. LOLOUM, « Investissements par amour. Économies intimes de l'immobilier touristique au Brésil », *Téoros*, 37, 2018, en ligne depuis le 20 Mai 2018, connection le 15 Fevrier 2021.
[199] K. ASSOÉ, « La politiques de placement », *HEC Montréal*, Montréal 2001.

une société créée de fait par un couple qui investit dans l'achat d'un logement[200]. Cette position des juges se confirme car ils ont précédemment déclaré que la seule cohabitation, même prolongée de personnes non mariées, qui se comportent en apparence comme des époux ne suffit pas à donner naissance entre elles à une société, à défaut des éléments la caractérisant[201]. Cet acte d'achat correspond à un investissement : il comporte un risque, il s'inscrit dans la durée et il contribue à l'économie[202]. Il répond aux trois principaux critères de définition de l'investissement que nous avons vus précédemment.

103. Un autre exemple est celui de la pratique des tontines. L'analyse permet d'identifier deux stratégies des tontiniers : d'une part, renforcer les investissements sociaux et symboliques (politique d'alliance, obligations de solidarité, etc.) et, d'autre part, permettre des investissements d'ordre économique et matériel (accumulation d'un capital en vue de sa fructification, acquisition de mobilier électroménager, amélioration des conditions de vie). Les deux types de stratégie ont des résultats profondément imbriqués. Les jeux d'alliance et de solidarité communautaire peuvent être intéressés et servir la satisfaction de besoins matériels ou l'amélioration des conditions de vie. A l'inverse, le jeu économique d'accumulation peut n'être qu'un moyen pour renforcer les alliances et valeurs traditionnelles de l'honneur[203]. A travers les tontines, le capital social se convertit en capital économique. En contribuant au développement des membres on peut déduire qu'il s'inscrit dans la durée et dans l'économie. Enfin, pour ce qui est du risque, la tontine est récupérée par les structures de micro finance et dépasse aujourd'hui le cadre du village ou du quartier. C'est certainement ce qui explique la confiance qu'inspire ce mode d'épargne auprès des populations. Le risque est donc mesuré, comme toute opération d'investissement régulière : « *le fait de cotiser auprès des structures organisées me rassure plus. Je peux retirer mes économies dès que j'en ai besoin. Avant on faisait la tontine entre femmes du quartier et souvent les premières bénéficiaires ne respectent pas le contrat* » [204].

---

[200] *Cass. com. 3 novembre 2004*, n°02-21.637

[201] Com., 23 juin 2004, Bull., IV, n° 134, p. 148 et C. A. Lyon (3ème Ch.), 14 octobre 2004. BICC n°626 du 1er octobre 2005).

[202] V. notamment le secteur de la construction, de l'immobilier, de la vente.

[203] Josette, les africaines s'associent en tontine, publié le 30 juillet 2015, sur https://loeildejosette.mondoblog.org/2015/07/30/les-africaines-sassocient-en-tontines.

[204] Entretiens avec Mme Marie, revendeuse à Lomé publié par le journal l'Union daté du 30 avril 2010.

104. Les acteurs du secteur informel tels que la Nana Benz, la tontine ou encore le *Work and Pay* s'alignent sur les critères de définition de l'investissement.

d – Cas d'un portage de titres sociaux

105. Le portage de titre conrrespond à un financement de l'acquisition de titres sociaux pour un tiers. Il existe une convention entre le tiers (le donneur d'ordre[205]) et le porteur. Celle-ci est extrastatutaire. Les dividendes et autres droits financiers du titre viennent servir de rémunération au porteur.

106. **Analysons le portage, à l'aune des critères Salini.** La contribution du porteur désigne l'apport d'actifs, la mise à disposition de fonds pour le fonctionnement ou l'établissement de la société suivant l'étape à laquelle le porteur intervient dans la société[206]. L'on pourrait ajouter que le portage de titres sociaux permet de développer l'actionnariat en ce sens qu'il prépare l'arrivée d'un nouvel investisseur. Le porteur contribue tant au fonctionnement de la société qu'au développement de l'actionnariat de la société. La durée moyenne d'une convention de portage est située autour d'un an[207]. Le risque est mesuré car c'est une activité réalisée par des professionnels[208]. Il est d'avantage question d'investissement et que d'apport[209]. Le portage de titres est le plus souvent réalisé par les banques ou les institutions de financement[210]. Certains estiment même qu'une telle activité s'assimile à une activité de prêt ainsi qu'à une gestion d'actifs[211]. Aussi, le portage n'est pas automatique, l'idée est que le porteur n'est pas un associé à part entière, mais un simple « bailleur de fonds » désireux de réaliser un investissement sans risque[212].

---

[205] F.-X. LUCAS, *Le droit des sociétés et le droit des contrats à l'épreuve des transferts temporaires de valeurs mobilières*, th. Lille 1997.
[206] V. Fiche d'orientation sur la Convention de portage, Dalloz, Août 2020.
[207] J. DELCOURT, *Le portage de titres en France*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du DESS de Gestion Financière et Fiscalité année universitaire 1994, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.
[208] Voir définition de professionnel au sens du Code de commerce et voir ce que le texte OHADA dit là-dessus. Com. 22 février2005, n° 02-14.392.
[209] Bis in idem.
[210] F. POLLAUD-DULIAN, « l'actionnaire dans les opérations de portage », *Rev. Sociétés* 1999. 765 ; V. égal. Fiche d'orientation sur la Convention de portage, Dalloz, Août 2020. ; F. POLLAUD-DULIAN, « l'actionnaire dans les opérations de portage », *Rev. Sociétés* 1999. p.765
[211] Com. 23 janvier 2007, n° 05-15.652.
[212] B. TREILLE, « Les conventions de portage » *Rev. Sociétés* 1997. p.721 ; F. POLLAUD-DULIAN, l'actionnaire dans les opérations de portage, *Rev. Sociétés* 1999. p.765.

107. Le risque est couvert par des contrats d'assurance et par les paiements des dividendes ainsi que par les réserves de la société. Toutefois, le risque n'est pas totalement maitrisé car la société n'est pas à l'abri d'aléas tels que la cessation de paiement, la liquidation judiciaire ou encore la perte de valeur des titres[213].

e – Cas de la fiducie en droit français et en droit OHADA

108. La fiducie vient du latin *fiducia* qui signifie confiance, bonne foi[214]. En droit français, la création de la fiducie résulte d'un long processus de réflexions et de discussions[215], introduites par la loi du 19 février 2007 modifiée par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, elle est définie par l'article 2011 du Code civil. La fiducie[216] est « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, 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* »[217]. Dans le cadre d'un contrat de fiducie, le transfert de propriété du patrimoine n'est que temporaire. À l'échéance du contrat ou au moment de la réalisation du but de la fiducie, le constituant redevient propriétaire des biens « fiduciés ».

109. Le transfert fiduciaire a un champ d'application des plus vastes, puisqu'il peut porter sur « des biens et droits ». La fiducie peut alors porter sur des droits réels principaux (propriété, usufruit ou servitude) ou sur des droits réels[218]. Le transfert fiduciaire faisant l'objet de notre étude est celui des valeurs mobilières.

110. Le législateur OHADA, soucieux de garder le cap concernant la protection des investissements, a introduit la notion de fiducie comme une garantie ou un

[213] Com. 22 février2005, n° 02-14.392.
[214] Voir G.Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Presses Universitaires de France, 1990. p. 354,
[215] D. SOLOU, *Etude comparé de la Fiducie en Droit français et en Droit OHADA*, Th, Université Paris-Saclay, 2020.
[216] Voir G.Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Presses Universitaires de France, 1990.p. 354,
[217] V. Art. 2011 du C.Civ.
[218] V. Art 2011 et S. C. Civ.

mécanisme de sécurisation d'un crédit[219]. Une telle consécration participerait à une conception renouvelée des garanties envisageant ces dernières sous le prisme de l'efficience économique et les ordonnant, éventuellement sous forme codifiée, comme dispositifs d'attraction des investissements[220].

111. Pour se prémunir contre le risque d'insolvabilité, le créancier de l'obligation peut recourir à la fiducie-sûreté sous sa forme de transfert fiduciaire de somme d'argent[221]. Elle suppose surtout le transfert de propriété de biens du fiduciant au fiduciaire et leur inclusion dans un patrimoine d'affectation distincte du patrimoine personnel du fiduciaire[222].

112. Nous verrons que celui-ci ne réalise pas d'apport dans le sens de la mise à disposition d'actif comme s'il était un associé d'une société.

113. L'Acte Uniforme révisé portant organisation des Sûretés (AUS) n'a pas entendu consacrer le contrat de fiducie qui reste inconnu du droit OHADA. On peut alors considérer celui-ci comme un contrat *sui generis*[223]. En droit français, le fiduciaire désigne une personne morale à laquelle est temporairement transférée la propriété de biens ou droits, qui constitue une masse séparée dans son patrimoine, à charge pour elle d'agir dans l'intérêt du constituant ou d'autres bénéficiaires ou dans un but déterminé[224]. A titre de comparaison, l'Acte Uniforme est plus silencieux que le droit français quant à l'identité du fiduciaire[225]. Il faut aller chercher des précisions dans le droit national des États Membres. En Côte d'Ivoire, la loi

[219] Le nouvel Acte Uniforme portant organisation des sûretés a été adopté le 15 décembre 2010 à Lomé. Il est entré en vigueur le 16 mai 2011 et a abrogé l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés du 17 avril 1997 signé à Cotonou.
[220] Sur l'efficience des garanties, M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, Lgdj, 2006. – P. DUPICHOT, l'efficience économique du droit des sûretés personnelles, l'efficience économique du droit des sûretés réelles, 24 mars 2010. Conférences dispensées dans le cadre ders Chaires de droit continental créées par la Fondation pour le droit continental au sein de l'Ecole de droit de Kéio de Tokyo et de l'Université Diégo Portales de Santiago du Chili.
[221] M. 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 : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, N° Spécial - Novembre-Décembre 2011, *Législation*; V. Art. 87 AUS.
[222] M. 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 : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, N° Spécial - Novembre-Décembre 2011, *Législation*.
[223] K. AGBENOTO, *l'Agent des sûretés en droit OHADA*, Université de Lomé, 2019
[224] V. Art 2011 et 2015 du C. Civ. ; Arrêté du 30/09/1991 - date de la publication : 22/09/2000 - éd. Commission de l'économie et des finances.
[225] V. La sous-section 2 du Chapitre III de l'Acte Uniforme sur les Sûretés.

n°2002-102 du 11 février introduit le contrat de fiducie. L'interprétation faite par la doctrine le considère comme une personne morale[226]. Le législateur OHADA fait une insertion plus restrictive lorsqu'elle introduit la fiducie. La réforme de l'AUS ne considère que la fiducie à titre de sûreté[227]. Cette approche du législateur OHADA se conçoit aisément. En effet, la volonté du législateur OHADA est de sécuriser les investissements[228], raison pour laquelle la fiducie ne se trouve strictement que dans la partie relative aux sûretés et plus précisément dans la sous-section relative à la rétention ou à la cession de propriété à titre de garantie. Il est donc un gestionnaire d'actifs financiers[229] chargé de garantir le financement de l'autre. Cette activité s'apparente à la notion d'investissement ou *a fortiori* de gestion d'investissement. Sans que cela ne soit indiqué expressément par les textes, l'agent des sûretés exerce une activité de nature fiduciaire puisque les droits et biens acquis par l'agent dans l'exercice de sa mission forment « un patrimoine affecté à celle-ci[230] ». Il pourra même être désigné comme le fiduciaire, sous réserve toutefois de respecter les qualités requises par l'article 2015 du Code civil[231]. Cette technique fiduciaire est, pour l'essentiel, destinée à faciliter la prise de garanties et leur réalisation dans le cas d'un crédit syndiqué. Ainsi, la doctrine a souvent apparenté le fiduciaire à cette notion du droit qu'est : l'agent des sûretés[232]. Il est investi des pouvoirs les plus larges aux fins de constituer les sûretés offertes aux créanciers du pool bancaire. Il faut alors comprendre que ce dernier ne réalise pas d'apport dans le financement du débiteur. S'il advenait qu'il fasse partie du pool de créanciers, il réaliserait alors une activité de prêt qui n'est autre qu'un financement. Il a été établi précédemment, il a été établi qu'un prêt ne

[226] A. GAKOUE. « La fiducie en droit ivoirien ». *International Journal of Current Research*, T. MANIKANDAN, 2018, 10 (1), pp.64439-64447. ffhal-02294660

[227] V. AUS Révisé du 15 mai 2011 commenté par le Professeur Joseph ISSA-SAYEGH.

[228] Voir L. BENKEMOUN, « Sécurité juridique et investissements internationaux », communication dans le cadre du colloque de Niamey sur la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace UEMOA, du 17 au 24 mars 2006.

[229] V. Art. 87 AUS et S.

[230] N. BORGA et A. MANTEROLA, « L'agent des sûretés, fiduciaire particulier au service de la syndication », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°154, Décembre 2019.

[231] C. civ., art. 2015 : « Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaire les établissements de crédit mentionnés au I de l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même Code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même Code, les sociétés de gestion de portefeuille ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du Code des assurances. Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire ».

[232] G. ANSALONI et I. DURSUN, « L'agent des sûretés : une fiducie spéciale au service de la prise de garantie pour le compte d'un pool bancaire », *JCP E*, 2009, 1671.

peut constituer un apport en société. Le financement est un investissement : il répond aux critères de contribution, de durée et de risque. La contribution de l'agent des sûretés peut se faire de deux façons : soit il participe financièrement au financement soit il apporte son expertise en tant qu'agent[233]. La mission d'agent des sûretés ne peut dépasser sept ou huit ans, car celle-ci est calquée sur la durée d'un prêt de longue durée. Enfin, les financements de projets sont par nature risqués et les retours sur investissement sont alors incertains. On peut en déduire que l'agent des sûretés est un investisseur.

II. La qualité du contributeur au capital de la société

114. L'identification du contributeur au capital de la société suppose une qualification. Il s'agit donc de pouvoir déterminer s'il est un investisseur (**A**) et par voie de conséquence un créancier (**B**).

A. L'étude de la qualité d'associé de l'investisseur

115. Nous avons discuté de la qualification de la contribution que nous assimilons à un investissement. Nous allons désormais nous pencher sur l'auteur de la contribution. Nous essayerons de déterminer s'il faut continuer à qualifier le contributeur d'une société d'associé ou s'il faut plutôt utiliser un vocable plus factuel ou réaliste qu'est celui d'investisseur.

116. Une partie de la doctrine admet dans des situations particulières l'existence de mandats sans représentation, c'est-à-dire de contrats dans lesquels une personne n'agit pas en son nom propre, mais pour le compte d'une autre (représentation imparfaite). Ainsi en est-il des contrats de commission, de la gestion d'affaire, de la déclaration de command et de la convention de prête-nom[234].

117. Le contrat de prête-nom fait intervenir une personne qui s'engage à agir pour le compte d'autrui, mais en son propre nom[235]. A la différence du contrat de commission, elle ne dit pas au tiers contractant agir pour le compte d'autrui et, a fortiori, elle n'en révèle pas l'identité. L'hypothèse du prête-nom fait l'objet d'une

[233] V. notamment les projets financés par les banques de développement en Afrique subsaharienne.
[234] Dalloz, Mandat, Fiches d'orientation, Janvier 2021.
[235] Collectif, Dictionnaire du contrat, décembre 2018, Lextenso.

analyse par M. le Professeur VIANDIER[236]. La convention de prête-nom est parfois distinguée de l'interposition de personnes[237]. Ainsi, un auteur rejette la qualification de mandat[238], car, dans le prête-nom, le tiers ignore l'existence même de la personne pour le compte de laquelle le prête-nom agit[239]. Il ne s'agit pas d'un mandat, non pas parce qu'il n'y aurait pas représentation, ce qui importe peu, mais parce qu'il n'agit pas à proprement parler au nom d'un mandant[240]. La convention de prête-nom est également très souvent utilisée dans une des hypothèses retenues : les conventions de portage[241].

a – Cas du porteur

118. La définition du portage proposée par le professeur Dominique SCHMIDT s'est imposé dans la discipline et a été reprise par la plupart des auteurs. Selon cette définition, il s'agit d'une « *convention par laquelle une personne, le porteur, accepte, sur demande du donneur d'ordre, de se rendre actionnaire par acquisition ou souscription d'actions, étant expressément convenu que, après un certain délai, ces actions seront transférées à une personne désignée et à un prix fixé dès l'origine* ».[242] Autrement dit, il s'agit d'un service financier par lequel le porteur, un établissement financier spécialisé, finance des titres que le donneur d'ordre n'est pas encore en mesure d'acquérir ou parce que des autorisations sont nécessaires et que des liquidités doivent être immédiatement apportées[243]. Il effectue à ce titre une stratégie d'investissement[244]. Bien qu'il soit considéré comme un véritable associé au sens du droit des sociétés, il a un objectif de rentabilité. Le porteur est payé par le donneur d'ordre grâce aux dividendes générés par les titres. Ces dividendes constituent une forme de remboursement,

[236] V. A. VIANDIER*, la notion d'associé*, Paris, LGDJ, 1978. p401
[237] R. MARTY et J. RAYNAUD, Obligations, t. I, 2e éd., 1988, Sirey, n° 300 et 310 ; J.-D. BREDIN, « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », *RTD civ*. 1956, p. 263 et s., spéc. n° 13 et 14. Contra, P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Contrats spéciaux*, Defrénois, n° 534, p. 278.
[238] A. BÉNABENT, *Contrats spéciaux*, Montchrestien, Paris, 2021 n° 694 et s., p. 476.
[239]Collectif, Dictionnaire du contrat, décembre2018, Lextenso.
[240] N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, 2007, LGDJ, n° 251 et s., p. 112 et s.
[241] Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-14721.
[242] D. SCHMIDT, Les opérations de portage de titres de sociétés, *in* Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, éd. FEDUCI, LGDJ, 1985, p. 30
[243] V. notamment l'affaire Éditions Odile Jacob SAS c/Commission européenne, Lagardère SCA, Wendel : CJUE, 28 janvier 2016, n° C-514/14 P).
[244] D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC, *Dictionnaire du contrat*, décembre 2018, Lextenso.

car le portage s'apparente à une opération de financement. Le porteur investit dans la qualité d'associé au profit d'un autre. Dans les arrêts les plus récents, la jurisprudence considère que le porteur est avant tout « *un bailleur de fonds* » qui n'aurait pas consenti à son investissement sans être assuré de récupérer au moins le montant de la somme engagée[245]. Les risques d'annulation d'une convention de portage sur le fondement de l'article 1844-1, alinéa 2, sont limités, ce qui devrait être également le cas au regard du nouvel article 1170 du Code civil, qui annule les clauses qui privent l'obligation essentielle du contrat de sa substance. En effet, les raisons seraient les mêmes qu'en droit des sociétés : ces montages présentent une grande utilité économique et constituent un instrument apprécié des bailleurs de fonds pour les opérations de financement[246]. Au regard de tout ce qui précède, on peut préférer pour le porteur la qualification d'investisseur, plutôt que celle d'associé.

119. Apparu aux États-Unis dans les années 1970, le capital-investissement s'est exporté en Europe et en Afrique au début de la décennie 1980. Son essor en France a été favorisé par une conjoncture favorable. L'essor du capital-investissement dans la Zone OHADA s'est accru grâce aux directives en matière de traitement fiscal de faveur et un contexte économique favorable[247]. Le métier d'apporteur de fonds propres ou quasi-fonds propres pour le compte de tiers à des sociétés non cotées a en effet connu un développement significatif ces dernières années[248]. Dans le domaine du capital-investissement, l'investisseur en capital est un véritable bailleur de fonds qui organise aussi bien les modalités de son entrée que de sa sortie au capital en bénéficiant d'une promesse unilatérale d'achat[249].

b – Cas du locataire de droit sociaux

[245] Cass. com., 16 novembre 2004, n° 00-22713; Cass. com., 3 mars 2009, n° 08-12359.
[246] V. M. MEKKI, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Les clauses », *Rev. Sociétés* 2016 p. 563.
[247] J. FASSI-FEHRI, « Guide juridique du capital-investissement dans l'espace OHADA », *LexisNexis*, Juin 2018 ; Y. ALLAM, *Le capital-investissement en droit OHADA*, th. Université Aix-Marseille, 2015 p.8 et S..
[248] J. FASSI-FEHRI, « Guide juridique du capital-investissement dans l'espace OHADA », *LexisNexis*, Juin 2018
[249] D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC, *Dictionnaire du contrat*, décembre 2018, Lextenso.

120. La loi du 2 août 2005[250] a instauré le contrat de location de droits sociaux. Cette technique permet d'acquérir une entreprise au lieu d'effectuer un apport. L'Acte Uniforme OHADA ne traite que de la location gérance qui est une formule de location plus restrictive que la location de droits sociaux[251]. En effet, le législateur OHADA n'a pas encore statué sur la location de droits sociaux, de sorte qu'il faille faire un raisonnement par analogie avec le droit français. Son régime est codifié aux articles L. 239-1 à L. 239-5 du Code de commerce. Le repreneur bénéficie d'une « période d'observation » au terme de laquelle, sous réserve qu'une option d'achat lui ait été consentie, il peut soit acheter les titres loués, soit les restituer à leur propriétaire. La location de titres constitue un moyen de financement alternatif permettant à l'entrepreneur de s'assurer de la viabilité de son projet sans recourir à des investissements financiers importants[252].

121. La location de titres sociaux permet au futur repreneur ou associé de faire ses preuves dans la direction de la société. Le locataire est investi du droit de vote dans toutes les assemblées à l'exclusion de celles statuant sur les modifications statutaires et le changement de nationalité[253]. Il peut en outre être désigné mandataire social, ce qui lui permettra de prendre connaissance de la situation financière, économique et politique réelle de l'entreprise[254]. En matière de location de droits sociaux, la consécration s'effectue par l'inscription de la mention du bail et du nom du locataire dans le registre des titres nominatifs. Ce n'est qu'à compter de la date de cette inscription, que la société est tenue d'adresser au locataire les informations dues aux associés.

122. Il faut donc le considérer comme un investisseur en attendant qu'il ne décide de lever l'option ou de réaliser la promesse contenue dans le contrat de location. Que le contrat contienne ou non une promesse de vente, il doit être considéré comme

[250] L. n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises ou encore loi *Jacob-Dutreil.*
[251] V. Notamment les modes d'exploitations du fonds de commerce, Chapitre II Acte Uniforme OHADA sur le Droit Commercial Général.
[252] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, É. BLARY-CLÉMENT, *Droit commercial*, septembre. 2019, Lextenso, 9782275069708 p. 420.
[253] V. Art. L. 239-3 du Code de commerce.
[254] E.CEVAËR, P-E PERROT, « la location de part sociale et actions : un moyen astucieux d'acquérir une entreprise » *BJS* avril 2011, n° JBS-2011-0139, p. 344.

un associé. S'il y a une option de vente à son bénéfice, il faut alors plus particulièrement le considérer comme un « *associé en puissance* »[255].

c – Cas de la tontine

123. Il s'agit maintenant de déterminer si le constituant d'une tontine doit être qualifié d'investisseur ou d'associé. Pour rappel, la tontine est une association collective d'épargnants investissant sur une longue durée[256]. Avant le terme, il est impossible de récupérer le capital investi. A l'échéance de l'association tontinière, le capital accumulé est réparti. Nous ne nous intéresserons pas à la tontine immobilière. Les tontines concernées par notre étude sont la tontine associative et la tontine financière. L'Acte Uniforme OHADA ne dispose pas de la tontine, de même que les droits nationaux de l'espace OHADA. A titre d'exemple, la tontine est constituée au Cameroun sous le statut associatif[257]. Dans l'espace OHADA, elles sont regroupées sous le vocable d'Associations d'épargne et de crédit rotatif (AECR). La tontine est demeurée associative mais avec une vocation à l'autofinancement, comme l'illustre la tontine FED (Femmes-Développons-nous), qui propose des produits d'épargne[258]. Dans l'espace OHADA, elle est considérée comme une forme d'investissement auto productif visant l'autonomie des structures sociales ou économiques. Elle peut concerner une boutique, un commerce (comme une quincaillerie par exemple), une école, un poulailler, des garages de réparation automobile, des ateliers de menuiserie, des ateliers d'artisanats divers, des achats de taxis, des salons de coiffure ou encore des maisons destinées à la location[259]. Les fonds sont généralement orientés vers un investissement[260]. Ces formes d'épargne solidaire se sont également développées en France. Le droit français à travers le Code des assurances, dispose de la tontine

[255] Ce terme est un terme cher à F-X Lucas. Il n'est pas associé mais se comporte comme tel mais est pourtant un investisseur.
[256] H. LOPES, *Tribaliques*, 1971, p. 146 ds Rob. 1985
[257] Loi n°90/053 du 19 décembre 1990 portant sur la liberté d'association au Cameroun.
[258] E. BIDZOGO, « Vers un véritable autofinancement de l'investissement en Afrique ? Témoignage en forme de projet, de souhait, de suggestion sur les tontines au Cameroun », *La Revue des Sciences de Gestion*, 2012/3-4 (n° 255-256), p. 167-170. DOI : 10.3917/rsg.255.0167. URL : https://www.cairn.info/revue-des-sciences-de-gestion-2012-3-page-167.htm.
[259] E. BIDZOGO, « Vers un véritable autofinancement de l'investissement en Afrique ? Témoignage en forme de projet, de souhait, de suggestion sur les tontines au Cameroun », *La Revue des Sciences de Gestion*, 2012/3-4 (n° 255-256), p. 167-170. DOI : 10.3917/rsg.255.0167. URL : https://www.cairn.info/revue-des-sciences-de-gestion-2012-3-page-167.htm.
[260] Kovsted et al.,1999.

financière. Lorenzo Tonti[261] aurait été le premier à imaginer des groupements d'investisseurs constitués pour une durée déterminée[262]. L'idée était que les épargnants mettent en commun une somme qui serait versée au gouvernement puis remboursée avec intérêts à la clôture de la tontine aux différents adhérents sous forme de rente viagère. Il s'agit d'un placement ou plutôt d'un investissement[263]. Nous souscrivons à cette affirmation, le placement étant géré comme un investissement. L'argent placé et mutualisé est investi par la société de gestion de la tontine. La société tontinière investit alors principalement dans des actions, et non plus dans la dette de l'État comme pensé à l'origine[264]. La société revend progressivement ses actifs plus risqués vers la fin de la tontine afin de la convertir vers des actifs sécurisés comme des fonds en euros. Après l'horizon de placement déterminé (10-25 ans), la tontine est dissoute, puis liquidée. La société dispose alors de six mois pour revendre tous les actifs acquis. En effet, les sociétés à forme tontinière ne peuvent pas s'engager sur un rendement minimal ou sur un capital garanti au terme. C'est donc seulement lors de la dissolution que les épargnants connaîtront le rendement final de leur investissement. A la lumière de ces développements, nous pouvons considérer la tontine comme une forme d'investissement, que ce soit en droit français ou dans l'espace OHADA. L'épargnant ou tontinier peut donc être qualifié d'investisseur.

d – Cas de la détention d'obligations et des valeurs mobilières

124. Il a été établi que la détention d'une valeur mobilière complexe ou d'une obligation ne constitue pas un apport. L'Acte Uniforme sur les Sociétés Commerciales et les Groupements d'Intérêt Économique fait une distinction entre

[261] Lorenzo Tonti, banquier italien du XVIIè siècle créateur du concept de la tontine.
[262] V. MIKALEF-TOUDIC, « Clause de tontine ou clause d'accroissement : une nouvelle jeunesse », *LPA* 27 mai 2016, n° 116a8, p. 76.
[263] V. notamment la note de présentation de la société à forme tontinière présentée par Les Associations Mutuelles Le Conservateur, Le Conservateur, Avril 2018.
[264] La tontine a été deux fois au service de la dette française. La première à l'initiative du Cardinal Mazarin, par édit du roi, le budget du royaume était mis à mal par différents conflits. La seconde fois, par Eugène RIFFAULT, Censeur de la Banque de France, et le Général Just-Frédéric RIFFAULT, Commandant de l'École Polytechnique, dans le but de racheter à l'Angleterre des titres de rentes françaises, versées pour dommage de guerre, suite au traité de Paris de 1815.

l'actionnaire et les autres détenteurs de valeurs mobilières. Elle les dénomme : investisseurs[265].

125. Les valeurs mobilières dites complexes ou composées appartiennent à la catégorie des titres financiers c'est-à-dire celles donnant accès au capital ou pouvant donner accès au capital[266]. On y trouve, sans être exhaustif, les actions ou obligations échangeables, convertibles ou remboursables en actions. Les actions ou obligations avec bons de souscription d'actions (ABSA ou OBSA), ou encore les bons de souscription d'actions autonomes appartiennent également à cette catégorie[267]. A notre sens, il n'est pas possible de retenir la qualité d'associé pour désigner une personne détentrice d'une obligation convertible ou non en action.

126. Comme tout prêteur, le titulaire d'une obligation a des droits financiers qui se traduisent, tant que le capital n'a pas été intégralement remboursé, par un droit à un intérêt qui se calcule sur le montant nominal de l'obligation[268]. Le taux d'intérêt servi aux obligataires est fixé dans le contrat d'émission, son montant étant le même pour toutes les obligations émises à l'occasion d'un même emprunt[269]. Le titulaire de l'obligation dispose d'un titre négociable[270]. Sa personnalité n'a donc aucune importance pour le débiteur : celui qui acquiert une obligation fait un placement d'argent[271]; il ne fait pas crédit à la société. Les règles relatives à l'usure ne s'appliquent pas à l'emprunt obligataire. Cette solution permet de ne pas remettre en cause la validité des émissions d'obligations à haut rendement (*high yield bonds*), destinées à séduire les investisseurs qui acceptent de courir un risque élevé en contrepartie d'une rémunération attractive. Le taux d'intérêt est fixe ou variable. Peuvent également être émises des obligations participantes, donnant droit à un intérêt fixe agrémenté d'un intérêt supplémentaire dont le montant va dépendre des bénéfices réalisés par la société, ou encore des obligations indexées, qui se réfèrent à un indice dont la variation se répercute mathématiquement sur le taux effectivement pratiqué[272]. Nous pouvons en déduire que les règles régissant

[265] V. Art. 832 AUSCGIE
[266] Dalloz, Titres financiers, Fiches d'orientation, Dalloz, août 2020.
[267] C. mon. fin., art. L. 211-1 à L. 211-34, art. D. 211-1 à R. 212-3 ; AU 822-14 et suivants AUSCGIE.
[268] V. Art. 822-10 et S.
[269] Dalloz, *Obligations (de société)*, Fiches d'orientation, Dalloz, août 2020.
[270] M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales,* Lextenso, octobre 2017, p 624.
[271] *Ibid.*
[272] Dalloz, *Obligations (de société),* Fiches d'orientation, Dalloz, août 2020.

les valeurs mobilières composées sont celles relatives aux outils d'investissements. En effet, la détention des valeurs mobilières composées s'inscrit aux antipodes de la détention de titres sociaux conférant *de facto* la qualité d'associé.

B. La distinction entre associé et créancier

127. La différence entre l'actionnaire et le créancier est fondamentale pour notre étude[273]. Cette analyse permet de constater un mouvement des hypothèses étudiées vers le statut de créancier.

128. Traditionnellement[274], les outils de financement des sociétés par actions sont classés selon une *summa divisio* qui oppose les titres de capital (dont l'archétype est l'action ordinaire) aux titres de créance (notamment l'obligation)[275]. Pour les distinguer, il convient de se rapporter à l'essence fondamentale de la ressource consacrée à la société : là où le titre de capital confère à la société une ressource stable et en principe permanente (qualifiée de fonds propres) le titre de créance, lui, constitue une source de financement éphémère (destinée à être remboursée)[276].

129. Il existe une différence essentielle tenant au rang et aux modalités de remboursement du titre. Les obligations sont remboursables selon les termes du contrat d'émission, tandis que les actions ne le sont en principe que lors de la dissolution de la société, sous réserve que les opérations de liquidation dégagent un actif net suffisant pour permettre ce remboursement[277]. Alors que les obligataires participent à un contrat de prêt, les actionnaires sont parties au contrat de société. Il en résulte que *« la différence fondamentale entre l'action et l'obligation tient à ce que la première est un titre d'associé, donc à revenu*

[273] Cass. com., mai 2012, n°11-14844, ; J.-P. GARÇON, « Société civile » : *Joly Sociétés*, ES060.
[274] L'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 présente les termes « titres de capital » et « titres de créance » dans le Code monétaire et financier, de la manière suivante : « Les titres de capital émis par les sociétés par actions comprennent les actions et les autres titres donnant ou pouvant donner accès au capital ou aux droits de vote. » (C. mon. fin., art. L. 212-1-A) et « Les titres de créance représentent chacun un droit de créance sur la personne morale ou le fonds commun de titrisation qui les émet. » (C. mon. fin., art. L. 213-0-1, créé par ord. n° 2017-970, 10 mai 2017).
[275] C. mon. fin., art. L. 213-5 : « Les obligations sont des titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale », S_EO020.
[276] F.-X. LUCAS., « La distinction des titres de capital et des titres de créance », *in Quel avenir pour le capital social*, Dalloz, p. 23.
[277] Il convient toutefois de réserver les cas d'amortissement ou de réduction du capital non motivée par des pertes.

variable, alors que l'obligation, titre de créance, procure, en principe du moins, un revenu fixe. Cette position explique la faveur alternée de l'épargne, selon la conjoncture, soit pour les placements en actions, soit pour les obligations »[278].

130. La concurrence à laquelle se livrent les sociétés pour attirer les épargnants sur le marché financier développe non seulement l'apparition de valeurs mobilières nouvelles qui rapprochent l'obligation de l'action, mais encore une sophistication croissante des droits conférés aux obligataires sous leur forme traditionnelle : à savoir le paiement des intérêts et le remboursement du capital prêté[279]. La qualification juridique du droit de l'obligataire est claire : il est créancier de la société[280].

131. L'obligataire, prêteur à long terme, est exposé, comme l'actionnaire, à l'insolvabilité de la société. L'obligataire se préoccupe de toucher un intérêt fixe et de posséder un titre dont le cours variera peu. L'actionnaire lui, court le risque de recevoir des dividendes élevés ou comme insignifiant et escompte la hausse du cours de ses actions.

132. Aux actions et obligations représentées par des titres papiers, ont succédé des valeurs mobilières diversifiées, des « titres financiers » dématérialisés et représentés par diverses inscriptions comptables tenues par des professionnels du crédit et de la bourse[281]. D'éminents auteurs considèrent la valeur mobilière comme une créance sur la société[282]. Cette affirmation découle d'une analyse fidèle des dispositions du Code de commerce et de l'Acte Uniforme OHADA[283]. Cette position rejoint notre analyse. Les valeurs mobilières sont des droits de créances (droits financiers comme droits extra pécuniaires), dont le détenteur (créancier) peut se prévaloir contre la société émettrice (débiteur). Certains vont jusqu'à considérer que la valeur mobilière est la créance[284]. En effet, les titres de créance « *représentent chacun un droit de créance sur la personne morale ou le*

[278] J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRE, *Droit commercial, sociétés, groupements d'intérêt économique et entreprises publiques*, t. 1, vol. 2, 2e éd., 1980, Dalloz, n° 521, p. 223.
[279] M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, Paris, Lextenso, octobre 2017, p. 1000.
[280] M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, *op.cit.*
[281] B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Paris, Lextenso, septembre 2018, p. 1214.
[282] P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, Lextenso, novembre 2019, p. 1160.
[283] Art. 822-1 AUSCGIE et Art. L228-38-A du Code de commerce.
[284] T. ALLAIN, *Cours Magistral de Droit spécial sociétés*, Université de Cergy Pontoise, 2016-2017 p.23.

fonds commun de titrisation qui les émet »[285]. Cette définition peut surprendre, car elle consacre l'existence d'un droit de créance sur un fonds, alors que celui-ci n'est pas doté de la personnalité juridique.

133. Dans le langage traditionnel, les époux étaient désignés sous l'appellation de « conjoints ». Avec l'évolution des mœurs, beaucoup de gens ont maintenant tendance, pour éviter l'utilisation du mot « concubin » de désigner sous l'appellation de « conjoints » tous les couples. Cependant depuis le décret du 28 décembre 1998 qui a modifié l'article 828 du nouveau Code de procédure civile, il n'est plus permis de confondre « conjoint » et « concubin ». Le conjoint est la personne, homme ou femme[286], unie à une autre par les liens du mariage[287]. Le droit français distingue le couple marié du couple non marié. Les besoins de notre étude amènent à écarter le couple non marié. Ce lien peut être légal, civil en France et dans les pays membres de la zone OHADA, ou coutumier plus particulièrement dans les pays OHADA. Il n'est en aucun cas question de mariage religieux dans notre étude qui ne s'intéresse qu'à l'aspect contractuel du mariage. Le couple marié est régi par les dispositions du Code civil. Dans l'espace OHADA, il faut aller chercher ailleurs que dans les actes uniformes. Le mariage est régi soit par les dispositions du Code civil soit par le Code des personnes et de la famille[288]. Ces versions adaptées du Code civil français ont l'avantage d'inclure des notions coutumières propre aux pays ou à la religion des peuples existants. Ici, il n'est pas question des partenariats enregistrés, tels que le PACS. Deux raisons viennent au soutien de cette affirmation. La première est que les effets de ces partenariats enregistrés sont différents du mariage. La seconde est que ces formes de partenariat ont des difficultés à être reconnues[289].

[285] C. mon. fin., art. L. 213-1, A.
[286] Voir en France la loi sur le mariage pour tous en 2013. Ces dernières années des pays de l'espace OHADA tels que le Gabon, la Côte d'Ivoire, le Mali, la République Démocratique du Congo ont dépénalisé l'homosexualité.
[287] V. Art. 732 du Code civil.
[288] En fonction des pays l'appellation des sources diffèrent, le Code civil est présent en Côte d'Ivoire, au Togo il y a le Code des personnes et de la famille.
[289] A. DIOUF & E. NDIAYE, « Le juge sénégalais et les effets de la dissolution d'un PACS intervenue en France » *in* Cour suprême du Sénégal, Chambre civile et commerciale, 20 novembre 2019, arrêt n° 87, *A.-L.-M. Fourrage c/ G.-J.-M. Abiven*). *Revue critique de droit international privé*, 2021, vol 1, 223-235. https://doi.org/10.3917/rcdip.211.0223

134. Ici, deux notions nous intéressent : le conjoint de l'associé et le couple marié en lui-même. Commençons par étudier le conjoint de l'associé.

135. Il faut reconnaître le conjoint de l'associé comme étant un créancier. La jurisprudence est claire quant au débat relatif à la qualité d'associé du conjoint[290]. Le conjoint est étranger au contrat de société sauf si celui-ci demande le bénéfice des articles 1832-2 du Code civil[291]. Le texte OHADA étant un droit harmonisé, il laisse le soin à chaque droit national de légiférer sur ce sujet. Les droits nationaux viennent combler cette absence au sein de l'Acte Uniforme. En dépit du droit d'exercice proposé par l'article 1832-2 du Code civil, le conjoint non associé dispose d'un droit financier. Les ressources telles que les dividendes sont communes, de sortes qu'elles lui appartiennent pour moitié. Comme tout créancier il peut demander à entrer dans son droit de créance par la force[292]. En droit français, le régime primaire autorise le conjoint du couple à entrer dans ses droits si celui-ci est hors d'état de gérer son bien correctement ou si celui-ci dilapide son patrimoine[293]. Le juge peut aller jusqu'à autoriser l'immatriculation des titres au nom de l'époux ou de l'épouse[294].

136. Selon la théorie d'Aubry et Rau, chaque personne dispose de la personnalité juridique[295]. Généralement, une personne morale se compose d'un groupe de personnes physiques réunies pour accomplir quelque chose en commun[296]. Ce groupe peut aussi réunir des personnes physiques et des personnes morales. Il peut aussi n'être constitué que d'un seul élément. Toutefois, il n'en est pas de même pour les personnes constituant le couple marié qui n'est pas considéré comme une personne morale[297]. Le couple en tant que tel n'a pas de personnalité juridique. Il

[290] Cass. Com. 21 juin 1994, n° 92-12.571 ; Cass. com., 27 mars 2019, n°17-23886.
[291] Arrêt *Floret* précité ; cass. civ., 1ère ch., 19 avril 2005, n° 02-18.288 ; cass. civ., 1ère ch., 4 juillet 2012, n° 11-13.384 ; en cas de décès : arrêts *Bourcier* et *Gelada* précités ; cass. civ., 1ère ch., 10 février 1998, n° 96-16.735 ; cass. com. 15 mai 2012, n° 11-13.240
[292] V. Pour la RDC art. 490, 512 et S. de la loi du 15 juillet 2016 portant Code de la famille ; V. Art. 323 et S. du Code de la Famille du Mali ; Article 373 et S. du Code de la famille du Sénégal.
[293] V. Art 217 et 220 du Code civil ; V. Egal. Thèse de M. Le Professeur VIANDIER, la notion d'associé p 239.
[294] TGI Nancy 12 Décembre 1968 ; TGI Digne-les-Bains, 1er juillet 1972.
[295] AUBRY et RAU, Droit civil français, 7 e éd., par P. Esmein, t. II. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 13 N°4, Octobre-décembre 1961. p. 848.
[296] J. CARBONNIER, Droit civil. t.1, - Les personnes : personnalité, incapacités, personnes morales, 21e éd. refondue pour « Les personnes » ; 17e éd. refondue pour « Les incapacités », Paris, Presses Universitaires de France, 2000.
[297] F. ROUVIÈRE, *Le droit civil* Paris, éd., Presses Universitaires de France, (pp. 9-25). p.128.

faut pourtant considérer le couple comme un créancier. La théorie de la distinction du titre et de la finance vient en soutien à cette analyse[298]. Cette théorie s'applique à des titres sociaux dépendant d'une communauté de biens existant entre des époux et y distingue deux catégories d'attributs : d'une part, les attributs patrimoniaux appelés « la finance » qui dépend du couple[299] et, d'autre part, les attributs personnels appelés « le titre ». Le titre reste au nom du seul époux souscripteur ou acquéreur des titres sociaux et lui seul aura dès lors la qualité d'associé[300]. Afin d'approfondir cette question, un parallèle peut être tenté entre deux actions offertes au créancier : l'action oblique et l'action paulienne. Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation et peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi[301].

137. L'action oblique permet en substance au créancier d'exercer le droit ou l'action (par exemple une créance) de son débiteur à sa place[302]. L'ancien article 1166 du Code civil était extrêmement lacunaire, aussi bien sur le plan des conditions que sur le plan des effets de l'action oblique. Le nouvel article 1341-1 du Code civil apporte donc des précisions utiles, qui consacrent les solutions jurisprudentielles. Sur le plan des conditions, l'action oblique est conditionnée à la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial. En l'espèce, un conjoint qui demande l'exercice de l'article 220-1 à son profit exerce l'action oblique. Celle-ci consacrera premièrement la carence du conjoint débiteur. Elle permettra en second lieu d'intenter une action auprès du juge aux affaires familiales. Dans son ordonnance, le juge aux affaires familiales vérifiera les conditions de l'action oblique pour faire entrer le conjoint créancier dans ses droits.

138. L'action paulienne demande plus de conditions. Elle s'entend comme l'action ouverte au créancier qui souhaite contester tout acte ayant été établi par son débiteur dans le but de diminuer la valeur de son patrimoine et, ainsi, de diminuer

[298] La théorie du titre et de la finance a été consacrée définitivement par la Cour de Cassation en un arrêt de la 1ère chambre civile du 12 juin 2014.
[299] Cass. Civ 1ère, 16 avril 2008.
[300] Cass. Civ, 1ère 8 dec 1987 ; Cass. Civ 1ère 14 mars 2006.
[301] art. 1341 C. Civil.
[302] art. 1341-1 C.Civil.

ses chances de recouvrer la créance[303]. Avec le dessein d'organiser une seconde vie, ou de nuire à son conjoint, l'autre conjoint serait tenté de diminuer la valeur de son patrimoine ou de se rendre insolvable[304]. La fraude paulienne peut être effectuée par le biais d'une donation, si bien que le débiteur, en se dessaisissant des seuls biens de valeur susceptibles de lui permettre de payer sa dette, ne peut ignorer le préjudice causé à son créancier : cela suffit à caractériser la fraude paulienne[305]. Le débiteur (conjoint) s'expose à l'action paulienne en réalisant un appauvrissement d'un bien ou d'une somme d'argent[306]. Aux termes de l'article 1341-2 du Code civil, le créancier peut agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposable à son égard les actes faits par le conjoint débiteur en fraude de ses droits. Le conjoint créancier établira dans le cadre d'un acte à titre onéreux que le tiers était de connivence avec le (conjoint) débiteur[307]. On relèvera principalement la notion de fraude, d'appauvrissement du débiteur et d'impossibilité pour le créancier d'exercer son action[308].

139. L'objet de l'action n'est donc pas de faire disparaître les effets d'un acte de disposition par exemple passé entre le (conjoint) débiteur et un tiers, mais de sanctionner ces « parties » pour le préjudice causé.

140. Dans la majorité des cas, il s'agit de permettre au (conjoint) créancier tiers à l'acte litigieux de faire réintégrer dans le patrimoine de son (conjoint) débiteur les biens que ce dernier avait cédés ou donnés à un tiers, souvent complice[309]. Il s'agit de sanctionner à la fois le (conjoint) débiteur qui a organisé son insolvabilité et le tiers qui a acquis son bien en toute connaissance du préjudice causé. Le créancier victime de la fraude reste seul à pouvoir saisir le bien[310]. Il apparait alors que les donations qu'un conjoint peut faire à un tiers au détriment du couple permettraient

[303] C. civ., art. 1341-2; Cass. 3e civ. 6 octobre 2004, Juris-Data n°2004-025092, JCP G 2004, n°43, act. 532, 24 mars 2021, n°19-20033.
[304] Cass. Civ 1ère, 8 avril 2009, no.08-10.024, Cass. Civ 1ère 6 mai 2003 no.00-20976, Cass Com, 14 novembre 2000, précité Bull. no.173; Cass. 1ère Civ, 16 mai 2013.
[305] Cass. Civ 1ère, 10 avril 2013, n°12-12174, Cass. 1ère Civ, 15 janvier 2015.
[306] Cass. Civ 1ère, 12 décembre 2006, n° 04-11.579.
[307] Cass. Civ 1ère, 16 mai 2013, no. 12-13.637 ; 1ère Civ, 4 janvier 1995, n°97-17.908.
[308] Cass. Civ. 3ème, 6 octobre 2004, n°03-15.392.
[309] Le créancier devra prouver l'élément matériel constitutif de la fraude de son débiteur par tous moyens Cass. Civ 1ère, 5 décembre 1995 Bull no. 443.
[310] Cass. Civ 1ère Civ, 20 décembre 2007, n° 07-10.379.

d'exercer une action paulienne. Le conjoint doit par conséquent être considéré comme un créancier conformément au régime général des obligations.

141. Une autre notion, issue du droit de la famille, questionne la notion d'associé ou de créancier : l'indivision. Elle est la situation dans laquelle se trouvent des biens sur lesquels s'exercent des droits de même nature appartenant à plusieurs personnes[311]. Celle-ci, tout comme le couple, est détentrice de droits de créances, mais ne dispose pas de la personnalité juridique[312].

142. L'indivisaire est un cas particulier. Il bénéficie du droit aux ressources financières comme les créanciers (ce qu'il est) et peut céder, comme les associés mais n'a pas la qualité d'associé[313]. S'il cède par exemple des parts sociales d'une société pour laquelle il ne peut exercer ou dont l'agrément lui a été refusé, l'on peut considérer qu'il opère une cession de créance.

Section 2. Les insuffisances de l'associé

143. L'étude des insuffisances de l'associé suppose dans un premier temps d'envisager de la fongibilité de l'apport (**I**) puis de discuter de l'essence même de l'associé (**II**).

I. La fongibilité de l'apport

144. La contribution qu'est l'apport à la société subit des mutations à cause du cadre juridique (A). Il en résulte une forme d'instabilité (B).

A. Un cadre législatif propice à la mutation de l'apport vers l'investissement

145. Dans les pays hautement développés sur le plan économique comme la France, le droit occupe une place importante dans la structuration et la régulation de la vie des affaires. Ce qui est échangé, sur les marchés, n'est pas, comme l'affirment de nombreux économistes, des biens et des services, mais des droits autorisant à

[311] H. CAPITANT, Droit civil approfondi. - L'indivision, Paris, éd : Cours de droit, 1927 p.28.
[312] Cass. Civ. 1ère 25 octobre 2005, n°03-20382.
[313] Cass. com., 27 mars 2019, n°17-23886, ECLI:FR:CCASS:2019:CO00264

réaliser certaines actions impliquant ces marchandises et ces prestations[314]. Ces droits sont eux-mêmes définis par les systèmes juridiques particuliers dans lesquels ils prennent place et varient selon la nature et les caractéristiques des choses ou des actes faisant l'objet de la transaction[315]. Bien évidemment, le cours des activités économiques est influencé par d'autres déterminants que les règles juridiques. Ils peuvent être par exemple influencés par les acteurs politiques[316]. Afin d'encourager l'expansion de l'économie, les États de l'espace OHADA et la France ont mis en place une série de mesure destinée à augmenter les investissements sur leurs territoires[317]. Le droit français offre un large panel de véhicules d'investissement, qui se matérialise en autant de statuts juridiques particuliers pour organiser et structurer les activités d'investissement[318]. Nous pouvons citer, à titre d'exemples, le fonds commun de placement à risques (FCPR), le fonds commun de placement dans l'innovation (FCPI), les fonds d'investissement de proximité (FIP) et, plus récemment, la société de libre partenariat (SLP)[319]. Chaque entité dispose de ses propres caractéristiques, répondant ainsi aux besoins les plus complexes et les plus précis qu'expriment les investisseurs.

146. A titre de comparaison, les lacunes des textes de l'OHADA en matière d'investissement peuvent s'expliquer par l'existence d'autres organisations

[314] T. DELPEUCH, L. DUMOULIN, & de C. GALEMBERT, (2014). Chapitre 8 - Droit et économie. Dans : T. DELPEUCH, L. DUMOULIN, & de C. GALEMBERT (Dir), *Sociologie du droit et de la justice* Paris Armand Colin. pp. 235-270.

[315] T.DELPEUCH, , L.DUMOULIN, & de C.GALEMBERT (2014). Chapitre 8 - Droit et économie. Dans : T. DELPEUCH, L. DUMOULIN & C. DE GALEMBERT (Dir), *Sociologie du droit et de la justice* Paris: Armand Colin. pp. 235-270.

[316] A. LYON-CAEN et R. BADINTER, co-auteur de « Le travail et la loi », paru en 2015 dénoncent dans leur livre la lourdeur du Code du Travail qui au début comptait seulement une centaine d'articles, contre plus de 8000 aujourd'hui.

[317] Il s'agit ici de mesure incitative à l'investissement tel que défiscalisation, adhésion au régime du Code des investissements, ou encore des incitations douanières.

[318] La loi de finances pour 2018 (L. fin. 2018 n° 2017-1837, 30 décembre2017, JO : 31 décembre2017, art. 74)

[319] La SLP a été introduite en droit français par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite « loi Macron »). La SLP est inspirée du modèle anglo-saxon des *limited partnership* et vise principalement à rendre la place financière française plus attractive en matière de gestion des investissements, qui, notons-le, demeure fortement concurrencée par les places financières britannique et luxembourgeoise. La SLP est prévue comme une forme spéciale de la société en commandite simple. Elle présente plusieurs particularités, entre autres, le régime de la transparence fiscale, la possibilité de comporter un ou plusieurs compartiments si ses statuts le prévoient, la possibilité de rédiger les statuts en langue anglaise (la loi utilise l'expression « langue usuelle en matière financière autre que le français », la possibilité pour les statuts de déterminer librement les règles d'investissement et d'engagement de la société...

régionales également compétentes en matière économique et ayant pour objet plus précis l'intégration économique de leurs membres[320]. Référence peut être faite ici plus spécifiquement à l'UEMOA dont huit États sont membres de l'OHADA, et à la CEMAC dont six États sont membres de l'OHADA. La CEMAC a adopté le 17 décembre 1999 un Règlement portant Charte des investissements[321].

147. Dans la zone UEMOA, il existe quatre types de société d'investissement à capital fixe, que sont : (i) les établissements financiers de capital-risque, (ii) les sociétés de capital-risque, (iii) les établissements financiers d'investissement en fonds propres et (iv) les sociétés d'investissement en fonds propres[322]. Ces sociétés sont définies comme étant « *les entreprises qui font profession habituelle de concourir sur ressources propres ou assimilées, au renforcement des fonds propres et assimilés d'autres entreprises* »[323]. Ces sociétés sont soumises à des règles spécifiques d'objet social, de forme juridique, de capital social, etc.[324]

148. Ces statuts particuliers offrent aux fonds d'investissement des avantages fiscaux. Pour voir le droit OHADA s'appliquer, il faut se référer à la directive n°02/2011/CM/UEMOA portant harmonisation de la fiscalité applicable aux entreprises d'investissement à capital fixe au sein de l'UEMOA[325]. Cette directive accorde une exonération d'impôts, de droits et taxes aux actes de constitution, de prorogation, d'augmentation ou de réduction de capital ainsi qu'aux actes de dissolution de l'entreprise d'investissement à capital fixe[326] sous certaines conditions[327]. La directive prévoit également une exonération d'impôt sur les plus-values de cessions des titres détenus par les entreprises d'investissement à capital

[320] S. MANCIAUX, que disent les textes OHADA en matière d'investissement ? Revue de l'ERSUMA, n°1, Juin 2012
[321] Voir en particulier les articles 7 à 9 qui visent réellement les opérations d'investissement.
[322] Y. ALLAM, *Le capital-investissement en droit OHADA*, Th. Aix-Marseille Université, 2015. p.401, p51.
[323] Loi Uniforme relative aux entreprises d'investissement à capital fixe des états de la Banque Centrale d'Afrique de l'Ouest (BCEAO). Cette loi uniforme a fait l'objet d'une transposition par la loi n°2009-023 du 14 octobre 2009 au Togo, au Sénégal par la loi n° 2006-15 du 05 Septembre 2006, au Mali par la loi n°07-014 du 13 février 2007 et au Bénin par la loi n° 2006-15 du 05 septembre 2006.
[324] Pour plus de détails, voir la loi Uniforme relative aux entreprises d'investissement à capital fixe de la Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest.
[325] Directive N° 02/2011/CM/UEMOA portant harmonisation de la fiscalité applicable aux entreprises d'investissement à capital fixe au sein de L'UEMOA.
[326] V. Art. 3 de la Directive N° 02/2011/CM/UEMOA portant harmonisation de la fiscalité applicable aux entreprises d'investissement à capital fixe au sein de L'UEMOA.
[327] La durée de l'exonération ne pourra dépasser quinze ans à compter de la création de l'entreprise.

fixe, lorsque les titres cédés ont été conservés dans leur portefeuille pendant une période minimale de trois (03) années à compter de leur date d'acquisition[328].

149. En ce qui concerne la zone CEMAC, nos recherches n'ont pas permis d'identifier des statuts juridiques propres aux activités de capital-investissement. Il apparait ainsi que la CEMAC ne dispose pas de statut particulier contrairement à l'UEMOA.

150. Dans l'attente de la transposition par tous les états de la zone UEMOA des lois uniformes sur les entreprises d'investissement à capital fixe ou d'un acte uniforme relatif à l'investissement, les modalités juridiques de l'opération d'investissement sont relativement encadrées par l'AUSCGIE révisé le 30 janvier 2014. L'AUSCGIE présente une réelle opportunité pour les investisseurs et contribue au développement du capital-investissement dans la zone OHADA[329]. Le capital-investissement est une forme d'investissement par laquelle un investisseur consacre une partie de ses capitaux propres ou sous gestion au développement ou rachat d'une société (ou d'une division) ayant des besoins de croissance, de transmission ou de redressement[330]. En contrepartie de son risque d'investissement et de l'immobilisation de son capital sur une longue période (coût d'opportunité), il attend un rendement sur le capital investi, généralement supérieur à celui du marché des actions cotées[331]. Il ne se contente pas d'investir mais a aussi une approche holistique. Il accompagne généralement la société en portefeuille par des conseils pratiques (stratégiques, financiers, juridiques, etc.) lui permettant d'accélérer son développement et d'optimiser sa gestion[332].

151. Rappelons que toute prise de participation par le capital-investisseur est précédée de la collecte d'informations sur la société cible dans le cadre de l'audit

[328] V. Art. 5 de la Directive n° 02/2011/CM/UEMOA.
[329] N.ROBERTSON, A.DESSI-FOULON, « Le cadre juridique embryonnaire du capital investissement dans l'espace OHADA », *La Tribune Afrique*, 24 novembre 2017.
[330] Redaction Lextenso, Petites affiches article web n° 152v5.
[331] G. GRUNDELER, F-D POINTRINAL, « Le capital-investissement », 5ed. RB Edition, p. 834 p. 420.
[332] O. COISPEAU, *Dictionnaire de la bourse*, 7e édition, France, Canada, Séfi, 2013, 693 p. (ISBN 978-2-89509-141-7)

d'acquisition ou *due diligence*, permettant de mieux connaître la cible, de limiter les risques de l'investissement et de négocier les garanties[333].

152. Concernant l'investissement dans une société, celui-ci peut être réalisé par la détention de valeurs mobilières composées offrant un accès immédiat ou à terme au capital de la société financée[334]. S'inspirant du modèle français qui a abandonné les actions de priorité en 2004[335], l'OHADA a introduit la possibilité d'émettre des actions de préférence à côté des actions ordinaires, qui peuvent être mises en place lors de la constitution de la société, ce qui est encourageant pour le capital-risque, ou en cours d'existence lors d'une augmentation de capital. De plus, des droits de toute nature attachés aux actions de préférence peuvent être statutairement aménagés (droits de vote double ou droit à dividende prioritaire) ; les actions pouvant être émises avec ou sans droit de vote, simple ou double, à titre permanent ou temporaire[336].

153. L'AUSGIE révisé prévoit également l'émission par les sociétés par actions de valeurs mobilières composées ou non donnant accès à terme au capital, sous quelle que forme que ce soit, qui peuvent être utilisées pour récompenser le risque pris par l'investisseur en lui conférant le droit d'acquérir ultérieurement des titres. En outre, et en plus des actions gratuites également introduites par la réforme de l'AUSGIE, l'investisseur aura le loisir d'utiliser des valeurs mobilières composées pour inciter les managers de la société financée. Il peut s'agir d'actions à bons de souscription d'actions ordinaires ou de préférence (ABSA) pour l'investisseur ou de bons de souscription d'actions (BSA) pour les managers[337]. Il s'agit là pour les investisseurs d'un réel atout qui leur permet d'attirer des professionnels qualifiés dans la société financée quand l'intéressement des salariés n'est pas assez ancré dans la culture des entreprises de la zone OHADA[338].

---

[333] Y.ALLAM, *le capital investissement en droit OHADA*, th, Université d'Aix-Marseille, 2015, p.401. N.ROBERTSON, A.DESSI-FOULON, « Le cadre juridique embryonnaire du capital investissement dans l'espace OHADA », *La Tribune Afrique*, 24 novembre 2017.
[334] V. réforme de Ouaga de 2014 de AUSCGIE.
[335] L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 sous l'impulsion de la pratique (notamment d'un rapport AFEP/ANSA/MEDEF fin 20031 visant à la modernisation du droit des sociétés).
[336] Art 822-10 et S. AUSCGIE.
[337] V. N. ROBERTSON, A. DESSI-FOULON, *Op Cit.*
[338] Art 822-3.

154. Un contexte législatif et communautaire favorable est un terreau propice à l'innovation de la part des praticiens et des institutions financières[339].

155. L'État français ainsi que les membres de l'OHADA incitent alors ces institutions financières à participer et à accompagner au plus près les entreprises[340]. L'activité des institutions financières s'éloigne de plus en plus du droit du crédit ou du financement de droit commun[341]. Elles sont également enclines à utiliser des solutions innovantes et qui présentent un risque moindre pour leur activité. Ce changement résulte de l'apparition de nouvelles formes de sociétés principalement la SAS et de mécanismes juridiques d'accès au capital[342]. Le cadre législatif dans la zone OHADA est devenu favorable après la réforme de l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales et Groupement d'Intérêt Économique, en permettant de reproduire au sein d'une société commerciale les grands principes de fonctionnement et les principaux organes décisionnels d'un fonds d'investissement, plus particulièrement grâce à deux innovations. La première est l'introduction de la variabilité du capital social des sociétés anonymes. Cette innovation permet de « faire appel » aux investisseurs dans le cadre d'un accroissement du capital social et d'effectuer des « distributions » au moyen de réduction de capital, et ce, sans passer par les formalités lourdes d'augmentations de capital classiques nécessitant la tenue d'une assemblée générale extraordinaire ou l'intervention d'un notaire (ainsi que les frais qui en découlent)[343]. Aussi, le mécanisme de variabilité permet aux investisseurs d'avoir une plus grande flexibilité dans la gestion de leur trésorerie, ceux-ci s'étant engagés sur un montant global qui sera mis à disposition de la société cible au fur et à mesure des opérations d'investissements. Ainsi, les investisseurs ne sont pas obligés de mobiliser immédiatement leur fonds dès la création de la société[344].

---

[339] Y. TOBLE, « Capital-investissement et Financement d'entreprises en Droit OHADA », Colloque du Jeudi 06 et Vendredi 07 Février 2020, Lomé-TOGO.
[340] Il existe des fonds souverains d'investissement stratégiques : La France à travers la BPI France et la BPCE. En Afrique, il faut noter des initiatives comme le FONSIS au Sénégal, le FSRG au Gabon et Togo Invest au Togo.
[341] Propos de Charles Kié sur RFI sur le financement des start-ups en Afrique, publié le 20 novembre 2019 ; Proparco, Financer les start-up pour construire les économies de demain en Afrique, publié en mai 2018.
[342] Réforme du 30 janvier 2014 de l'AUSCGIE de OHADA.
[343] A. RABANI, « la nouvelle société par action simplifiée de l'OHADA », *Bulletin de Droit Economique*, Université de Laval, Vol 2, 2014, p.49.
[344] LPA 25 septembre 2015, n° PA201519205, p. 21.

156. La seconde innovation est la reconnaissance de la validité de principe des pactes d'actionnaires[345]. Cette reconnaissance donne un réel confort portant sur la validité des accords d'actionnaires qui permet aux investisseurs et aux fonds d'organiser la composition des organes sociaux et la création de comités (sur-mesure) [346].

157. La SAS apporte une flexibilité importante pour les investissements. En effet, les règles de gouvernance et de fonctionnement de la société sont librement déterminées par les actionnaires[347]. Un fonds minoritaire peut aller jusqu'à demander un ou plusieurs sièges au conseil d'administration, lequel peut statuer avec un quorum qui ne correspond pas au quorum légal mais un quorum comprenant au moins l'administrateur représentant du fonds[348]. La pratique permet également d'obtenir des droits de veto sur un certain nombre de décisions importantes pour la société, ce qui signifie concrètement que ces décisions requièrent l'aval préalable d'une majorité au conseil incluant le vote favorable de l'administrateur désigné par l'investisseur ou le fonds[349]. Ainsi, des restrictions aux pouvoirs du président peuvent être insérées dans les statuts [350]. La mise à disposition de fonds pour la société paraît alors encadrée comme un investissement auquel le législateur et le praticien ont voulu apporter des sécurités.

B. L'instabilité de l'apport

158. Depuis la réforme de l'AUSCGIE, le cadre législatif en Afrique de l'Ouest est favorable à une gestion des affaires de la société sur la base d'une politique d'investissement claire et d'une transmission des titres sociaux compatible avec le fonctionnement d'un fonds d'investissements et le besoin de liquidités d'un investisseur[351]. Une des critiques souvent émises dénoncent la préférence que leurs

[345] V. Art. 2-1 AUSCGIE ; B. BRIGNON et D. PORACCHIA, « Aspects contractuels de la réforme : statuts et pactes extrastatutaires », dans *Journal des sociétés*, septembre 2014, p. 17. ; J.-M. MOULIN, « Sociétés anonymes- Pactes d'actionnaires », *JurisClasseur Commercial*, mars 2015, Fasc. 1486 §51.
[346] Propos de A. PUJO, Colloque Annuel Parisien du DIU Juriste OHADA – L'apport de l'OHADA pour le capital-investissement en Afrique, 25 septembre 2015.
[347] V. Art 8523-7.
[348] D. BA, « La consécration de la Société par Actions Simplifiée par l'Acte Uniforme révisé », *Blogavocat*, 28 fevrier 2019 ; LPA 25 septembre 2015, n° PA201519205, p. 21
[349] Propos de A. PUJO, Colloque Annuel Parisien du DIU Juriste OHADA – L'apport de l'OHADA pour le capital-investissement en Afrique, 25 septembre 2015.
[350] V. Art 853-8 AUSCGIE.
[351] Propos de A. PUJO, Colloque Annuel Parisien du DIU Juriste OHADA – L'apport de l'OHADA pour le capital-investissement en Afrique, 25 septembre 2015.

modes opératoires accordent au court terme au détriment du long terme[352]. L'accélération de l'innovation, les changements de modes de consommation et les mutations technologiques rendent l'établissement d'un business plan sur plusieurs années et la capacité à s'y tenir de plus en plus difficile[353].

159. L'investisseur (actionnaire ou détenteur de titres) peut, par exemple, céder sa participation à un industriel. Ce dernier porte généralement un intérêt stratégique à la société. Cette option de sortie est particulièrement intéressante puisque l'industriel valorise la société au-delà de sa valeur intrinsèque[354]. Il peut favoriser l'intégration de la cible à son groupe ou sa structure existante. Il est possible qu'un capital-investisseur puisse également céder ses participations à un autre capital-investisseur. Il faut rappeler que l'industrie du capital-investissement est une activité cyclique[355]. Un investisseur a des besoins de liquidité qui serviront aux remboursements de ses propres bailleurs de fonds. De ce fait, l'investisseur ne peut rester indéfiniment dans le capital de la société en attendant des conditions optimales de sortie[356]. Ces investisseurs n'ont pas vocation à rester associé ou sociétaire[357]. Cette activité peut être assimilée à une forme de négoce des titres et correspond au détenteur de valeurs mobilières composées et à l'obligataire.

160. En matière de cessions d'actions, les investisseurs peuvent insérer par exemple des clauses dites de *lock up*, qui empêchent la cession des actions du sponsor pendant un certain temps, de même que la préemption traditionnelle, clause de *tag along*, voire de *drag along* dans certaines situations, des clauses de cession

[352] Voir par exemple l'avis exprimé par B. REMICHE dans : « Propos introductifs » dans *Droit et attractivité économique : le cas de* l'OHADA, sous la dir. de L. CADIET, IRJS éditions, 2013, p. 12 : « le long terme, porteur de pérennité de l'entreprise est sacrifié en faveur du profit immédiat et de la plus-value qui en découlera lors de la vente de l'entreprise qui ne saurait tarder...Le droit des affaires en Afrique, comme dans le reste du monde, devra protéger les entreprises africaines contre cette mainmise de la finance et ramener celle- ci à ce qu'elle aurait toujours dû rester : un « simple facteur de production » au côté du travail des matières premières et de la technologie ».

[353] Cette affirmation est particulièrement vraie dans le secteur de la technologie (NTIC, Finance). Elle est moins vraie pour les secteurs plus traditionnels, tels que le secteur des industries extractives ou la production de l'énergie, par exemple.

[354] G. GRUNDELER, F.-D. POITRINAL, « Le capital-investissement, Guide juridique et fiscal », 4e éd., *Revue Banque Edition*, §1125 p.834.

[355] Selon Y. ALLAM, *in le capital-investissement dans l'espace OHADA*, Aix-Marseille Université, Th. 2015 ; un investissement dure de 3 à 8 ans.

[356] Y. ALLAM, *le capital-investissement dans l'espace OHADA*, Aix-Marseille Université, Th. 2015

[357] Ces prises de participation sont effectuées par des professionnels spécialisés ayant comme principal objectif la réalisation de plus-values substantielles dans un délai relativement court, généralement compris entre 4 et 7 ans.

obligatoire selon lesquelles un actionnaire peut être contraint de céder ses actions en cas de survenance d'un événement prédéterminé (changement de contrôle par exemple)[358]. D'après notre analyse, il semble que la validité de ces clauses n'est plus discutée ni par la doctrine, ni par la pratique en droit français[359].

161. Le contrat, le juge ou la loi autorisent certaines de nos hypothèses à négocier ou céder librement les titres, comme s'ils avaient la qualité pure et simple d'associés (propriétaires). Le conjoint, le fiduciaire et l'agent des sûretés participent à la gestion de l'investissement. L'agent des sûretés, en cas de défaillance de l'emprunteur, dispose des sûretés qui lui sont consenties. Cette sureté correspond au nantissement des actions dans le cadre de notre étude. Cette opération ne peut excéder la durée d'un prêt à long terme (autour de sept ans). L'agent des sûretés aura également besoin de liquidités. On peut en déduire que les titres changeront au moins deux à trois fois de propriétaire dans la durée prétendue du prêt. La fiducie, elle, est conçue pour une durée plus longue[360]. En pratique, celle-ci n'excède pas une durée de vingt-cinq à trente ans, car elle prend fin selon la volonté du constituant ou du bénéficiaire qui entre dans ses droits par maturité ou par le mécanisme de la succession. Le conjoint peut, au bénéfice de l'article 1832-2 du Code civil ou des mécanismes offerts par le régime primaire, procéder à une mutation, une vente des titres. Les titres sociaux du conjoint dans un régime de communauté sont alors susceptibles de changer de titulaire en fonction de la vie de couple et des choix des partenaires.

II. La critique de la notion d'associé

162. La notion d'associé a souvent été discutée. Cette discussion met en lumière l'absence de définition de l'associé (**A**) et constate par voie de conséquence la désuétude de la notion (**B**).

[358] Propos de A. PUJO, Colloque Annuel Parisien du DIU Juriste OHADA – L'apport de l'OHADA pour le capital-investissement en Afrique, 25 septembre 2015.
[359] J.-J. DAIGRE, « Pacte d'actionnaires et capital-risque. Typologie et appréciation », *Bull. Joly Sociétés*, février 1993 n°2.; Ces clauses entrent dans le champ de l'article 2-1 de l'AUSCGIE et sont donc en principe licites en droit OHADA, à la condition toutefois, de respecter le droit des obligations des États membres OHADA.
[360] La fiducie ne peut excéder 99 ans.

A. L'associé, une notion mal définie

163. La qualité de l'associé n'a jamais, en tant que telle, été considérée ni par le législateur OHADA, ni par le législateur français. Les nouvelles dispositions, dont on aurait pu attendre qu'elles se saisissent de la question, n'ont d'ailleurs eu pour résultat que d'accentuer cette carence, délaissant de façon continue la qualité d'associé. Avec l'introduction d'un titre II « la qualité d'associé » au sein de l'AUSCGIE, le législateur OHADA tente d'innover par rapport au droit français. En dépit de cette tentative, ce titre ne dispose que de critères négatifs ou des mesures relatives aux incapacités de l'associé[361]. La lettre de l'Acte Uniforme ne définit ainsi pas clairement l'associé.

164. Aucun critère n'a été identifié par le juge français ou le juge OHADA. Il en découle une confusion à laquelle doivent faire face les praticiens des deux droits lorsqu'ils sont confrontés à des interrogations sur la notion d'associé[362]. Or, c'est précisément ce constat (l'affirmation de son indéfinition) qui légitime sa discussion.

165. Il a souvent été question de définir l'associé à partir des critères du contrat de société[363]. On retrouve ces éléments dans l'article 1832 du Code civil français et l'article 4 AUSCGIE qui définit les associés comme les « *personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* »[364]. Cette démarche était justifiée car au sein de ces articles, seuls l'apport, *l'affectio societatis* et la vocation au résultat apparaissent seulement, au sein de l'article 1832 du Code civil et de l'article 4 de AUSCGIE, comme les condition de la validité du contrat de société. Il s'ensuit que leur existence n'est requise, aux termes de la loi, qu'au moment de la formation du contrat de société. En conséquence, ils ne peuvent être exigés que de l'associé qui participe à la création de la société et pas de celui qui acquiert la qualité d'associé durant l'exercice social. L'associé n'est plus uniquement celui qui œuvre à la création de

[361] Art 7 et S. AUSCGIE
[362] C.BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé, étude en droit français des sociétés*, Th, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2016 p. 614.
[363] Art. 4 AUSCGIE et Art 1832 C. Civ.
[364] L'Acte Uniforme fait des renvois implicite ou explicite au droit national de chaque Etat partie.

la société: d'autres personnes peuvent devenir associés en cours de vie sociale, notamment à la suite d'une circulation des titres. Les critères dont l'existence est indiscutable au moment de la conclusion du contrat de société peuvent se dissiper en cours de vie sociale, voire évoluer ou plus radicalement disparaître[365]. Le contrat de société est, lui-même, le résultat de la réunion de trois éléments cumulatifs et indépendants que sont l'apport, l'*affectio societatis* et la vocation au résultat[366]. Malgré cela, il semble que cette exigence dépasse les seules sociétés créées de fait et vaut pour tout contrat de société[367]. A notre sens, ces critères ne concourent pas à pleinement définir l'associé. La discussion portera, de manière successive, sur : la vocation au résultat (1), l'*affectio societatis* (2) et, en dernier lieu, l'apport (3).

1 – L'approche de la vocation au résultat

166. Pour lier le critère de la vocation au résultat à l'associé, et non plus au contrat de société, l'on pourrait faire référence à la terminologie employée par l'article 54 de l'AUSCGIE et de l'article 1844-1 du Code civil. Les seconds alinéas de ces textes imposent, en effet, de rechercher si chaque associé a bel et bien vocation au résultat lorsqu'il conclut le contrat de société[368]. Deux raisons amènent à écarter cette hypothèse.

167. Premièrement, l'article 1832 du Code civil et l'article 4 de l'AUSCGIE accordent à la vocation au résultat un rôle singulier : il s'agit d'une « finalité intéressée »[369], qui assigne un objectif au contrat de société et qui constitue la cause de l'engagement de chaque associé. Partant, il n'est pas naturel de penser que les articles 1832 et 4 de l'AUSCGIE confèrent à la vocation au résultat la force d'un critère définissant l'associé. Par ailleurs, son importance diffère nécessairement selon que l'on considère le contrat de société ou les contractants. Pour le contrat de société, la vocation au résultat représente sa raison d'être dans l'ordre

[365] C.BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé, étude en droit français des sociétés*, Th ; Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2016 p. 614.
[366] V. l'analyse de droit comparé de G. KESSLER, « Société créée de fait : les leçons du droit comparé », D. 2005, p. 86.
[367] CA Paris, 12 septembre 2002, 2ème ch. B., n° 2001/03899, AJ fam. 2003, p. 27.
[368] V. M. GERMAIN et V. MAGNIER, « Les apports : entre passé et avenir » in *L'apport en société dans tous ses états*, *BJS* 2009, p. 1148, § 232.
[369] M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 37, n° 68 et s.

juridique : à la lecture du texte, rien d'autre ne justifie l'existence d'une société[370]. En cela, la vocation au résultat est un élément indispensable à la formation du contrat. En revanche, s'agissant des contractants, le rôle de cet élément est nécessairement différent. Au mieux, il s'agit de la raison pour laquelle les contractants concluent le contrat de société, mais cela ne peut suffire à conférer aux contractants la qualité d'associé.

168. Deuxièmement, le souhait de participer au résultat ne peut suffire pour devenir associé. Une simple vocation, une simple finalité, ne peut opérer la transformation d'une qualité en droit. Par conséquent, il ne semble pas possible de considérer que le critère de la vocation au résultat constitue le critère d'acquisition de la qualité d'associé[371].

2 – L'approche de l'*affectio societatis*

169. En principe, tous les associés « *doivent faire preuve d'esprit d'équipe* »[372]. Mais est-ce pour autant qu'il faille en déduire que *l'affectio societatis* constitue un critère d'acquisition/de définition de la qualité d'associé ?

170. Une première approche pourrait effectivement conduire à penser que l'*affectio societatis* constitue, parmi les éléments du contrat de société, le critère d'acquisition de la qualité d'associé au motif qu'un associé dépourvu d'*affectio societatis* serait un « associé fictif ». Telle est l'opinion de certains auteurs : « *la Cour de cassation ne semble pas rejeter le raisonnement qui verrait dans le désintérêt d'un associé pour le fonctionnement de la société une modalité de disparition de l'affectio societatis, et la qualification d'associé fictif* »[373]. Un arrêt de la Cour de Justice de l'OHADA abonde également en ce sens[374].

171. L'*affectio societatis* doit être étudié à l'aune de l'associé unique et de l'associé personne morale.

---

[370] C. BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé, étude en droit français des sociétés*, Th ; Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2016 p. 614.
[371] C.BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé, étude en droit français des sociétés*, Th ; Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2016.
[372] Y. GUYON, « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. sociétés* 1989, p. 439.
[373] P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 76, n° 102.
[374] CCJA, arrêt n°018/2005 du 31 mars 2005

172. Le cas de l'associé unique n'est pas véritablement rédhibitoire[375]. Il est parfois considéré que, même dans la société unipersonnelle, l'*affectio societatis* n'est pas dépourvu de sens. Dans celle-ci, l'associé unique a eu la volonté de devenir membre d'une société qui, en tant que telle, a un patrimoine distinct du sien et dont la gestion devra répondre des intérêts qui lui sont propres. L'absence d'une telle volonté pourrait en effet faire juger que la société est fictive[376]. Dans des termes proches, d'autres auteurs expliquent que l'associé unique « *doit avoir la volonté de se comporter comme un associé, c'est-à-dire, ici, comme le membre d'une personne morale, en respectant l'objet social de celle-ci dans sa gestion quotidienne et en veillant à éviter toute confusion entre les biens qui composent le patrimoine social et ses biens personnels* »[377]. Cette opinion, qui repose sur une lecture de la notion adaptée à la singularité des structures unipersonnelles, apparaît difficilement contestable, sauf à défendre une vision restrictive de l'*affectio societatis*[378]. En somme, le fait que la volonté d'être associé puisse exister dans les sociétés unipersonnelles conduirait à ne pas écarter l'*affectio societatis* dans de telles sociétés[379].

173. Il faut ensuite déterminer si l'associé personne morale est animé par la volonté de jouer en collectif. De longue date, la jurisprudence et la doctrine admettent qu'une personne morale, d'ailleurs qualifiée par les auteurs AUBRY et RAU d'« Être de raison », puisse avoir des « sentiments »[380]. La Cour de cassation en a d'ailleurs fourni une illustration récente, en admettant qu'une personne morale pouvait subir un préjudice moral[381]. Ainsi, l'*affectio societatis* d'une personne morale se traduit vraisemblablement par le fait que la personne morale « *a eu la volonté de devenir membre d'une société qui, en tant que telle, a un patrimoine distinct du sien et*

[375] V. à ce sujet : J. DERRUPPÉ, « Les avatars de l'associé unique », in Mél. G. Daublon, *Defrénois*, 2001, p. 99.
[376] Y. CHARTIER, Droit des affaires, t. II, *Sociétés commerciales*, op. cit., p. 76, n° 23.
[377] A. COURET, A. CHARVÉRIAT et B. ZABALA, *Mémento Sociétés commerciales*, op. cit., n° 35611.
[378] Partageant la même conclusion, v. not. : Y. GUYON, « Affectio societatis *», J.-Cl. Sociétés* traité, fasc. 20-10, n° 13 ; A. COURET, A. CHARVÉRIAT et B. ZABALA, *Mémento Sociétés commerciales*, op. cit., n° 35611.
[379] C. BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé, étude en droit français des sociétés*, Th ; Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2016 p.614.
[380] C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, 4ème éd., t. I, Éd. ImProfesseur et libr. gén. de jurisProfesseur, Paris, 1869, p. 185, § 54.
[381] Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-10.278 : Rev. sociétés 2012, p. 620, note Ph. STOFFEL-MUNCK.

dont la gestion devra répondre à des intérêts qui lui sont propres»[382]. Or, une personne morale jouit d'un intérêt qui lui est propre : l'« intérêt social ». Il peut donc être admis que les actes d'une personne morale traduisent la volonté de suivre son propre intérêt. Ainsi, même si ce n'est que sous réserve de certains aménagements, l'*affectio societatis* d'une personne morale peut être accueilli dans son principe.

174. L'affirmation de l'*affectio societatis* comme constituant l'associé doit certainement être écartée. Il semble, en effet, que la véritable objection tienne, à l'instar du sort réservé à la vocation au résultat, à l'absence d'extériorisation de celle-ci[383].

3 – L'approche de l'apport

175. Lors de la formation de la société, l'apport est le premier acte que le « fondateur » doit accomplir, car de la mise en commun d'apports dépend l'existence de la société. Il est le « fondement », le soubassement, de toute société[384]. Le contrat de société oblige, en effet, dès sa conclusion, chaque signataire envers la société : « *chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie* »[385]. En outre, l'apport est un acte réservé à l'associé. M. le Professeur VIANDIER a montré que seuls les apporteurs étaient parties au contrat de société[386]. Des arrêts anciens se sont prononcés en ce sens également[387]. La jurisprudence contemporaine rendue à propos des prête-noms semble confirmer cette analyse : seul le mandant, véritable apporteur, se voit reconnaitre la qualité d'associé[388].

[382] Y. CHARTIER, Droit des affaires, t. II, Sociétés commerciales, op. cit., p. 76, n° 23.
[383] C. BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé, etude en droit français des sociétés*, Th ; Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2016. p.614.
[384] Selon le mot de A. VIANDIER in *La notion d'associé*, th. préc., p. 153, n° 154.
[385] Art 37 AUSCGIE et C. civ., art. 1843-3, al. 1.
[386] A. VIANDIER*, La notion d'associé*, th. préc., p. 158, n° 160 et s.
[387] Cass. civ., 11 avril 1927 : D. 1929, 1, p. 25. V. égal. CA Rouen, 6 juin 1973 : Rev. sociétés 1974, p. 740.
[388] V. not. Cass. com. 6 octobre 1953, préc.; com., 17 janvier 1955 : Bull. civ. III, p. 18, n° 25[illegible]; C. BARRLLON, le critère de la qualité d'associé, etude en droit français des sociétés, Th ; Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2016. P.614.

176. Enfin, le fait que l'apport extériorise la volonté de l'associé conduit à le préférer aux deux autres éléments du contrat de société[389]. En effet, cela a été démontré, la seule volonté de devenir associé n'est pas suffisante : il faut que cette volonté soit extériorisée par la personne. Or, telle est la fonction la plus évidente de l'apport. Ce dernier est identifiable, même s'il est en industrie, tandis que l'*affectio societatis* et la vocation au résultat sont des notions imperceptibles. Aussi, l'établissement des trois critères étant cumulatif pour conférer la qualité d'associé à une personne, il convient d'affirmer que la notion d'associé repose sur des fondements qui semblent être inébranlables. Il semble alors que qualifier une personne (physique, morale) d'associé, soit un acte difficile à établir. Les critères n'ayant pu résister à notre analyse, il serait difficile de les réunir pour définir l'associé.

B. Une notion désuète

177. Selon Bouddha : « *il n'existe rien de constant si ce n'est le changement* ». La notion d'associé participe à ce changement constant de notre monde. Elle s'inscrit dans un phénomène d'évolution très sensible en droit [390]. Il lui est nécessaire de répondre aux exigences nouvelles et en particulier aux sollicitations incidentes de l'« économie de marché »[391] et de la volonté politique[392].

178. La règle juridique, considérée comme « le reflet de ces mutations »[393] en raison de la fonction qui est la sienne, est donc assujettie à un « continuel renouvellement »[394] et suit un mouvement permanent d'adaptation aux mutations

[389] V. en partic. P. LE CANNU, « Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil », *BJS* 2012, n° 9, p. 672.
[390] V. R. SAVATIER, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui », 1ère série, Panorama des mutations, 3ème éd., Dalloz, 1964, p. 14.
[391] V. J. SAPIR, *La fin de l'eurolibéralisme*, Éd. Le seuil, 2006, p. 82 : ce terme appartiendrait au « vocabulaire politique » et pas à la « tradition économique ».
[392] V. G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial,* L.G.D.J., 1948, préface, 1er août 1947, VII. V. égal. F. TEFFO, *L'influence des objectifs gouvernementaux sur l'évolution du droit des société*s, th., Dalloz, 2014, préf. Ch. HANNOUN. ; F. NAGNE, La sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone : Le droit OHADA, compte rendu du colloque organisé par le Centre de Droit Economique le 20 mars 2009, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2010.
[393] J. MOURY, « Le risque », avant-propos, in Rapp. Annuel de la Cour de cassation, 2011, Troisième partie, Étude, p. 75, spéc. p. 79.
[394] R. SAVATIER, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui », 1ère série, Panorama des mutations, op. cit., p. 5.

sociales[395]. Mais, si la modification d'une règle de droit est perceptible parce qu'elle est le résultat d'un acte normatif, la transformation des notions juridiques fondamentales, lorsqu'elle se réalise, est souvent bien plus discrète. Les changements dont le droit des sociétés, français et OHADA, est l'objet, que ceux-ci soient dus à l'intervention du législateur ou à l'ingéniosité des praticiens, modifient continuellement la qualité d'associé[396].

1 – L'analyse des hypothèses du secteur formel contribuant à la désuétude de la notion d'associé

179. Selon le Professeur VIANDIER, il existe des « participants » à la vie sociale qui sont de plus en plus nombreux et les démarcations entre les différents acteurs sont, corrélativement, de moins en moins nettes[397]. Il existe des personnes qui nous font réfléchir quant à l'utilité de l'associé. Ces personnes ont les prérogatives de l'associé, on citera à titre d'exemple l'usufruitier ; d'autres en ont l'apparence, comme le porteur ou le fiduciaire ; et d'autres encore, sont considérées comme des associés, alors qu'ils n'en ont pas tous les attributs, comme le conjoint, le détenteur de valeurs mobilières ou le locataire de titres sociaux[398]. En raison de cette diversification, le droit des sociétés « *paraît tomber dans une casuistique incompréhensible aux honnêtes gens* »[399]. Et cette manifestation n'est pas sans conséquence sur l'associé : enserrée dans ce mouvement perpétuel, la qualité d'associé a évolué au cours des années passées et est devenue une source d'interrogations multiples, au point que l'utilité de cette notion est discutée. A la question « faut-il être associé au sein d'une société pour avoir les prérogatives de l'associé ? », nous répondons par la négative.

180. La nouvelle pratique dans le cadre d'une prise de participation au sein d'une société est de recourir aux valeurs mobilières composées plutôt qu'aux actions.

[395] V. à ce sujet : F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Le système juridique entre ordre et désordre, P.U.F., Paris, 1988.
[396] V. J. BONNECASE, « Aperçu sur l'évolution de la structure légale des sociétés commerciales françaises de 1804 à l'heure actuelle », Rev. Sociétés 1933, p. 157.
[397] Selon le mot de M. le Professeur Viandier ; v. A. VIANDIER, *La notion d'associé*, th. préc., p. 258, n° 263 et s., définissant le participant comme « tout sujet de droit ne pouvant pas être qualifié de tiers ou d'associé d'une société donnée ».
[398] V. en partic. C. COUPET, *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, th., LG.D.J., 2015, préf. H. SYNVET, p. 267, n° 264 et s.
[399] R. RODIERE in D. 1955, p. 729, 4ème partie, spéc. p. 730, col. I.

Aux termes de l'article L.228-105 du Code de commerce, les titulaires des valeurs mobilières donnant accès au capital disposent d'un droit de communication des documents sociaux transmis par la société aux actionnaires ou mis à leur disposition. Les règles de fonctionnement et d'organisation sont identiques à celles fixées pour les masses d'obligataires aux articles L.228-47 à L.228-64 du Code de commerce. Les représentants du groupement d'obligataires ne peuvent s'immiscer dans la gestion de la société. Ils peuvent participer aux assemblées des actionnaires, mais sans voix délibérative, ce qui peut convenir à un investisseur[400]. Ils ont le droit d'obtenir communication des documents mis à la disposition des actionnaires et dans les mêmes conditions que ceux-ci[401]. Cette protection est la même pour l'associé d'une société de droit français ou de droit OHADA[402].

181. L'Acte Uniforme ne dispose pas de l'usufruit. Toutefois, il faut se souvenir qu'il existe un mimétisme législatif entre la France et les pays de l'OHADA, de sorte que les dispositions sont les mêmes[403]. En droit français, les titres sociaux soumis à l'usufruit font l'objet d'un démembrement de la propriété. Il convient d'en déduire que la qualité d'associé peut également faire l'objet d'un démembrement. Le droit de vote appartiendrait à l'usufruitier pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices et il concentre sur sa tête la totalité du pouvoir politique[404]. Il faut rappeler que l'usufruitier est associé à certaines décisions auxquelles le nu-propriétaire ne l'est pas[405]. Il s'intéresse au fonctionnement de la société et au profit que celle-ci dégage[406]. L'usufruitier n'a donc pas besoin d'être pleinement un associé pour jouir des prérogatives de l'associé. La « simple » qualité d'usufruitier lui permet de participer à la gestion et de percevoir les dividendes. La nue-propriété lui est alors sans intérêt.

[400] Cet argument est valable aussi bien dans le cas de la love money que dans le cas où il y aurait un investisseur. Il existe des actions sans droite de vote qui sont attribués aux investisseurs.
[401] V. Art. 791 AUSCGIE.
[402] V. Art 822-8 et S ; Art. L. 225-181 et 228-99 C. Com.
[403] V. pour illustration, les pays tels que la Côte d'ivoire, le Togo, le Bénin, le Niger, le Cameroun utilisent le Code civil avant la réforme du 10 février 2016.
[404] M. COZIAN, « Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? », *JCP E* 1994, 374.
[405] V. Art 1844 C. Civ.
[406] P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, t. II, Les sociétés commerciales, op. cit., p. 209, n° 243. Add. P. DIDIER, note ss. Cass. civ. 3ème, 2 mars 1994, *Rev. Sociétés* 1995, p. 41.

182. La situation du conjoint s'apparente à celle de l'usufruitier tout particulièrement lorsqu' il est soumis à un régime de communauté. Le conjoint n'est pas associé de la société, mais bénéficie de son fruit et ce au moins pour moitié[407]. Il n'a donc pas besoin de se prévaloir du mécanisme de l'article 1832-2 pour devenir associé. Le conjoint a également un pouvoir de contrôle sur les apports en nature de son conjoint. Le consentement de celui-ci est alors nécessaire[408]. En outre, le conjoint peut être autorisé en justice à passer des actes concernant les titres sociaux de l'autre conjoint. Cette mesure intervient principalement quand le couple est en crise ou par simple mandat[409]. Sous réserve du droit coutumier dans l'espace OHADA ou d'une pression exercée par le conjoint, nous pensons que ces dispositions peuvent être maintenues[410]. Le conjoint n'a pas besoin d'être qualifié d'associé pour jouir du bénéfice que peut conférer la qualité d'associé.

2 – L'analyse des hypothèses du secteur informel contribuant à la désuétude de la notion d'associé de l'espace OHADA

183. Dans la pratique des affaires ou du commerce de la zone OHADA, la Nana Benz et les constituants du *Work and Pay* se défont de la qualité d'associé. Le législateur a tenté de pallier cette attitude en créant le statut de l'entreprenant. Il s'adresse à toute personne physique qui entreprend une activité professionnelle peu importante au regard du chiffre d'affaires[411].

184. La Nana Benz pourrait entrer dans ce champ, mais nous constatons que la pratique est réticente à ce texte. La Nana Benz, qui exerce une activité de commerçante, peut, sur simple déclaration, adhérer au statut de l'entreprenant. Ce statut révèle pourtant des inconvénients à sa profession. L'entreprenant n'a par exemple pas droit à la fixation judiciaire du loyer en cas de renouvellement[412]. En outre, le législateur OHADA a amputé le droit au renouvellement du bail à usage professionnel. Il est alors difficile de choisir d'être entreprenant si ce n'est pour perdre un droit déjà acquis. A titre de comparaison, la loi française du 4 août 2008

[407] Civ. 1ère 4 juillet 2012, n°11-13.384 P : D. 2012. 2493, note Barabé-Bouchard.
[408] V. art 1427 et 1832-2 du C.civ.
[409] V. les articles 219 et S. du Code civil.
[410] Il existe dans l'espace OHADA de notre étude un pouvoir patriarcal encore très fort, la notion du bon père de famille n'a ni été remplacé dans les textes ni dans les comportements des justiciables.
[411] V. Art 30 AUDCG et Art. 13 AUOHC.
[412] Art 134 al 2 AUDCG.

dispose que l'auto-entrepreneur n'a pas droit au bail commercial, car il n'est pas immatriculé. C'est beaucoup moins compréhensible quand, en droit OHADA, le bail professionnel est ouvert à toutes les personnes juridiques. Ces dispositions ne sont pas de nature à rassurer la Nana Benz et à lui donner envie d'exercer son activité professionnelle sous le statut d'entreprenante. En effet, une phobie administrative peut être déclenchée par la lourdeur du processus administratif et la quantité de pièces justificatives. Les pièces demandées s'apparentent à une immatriculation.[413] Aussi, les allègements fiscaux restent, dans la pratique, virtuels, puisque l'Acte Uniforme se contente de demander aux États membres de prendre « *des mesures incitatives pour l'activité de l'entreprenant*[414] ». Au surplus, le statut de l'entreprenant est précaire parce que lié à l'importance du chiffre d'affaires. Si les affaires fleurissent, il faut alors changer de statut[415]. Celle qui ne voulait pas être associée au départ d'une structure « traditionnelle » ne va pas embrasser une structure précaire, surtout quand on sait que c'est une activité florissante. En effet, la Nana Benz n'a pas besoin de devenir associé pour exercer son activité. Il est alors aisé de comprendre qu'une personne dont la culture de l'informel est profondément ancrée dans son mode de pensée ne peut recourir à l'engagement sociétaire.

185. Dans le cas des constituant du *Work and Pay*, les deux personnes constituantes ne peuvent être entrepreneur individuel dans la même structure. La structure sociétaire nécessite un associé et un entrepreneur individuel ou un associé et un salarié, en fonction de la volonté des parties. Contrairement à la Nana Benz, l'activité de *Work and Pay* ne nécessite pas la conclusion d'un bail professionnel, car le bien objet de la convention est garé chez le propriétaire. En outre, la nature des liens entre les parties ne suppose pas un statut d'entreprenant. Enfin, le chauffeur désirant acquérir le véhicule terrestre à moteur n'a pas l'intention de s'associer au propriétaire du véhicule. Il travaille et paie le propriétaire du véhicule pour qu'il le lui cède. Les seuils de l'article 13 AUOHC ne sont presque jamais atteints. Les constituants ne peuvent recourir à l'engagement sociétaire puisque cela ne s'inscrit ni dans la pratique culturelle de cette activité, ni dans leur

[413] Titre II, Statut de l'entreprenant, AUDCG.
[414] Art. 30 AUDCG Al 7.
[415] Art. 30 AUDCG et Art. 13 AUOHC.

intérêt[416]. La simple participation à la production des fruits suffit amplement aux parties intéressées.

186. Une application extensive du Code civil permet aujourd'hui de donner en bail des titres sociaux[417]. Il a été établi que la location ne conférait pas aux bailleurs la qualité d'associé[418]. En effet, le partage de compétence entre le locataire et le bailleur est identique à celui entre l'usufruitier et le nu-propriétaire[419]. Le locataire dispose et jouit de ces actions ou parts sociales durant une durée déterminée et en perçoit les dividendes éventuels. Il participe aux assemblées générales ordinaires avec droit de vote. A l'issue du contrat de bail, il est possible de prévoir trois options : 1) le renouvellement du contrat de location dans les mêmes conditions que le bail initial, 2) la cession des droits sociaux et 3) la fin du contrat et l'absence de cession. On constate alors que la location de titres sociaux se distingue du crédit-bail de parts sociales ou d'actions dans la mesure où, dans le crédit-bail, le preneur dispose d'une option d'achat dont ne dispose pas le locataire. Les options disponibles montrent bien que la possibilité de devenir associé n'est qu'une faculté. Elle n'est pas une condition obligatoire. Les options dites 1 et 3 laissent au locataire les prérogatives de la qualité d'associé qui intéressent. Cette affirmation est confirmée par le fait que la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises dispose d'un régime fiscal attractif : les locations de titres sociaux. Le locataire peut donc décider de rester dans « l'entre deux ».

[416] Y.HELIOS, « le Work and Pay, », *Université de Lomé*, 24 février 2020.
[417] Le contrat de location d'actions ou de parts sociales est d'abord un contrat de location au sens de l'article 1713 du Code civil qui dispose que l'on peut louer toutes sortes de biens meubles. Voir aussi la loi du 2 août 2005.
[418] V. Art L.239-2 C. com.
[419] V. Art L.239-3 C. com.

Conclusion du chapitre 1

187. Le caractère contractuel de l'apport a été démontré. Le caractère systématique de la remise de titres au tiers qui effectue un apport peut être affirmé. L'apport en société doit alors être sincère et réel. Sincère, parce que l'intéressé doit avoir la volonté d'apporter un bien, quel qu'il soit, à la société. Réel, parce que le transfert de propriété doit être matériellement constaté et non faire l'objet d'une fiction.

188. La pratique et les législateurs français et OHADA ont multiplié les hypothèses où l'apport tend à tomber en désuétude. Ce phénomène profite à des notions de notre étude, telles que les valeurs mobilières, le portage ou encore la tontine. Les « participants » à la société tels que décrits par le Professeur VIANDIER deviennent de plus en plus récurrents. Ils contribuent au capital de la société sans réaliser d'apport tel que reconnu par le droit OHADA et le droit français. Il apparait que le lien envers la société relève plus du lien d'investissement que de l'apport.

189. Nos hypothèses issues du secteur informel, bien que créant des sociétés et se comportant comme des associés, ne réalisent pas d'apport. Il faut alors entendre que ces dernières se comportent elles aussi comme des investisseurs, tout comme le porteur ou encore le détenteur de valeurs mobilières composées donnant accès au capital.

190. Cet apport, qui serait devenu une forme d'investissement, induirait l'intéressé à un comportement différent. En effet, ce dernier pourrait avoir un comportement plus qu'hostile à la contribution aux pertes de la société.

Chapitre 2. La discussion de la volonté de contribuer aux pertes

191. Il a été observé que le postulant au groupement ne devient associé qu'à partir du moment où il acquiert un droit à restitution sur la valeur affectée à l'activité sociale. Pour autant, ce droit n'est pas acquis, puisque l'associé ne peut obtenir restitution de cette valeur qu'en l'absence de perte sociale. En cas de pertes, ce droit disparaît. Cependant, certains associés souhaitent se soustraire aux pertes et aux risques sociaux (**Section 1**). Il en est également ainsi dans l'hypothèse où ces personnes disposent de limites matérielles (**Section 2**).

Section 1. L'étude de la vocation à contribuer aux pertes

192. Il existe de la part de nos hypothèses une volonté de rejeter le passif de la société (**A**). Cette volonté se traduit par une pratique du rejet des pertes (**B**).

I. Une volonté de rejet du passif de la société

193. Les associés veulent de moins en moins supporter les pertes de la société (**A**)[420]. La volonté de ne pas contribuer aux pertes de nos hypothèses découle de la non qualification en apport de la mise à contribution réalisée (**B**).

A. Un affaiblissement récent de la contribution aux pertes

194. Les hypothèses étudiées dans notre travail ne veulent pas contribuer aux pertes, mais veulent profiter de l'économie ou du profit réalisé. Celles-ci disposent des prérogatives de l'associé, mais sont considérées comme étant les créanciers de la société. Cette volonté de ne pas contribuer aux pertes est celle qui guide/anime l'investisseur et non l'associé. L'investisseur est animé par une stratégie de dépense minimale pour un profit maximal[421]. La tontine, aussi bien dans nos droits africains qu'en droit français, s'inscrit bien dans cette logique.

195. Selon RIMBAUD, « *c'est perdre son argent que de perdre son temps* »[422]. Personne n'aime perdre son temps ni son argent. Afin de ne perdre ni l'un ni l'autre, les parties s'en réfèrent soit à des *due diligence* éprouvantes, soit au mécanisme contractuel. En droit français et en droit OHADA, l'associé est en contrat avec la société. Il s'engage, d'une part, à donner de son temps à la société (participer aux assemblées générales, etc.) et, d'autre part, de son argent à la

[420] D. VIDAL, *Droit des sociétés*, 7ème éd., L.G.D.J., 2010, p. 35, n° 55 ; Ph. MERLE, *Droit commercial*, Sociétés commerciales, op. cit., p. 69, n° 54. V. égal. D. RANDOUX, note ss. Cass. com., 3 mars 1975, préc. ; P. CARCREFF, « Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes », préc. ;

[421] G. DENGLOS, « Faut-il rejeter le principe de maximisation de la valeur actionnariale ? », *Revue française de gestion*, 2008/4 (n° 184), p. 71-88. DOI : 10.3166/rfg.184.71-88. URL : https://www.cairn-int.info/revue-francaise-de-gestion-2008-4-page-71.htm.

[422] A. RIMBAUD, Lettre - 5 novembre 1887.

société[423]. En contrepartie, celle-ci s'engage à lui verser des profits[424]. Il peut toutefois arriver que la société ne réalise pas de profit. Elle ne sera donc pas en mesure de dégager des bénéfices.

196. Partant de ce constat, la société peut avoir besoin de capitaux au cours de sa vie. Les associés sont alors tenus de fournir les apports nécessaires[425]. En fin de vie de la société intervient la contribution aux pertes[426]. Cette dernière ne concerne que les rapports entre associés et c'est à la liquidation de la société que se déterminera la contribution de chaque associé aux pertes éventuelles[427].

197. Les auteurs semblent unanimement considérer que la perte à laquelle l'associé est tenu de contribuer ne peut être constatée qu'après la dissolution de la société[428]. En d'autres termes, il court le risque de voir son patrimoine réduit, à hauteur de cette valeur, par l'effet du contrat de société si, « *au terme de la société, il ne reste pas assez d'actifs pour restituer aux associés ce qu'ils avaient apporté lors de la constitution ou en cours de vie sociale de sorte que ces associés se sont appauvris* »[429]. Par cet appauvrissement, l'associé supportera la charge de l'échec de l'activité sociale qui lui incombe. Cette analyse du risque de l'associé diffère donc de la manifestation de ce risque à la liquidation de la société. Cependant, cette conception est parfois discutée. Certaines décisions de justice et certains auteurs laissent penser que la contribution aux pertes pourrait être sollicitée de manière anticipée[430]. Il en serait ainsi par la volonté des parties, lorsqu'une clause statutaire le prévoit, ou bien encore dans le cadre d'une opération de reconstitution des capitaux propres. Nous ne partageons pas cette analyse.

[423] Art 1832 C. Civ. et Art 37 AUSCGIE.
[424] Art. L 232-12 C. Com et L232-13 C.Com ; Art. 53 AUSCGIE.
[425] B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Droit privé, 6e éd., 2019
[426] A. FAUCHON, Ph. MERLE, *Droit commercial*. Sociétés commerciales (Édition 2019-2020), Droit privé, 23e éd., 2019.
[427] V. MAGNIER, *Droit des sociétés,* Droit privé, 9e éd., 2020, p.545.
[428] J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Droit commercial*, 2ème éd., t. I, vol. 2, op. cit., p. 48, n° 405 ; Y. CHARTIER, Droit des affaires, t. II, Sociétés commerciales, 3ème éd., op. cit., p. 72, n° 21 et p. 132, n° 57 ; P. DIDIER, Droit commercial, 3ème éd., t. II, op. cit., p. 52 ; Y. GUYON, Droit des affaires, t. I, Droit commercial général et sociétés, op. cit., p. 124, n° 123 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, Droit des sociétés, op. cit., p. 78, n° 144 ;
[429] F.-X. LUCAS, « Théorie des bénéfices et des pertes », *J.-Cl. Sociétés* Traité, préc., n° 16.
[430] C.BARRLLON, le critère de la qualité d'associé, Presses Universitaires Aix-Marseille, Décembre 2017, p. 660.

198. Selon certains, « *pour la réalisation de la contribution anticipée aux pertes, les statuts peuvent prévoir des appels de fonds réguliers ou des appels de fonds variables selon la situation financière de la société* »[431].

199. Bien que caractérisé par une « *mise à disposition* »[432] et un « *transfert de pouvoirs d'usage* »[433], l'apport en jouissance constitue un véritable apport en société[434]. De ce fait, la qualité d'associé de l'apporteur en jouissance n'est pas contestée. Cependant, une partie de la doctrine considère qu'il ne contribuait pas réellement aux pertes. Selon cette opinion, la situation de l'apporteur en jouissance ferait donc exception à l'engagement « *caractéristique de la qualité d'associé* »[435] que constitue la contribution aux pertes. Telle était, en particulier, l'opinion de THALLER. Il estime que, l'apporteur en jouissance n'éprouverait qu'un simple manque à gagner : sa contribution aux pertes ne serait donc que théorique. Pour cette raison, THALLER avance que « *la valeur ainsi constituée [est] soustraite au risque social (...)* »[436] puisqu'elle est appelée à être restituée à l'apporteur[437].

200. Selon certains auteurs, il semble légitime de considérer que « le bailleur de fonds » a la qualité d'associé et qu'il doit bénéficier des prérogatives et des sujétions qui y sont attachées[438]. Mais d'autres ont, au contraire, proposé de distinguer le bailleur de fonds de l'authentique associé[439]. Nous souscrivons à cette analyse.

---

[431] D. GALLOIS-COCHET, « Associé », Joly Sociétés, 2015, n° 480.
[432] V. en partic. P. SCHWAB, « Quelques considérations sur l'apport en jouissance dans les sociétés de capitaux », L'informateur du Chef d'Entreprise, 1952, p. 159, cité par C. Regnaut-Moutier, La notion d'apport en jouissance, th. préc., p. 1, n° 1 ; N. DECOOPMAN, « La notion de mise à disposition », préc. ; M. GEMINET, « Les quasi-apports en société », Rev. sociétés 1987, p. 25.
[433] C. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, th. préc., p. 14 et s.
[434] C. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, th. préc., p. 316, n° 317.
[435] C. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, *op.cit.*
[436] E. THALLER, note ss. CA Amiens, 26 mai 1906 : S. 1909, II, p. 9. V. égal. du même auteur, note ss. le même arrêt in D. 1907, II, p. 25. Add. précéd. H. BONFILS, note in Revue critique de législation et de jurisprudence 1895, p. 546.
[437] Encore qu'il admettait cette restitution en cas d'apport d'un corps certain. V. E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5ème éd., op. cit., p. 240, n° 388.
[438] C.BARRLLON, *les critères de la qualité d'associé*, th. Université Paris Ouest Nanterre, 2016. p.614.
[439] V. égal., proposant de distinguer « l'associé-investisseur » de « l'associé-entrepreneur », à partir du critère de l'activité principale, selon que celle-ci est exercée en dehors ou au sein de la société : D. GUTMANN, « L'associé, investisseur ou entrepreneur ? Réflexions fiscales sur le statut de l'associé de société », in Mél. P. LE CANNU, op. cit., p. 315.

201. Il est parfois soutenu par la doctrine française que le « bailleur de fonds » n'est pas un authentique associé[440]. Nous n'avons pas trouvé d'élément correspondant dans la doctrine OHADA. Nous sommes toutefois tentés de penser que les sujets de droits OHADA ne considèreront pas les bailleurs de fonds comme étant des associés. Dans la lignée de nos précédents propos, seul l'authentique associé est véritablement exposé au risque social[441]. Cette opinion a été émise à la suite de la jurisprudence sur les promesses d'achat à prix minimum garanti. Les auteurs considèrent, en effet, que si la Cour de cassation a pris le soin de préciser que ces promesses étaient valables au motif que le bénéficiaire est « avant tout un bailleur de fonds » qui effectue un « investissement », ces critères doivent être considérés comme des conditions. En suivant ce raisonnement, dès lors que le bénéficiaire n'est pas un investisseur, la promesse de rachat à prix minimum garanti est nécessairement léonine. Nous ne souscrivons pas à cette analyse. En raison de la conception de la contribution aux pertes que nous avons retenue, la qualité de l'acquéreur, qu'il soit un associé en titre ou un investisseur extérieur, paraît indifférente. Le premier et le second sont assujettis au risque social dès lors que l'acquisition a été rendue opposable à la société, peu important qu'ils bénéficient ou non d'un engagement privilégié de rachat. En effet, quels que soient son intention et ses projets financiers, l'acquéreur de titres qui bénéficie d'une telle promesse demeure exposé au risque de perdre son droit à restitution si la dissolution intervient avant qu'il n'ait revendu les titres acquis ou si le capital est réduit en raison de l'existence de pertes. Précédemment, nous avons établi que le bailleur de fonds ou l'investisseur ne « reste pas dans la société ». Il est en quête de profit. Dès lors que les prévisions de profits sont atteintes, la période de vente des titres s'ouvre de sorte qu'il a quitté la société bien avant que celle-ci ne connaisse un destin funeste.

---

[440] V. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, op. cit., p. 91, n° 39 (raisonnement sur l'actionnaire des marchés financiers, a fortiori transposable au bailleur de fonds : « c'est un singulier abus du raisonnement logique que de voir dans cet acquéreur le successeur de l'associé primitif ». Add. C. CHAMPAUD, Le pouvoir de concentration de la société par actions, th. préc., spéc. n° 26 ; D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, th. préc., spéc., n° 12. V. égal. F.-X. LUCAS, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? », préc. ; F.-X. LUCAS, « Du contrat de société au contrat d'investissement », préc. ; A. DALION et A. TADROS, « La catégorisation des actionnaires, un pas de plus ou un pas de trop ? Libre propos sur les perspectives d'évolution du droit des sociétés », *BJB* 2009, p. 406, § 57 ; F.-X. LUCAS, note ss. CA Paris, 7 février 2013, préc..

[441] F.-X. LUCAS, « Être ou ne pas être associé », *BJS* 2011, p. 941, § 551.

202. Un deuxième argument viendrait en soutien de notre propos. La Cour de cassation semble opérer une distinction entre l'associé et le bailleur de fonds à propos d'une opération de capital investissement avec un engagement de rachat minimum. Elle mentionne que le capital investisseur est « avant tout » un bailleur de fonds[442]. Ici, nous estimons que l'engagement unilatéral de rachat vient, d'une part, déterminer la durée de l'investissement et, d'autre part, empêcher la persistance de l'investissement jusqu'au moment où la contribution aux pertes est exigée. Nous pensons alors que le bailleur de fonds, le capital investisseur tel que connu par le droit français et le droit OHADA, ne contribue pas aux pertes parce qu'il quitte la société avant l'échéance. Il en est de même pour l'investisseur.

203. L'arrêt *Belkhefa*[443] vient illustrer une de nos hypothèses : celle du porteur dans le cadre d'une convention de portage. Comment peut-on affirmer que ce dernier souhaite contribuer aux pertes de la société ou tout simplement contribuer aux pertes en tant qu'associé ? Le porteur bénéficie d'une promesse d'achat à prix minimum garanti. La conclusion de la période de portage peut intervenir à tout moment de la vie de la société, de sorte que l'on ne peut affirmer avec certitude qu'il existe un risque plus grand ou plus faible qu'il contribue aux pertes. Il est alors dans leur nature de mesurer le coût temps/profit. Il faut déduire de la période de portage que celle-ci prendra forcément fin avant l'exigence de la contribution aux pertes.

204. Il nous semble utile de rappeler que l'interdiction des clauses léonines est aujourd'hui édictée par l'art. 54 AUSCGIE. Avant la loi du 4 janvier 1978, l'art.1855 du Code civil, applicable en l'espèce, déclarait nulles « *la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices* » et *« la stipulation qui affranchira de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés* ». Désormais, l'art. 1844-1 du Code civil et l'art. 54 AUSCGIE traduisent la même idée, dans des termes légèrement différents : « *La stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonération de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit en mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non*

[442] V. Arret *Belkhelfa* du 16 novembre 2004.
[443] Cass. Com. 22 fevrier 2005, Rev. soc. 2005, p.595 note LE NABASQUE.

écrites ». La différence entre les deux dispositions réside essentiellement en ce que l'art. 1844-1 nouveau répute la clause simplement non écrite, de telle sorte qu'elle n'affecte pas le contrat[444], alors que l'article 1855 ancien édictait la nullité de la « stipulation » ou de la « convention » ce qui, bien que n'obligeant pas le juge à prononcer la nullité de la convention entière, lui laissait cependant un pouvoir d'appréciation[445]. En revanche, le domaine de l'interdiction peut être considéré comme identique, en dépit du changement dans les termes employés[446].

205. On a répondu à cela que le porteur n'entend pas être dispensé de la seule participation aux pertes, mais qu'il sacrifiait en même temps ses chances de gain dans la société, lesquelles se traduiraient à l'inverse par une hausse du prix réel des actions[447]. L'équilibre rétabli entre la non-participation aux pertes comme aux bénéfices sociaux conduirait, toujours selon cette opinion, à écarter la qualification de clause léonine[448].

B. L'application de la discussion de la contribution aux pertes à nos hypothèses

a – Cas de la tontine

206. Nous poursuivons notre travail de recherche avec la tontine, une hypothèse existante en droit français et en droit OHADA, particulièrement dans la sphère familiale et de gestion du patrimoine. En droit français, la pratique dénomme la tontine « clause d'accroissement », ou encore « pacte tontinier ». La définition jurisprudentielle et doctrinale est la suivante : c'est une double condition suspensive et résolutoire (condition suspensive de survie et condition résolutoire de prédécès) ; l'acquisition est faite au profit du survivant des acquéreurs, et, à raison de l'effet rétroactif de la condition, les prédécédés sont censés n'avoir

[444] Cette solution prévaut lorsque la clause est insérée dans les statuts (cf. G. RIPERT (et R., ROBLOT Traité élémentaire de droit commercial, n. 782; cf. Également art.360, L. 24 juillet 1966 qui consacre expressément la solution pour les SA et les SARL). En revanche, lorsqu'on applique l'art. 1844-1 à une promesse de cession, la nullité de la clause a pour effet de priver le contrat de prix, et partant, d'entraîner la nullité du contrat entier.
[445] Civ. 1ère , 26 janvier 1988, Bull. Joly 1988. p.197.
[446] Cf. W. LE BRAS, « les promesses de cession de droits sociaux et l'interdiction des clauses léonines », *Bull. Joly* 1986. N°5, p. 587; note MERLE sous com. 10 février 1981, *Rev. Sociétés* 1982. p.98.
[447] Ch.), Goyet (n. sous : Trib. Com. Nantes, 1er juillet 1988, précité, p.213.
[448] Cass. Com. 16 novembre 2004, *Bull. Joly* 2005, p.270, note MATHEY, D. 2004, 3144, obs LIENHARD, 2005, p.111, obs. C. CHAMPAUD et DANET, Rev. Dr. des banc. janvier-février. 2007, p.32, obs.COURET.

jamais eu aucun droit à la propriété du bien. Sauf que cela n'importe plus aux prédécédés, les morts ne jouissant ni n'ayant de pouvoir sur rien[449]. Durant leur vie, les tontiniers ont sur le bien des droits concurrents, notamment celui d'en jouir indivisément et, en l'absence d'indivision, l'un des acquéreurs ne peut prétendre se prévaloir des règles régissant les indivisions de droit commun, notamment les dispositions de l'article 815-9 du Code civil relatives à l'indemnisation en cas d'utilisation privative de la chose indivise par l'un des co-indivisaires[450]. On ne peut alors envisager une perte de leur part, car ils jouissent chacun pleinement de leurs biens alternativement ou ensemble jusqu'à leur décès. La clause de tontine peut être stipulée dans des statuts de société sous réserve de convention fictive ou d'optimisation fiscale[451]. Il est alors difficile de considérer qu'il y a une perte. Dans l'espace OHADA, il avait été précédemment établi que la tontine avait une pratique différente. Elle revêt l'apparence d'une société de placement[452]. Toute société, *a fortiori* toute société de placement, peut avoir des résultats négatifs comme des résultats positifs. Or, comme nous l'avons analysé précédemment, le fort lien social existant entre les membres de cette société de placement empêche les résultats négatifs[453]. Les cotisations dues sont payées en temps et en heure et pour que l'activité s'arrête, tous les membres doivent avoir reçu leur attribution[454]. En outre, la personne qui recrute une autre personne pour intégrer la tontine se porte caution de celle-ci[455]. Il est donc permis de penser qu'une société de tontine ne peut subir de pertes dans ses comptes.

b – Cas du *Work and Pay*

[449] C'est clause est valide, et cette situation où les héritiers de la personne mariée verraient leur réserve diminuer ne peuvent rien faire (Cass. ass. plén., 29 octobre 2004,)
[450] Dans le même sens 1ère Chambre civile 9 novembre 2011, n°10-21710, BICC n°757 du 1er mars 2012.
[451] V. Art. 754 A du CGI. Propos recueilli par Le Village de la Justice auprès de J-P JACQUOT, « les jours heureux de la tontine », 16 novembre 2017.
[452] P. RODMACQ, « Comment utiliser le financement participatif sur internet », *Entreprendre en Afrique* Financement, p.1.
[453] R. LOWE, 2005, « Tontines in Africa: a case study of Cameroon », *The African Reinsurer*, volume 019, p. 32.
[454] W. TADJUDJE, « le cautionnement mutel et l'inclusion financière en Afrique », *Revue de l'ERSUMA: Droit des affaires – Pratique Professionnelle*, N° 6 – Janvier 2016.
[455] il faut considérer que la Tontine fonctionne comme une société de cautionnement mutuel. W. TADJUDJE, « le cautionnement mutel et l'inclusion financière en Afrique », *Revue de l'ERSUMA:* Droit des affaires – Pratique Professionnelle, N° 6 – Janvier 2016.
S. EUZEN, 1998, « Le cautionnement mutuel à l'épreuve du droit de l'immobilier », *Dalloz-Actualité juridique droit immobilier*, 1998, p. 246 et s.

207. L'associé du *Work and Pay* contribuerait-il aux pertes ? A notre sens, cela est discutable. Empiriquement, le *Work and Pay* ne nécessite pas la mobilisation de gros investissements. Sa popularité dans l'ensemble de l'espace OHADA, et même dans les pays voisins, s'explique d'ailleurs par le faible investissement requit[456]. La voiture et les liquidités pour rendre la monnaie aux voyageurs ou acheter de l'essence peuvent constituer les apports pour la réalisation de l'activité. Plusieurs pertes peuvent être identifiées : la voiture sort du patrimoine de l'associé, un accident de voiture se produit, des cas de vols ou de corruption sur les trajets sont constatés.

208. La sortie de la voiture du patrimoine de l'associé, au profit de la constitution de la société de *Work and Pay*, revêt deux objections. Premièrement, l'apport en nature suppose réellement un transfert de propriété au profit de la société, même si celle-ci est de fait. Cet apport doit être réel et non fictif. Deuxièmement, le principe de l'activité de *Work and Pay* est de transférer la propriété de la voiture au chauffeur. En contrepartie de ce dessaisissement, l'apporteur dirige la société et en perçoit les recettes de la société. On ne peut alors affirmer qu'il subit une perte. Par ailleurs, il est possible que la voiture soit impliquée dans un accident. Cela n'est toutefois qu'une éventualité, de sorte qu'il ne sera presque jamais appelé pour contribuer aux pertes. Enfin, bien que les cas de racket ou de corruption sur les trajets soient fréquents dans l'espace OHADA[457], ils ne suffisent pas à éprouver le modèle de rentabilité du *Work and Pay* de sorte que celui-ci reste rentable. A la lumière de nos récents développements, il nous est difficile de prouver que l'associé d'une société de *Work and Pay* contribue aux pertes.

c – Cas de la Nana Benz

209. Dans le cadre de notre étude, il faut déterminer si cette figure célèbre de l'entreprenariat au féminin peut contribuer aux pertes.

210. La contribution aux pertes de l'apporteur en industrie consiste, pour ce dernier, à ne bénéficier d'aucune rémunération pour le travail accompli ou pour le service

[456] Le *Work and Pay* est utilisé au Ghana et au Nigéria également.
[457] A. SIDIBÉ, Recherche sur l'équilibre dans l'exécution du contrat de transport de marchandises par route : étude comparée droits OHADA et français, Essai de contribution à la législation communautaire OHADA, Th. Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 15 novembre 2019.

fourni. Autrement dit, « *si la société éprouve des pertes, l'apporteur en industrie aura travaillé pour rien, et il est vrai de dire qu'il aura perdu sa mise* »[458]. La contribution aux pertes de la Nana Benz se rapproche donc de celle que supporte l'apporteur en jouissance ou bien encore l'apporteur en industrie, en cela qu'elle consiste en un *lucrum cessans*. La doctrine l'analyse en « *défaut d'émolument* »[459].

211. Les actions en industrie sont inaliénables en raison de leur caractère personnel et non capitalisé. Cela signifie qu'elles ne pourront être saisies par d'éventuels créanciers ni être cédées par leur titulaire[460]. Les apports de la Nana Benz ne peuvent être saisis dans ce cas par ces créanciers traditionnels que sont les tontines ou encore les institutions de microcrédits[461].

212. Les titres qui découlent des apports en industrie et les apports en industrie eux-mêmes ne peuvent être saisis par les créanciers[462]. Il y a donc lieu d'affirmer que cet apport ne participe pas aux pertes de la société. Il ne contribue pas non plus au remboursement des créanciers de la société. Or, l'engagement de l'associé est de contribuer aux pertes de la société et de désintéresser les créanciers. Nous ne pouvons retenir que la Nana Benz apporteur en industrie, ou la Nana Benz dont l'apport en industrie constitue en la création de la société ne puissent avoir la qualité d'associé.

213. L'apporteur en industrie semble être affranchi de toute contribution aux pertes, car son patrimoine personnel ne sera pas appauvri[463]. En revanche, « *l'associé aura donné son travail sans rétribution, ce qui est une perte suffisante* »[464]. A la lumière de ce qui précède, on comprend mieux pourquoi les « Nanettes » préfèrent apporter de l'industrie et ne pas contribuer aux pertes. La peur de s'engager dans

[458] C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, t. I, op. cit., p. 247, n° 201.
[459] V. E. THALLER, notes ss. CA Amiens, 26 mai 1906, préc.
[460] V. Art 50-3 AUSCGIE
[461] V. notamment les institutions de micro crédit implantés dans la région : FUCEC, Wages, Wari, etc.
[462] V. Art 50-4 AUSCGIE
[463] C.BARRLLON, le critère de la qualité d'associé, Presses Universitaire Aix-Marseille, Décembre 2017, 660 pages.
[464] E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5ème éd., op. cit., p. 240, n° 388. V. égal. En ce sens : Cass. req., 31 janvier 1917 : Journ. sociétés, 1918, p. 158 ; civ. 1ère, 2 octobre 1974 : Bull. civ. I, n° 249 ; CA Basse- Terre, 14 mai 1973 : RTD com. 1974, p. 98, obs. Cl. C.CHAMPAUD. V. égal. en ce cens : J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, Les sociétés commerciales, t. I, op. cit., p. 153, n° 130.

une activité non lucrative, que ce soit à cause de la mondialisation, de nouvelles formes d'entreprises ou encore de l'économie numérique, oblige celles-ci à ne pas s'engager pleinement[465].

d – Cas du titulaire de valeurs mobilières composées

214. Il serait paradoxal d'accorder à ces porteurs de valeurs mobilières donnant accès à terme au capital une protection que n'ont pas les actionnaires. Aucune protection particulière n'est assurée par la loi aux porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital en cas de réduction du capital social justifiée par des pertes. Le Code de commerce, à l'article L. 228-98, alinéa 4, dispose justement à cet égard que « *les droits des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital sont réduits en conséquence* » (de la réduction pour pertes). Le mimétisme législatif se poursuit, puisqu'on retrouve des dispositions similaires dans l'Acte Uniforme[466].

215. Un fondement textuel similaire en droit français et en droit OHADA vient conforter notre idée[467]. Le détenteur d'obligation est désintéressé avant l'associé, de sorte que la perte *in fine* ne repose pas sur lui mais plutôt sur l'associé[468].

216. Dans l'hypothèse selon laquelle les dettes sociales ne pourraient pas être acquittées avec les valeurs dont dispose la société, y compris celles qui ont été affectées à l'activité sociale par les associés et par les hypothèses, chacun d'eux sera privé du droit d'obtenir restitution de son apport. Les grands auteurs de l'économie s'accordent sur le fait que la notion de perte est une partie intégrante de la notion de risque[469]. Il faut poursuivre notre étude avec le risque social en demeurant dans l'incertitude de contribuer aux pertes.

---

[465] V. interview de la Nanette et Entrepreneur Gretta Lawson-Gallus, co-fondatrice de Bazara Pagne, Lomé, 23 Février 2021.
[466] V. Art. 822-9 AUSCGIE.
[467] V. Art 792 AUSCGIE et C.com., art. L. 228-84
[468] C. MARCHAL-GRALITZER, Le traitement de la dette obligataire : brève évolution du droit des obligataires de 1935 à nos jours. Open Journals, International Journal of Insolvency Law, IMODEV, 2017 ; B. CHEYSSON, « la représentation de la masse des obligataires dans la procédure collective de l'emprunteur », *Fusions-Acquisitions Magazine*, septembre-octobre 2018.
[469] V. not. J. B. CLARK, « Insurance and business profit », Quaterly Journal of Economics 1892, vol. 7, n° 1, p. 40, spéc. p. 46 : « Nom man can carry a risk who has nothing to lose » ; J. HAYNES, « Risk as an Economic Factor », Quaterly Journal of Economics 1895, vol. 9, n° 4, p. 404, spec. p. 416 : « The assumption of risks implies the occurrence of losses ». J. SCHUMPETER, Capitalisme, socialisme et démocratie, Éd. Bibl. hist. Payot, 1990, p. 113 et s.

217. Dans le cadre d'une SCP, SEL, SNC ou dans une société dite fermée (SARL), les indivisaires n'ont pas de contribution aux pertes, car pas ils n'ont pas la qualité d'associé. Ils doivent être des cessionnaires agréés. En revanche, ils ont une vocation aux bénéfices qui est doublement limitée : à la fois dans le temps et par les stipulations statutaires.

218. Dans le cadre des constituants de la société de *Work and Pay*, nous observons une dualité. Une contribution aux pertes pour le propriétaire de la voiture et une absence de travail pour le conducteur.

219. Les travaux de SCHUMPETER ont démontré que toute forme d'entreprise est une prise de risque[470]. La démarche suivie par l'associé confirme cette analyse, car « *il est de l'essence de la société qu'il y ait participation aux risques : en ôtant cette participation, on détruit la société* »[471]. Mais, parce qu'il est membre de la société, l'associé est exposé au risque d'échec de l'activité sociale et non de sa propre activité, ce qui le distingue du simple entrepreneur. D'une manière plus générale, l'exposition au risque social distingue l'associé de toute autre personne juridique[472]. Au soutien de cette opinion, l'Association Française des Investisseurs pour la Croissance considère que « *l'acceptation totale du risque de perte est l'un des critères essentiels pour les acteurs et pour la société qui va chercher le financement* (...) »[473]. L'on constate une proximité naturelle entre la notion de risque social et la qualité d'associé. Les évolutions successives du droit des sociétés l'ont, semble-t-il, accentuée. Aussi, l'assujettissement au risque paraît-il, aujourd'hui, identifier l'associé.

---

[470] V. en partic. J. SCHUMPETER, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Éd. Bibl. hist. Payot, 1990, p. 113 et s.

[471] R.-T. TROPLONG, Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code depuis et y compris le titre de la vente, Du contrat de société civile et commerciale ou commentaire du titre IX du livre III du Code civil, t. II, Éd. ch. Hingray, Paris, 1843, p. 118, n° 647.

[472] V. la chron. rédigée sous la direction de F. DEKEUWER-DÉFAUSSEZ, publiée aux Petites affiches, depuis septembre 2009. V. egal. Sur l'intérêt croissant porté à la notion de risque, en droit français: « Le risque », in Rapp. annuel de la Cour de cassation, 2011, Troisième partie, Étude, p. 75, avant-propos J. MOURY, préc.

[473] Propos recueillis par R. BOFFA et J.-C. DUHAMEL, in « La distinction associé/créancier à l'épreuve du risque, Analyse juridique appliquée au private equity », CRDPD, Univ. Lille II, Mission de recherche droit et justice, juillet 2013, spéc. p. 119 (« L'opinion des professionnels de l'investissement en capital sur leur propre relation au risque »).

220. L'associé acquiert sa qualité en exposant une partie de son patrimoine à un sort incertain et dont l'issue ne peut être établie qu'en fin de vie sociale. Cependant, le risque ne peut pas être uniquement conçu comme une incertitude, car il est aussi un péril, ou plus précisément, selon les termes de Littré, un *« péril dans lequel entre l'idée de hasard* ». Cette définition rappelle que la manifestation du risque est partie intégrante de celui-ci : le risque est à la fois une incertitude et une manifestation. Plus précisément, le risque se manifeste lorsqu'il quitte le domaine de l'incertitude pour gagner celui de la matérialité. Ce constat est, en particulier, vérifiable pour l'associé : tout associé court le risque de ne pas obtenir restitution de la valeur affectée à l'activité sociale.

221. Les participants, tels que nommés par M. le Professeur VIANDIER, ou, dans une version plus élargie telle que dans notre étude et nommés hypothèses, s'inscrivent différemment de l'associé. Selon notre analyse, ils tendent à refuser « l'assujettissement au risque ».

e – Cas de l'usufruitier

222. L'usufruitier est-il assujetti au risque social ? En application du critère proposé, une réponse positive devrait conduire à lui reconnaître la qualité d'associé. À l'inverse, si l'usufruitier ne court pas le risque de contribuer aux pertes sociales, il ne saurait prétendre à la qualité d'associé. En ce qui concerne le nu-propriétaire, la situation ne laisse pas de place au doute : il court nécessairement le risque de contribuer aux pertes sociales. En effet, celui-ci est titulaire du droit à restitution sur la valeur sous-jacente à la part sociale ou à l'action, soit parce qu'il a effectué l'apport et qu'il s'est ensuite délesté du droit de jouissance des titres, soit parce qu'il a acquis le droit à restitution par l'effet d'une transmission du titre (la créance de restitution lui est acquise dès lors qu'il reçoit la nue-propriété du titre, sous réserve que les formalités de transmission de cette créance aient été accomplies). Il s'ensuit, dans un cas comme dans l'autre, que le nu-propriétaire court le risque de ne pas obtenir la restitution de la valeur sous-jacente à la part sociale ou à l'action. Il est donc assujetti au risque social et reçoit, en conséquence, la qualité d'associé. La jurisprudence, constante en ce domaine, confirme cette conclusion. Ceci étant, il est légitime de se demander si l'usufruitier n'acquiert pas, par l'effet de la constitution de l'usufruit, un droit sur cette valeur. La question n'est

d'ailleurs pas théorique puisque le risque peut tout à fait se manifester pendant la durée de l'usufruit, dès lors qu'une perte est constatée (liquidation de la société ou réduction du capital motivée par des pertes).

223. Nous avons observé qu'être assujetti au risque social suppose de devenir titulaire du droit éventuel à restitution de la valeur sous- jacente au titre. Or, quelle que soit la manière dont il acquiert son droit de jouissance, l'usufruitier ne peut se prévaloir d'aucun droit de propriété sur la créance de restitution. Tout d'abord, lorsque l'apport a initialement été effectué par le nu-propriétaire qui a, ultérieurement, transféré l'usufruit, l'usufruitier ne recueille aucun droit sur la valeur sous-jacente aux titres. Cela tient à la nature de l'usufruit : « *l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété (...)* »[474]. La constitution d'un usufruit n'est donc pas une opération qui permet au bénéficiaire d'acquérir la propriété d'une créance attachée à la part. Elle confère un droit de jouissance du titre, mais aucun droit de propriété sur les composantes de ce titre. En conséquence, l'usufruitier ne peut se prévaloir d'aucun droit de propriété sur la créance de restitution qui est attachée au titre. Et s'il ne dispose d'aucun droit à restitution, il ne peut rien perdre. Pour cette raison, il peut être affirmé que « *l'usufruitier ne contribue pas aux pertes de la société* »[475]. Par voie de conséquence, il n'est pas exposé au risque social et, par suite, « *c'est au nu-propriétaire de supporter la perte de la substance, c'est-à-dire l'atteinte du capital représenté par les droits sociaux (...)* »[476]. En effet, en qualité d'unique propriétaire de la créance de restitution, le nu-propriétaire supporte nécessairement seul le risque de perte inhérent à cette créance[477]. Et il en est de même lorsque l'apport n'a pas été effectué par lui mais par l'usufruitier qui a, ensuite, transmis la nue-propriété. Dans cette situation, la créance de restitution est transmise au propriétaire des titres, de sorte que l'usufruitier perd sa qualité d'apporteur et celle d'associé[478]. Cela se traduit notamment par le fait que l'obligation de libération de l'apport pèsera sur le nu-

[474] C. civ., art. 578.
[475] F. ZÉNATI-CASTAING, « Usufruit des droits sociaux », Rép. soc., *Dalloz*, 2003, n° 179.
[476] C. REGNAUT-MOUTIER, « Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux ? », préc., spéc. n° 25.
[477] V. contra : S. CASTAGNÉ, « Usufruit et nue-propriété d'actions et de parts sociales, Devoirs et obligations », *J.-Cl. Sociétés formulaire, fasc*. C-37, 2014, n° 52 et s.
[478] Cass. civ. 3ème, 29 novembre 2006, n° 05-17.009, préc.

propriétaire[479]. Ainsi, quelle que soit l'hypothèse considérée, le fait qu'une personne ne détienne que l'usufruit de titres exclut qu'il soit titulaire créancier de la valeur sous-jacente aux titres. Dans tous les cas, l'usufruitier ne peut donc pas être considéré comme exposé au risque social. Néanmoins, est-il possible de considérer, avec certains auteurs, que l'usufruitier est tenu de répondre des dettes sociales et que cela constitue une forme d'assujettissement au risque soc al ?

224. Il a été affirmé que l'usufruitier est tenu au paiement des dettes sociales[480]. La première objection à laquelle certains songent est que l'obligation aux dettes sociales est attachée à la qualité de partie au contrat de société. Or, il n'est guère discutable que « *l'usufruitier n'a pas à remplir les obligations d'un pacte qu'il n'a pas conclu et auquel il est étranger en dehors de la jouissance qu'il a des droits sociaux conformément à ses dispositions* »[481]. L'obligation aux dettes sociales ne pourrait donc être mise à la charge de l'usufruitier, dans la mesure où il n'est pas partie au contrat de société. Néanmoins, pourrait-il être soumis à une telle obligation par application du droit commun de l'usufruit ? Cela est parfois soutenu. Pour l'essentiel, cette affirmation repose sur l'application analogique de l'article 612 du Code civil. Aux termes du même texte, « *l'usufruitier, ou universel, ou à titre universel, doit contribuer avec le propriétaire au paiement des dettes ainsi qu'il suit : On estime la valeur du fonds sujet à usufruit ; on fixe ensuite la contribution aux dettes à raison de cette valeur* (...) ». Mais l'argument est nécessairement de faible portée car « *il est vain de tenter d'appliquer à l'usufruitier des droits sociaux l'article 612 du Code civil qui met à la charge de l'usufruitier les dettes d'intérêt. Ce texte n'est applicable qu'à l'usufruit universel* ».[482] Il n'apparaît pas opportun d'affirmer que l'obligation aux dettes participe au risque social[483].

---

[479] B. MERCADAL et Ph. JANIN, *Mémento pratique des sociétés commerciales*, 1970, op. cit., p. 51, n° 90.
[480] En partic. A. RABREAU, *L'usufruit des droits sociaux*, th. préc., n° 316 et n° 318 et s.
[481] F. ZÉNATI-CASTAING, « Usufruit des droits sociaux », Rép. soc., *Dalloz*, 2003, n° 180. V. égal. en ce sens : J. PRIEUR, « Les démembrements sur les titres », Colloque démembrement de propriété, *Dr. et patr. janvier* 1995, p. 36.
[482] Dans le même sens : A. RABREAU, *L'usufruit des droits sociaux*, th. préc., n° 320, admettant toutefois qu'une analogie soit permise. F. ZÉNATI-CASTAING, « Usufruit des droits sociaux », Rép. soc., *Dalloz*, 2003, n° 84.
[483] C. BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, Presses Universitaires Aix-Marseille, Décembre 2017, p.660.

225. En définitive, le droit de jouissance des parts sociales ou des actions dont bénéficie l'usufruitier n'est pas un droit qui, par nature, comporte un risque. L'usufruitier n'engage pas son patrimoine, mais s'enrichit d'un droit qui lui permettra de percevoir les fruits attachés au titre.

f – Cas du porteur dans le cadre d'une convention de portage

226. Peut-on considérer que le porteur, dans le cadre d'une convention de portage encourt un risque ? Le porteur peut échapper à toute contribution au risque. Il réalise au profit du donneur d'ordre une promesse de vente, suivie d'un rachat à prix fixe garanti.

227. Il avait été établi que le porteur pouvait ne pas contribuer aux pertes grâce aux mécanismes de rachat à prix fixe. Il a vocation à quitter la société avant les autres sociétaires et avant la période de crise. En outre, les porteurs sont généralement des établissements financiers de sorte qu'ils ont une approche du risque maitrisée. Ils sont néanmoins soumis au risque issu de la force majeure. *A priori*, le fait de n'être soumis qu'à ce risque ne signifie pas que l'on encourt pour autant le risque social.

II. La pratique du rejet des pertes

228. Le rejet des pertes est pratiqué tant par les hypothèses du secteur informel (**A**) que par les hypothèses du secteur formel (**B**).

A. Les hypothèses de l'informel et le rejet des pertes

229. L'idée ici est de démontrer que la société informelle n'induit pas une culture de contribution aux pertes. Cette absence de culture se matérialise par un rejet des pertes, mais en gardant une volonté de réaliser un profit. L'informel peut se situer en France, mais plus majoritairement dans l'espace OHADA.

230. L'objectif principal d'une personne qui crée de la valeur dans le secteur informel est d'optimiser ses revenus, tout en minimisant ses charges. Cette personne étant consciente d'œuvrer dans le secteur informel a une volonté plus ou moins affirmée du rejet des pertes. Le premier exemple en appui de ce propos est la tontine. Nous

avons précédemment établi qu'il est difficile de considérer que les sociétaires de la tontine encourent une perte. L'idée est que chaque sociétaire contribue à son propre enrichissement[484]. Le tontinier réalise une épargne, un placement, qui est garanti par la collectivité[485]. Il rejette ainsi les pertes que peuvent inclure le taux d'intérêt d'un prêt ou le défaut de paiement lors d'une transaction. Il y a par conséquent une volonté de rejeter les pertes « habituelles ».

231. L'apport en savoir-faire permet à son auteur d'acquérir la qualité d'associé au même titre que les autres associés ayant effectué des apports en capital et en nature. Dans la mesure où nos hypothèses de sociétaires ne disposent pas de statut, un simple accord avec les autres sociétaires suffit. En effet, il n'y aurait pas d'exigence de formalisme, car, d'une part, ce sont des sociétés créées de fait et, d'autre part, le monde du commerce ne s'embarrasse pas de formalisme. Un autre argument vient soutenir notre propos. En comparaison avec la tradition française qui est écrite, les pays du droit OHADA sont de tradition orale. Ce caractère oral traduit par la souscription à l'informel, correspond à nos sociétaires qui veulent rejeter les pertes/ne subir aucune perte pour leurs activités. La Nana Benz et les constituants de la société de *Work and Pay* s'inscrivent dans notre propos. Ce sont des activités issues du secteur informel de l'OHADA. La volonté qui anime ces sociétaires est de devenir indépendant et de sortir de la pauvreté.

a – Cas de la Nana Benz

232. La Nana Benz poursuit souvent un triple objectif : s'affranchir du mariage, sortir de la pauvreté et perpétuer les affaires maternelles[486]. C'est en outre parfois elle qui s'occupe de la famille. Elle incarne donc le *Pater familias* que nous avons connu sous l'ancien régime. Afin de réaliser ces objectifs, la Nana Benz, au-delà du réemploi de l'argent généré par son activité, ne peut se permettre de générer des pertes. L'informel lui offre la possibilité et la flexibilité de son activité. La

[484]L.-R. KEMAYOU, F. GUEBOU TADJUIDJE, M.-S. MADIBA, « Tontine et banque en contexte camerounais », *La Revue des Sciences de Gestion*, 2011/3 (n°249-250), p. 163-170. DOI : 10.3917/rsg.249.163. URL : https://www.cairn-int.info/revue-des-sciences-de-gestion-2011-3-page-163.html; M. LELART. « L'épargne informelle en Afrique. Les tontines béninoises ». *In: Tiers-Monde*, tome 30, n°118, 1989. pp. 271-298;

[485] Ici il faut entendre la somme des tontiniers.

[486] L'activité de la Nana Benz est une activité qui se transmet de mère en fille pendant plusieurs générations.

Nana Benz emploie des actifs qui ne sont pas perdus. Elle utilise des biens personnels issus de ses économies ou de sa dot pour réaliser son activité. Elle en fait un double emploi, c'est-à-dire qu'elle emploie des actifs qui lui sont propres mais qui concourent à la société et cela sans s'en être dépossédée[487]. Nous considérons qu'il y a un double emploi, car, d'une part, ses biens ne font pas l'objet d'un transfert de propriété régulier et, d'autre part, ses biens sont réutilisés pour une vie personnelle (en dehors de l'activité de commerce). L'Acte Uniforme dispose que les transferts des apports en nature doivent être réels et non fictifs[488]. Les apports en nature doivent être alors intégralement libérés. Il en ressort que la Nana Benz met à la disposition de la société le bien apporté, mais que cette mise à disposition n'est pas « effective »[489], dans le sens où la Nana Benz affecte son bien à son activité comme à sa vie personnelle. On peut alors dire que le bien est une « contribution » à l'activité et non une « mise à disposition », qui inclut un transfert de propriété. Cette volonté d'effectuer un double usage du bien semble relever d'une volonté de rejeter les pertes.

b – Cas du *Work and Pay*

233. Les constituants du *Work and Pay* nous semblent également rejeter les pertes. Le sociétaire propriétaire du véhicule exerce, au même titre que la Nana Benz, un double emploi de son véhicule. Le véhicule, quand il n'est pas au service de la société/activité fait l'objet d'un usage personnel. Au mépris des textes de l'Acte Uniforme, la voiture n'a pas fait l'objet d'un transfert de propriété[490]. Un autre argument vient renforcer cette affirmation. Le propriétaire de la voiture a la conviction de rester propriétaire de la voiture et d'en disposer comme il lui convient.[491] Il en ressort que le sociétaire met à la disposition de la société le véhicule apporté, mais que cette mise à disposition n'est pas « effective »[492], puisque le véhicule est affecté aussi bien à l'activité qu'à sa vie personnelle. On peut en déduire que le véhicule est une « contribution » à l'activité et non une

[487] Ici il faut entendre aussi bien les apports en nature tels que voitures, tabourets, pagnes que des apports en industrie.
[488] V. Art. 45 et 46 AUSCGIE.
[489] V. Art. 45 AUSCGIE.
[490] V. Art. 45 et 46 AUSCGIE.
[491] V. Entretien avec Kossi A. Kwami D. Sociétaires et propriétaires d'une voiture dans un Work and Pay à Cotonou 25 février 2021.
[492] V. Art. 45 AUSCGIE.

« mise à disposition », qui inclut un transfert de propriété. Cette volonté d'effectuer un double usage du bien nous semble être une volonté de rejeter les pertes. Cette volonté peut être motivée aussi bien par l'envie de sortir de la pauvreté, que par le souhait de réaliser un profit maximal[493].

234. Cette volonté de ne rien perdre et de « faire d'une pierre deux coups » nous amène à aborder la question de l'abus de biens sociaux. Selon le droit français et le droit OHADA, l'abus de biens sociaux est un délit qui consiste, pour un dirigeant de société commerciale, à utiliser en connaissance de cause les biens, le crédit, les pouvoirs ou les voix de la société à des fins personnelles, directes ou indirectes[494]. La prochaine étape logique de notre raisonnement serait de faire une application des conditions de cette définition à nos sociétaires de l'informel. Plusieurs interrogations surviennent : est-ce que ce sont des entreprises individuelles ? Est-ce que ce sont des sociétés commerciales ? Si oui, est-ce que des sociétés non déclarées peuvent commettre des abus de biens sociaux ? Nos recherches, aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, ne nous ont pas permis d'apporter une réponse claire à ces questions. Nous estimons qu'il serait toutefois difficile de retenir l'infraction d'abus de biens sociaux dans le cas où le sociétaire n'a pas perdu son bien, puisqu'il le met à disposition de la société de manière fréquente, mais pas de manière définitive. En effet, l'acte de dessaisissement n'est pas intervenu, conformément au droit des sociétés.

B. Les hypothèses du formel et le rejet des pertes

235. Nos hypothèses de sociétaires tendent par la voie légale, mais aussi par les voies que peuvent offrir le contrat, pour affirmer un rejet des pertes.

236. **La pratique légale.** Deux notions voisines instaurées par le législateur viennent servir notre étude : la fiducie et l'agent des sûretés.

237. Au-delà de la confiance placée dans le fiduciaire, la fiducie est une activité lucrative. Aux termes de l'article 2015 du Code civil, les fiduciaires sont des entreprises spécialisées dans l'investissement et/ou dans la gestion de portefeuille.

[493] V. not. Les entretiens réalisés avec Kossi A. et autres.
[494] C. com., art. L. 241-3 et L. 242-6; art. 891 AUSCGIE.

Les titres sociaux gérés par ce type de structure ont une obligation de rentabilité voire de profitabilité. Il est dans ce cas aisé de déduire que le bénéficiaire et le fiduciaire souhaitent réaliser une opération lucrative.

238. *A contrario,* l'agent des sûretés ne réalise pas d'opérations d'investissement, mais il y participe tout autant puisqu'il les garantit. L'agent des sûretés assure la représentation des créanciers et gère les sûretés consenties au prêteur. En cas de défaut de paiement, il a la charge de désintéresser les prêteurs. Dans ce cas, ce n'est pas une perte mais une « réalisation ». Il transforme les pertes en profits en réalisant les sûretés. Il vend les actifs ainsi que les sûretés consenties afin d'apporter le profit en se débarrassant des pertes liées à l'activité.

239. **La pratique contractuelle.** La première source d'inspiration vient du droit américain. Les marchés de capitaux ont vu apparaître les *swaps*, contrats à termes, futurs ou encore appelés produits dérivés. Il faut dans un premier temps comprendre ce que signifie le vocable « produits dérivés ». À dire vrai, cette notion a déjà fait l'objet d'importantes études juridiques, mais elle n'en demeure pas moins difficile à appréhender, du moins sur le plan juridique[495]. Le « produit dérivé » ne correspond en effet pas à un concept juridique *stricto sensu* mais émane de la pratique financière[496]. Le législateur n'est venu l'encadrer qu'*a posteriori*. Pour saisir ce que recouvre le produit dérivé, il convient donc de combiner les approches à la fois financières et juridiques de cette notion.

240. La Commission européenne explique que les produits dérivés permettent « *de négocier et de redistribuer les risques générés dans l'économie réelle. Ils constituent donc des outils importants de transfert des risques pour les agents*

[495] A. GAUDEMET, « Contribution à l'étude juridique des dérivés », Th., Université Paris II Panthéon-Assas, mai 2008 ; P. Pailler, « La notion d'instrument financier à terme », Th., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Novembre 2008.

[496] Le défaut de conception juridique de cette notion s'illustre d'ailleurs dans sa typologie confuse. Force est de constater qu'une grande hétérogénéité de produits et de vocables (OTC, listés, contrats à terme, instruments financiers à terme, contrats financiers, forward, futures, etc.) se retrouvent sous l'enseigne générale des « dérivés ». Les auteurs Chabert et Boulat indiquaient déjà il y a quelques décennies concernant les contrats de swap qu'ils sont « l'émanation de la pratique des financiers et des juristes, sans que l'État ni le législateur aient pris part à l'élaboration de l'instrument, qui échappe ainsi au champ de compétence des créateurs traditionnels du droit en France. » – P-A. BOULAT et P-Y. CHABERT, « Les Swaps - Technique contractuelle et régime juridique», éd. Masson, 1992, p. 23, section 2.

économiques »[497]. Plus précisément, ils ont été conçus par la pratique comme « *l'expression d'un décalage temporel entre l'instant de la conclusion du contrat et celui de son dénouement* »[498], aux fins de pouvoir « *transférer le risque associé à la valeur d'une chose dans le futur sans la chose elle-même* »[499]. Les dérivés servent donc à transférer les futures pertes à une partie. Leur valeur « dérive »[500] de celle de l'actif sous-jacent dont il transfère les risques de pertes associés[501]. L'Acte Uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière rejoint cette affirmation de l'état du droit français[502]. La réforme de 2014 a fait entrer dans l'Acte Uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement interentreprises les instruments financiers. Voilà pourquoi l'on parle de produits « dérivés » dans les deux droits.

241. Chacune des marges de ces contrats a pour objet la couverture d'une exposition bien spécifique et, surtout, chacune de ces expositions se distingue par sa chronologie. La marge de variation vient d'abord couvrir l'exposition au risque de marché (résultant des fluctuations de la valeur des contrats dérivés matérialisée par le « *mark-to-market* ») en amont de toute défaillance de la contrepartie, ou plus exactement « *jusqu'au point de défaillance* »[503]. À l'inverse, la marge initiale cible

[497] Note de la Commission Européenne : Rendre les marchés de produits dérivés plus efficaces, plus sûrs et plus soldes, Commission des communautés européennes, COM (2009) 332 final, 3 juillet 2009, §2.1
https://eurlex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1537350809935&uri=CELEX:52009DC0332.
[498] S. PRAICHEUX, « Instruments financiers à terme », Répertoire de droit des sociétés, mai 2009 (Actualisation : Janvier 2015), §3.
[499] D'après le Professeur GAUDEMET, la « volatilité accrue des variables économiques (…) a fait naître un besoin de protection chez les agents économiques, spécialement chez ceux engagés dans le commerce international » et a conduit la pratique à imaginer les produits dérivés, au détriment des notions juridiques traditionnelles existantes. Bien que les "instruments traditionnels de transfert de risque" ne manquaient pourtant pas au sein de notre catalogue juridique (assurance, garanties du paiement, provisionnement comptable, diversification de portefeuille, etc.), ceux-ci ne permettaient pas – à l'inverse des dérivés – de « transférer le risque associé à la valeur d'une chose dans le futur sans la chose elle-même. » – A. GAUDEMET, Thèse préc., §7 à §14, p. 6 à 10.
[500] En ce sens : « L'expression « produits dérivés » désigne tout actif dont la valeur ou le prix « dérive » de celle d'un actif sous-jacent, créant ainsi un effet de levier (…). » – H. de VAUPLANE et J-P. BORNET, «Droit des Marchés Financiers », Litec, 3ème édition, 2001, paragraphe 2, §697, page 628 ; Voir également : « Ils sont appelés produits dérivés parce que leur valeur est "dérivée" d'un actif sous-jacent, par exemple un instrument financier, une matière première, une variable de marché, voire un service. » – Commission des communautés européennes, COM (2009) 332 final, op. cit., §2.1.
[501] L'actif sous-jacent auquel est adossé le produit dérivé peut être de n'importe quelle nature (matières premières, taux d'intérêt, actions, indices financiers, etc. et même un autre dérivé).
[502] En ce sens, voir la définition des dérivés par le Lexique SYSCOAHADA P178 PP1204.
[503] En ce sens : « (…) la marge de variation couvre les fluctuations réalisées de la valeur des contrats dérivés de gré à gré non compensés de manière centrale jusqu'au point de défaillance » (Cons. n°14 du Règlement délégué 2016/2251, p. 11)

l'hypothèse où le défaut de la contrepartie survient et permet de couvrir l'exposition potentielle au risque de marché pouvant intervenir entre la dernière collecte de marge de variation et la résiliation des contrats concernés[504]. Deux possibilités encadrent plus précisément cette résiliation des contrats impactés par le défaut. La partie non-défaillante peut décider soit de « liquider ses positions »[505], c'est-à-dire qu'elle va résilier les contrats dérivés de gré à gré concernés par la défaillance ainsi que leurs éventuelles contre-opérations miroirs (« *back-to-back* ») qui auraient été conclues ; soit de « remplacer » (ou de « couvrir ») ses positions[506], c'est-à-dire qu'elle va résilier les contrats concernés, mais pas leurs contre opérations miroirs, pour ensuite les remplacer par de nouveaux contrats dérivés de gré à gré qui correspondront aux contre-opérations non réalisées[507]. L'obligataire peut rejeter les pertes. Les marges permettent de rejeter les pertes en les couvrant.

242. Nous n'avons pu faire de comparaison similaire en droit OHADA en raison de la jeunesse du marché et de l'absence de littérature. Nous sommes toutefois encouragés à penser que le raisonnement sera similaire. Les définitions et les sources du droit étant identiques, nous pensons que les similarités s'inscriront dans la même continuité.

243. Dans le cadre de marchés non régulés, d'autres hypothèses viennent en concours pour notre étude : le locataire de titres sociaux, la vente avec une clause de réserves de propriétés et le portage de titres sociaux.

244. Lors d'une location de titres sociaux, le locataire est considéré « temporairement » ou « fictivement » comme un associé. Il exerce les prérogatives de l'associé. Il n'est pourtant pas redevable lorsqu'il y a des pertes qui surviennent. Cette

[504] G. BROUILLOU. *La gestion du risque de contrepartie en matière des dérivés de gré à gré : approche juridiqu*e, Th. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018. p.396.
[505] Pour reprendre les termes utilisés par l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) qui définit sur sa page internet la marge initiale comme celle qui « protège les contreparties contre les pertes potentielles pouvant résulter des fluctuations de la valeur de marché des contrats pendant le laps de temps nécessaire pour liquider les positions ou les remplacer, en cas de défaut de la contrepartie » http://www.amf-france.org/Acteurs-etproduits/Produits-derives/Obligations-prevues-par-EMIR-/Techniques-d-attenuation-des-risques-pour-lescontrats-non-compenses.
[506] AMF, *op. cit*.
[507] G. BROUILLOU. *La gestion du risque de contrepartie en matière des dérivés de gré à gré : approche juridiqu*e, Th. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018. p.396.

technique permet de participer à la vie sociale, de profiter des fruits mais de ne pas être lié aux pertes. En effet, le locataire n'est pas tenu par un contrat de société. L'associé s'oblige par le contrat de société. Ce mécanisme contractuel est ouvert par les législateurs français et OHADA. Le preneur peut ainsi échapper aux pertes en choisissant un contrat de bail plutôt qu'un contrat d'achat.

245. La vente avec clause de réserve de propriété semble être un peu plus délicate que la précédente. La clause de réserve de propriété est une clause par laquelle les parties à un contrat translatif de propriété conviennent que le transfert de propriété du bien sera retardé jusqu'au paiement de la somme convenue[508]. Le vendeur se réserve la propriété du bien jusqu'au paiement du prix par l'acheteur, et ce, alors même que l'acheteur est entré en possession du bien[509]. Les dispositions sont les mêmes en droit français et en droit OHADA[510]. En dépit de la vente de titres avec dépossession, il convient de se demander qui peut échapper aux pertes ? L'heureux gagnant est l'acquéreur. Le vendeur octroie la possession, mais non la propriété. Il est dans une situation qui semble précaire. Le raisonnement est quelque peu similaire à la location de titres sociaux[511].

246. Nous poursuivons nos travaux précédents concernant le porteur de droits sociaux en soutenant que ce dernier souhaite rejeter les pertes. La volonté de rejet des pertes tient, d'une part, de la *due diligence* effectuée et, d'autre part, de la convention extrastatutaire avec le tiers. La *due diligence* lui permet de mesurer l'opération et les profits dont il pourra bénéficier. La convention extrastatutaire vient consolider ce profit, car le tiers lui promet un gain minimum. Fort de ces outils, nous déduisons que le porteur rejette les pertes sans toutefois tomber sous le coup des clauses léonines[512].

---

[508] A. DIENG, « La vente commerciale OHADA à l'épreuve du commerce international », intervention à la Commission de vente internationale de marchandises. 51ème Congrès annuel de l'UIA. Paris, 31 octobre - 4 novembre 2007, www.ohada.com, D-11-54.

[509] A. FENEON, « L'influence de la CVIM sur le nouveau droit de la vente commerciale », *Penant* n° 853, p. 464.; J. ISSA-SAYEGH, « Présentation des dispositions sur la vente commerciale », www.ohada.com, D-06-16.

[510] Pour le droit français C. civ., art. 2367 s. et C. com., art. L. 624-16 s. Pour le droit OHADA art. 276 AUDCG et art 72 à 78 AUS.

[511] En ce ce sens qu'une partie exerce temporairement les mêmes droits sous réserve de s'acquitter d'un paiement; la différence est qu'à la fin il y a un transfert de propriétaire celui-ci n'est pas optionnel comme dans le cas d'une location.

[512] Pour le droit français C. civ. art. 1844-1 et pour le droit OHADA art. 54 AUSCGIE.

Section 2. La désuétude du critère de l'*affectio societatis*

247. Parmi les critères sociaux qui peuvent être recherchés au sein de la relation qui unit l'associé à la société, l'*affectio societatis* occupe une place importante dans la doctrine. Une partie de la doctrine a d'ailleurs récemment discuté de son effectivité **(I)**. Il faudra examiner les nouvelles formes d'*affectio societatis* (**II**).

I. L'incertitude sur le caractère nécessaire de l'*affectio societatis*

248. Il convient de s'interroger sur la genèse de la notion d'*affectio societatis* (**A**) et sur son déclin (**B**).

A. Une notion originale

249. Apparue pour la première fois dans le Code d'Hammourabi[513], la notion que nous étudions correspond à un sentiment[514]. Comme tous les sentiments, il vient, et il part aussi. Il part quand il n'est pas entretenu. Il n'est pas ressenti quand il n'a jamais existé.

250. La notion telle que nous la connaissons aujourd'hui, aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, a été exprimée auparavant par ULPIEN[515]. Les associés conviennent d'un but recherché, car ils partagent une vision commune. Cette vision commune était regroupée dans un concept qui s'appelait le *Jus fraternitatis*. Il est dérivé de la fraternité, qui se réunissait pour développer ensemble l'héritage laissé par le père (*Pater Familias*). C'est un sentiment d'être ensemble pour gérer, administrer et faire fortune sur un pied d'égalité. Les caractères sont identiques, la seule différence entre le *Jus fraternitatis* et l'*affectio societatis* étant que l'un est exclusivement fraternel, sanguin, et que l'autre est étranger au droit de la famille. Nous pouvons considérer que le *Jus fraternitatis* est l'ancêtre de l'*affectio societatis*.

251. L'« *affectio societatis* » est une locution d'origine latine utilisée pour désigner l'élément intentionnel indispensable à la formation du lien qui unit les personnes

[513] tappūtum, paragraphe 99 du Code d'Hammurabi.
[514] V. A. VIANDIER, *la notion d'associé*, LGDJ, Paris 1978 p75. pp.374.
[515] Ulpien, Dig. 17, 2, 29, 2.

qui ont décidé de participer au capital d'une société, qu'elle soit civile ou commerciale[516]. Sans *affectio societatis*, le contrat de société ne peut, en principe, pas exister[517]. Il en est ainsi depuis l'affirmation de son existence par les jurisconsultes romains. GIRARD relatait ce phénomène : « *il n'y aura pas société, il y aura seulement indivision, quand les parties qui ont fait des apports dans un intérêt commun n'ont pas eu l'intention de former une société (...)* »[518]. Certains auteurs ont toutefois, depuis, défendu une position dissidente[519].

252. L*'affectio societatis* semble avoir, de longue date, acquis une véritable importance[520], à tel point que l'existence de la société était, dès l'origine, « *toute entière conditionnée par la présence de l'affectio societatis* »[521]. Il en serait aujourd'hui toujours ainsi, par « tradition[522] ». Mais ce sont essentiellement les juges qui ont érigé l'*affectio societatis* en critère de validité du contrat de société.[523] Il en est ainsi également en droit OHADA[524]. Aussi, le défaut d'*affectio societatis* lors de la constitution de la société conduit-il immanquablement à la nullité de la société[525]. La CCJA de l'OHADA rend une décision similaire[526]. Pourtant, la nullité pour défaut d'*affectio societatis* ne s'imposait pas avec évidence[527]. En effet, selon l'article 1844-10, al. 1 du Code civil, « *la nullité de la*

[516] A. VIANDIER, la notion d'associé, LGDJ, Paris 1978 p75. pp.374.
[517] M-A. MOUTHIEU, « L'appréhension de l'affectio societatis à l'aune des articles 4 et 5 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », Actualités du Droit OHADA, *Wolters Kluwer*, 4 mai 2018.
[518] P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., 1898, p. 564.; Dig., 17, 2, fr. 32 cité par Serlooten P., L'affectio societatis, une notion à revisiter, *Mélanges offerts* à Guyon Y., Dalloz 2003, p. 1007
[519] A. WAHL, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Paris, Sirey, 1922, n° 469 ; V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, th., L.G.D.J., 2008, préf. A. Martin-Serf ; P. Didier et Ph. Didier, *Droit commercial*, t. II, Les sociétés commerciales, op. cit., p. 79.
[520] V. not. J.-M. de BERMOND de VAULX, « Le spectre de l'affectio societatis », JCP E 1994, I, 346.
[521] M. JEANTIN, Droit des sociétés, op. cit., p. 25, n° 36.
[522] M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 82, n° 151.
[523] Pour ex. Cass. com., 10 juin 1953 : JCP 1954, II, p. 7908, note D. BASTIAN ; civ. 3ème, 22 juin 1976 : D. 1977, p. 619, note P. DIENER.
[524] Cour Suprême, Chambre judiciaire, Arrêt n°152/04 du 11 mars 2004, Adama KOITA; Odie, Mathieu C/Assane Thiam; Sodefor - Actualités juridiques n°47/ 2005, p.83. Obs. K. BI OULA.
[525] Cass. com., 6 octobre 1953 : D. 1954, p. 25 ; S. 1954, I, p. 149 ; civ. 3ème, 8 janvier 1975, n° 73-13.635 : Bull. civ. III, n° 2 ; civ. 3ème, 22 juin 1976, n° 74-10.119, préc. ; civ. 1ère, 24 octobre 1978, n° 77-13.884 : Bull. civ. I, n° 318 ; com., 12 octobre 1993, n° 91-13.966 ; civ. 1ère, 20 novembre 2001, n° 99-13.985 : D. 2002, p. 95, obs. A. LIENHARD ; com., 15 mai 2007, n° 06-14.262, Dr. sociétés 2007, comm. 174, note R. Mortier ; com., 9 juin 2009, BJS 2009, p. 958, § 191, note B. DONDERO.
[526] arrêt CCJA, deuxième chambre, Arrêt N°201/2016 DU 29 DÉCEMBRE 2016. V également les commentaires de la dissolution d'une société pour mésentente entre associés par Emmanuel DOUGLAS FOTSO, IDEF, 6 avril 2017.
[527] V. J. HONORAT, « Les nullités des constitutions de sociétés », *Defrénois* 1998, art. 36706, p.12.

société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1, alinéa 1er et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général ». Tout comme les textes précités, les articles 4, 5 et 200 de AUSCGIE ne font pas mention de l'*affectio societatis*. Dès lors, comment expliquer que les juges OHADA et français n'aient exprimé aucune réticence à prononcer l'inexistence puis la nullité de sociétés pour défaut d'*affectio societatis* ?

253. De deux choses l'une : soit les juges font une lecture extensive de l'article 1844-10 du Code civil ou l'article 200 de l'AUSCGIE ; soit l'*affectio societatis* est considéré comme intégré dans l'article 1832 du Code civil ou dans l'article 4 de AUSCGIE. La première hypothèse semble à exclure. Qu'il s'agisse de sociétés commerciales[528] ou d'autres sociétés[529], les juges adoptent une lecture restrictive des articles L. 235-1 du Code de commerce et 1844-10 du Code civil en refusant de prononcer la sanction de la nullité en dehors des cas strictement prévus par ces textes[530]. A titre de comparaison, en droit OHADA, les causes de nullité sont variées et peuvent aller au-delà des causes fixées par le législateur [531]. C'est en conséquence la seconde hypothèse qui semble s'imposer à l'esprit : par l'effet du temps, l'*affectio societatis* est vraisemblablement incorporé aux dispositions de l'article 1832 du Code civil et aux dispositions des articles 4 et 5 AUSCGIE. Pour cette raison, l'*affectio societatis* semble être indispensable à l'existence du contrat de société.

[528] Cass. com., 8 mai 2010, n° 09-14.855, FS-P+B+R+I: Bull. civ. IV, n° 93 ; D. 2010, p. 1325, obs. A. LIENHARD, p. 2405, note F. MARMOZ ; et p. 2800, obs. J.-C. HALLOUIN ; *Rev. sociétés* 2010, p. 374, note P. LE CANNU ; RTD civ. 2010, p. 553, obs. B. FAGES ; com., 30 mai 2012, n° 11-16.272, D. 2012, p. 1478, obs. A. LIENHARD et p. 1581, note B. DONDERO.

[529] Cass. com., 19 mars 2013, D. 2013, p. 834, obs. A. LIENHARD.

[530] V. not. Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, P+B+R+I : JCP E 2010, 1562, note A. COURET et B. DONDERO ; *Dr. Sociétés* 2010, comm. 156, note M.-L. COQUELET ; D. 2010, p. 1325, obs. A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2010, p. 374, note P. LE CANNU ; *RTD civ.* 2010, p. 553, obs. B. FAGES ; com., 19 mars 2013, n° 12-15.283 : *Dr. sociétés* juin 2013, comm. 98, note R. MORTIER ; JCP E 2013, 1289, note B. DONDERO ; D. 2013, p. 834, note A. LIENHARD ; RTD com. 2013, p. 530, note M.-H. MONSÈRIÉ-BON ; *Rev. sociétés* 2014, p. 51, note P. LE CANNU ; Gaz. Pal. 4 avril 2013, n° 94, p. 21 ; BJS 2013, p. 402, note F.-X. LUCAS. Selon ces arrêts « sous réserve des cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci, le non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou dans le règlement intérieur n'est pas sanctionné par la nullité ».

[531] CCJA, arrêt n°050/2009 du 26 novembre 2009: Rec; CCJA n°14, 2009, p.23; RDAO n°3, 2013, note R. NJEUFACK TEMGWA; Ohadata J-10-183.

254. En principe, tous les associés « *doivent faire preuve d'esprit d'équipe*[532] ». Mais est-ce à dire que *l'affectio societatis* constitue le critère d'acquisition de la qualité d'associé ?

255. Une première approche pourrait effectivement conduire à penser que l'*affectio societatis* constitue, parmi les éléments du contrat de société, le critère d'acquisition de la qualité d'associé, au motif qu'un associé dépourvu d'*affectio societatis* serait un « associé fictif ». Le juge OHADA va jusqu'à lui retirer la qualité d'associé.[533] Telle est l'opinion de certains auteurs : « *la Cour de cassation ne semble pas rejeter le raisonnement qui verrait dans le désintérêt d'un associé pour le fonctionnement de la société une modalité de disparition de l'affectio societatis, et la qualification d'associé fictif* »[534]. Ceci pourrait être induit par un arrêt non publié au Bulletin rendu le 19 septembre 2006[535]. En l'espèce, pour rejeter le pourvoi formé à l'occasion d'un différend familial, la Cour de cassation a estimé que la preuve de la disparition de l'*affectio societatis* n'était pas apportée[536]. Elle en déduit que les demandeurs « *ne peuvent soutenir, pour lui dénier tout droit aux bénéfices sociaux que M. X. n'a jamais été qu'un associé fictif dès lors qu'ils ne peuvent (...) utilement exciper du désintérêt de M. X. (...)* ». *A contrario*, si le désintérêt de l'associé avait été démontré, le défaut d'*affectio societatis* aurait fait de ce dernier un « associé fictif ». Mais est-il possible d'en déduire, par-là, que l'*affectio societatis* est l'essence de la qualité d'associé ? Certes, l'arrêt non publié n'a pas suscité l'intérêt des commentateurs. Mais, par le passé, les deux Hautes Cours ont refusé de reconnaitre comme associé celui qui était dépourvu d'*affectio societatis*[537].

256. Ces décisions sont toutefois très rares. Lorsque les juridictions sont saisies du défaut d'*affectio societatis*, la tendance est bien davantage au prononcé de la nullité du contrat de société[538]. Ceci laisse à penser que l'*affectio societatis* est un

[532] Y. GUYON, « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. sociétés* 1989, p. 439.
[533] CA Niamey, arrêt n° 240 du 8 décembre 2000: Ohadata J02-33, obs. B. TALCHI.
[534] P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 76, n° 102.
[535] Cass. com., 19 septembre 2006, n° 03-19.416 : *Dr. sociétés* 2006, comm. 185, note J. MONNET ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 42, note H. LÉCUYER.
[536] C. BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, th. Université Paris Ouest, 2016. p.660.
[537] Cass. com., 21 juin 1994, n° 92-12.571 : RJDA septembre 1994, n° 943. CCJA n°201/2016 du 29 décembre 2016.
[538] Arrêt N°201/2016 du 29 décembre 2016.

critère de validité du contrat de société et non un critère d'acquisition de la qualité d'associé.

257. À cela il pourrait être répondu que l'*affectio societatis* n'est pas uniquement attachée à la création de la société puisque son existence est vérifiée lors de l'acquisition de la qualité en cours de vie sociale. Telle a précisément été la démarche de la Cour de cassation dans un arrêt du 9 juin 2009 non publié au Bulletin, à propos d'une augmentation de capital. Alors que les demandeurs au pourvoi reprochaient à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si le souscripteur avait eu l'*affectio societatis* au moment de la souscription, la Cour de cassation a confirmé l'analyse des juges du fond. Selon elle, dès lors que ceux-ci ont « *retenu que l'engagement souscrit (...) était dénué d'ambiguïté et portait irrévocablement sur un mécanisme d'augmentation de capital, (...) [et] que le souscripteur était supposé par conséquent connaître et adopter d'avance, la Cour d'appel, qui a ainsi constaté l'existence de l'affectio societatis au moment de la signature du contrat, a fait l'exacte application de la loi* (...) »[539]. À suivre cette affirmation, l'*affectio societatis* devrait exister chez toute personne qui projette d'acquérir, de manière originaire, la qualité d'associé. Mais cette idée doit être éprouvée.

258. La situation de l'associé unique n'est pas un obstacle inhérent[540]. Il est parfois considéré que, « *même dans la société unipersonnelle, l'affectio societatis n'est pas dépourvue de sens. Elle signifie que l'associé unique a la volonté de devenir membre d'une société qui, en tant que telle, a un patrimoine distinct du sien et dont la gestion devra répondre des intérêts qui lui sont propres. L'absence d'une telle volonté pourrait en effet faire juger que la société est fictive* »[541]. Dans des termes similaires, d'autres auteurs expliquent que l'associé unique « *doit avoir la volonté de se comporter comme un associé, c'est-à-dire, ici, comme le membre d'une personne morale, en respectant l'objet social de celle-ci dans sa gestion quotidienne et en veillant à éviter toute confusion entre les biens qui composent le*

[539] Pour le droit français Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-17.532, préc. Pour le droit OHADA Arrêt CCJA, Deuxième Chambre, arrêt n°201/2016 du 29 décembre 2016.
[540] V. à ce sujet : J. Derruppé, « Les avatars de l'associé unique », in *Mél. G. Daublon*, Defrénois, 2001, p. 99.
[541] Y. Chartier, *Droit des affaires*, t. II, Sociétés commerciales, op. cit., p.76, n° 23.

patrimoine social et ses biens personnels »[542]. Cette opinion, qui repose sur une lecture de la notion adaptée à la singularité des structures unipersonnelles, apparaît difficilement contestable, sauf à défendre une vision restrictive de l'*affectio societatis*[543]. En somme, le fait que la volonté d'être associé puisse exister dans les sociétés unipersonnelles conduirait à ne pas écarter l'*affectio societatis* dans de telles sociétés[544]. Il est donc possible d'admettre que la figure de l'associé unique n'est pas un obstacle à l'existence de l'*affectio societatis* dans les sociétés unipersonnelles. En conséquence, l'hypothèse des sociétés unipersonnelles ne permet pas d'écarter l'idée que l'*affectio societatis* puisse constituer le critère d'acquisition de la qualité d'associé. Il faut poursuivre cette réflexion à l'aune de l'associé personne morale.

259. Un groupement peut-il être animé par une volonté ? Pendant longtemps la jurisprudence et la doctrine admettent ensemble qu'une personne morale, d'ailleurs qualifiée par les auteurs AUBRY et RAU d'« Être de raison»[545], puisse avoir des « sentiments ». La Cour de cassation en a d'ailleurs fourni une illustration récente en admettant qu'une personne morale pouvait subir un préjudice moral[546]. Cette opinion n'est pas exclue par un auteur en droit OHADA[547]. De toute évidence, l'idée même de volonté d'une personne morale est artificielle. Elle suppose certains aménagements. Ainsi, l'*affectio societatis* d'une personne morale se traduit vraisemblablement par le fait que la personne morale « *a eu la volonté de devenir membre d'une société qui, en tant que telle, a un patrimoine distinct du sien et dont la gestion devra répondre à des intérêts qui lui sont propres* »[548]. Or, une personne morale jouit d'un intérêt qui lui est propre : l'« intérêt social »[549]. Il peut donc être admis que les actes d'une personne morale

[542] A. COURET, A. CHARVÉRIAT et B. ZABALA, *Mémento Sociétés commerciales*, op. cit., n° 35611.; M-A. MOUTHIEU, « L'appréhension de l'affectio societatis à l'aune des articles 4 et 5 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », Actualités du Droit OHADA, *Wolters Kluwer*, 4 mai 2018.
[543] Partageant la même conclusion, v. not. : Y. GUYON, « Affectio societatis », J.-Cl. Sociétés traité, fasc. 20-10, n° 13 ; A. Couret, A. Charvériat et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, op. cit., n° 35611.
[544] Voir M-A. MOUTHIEU, Op. Cit.
[545] C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, 4ème éd., t. I, Éd. ImProfesseur et libr. gén. de jurisProfesseur, Paris, 1869, p. 185, § 54.
[546] Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-10.278 : Rev. sociétés 2012, p. 620, note Ph. STOFFEL-MUNCK.
[547] A. AKAM AKAM, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit Ohada », (2007) 21 (2) *Revue internationales de droit économique* 234.
[548] Y. CHARTIER, *Droit des affaires*, t. II, Sociétés commerciales, op. cit., p.76, n° 23.
[549] V. la loi PACTE qui introduit à l'article 1833 la notion d'intérêt social.

traduisent la volonté de suivre son propre intérêt. Ainsi, même si ce n'est que sous réserve de certains aménagements, l'*affectio societatis* d'une personne morale peut être accueilli dans son principe.

260. Dans la mesure où ni la figure de l'associé unique, ni celle de l'associé personne morale, ne font véritablement obstacle à ce que l'*affectio societatis* puisse constituer un élément essentiel de la notion d'associé, faut-il en déduire pour autant une conviction certaine ?

B. L'évanescence de l'*affectio societatis*

261. Selon certains auteurs, « *la notion d'affectio societatis semble aujourd'hui stabilisée* »[550]. Plus exactement, la discussion sur la notion s'est apaisée. Ce n'est pas pour autant que la notion bénéficie aujourd'hui d'une acception durable. Au contraire, il n'existe pas encore de définition communément acceptée, en témoignent l'émergence de nouvelles propositions, formulées au cours des dernières années[551]. Le constat est alors le suivant : l'instabilité qui a, pendant longtemps, caractérisé l'*affectio societatis*, demeure. L'*affectio societatis* semble par conséquent être privé de légitimité.

262. L'*affectio societatis* est perçu par la majorité des auteurs comme une notion empreinte d'« ambiguïté »[552], même si elle apparaît tantôt comme « fonctionnelle »[553]. En raison des nombreuses critiques dont l'*affectio societatis* est l'objet, beaucoup appellent « à revisiter » la notion[554]. D'une manière générale, les reproches qui sont adressés à la notion d'*affectio societatis* par la doctrine contemporaine fustigent tous, directement ou indirectement, l'imprécision de son étymologie.

263. Au temps des Romains, le vocable *affectio* désignait une modification soudaine de l'état de l'Homme due à certaines causes, telles que la crainte, la joie, le

[550] P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 74, n° 97.
[551] C.BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, Presses Universitaires Aix-Marseille, Décembre 2017, p.660.
[552] M. COZIAN, A. PROFESSEUR VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 82, n° 152, titre du §1.
[553] N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis », préc.
[554] P. SERLOOTEN, « L'affectio societatis, une notion à revisiter », *Mel. Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1007.

bonheur, le désir, la faiblesse, le chagrin et autres sentiments qui relèvent du même genre[555]. Quelques siècles plus tard, ce terme est devenu « affection » dans la langue française. À l'origine, le terme désignait donc une disposition (physique ou morale) considérée à un instant « T »[556]. Il avait une portée générale. Il ne décrivait pas un sentiment positif ou négatif. Il décrivait simplement l'existence d'un ressenti.

264. L'Homme étant naturellement optimiste, le vocable « affection » s'est progressivement tourné vers un sens « positif » d'amitié, de sentiments amicaux[557], ou plus globalement un « *attachement tendre, constant, durable* »[558]. À l'origine marqué par la neutralité, le terme est par incidence connoté.

265. Aujourd'hui, il importe peu que ce soit un ressenti d'ordre général (sens neutre romain) ou positivement connoté (sens actuel), le terme *affectio* traduit dans tous les cas un sentiment. Par conséquent, il était impossible de lui donner une définition précise qui échapperait au grief de l'ambiguïté. Par la suite, le sens du mot *affectio* a logiquement imprégné l'expression *affectio societatis* qui était appelée à demeurer « *plus un sentiment qu'un concept juridique* »[559]. Il est possible d'y percevoir l'un des « *états affectifs égarés dans le droit* »[560], aux côtés de l'entraide et de la bonne foi.[561] Ainsi, si la signification de la notion d'*affectio societatis* est, à notre époque encore, très abstraite, c'est donc en raison de son origine étymologique puisque le terme « affectio » désigne historiquement un sentiment. Il est donc, par nature, imperceptible. Le fait que le vocable désigne un ressenti rend difficilement accessible la notion d'*affectio societatis.*

---

[555] P. SERLOOTEN, « L'affectio societatis, une notion à revisiter », *Mel. Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1007.
[556] *Ibid.*
[557] En ce sens : C. BAILLY-MASSON, « La fictivité, une épée de Damoclès ? », *LPA* 2000, n° 16, p. 8.
[558] Dictionnaire de l'académie française, 9ème éd., op. cit., v° affection.
[559] A. VIANDIER, *La notion d'associé*, th. préc., p. 75, n° 75, note n° 303.
[560] *Ibid.*
[561] V. not. G. LYON-CAEN, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1946, p. 75 ; A. BÉNABENT, « La bonne foi dans l'exécution du contrat », in La bonne foi, Litec, Trav. Assoc. Capitant, 1994, p. 291 ; Ch. Jamin, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », D. 2002, p. 901 ; J. MESTRE, « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », *RLDC*, mars 2009, p. 9, n° 58. V. égal. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., Paris, L.G.D.J., 1949 ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat,* th., L.G.D.J., 1989, préf. G. COUTURIER ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, op. cit., p. 486, n° 439.

266. Un autre argument vient conforter cette opinion. Il faut observer que la notion d'*affectio societatis* n'a jamais été traduite du latin. A titre de comparaison, d'autres notions ont été traduites « *infans conceptus pro nato habetur quoties de comodo ejus agitur* » : « *l'enfant conçu sera considéré comme né chaque fois qu'il pourra en tirer avantage* »[562] . Cette survivance du droit romain a été reproduite dans sa langue d'origine, en droit français des sociétés, mais aussi en droit OHADA. Il en résulte un « effet figé » de la notion. Cela est regrettable : une version aurait permis d'assigner à la notion un contenu identifié. La survivance de l'expression latine renforce l'incertitude. En effet, il est de principe que l'emploi du latin jette un voile de mystère sur les notions et les préserve de l'érosion du temps. Certes, cela peut leur conférer une forte autorité. Mais, de manière corrélative, leur contenu échappe à qui souhaite en percevoir le sens. L'*affectio societatis* se trouve ainsi, depuis bien des années, prisonnière d'une dénomination qui rend imperceptible sa signification exacte et son éventuelle évolution[563]. L'*affectio societatis* n'était à l'origine qu'une intention. Mais pourrait-elle, depuis lors, avoir dépassé ce sens et désigner, par exemple, une coopération active ? Cette évolution est imperceptible en raison du maintien de l'expression latine. Or, l'incertitude est un terreau fertile aux interprétations les plus diverses. Ceci explique probablement que la notion n'ait, en définitive, jamais trouvé la légitimité doctrinale à laquelle elle aurait dû prétendre.

267. Il faut souligner une tentative de la Commission de modernisation du langage judiciaire. Celle-ci est à l'origine de la circulaire du 15 septembre 1977 relative au vocabulaire judiciaire. Elle a proposé de remplacer l'expression latine par l'« *intention de s'associer* »[564]. Néanmoins, la proposition n'a trouvé de soutien ni dans la jurisprudence, ni parmi les auteurs, et semble avoir été condamnée à l'oubli. Nous en déduisons que cette situation a été transposée en droit OHADA, puisque celui-ci descend du droit français.

268. L'usage du latin a été maintenu ausi bien en droit français qu'en droit OHADA. A travers celui-ci, l'ambiguïté qui affecte depuis l'origine le terme *affectio* a été

[562] Cette règle est évoquée dans les articles 311 et 725 du Code civil.
[563] C.BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, Presses Universitaires Aix-Marseille, Décembre 2017, p. 660.
[564] Circ. 15 septembre 1977, J.O.R.F. 24 septembre 1977, p. 6077. V. JCP G 1977, III, n° 46255.

maintenue. *Affectio* désignant un sentiment, l'*affectio societatis* doit probablement être considérée comme désignant, de manière littérale, le « *sentiment d'être en société* »[565]. Cette signification a, naturellement, ouvert un champ d'interprétations très vaste. Il s'en est suivi une multitude de propositions doctrinales contribuant à façonner un concept « *à géométrie variable* »[566]. Cette instabilité manifeste de la notion, due à la fois au fait que l'*affectio* désigne un sentiment et au maintien de l'expression latine, exclut, par hypothèse, l'*affectio societatis* des critères exploitables en droit français et par voie de conséquence en droit OHADA.

269. **La contingence de l'*affectio societatis***. L'idée de collaboration, d'union, semblait réunir la majorité des opinions au début du XXème siècle, à l'instar du Doyen HAMEL, qui analysait l'*affectio societatis* comme une « *volonté d'union dans un but intéressé et la volonté de courir les mêmes risques* », cette volonté commune étant expliquée par « *une convergence d'intérêts* »[567]. Les années 1970 ont vu apparaitre des premières opinions hostiles concernant l'approche du Doyen HAMEL, qui avaient été renforcées par d'autres auteurs[568]. Ces opinions hostiles[569] n'ont pas été retenues par la Cour de cassation qui a continué à sanctionner par la nullité une société sans *affectio societatis*[570]. La solution de la

[565] C.BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, Presses Universitaires Aix-Marseille, Décembre 2017, p. 660.; M-A. MOUTHIEU, « L'appréhension de l'affectio societatis à l'aune des articles 4 et 5 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », Actualités du Droit OHADA, *Wolters Kluwer*, 4 mai 2018.
[566] Y. GUYON, « Affectio societatis », *J-Cl. Sociétés traité*, préc. n° 6 et s.
[567] J. HAMEL, « L'affectio societatis », *RTD civ*. 1925, p. 761. V. égal. J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, Droit commercial, 2ème éd., t. I, Sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques, *Dalloz*, 1980, vol. 2, n° 409.
[568] C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, t. I, op. cit., p. 68, n° 49. V. égal. H. TEMPLE, Les sociétés de fait, th. préc., p. 125, n° 222.
[569] V. en partic. A. WAHL, Précis théorique et pratique de droit commercial, op. cit., n° 469 ; V. CUISINIER, *L'affectio societatis*, th. préc. ; P. DIDIER et Ph. DIDIER, Droit commercial, t. II, Les sociétés commerciales, op. cit., p. 79.
[570] V. not. Cass. com., 10 juin 1953 : JCP 1954, II, p. 7908, note D. BASTIAN ; com., 6 octobre 1953, préc. ; civ. 3ème, 8 janvier 1975, n° 73-13.635, préc. ; civ. 3ème, 22 juin 1976 : n° 74-10.119, préc. ; civ. 1ère, 24 octobre 1978, n° 77-13.884, préc. ; com., 12 octobre 1993, n° 91-13.966, préc. ; civ. 1ère, 20 novembre 2001, n° 99-13.985, préc. ; com., 15 mai 2007, préc. ; com., 9 juin 2009, préc.

Cour de cassation a été maintenue par les juges des Etats Membres de l'OHADA[571]. La doctrine OHADA semble souscrire à cette position[572].

270. Il s'ensuit que la société ne peut être valablement constituée que si tous les associés « fondateurs » ont l'*affectio societatis*. À défaut, la société sera considérée comme fictive, et donc nulle. Il faut donc considérer qu'en principe, lorsqu'une société naît, chacun des « fondateurs » a l'*affectio societatis*. Toutefois, si la période de constitution de la société semble révéler une certaine adéquation entre le critère de l'*affectio societatis* et la qualité d'associé, quelques incertitudes subsistent en dépit de la jurisprudence et de la doctrine. En effet, il faut considérer qu'on peut aujourd'hui s'affranchir de l'*affectio societatis*.

271. Nous allons étudier les situations dans lesquelles l'acquéreur de parts sociales ou d'actions n'a pas d'*affectio societatis*. A cela s'ajoute un récent revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation.

272. Auparavant, lorsqu'un plaideur arguait de l'absence d'*affectio societatis* de l'acquéreur de part sociales ou d'actions devant les juges, il pouvait obtenir la nullité de la cession[573] voire de la promesse de cession de parts sociales ou d'actions[574]. Dans une affaire plus récente, un associé avait cependant refusé de procéder au transfert de propriété des actions de SAS au motif que les acquéreurs n'avaient pas l'*affectio societatis*. Ceux-ci l'avaient assigné en exécution forcée et en paiement de dommages et intérêts. La Cour d'appel avait accueilli cette demande et l'arrêt a, ensuite, été approuvé par la Cour de cassation : « *l'affectio societatis n'est pas une condition requise pour la formation d'un acte emportant*

[571]Tribunal de Première Instance de Niamey, jugement civil n°027 du 20 janvier 1999: Ohadata J-04-74; Tribunal de commerce de Bamako, jugement n°281 du 3 novembre 1999, AMADOU KOITA c/Boubacar Tapo). Ohadata J-02-41.

[572] N. EKWELLE EKANE, La protection civile des actionnaires dans l'espace OHADA, Mémoire - D.E.A. (Diplôme d'Etudes Approfondies) Université de Dschang-Cameroun),2008. P. C. EWANE MOTTO. la gouvernance des sociétés commerciales en droit de l'ohada. Droit. universite paris-est, 2015.; M. NGOM, Cours de Droit des Sociétés, Université Gaston Gerger Saint Louis, 2019.

[573]V. Cass. com., 25 avril 2006, n° 01-15.754 : Rev. sociétés 2006, p. 793, note A. VIANDIER ; Dr. sociétés juillet 2006, comm. 101, note H. LÉCUYER ; Dr. sociétés novembre 2006, comm. 162, note H. HOVASSE.

[574] V. Cass. com., 8 mars 2005, n° 01-13.750 : Rev. sociétés 2005, p. 817, note A. VIANDIER ; JCP E 2005, 511 ; BJS 2005, p. 979, note Th. MASSART.

cession de droits sociaux »[575]. Il en a été déduit que l'associé ne pouvait pas s'opposer à l'acquisition, par les cessionnaires, de la qualité d'associé, quand bien même ceux-ci étaient dépourvus d'*affectio societatis*. La solution de la Cour de cassation conduit donc à écarter l'argument selon lequel tout associé a nécessairement l'*affectio societatis.* La Cour d'appel de Ouagadougou estime que la demande de l'associé ne peut être accueillie que pour « *juste motif* »[576]. Les deux Cours admettent, par l'effet conjugué de la liberté contractuelle et de la liberté du commerce, qu'un cessionnaire peut acquérir des parts sociales et des actions et donc la qualité d'associé même s'il n'était pas animé par l'intention de collaborer à l'entreprise commune, ni même la volonté de se comporter comme un associé[577]. Cela discrédite, avec plus de certitude cette fois-ci, le critère de l'*affectio societatis*.

273. Prenons l'hypothèse du retrait de la qualité d'associé. Celle-ci n'est perdue qu'au moment du remboursement de l'intéressé de la valeur de ses titres. Celui-ci peut donc avoir perdu toute intention de collaborer à l'entreprise commune (lorsqu'il formule sa demande de retrait) et demeurer associé tant que le remboursement effectif n'est pas intervenu. Dans la même veine, une autre hypothèse se dégage : un associé qui a perdu toute intention de collaborer peut être contraint de demeurer dans la société dans le cas où il n'y a ni droit de retrait, ni ne trouve d'acquéreur[578].

274. La perte de l'*affectio societatis* ne conduit pas, en elle-même, à la perte de la qualité d'associé. Les articles, 1844-7 5° du Code civil et 200 de l'AUSCGIE ne sanctionnent la disparition de l'*affectio societatis* que si elle se traduit par une mésentente entre associés et que cette mésentente conduit à une paralysie du fonctionnement de la société. La Cour de cassation rappelle, constamment, que « *la mésentente existant entre les associés et par suite la disparition de l'affectio societatis ne [peuvent] constituer un juste motif de dissolution qu'à la condition*

[575] Cass. com., 11 juin 2013, n° 12-22.296 : D. 2013, p. 1546 ; RTD civ. 2013, p. 594, note H. BARBIER ; Dr. sociétés novembre 2013, comm. 175, note R. MORTIER ; Dr. sociétés 2013, comm. 11, obs. D. GALLOIS-COCHET ; JCP E 2013, 1527, note B. DONDERO ; Gaz. Pal. 27 juin 2013, n° 178, p. 26 et n° 267, p. 27, note C. B. ; RLDC 2013, n° 109, note C. LE GALLOU.
[576] CA Ougadougou, ch.civ. et com., arrêt n°40 du 20 mai 2003 : Ohadata J-04-365.
[577] C. BARRLLON, *Le critère de la qualité d'associé*, th. Université Paris Ouest Nanterre, 2016.
[578] V. à ce sujet D. ESKINAZI, *La qualité d'associé*, th. préc., p. 209 , n° 221 et s. ; V. égal. R. MORTIER, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, th. préc., p. 70, n° 80.

de se traduire par une paralysie du fonctionnement de la société (...) »[579]. Il faut en déduire que la perte de l'*affectio societatis* par un associé n'entraîne, à elle seule, ni l'extinction de sa qualité, ni la dissolution de la société[580]. C'est donc la paralysie du fonctionnement social et non la perte de l'*affectio societatis* qui permet de demander la dissolution et qui peut, indirectement, conduire à l'extinction de la qualité d'associé (par l'effet de la dissolution de la société)[581].

275. En conséquence, non seulement la perte de l'*affectio societatis* n'emporte pas, en elle-même, extinction de la qualité d'associé, mais en outre, quand bien même cette perte conduirait à une paralysie du fonctionnement social, la perte de la qualité d'associé n'est qu'une conséquence indirecte de la sanction prévue par les législateurs français et OHADA. Seule la dissolution de la société est prévue. Et celle-ci n'est pas automatique : elle est subordonnée à la demande judiciaire motivée par un associé[582]. Naturellement, à défaut d'une telle demande, aucune sanction ne sera applicable à la mésentente.

276. L'*affectio societatis* ne semble enfin plus nécessaire à l'entrée dans une société. Elle n'est plus aujourd'hui, nécessaire car des techniques juridiques permettent de rentrer au capital ou d'avoir des prérogatives d'associés sans pour autant avoir l'*affectio societatis*. Les réformes en droit français comme en droit OHADA[583] autorisant la délivrance de valeurs mobilières donnant accès au capital ou encore d'obligations en sont des exemples. Il faut souligner que ces techniques sont de plus en plus utilisées, au détriment de la technique traditionnelle d'entrée au capital.

---

[579] Cass. civ. 3ème, 16 mars 2011 : Bull. civ. III, n°42 ; D. 2011, p. 874, obs. A. LIENHARD ; RJDA 2011, n°541 ; RLDA juin 2011, n° 10, obs. Ch. LEBEL ; LPA 7 juillet 2011, note I. TCHOTOURIAN, n° 134, p. 19 ; Banque et Droit, juillet-août 2011, n° 41, obs. Q. URBAN.

[580] Cass. req., 11 novembre 1896 : D.P., 1897., 1, p. 231 ; req., 12 déc. 1934 : D.H., 1935, p. 82 ; civ., 6 mars 1957 : Bull. civ. III, n°90 ; D. 1957, p. 99 ; com. 26 novembre 1968 : Bull. civ. IV, n°334 ; civ. 1ère, 18 mai 1994 : BJS 1994, p. 841, note C. PRIETO ; com., 31 janvier 1989 : Bull. civ. IV, n°46 ; com. 21 octobre 1997 : Bull. civ. IV, n°280 ; D. 1997, p. 251 ; Dr. sociétés 1998, comm. 3, note Th. BONNEAU ; BJS 1998, p. 119, note B. OPPETIT ; Rev. sociétés

[581] CA Abidjan, arrêt n°1048 du 20 juillet 2001 : Ohadata J-04-103.

[582] Il doit apporter la preuve pour que son action prospère voir CA Abidjan, arrêt n°1048 du 20 juillet 2001 : Ohadata J-04-103.

[583] En droit français, une ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés est donc venue parachever la réforme des valeurs mobilières composées initiée dix ans auparavant par l'ordonnance du 24 juin 2004. En Droit OHADA, il s'agit de la réforme du 30 Janvier 2014 de AUSCGIE.

277. Il résulte de cette incertitude de la notion, de cette instabilité, un affaiblissement qui s'est installé au cours du temps.

II. La constatation d'un affaiblissement de l'*affectio societatis*

278. Le sentiment d'appartenance de l'actionnaire d'une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ne peut être identique à celui de l'associé d'une petite société familiale. La principale différence qui peut en être faite tient principalement à l'évolution qu'a connu notre société. Ces évolutions sont principalement de deux ordres : d'un côté les innovations technologiques (**A**) et de l'autre les innovations juridiques (**B**).

A. L'affaiblissement de l'*affectio societatis* en raison des innovations technologiques

279. La fusion de la scène économique avec le monde virtuel paraît irrésistible, tant les terminaux de communication se développent et facilitent la mise en relation à distance[584]. Les acteurs des affaires sont de plus en plus demandeurs d'interfaces sophistiquées. Prenons l'hypothèse suivante : deux ou plusieurs personnes pourtant distantes décident d'œuvrer ensemble à la création d'une application ou d'un site web. A cette fin, ces personnes acquièrent ensemble les technologies utiles, apportent leur savoir-faire à la réalisation de l'application, puis nourrissent en contenu le serveur. Toutes ces opérations peuvent se réaliser à distance, par le biais du réseau d'information et de communication qu'est internet. On peut imaginer qu'en gagnant en notoriété, leur œuvre commune prenne une tournure commerciale, et que ses entrepreneurs se répartissent les fruits de leur travail. Aujourd'hui, cette situation est un cas d'école[585].

280. Dans ce cas de figure simple, le vecteur de collaboration est différent de ceux rencontrés habituellement dans la vie sociale, mais la situation est analogue. On pourrait encore imaginer un concours entre des personnes morales exploitant des sites marchands reliés par des liens hypertexte, technique qui, en plus de croiser des offres commerciales, peut donner lieu à des opérations lucratives communes.

[584] N. IVALDI et C. MANARA, « vers la société en réseau » *LPA* 2 juin 2000, n° PA200011002, p. 10.
[585] V par ex. Les sites d'intermédiation, les plateformes de ventes en lignes et les applications de rencontres.

281. Dans ces deux situations, la caractérisation de la volonté de participer à la réalisation d'un objectif, suite à une mise en commun d'actifs, accompagnée d'un partage des résultats, peut donner lieu à la qualification juridique de société créée de fait ou non, d'autant plus aisément qu'elle fait suite à une collaboration informelle[586]. Internet, dans son entièreté (web, e-mail...), est ici plus qu'un simple outil de communication et de coopération : il donne naissance à une réalité sociétaire. L'espace OHADA regorge d'entreprises conçues sur ce modèle. Des indices de l'*affectio societatis* peuvent se prouver par tout moyen, par exemple grâce à des courriers électroniques évoquant un accord, le matériel informatique utilisé[587]. On retrouve en droit OHADA des dispositions similaires[588]. Cette question de la preuve devient secondaire, et le droit positif permet de consacrer l'existence d'une société en réseau... mais d'une société diminuée, qui ne peut se reconnaître qu*'a posteriori*, qui n'a pas de domicile - on lui attribue celui d'un associé, pas d'immatriculation, et dans laquelle les tiers n'auront traité que personnellement avec les associés[589].

282. Les propos précédents concernant la société créée de fait sont valables pour la société en participation, qui partage avec elle les traits d'être transparente, sans siège ni immatriculation : par nature, elle adhère à la structure d'internet, qui fait obstacle à un ancrage matériel. Mais ce n'est pas parce qu'une société pourrait fonctionner sur internet qu'elle devrait revêtir une forme d'opacité. Peut-on envisager un fonctionnement identique pour les autres formes de sociétés[590] ?

283. Ce texte et l'Acte Uniforme prévoient de nombreux aménagements statutaires des modalités de fonctionnement interne. Il devient possible de les adapter aux technologies. Les législateurs ont intégré des innovations technologiques telles que la possibilité de tenir et d'organiser les organes sociaux de la société à

[586] M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, 12e éd., 1999, nos 1560 et s. ; J. Mestre*, Lamy sociétés commerciales*, 1999, nos 4611 et s.
[587] L'article 1873 du Code civil qui régit la société créée de fait renvoie à l'article 1871 du même Code qui régit la société en participation lequel dispose dans son premier alinéa que cette société « peut être prouvée par tous moyens ». Il faut ici relever que la charge de la preuve est ici moins lourde pour les tiers à la société que pour ses acteurs.
[588] V. Art 866 et 867 AUSCGIE. Il faut ici relever que la charge de la preuve est ici moins lourde pour les tiers à la société que pour ses acteurs.
[589] N. IVALDI et C. MANARA, « vers la société en réseau » *LPA* 2 juin 2000, n° PA200011002, p. 10
[590] V. en ce sens les sociétés régies par la loi du 24 juillet 1966.

distance, par l'utilisation des outils de télécommunications et de visioconférence[591]. Le réseau étant un canal de communication, il est par définition un moyen d'échanges. Si l'on considère que la vie sociale passe par la connaissance de données et la prise de décisions, l'interposition de technologies de communication ne la dessert pas[592]. On peut par exemple envisager une forme de *newsletter*, une liste de diffusion par e-mail commune aux associés, qui rend effectif leur droit à l'information, lequel serait complété d'un accès immédiat aux documents sociaux mis en ligne. De même, l'I.R.C. (*Internet Relay Chat*) pourrait être un succédané des débats qui se tiennent habituellement au cours des assemblées[593]. Enfin, il devient possible d'émettre un vote par correspondance... électronique[594].

284. Tout cela sera d'autant plus praticable dans les sociétés de personnes, de fonctionnement plus souple que les sociétés de capitaux. Aujourd'hui, des sociétés anonymes recensant de très nombreux associés utilisent déjà leur site comme plaquette d'informations à destination de leurs actionnaires[595]. De cette façon, on en viendrait presque à écrire que la consultation des informations se fait non plus au siège social, mais en l'occurrence sur son site web !

285. Un fonctionnement normal des institutions sociales suppose donc une utilisation intensive des technologies aux fins de délivrer des informations. Toutefois, les relations peuvent se dégrader si elles ne se nouent que par écran interposé. C'est par exemple le cas pour les sociétés cotées ou avec de très nombreux actionnaires. L'*affectio societatis* pâtira d'une procédure se déroulant uniquement en réseau[596].

---

[591] En droit français, le Décret n° 2018-146 du 28 février 2018 relatif à certaines modalités de participation des associés aux décisions collectives dans les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée introduit la visioconférence. Le droit OHADA prévoit dans son Acte Uniforme relatif au droit des sociétés à l'article 133-2,la faculté de recourir au système de visioconférences ou de télécommunications.

[592] N. IVALDI et C. MANARA, « vers la société en réseau » *LPA* 2 juin 2000, n° PA200011002, p. 10.

[593] Le groupe Vivendi a diffusé le 27 avril dernier son assemblée générale sur le web. Le projet de loi « Nouvelles régulations économiques » présenté en conseil des ministres le 15 mars 2000 prévoit de faciliter l'utilisation des nouvelles technologies dans les assemblées d'actionnaires (D. 2000, n°13, Dernière actualité, p. V), ce qui souhaite également l'Association nationale des sociétés par actions (www.ansa.asso.fr/site/rap1.htm).

[594] V. Art 134 AUSCGIE et Article L225-103-1 du C. Com.

[595] V. en ce sens Total, LVMH, Vivendi.

[596] Sur ce point, C. HANDY, « Trust and the virtual organization », Boston, Harvard Business Review, 1995/3, n°73, p. 40 ; sur l'aspect social des communautés à distance, H. RHEINGOLD, Les communautés virtuelles, Addison-Wesley, 1995.

286. La pandémie de Covid-19 impacte de façon significative les économies nationales en raison de la baisse drastique d'activité qu'elle a occasionné chez la quasi-totalité des acteurs économiques, personnes physiques ou morales. Cette baisse d'activité est liée à la contraction de la maladie, empêchant l'exécution de la prestation de travail par le personnel malade, comme aux mesures barrières mises en place pour empêcher sa propagation, notamment en termes de distanciation sociale. En France, une ordonnance portant mesures d'exception permet aux dirigeants de participer valablement à toute décision collective par quelque procédé de « distanciation » que ce soit, que ce dernier ait été prévu ou non par la loi, par leurs statuts ou leur règlement intérieur[597]. A titre de comparaison, l'article 454-1 AUSCGIE permet de recourir à la visioconférence ou des moyens similaires, mais seulement si les statuts le prévoient et avec l'exigence qu'un tiers des administrateurs soient présents physiquement. Le texte OHADA n'est pas pleinement adapté aux mesures barrières adoptées par les États membres[598]. Le besoin d'une mesure urgente est évident. Cela permettrait, par exemple, comme en France de prendre des décisions par consultation écrite en anticipant les répercussions juridiques qu'impliquent les mesures de confinement[599]. Nous gageons que la future réforme de l'Acte Uniforme, l'intégrera par mimétisme avec le droit français ou parce qu'elle aura retenu « la leçon Covid-19 ». Le retour à la normale intègrera les acquis et encouragera la gestion des organes sociaux à distance pour des raisons d'efficacité ou d'ordre écologique. Il n'est donc pas à exclure que le phénomène d'aliénation sociale ne se poursuive.

B. L'affaiblissement de l'*affectio societatis* en raison des innovations juridiques

287. La technologie n'est pas la seule innovation ayant un impact sur l'*affectio societatis*. Les transformations du droit viennent aussi participer à ce phénomène d'affaiblissement. Il convient de confronter nos hypothèses d'étude à l'*affectio societatis*.

---

[597] V. Ordonnance n° 2020-321, 25 mars 2020.

[598] J.-E. BAKATUINAMINA « L'exigence de présence physique aux réunions du conseil d'administration dans l'espace OHADA à l'heure de la pandémie Covid-19 », *RDAA,* Juillet 2020 N° 1.

[599] B. MARTOR, Covid-19, un casse-tête pour les sociétés de droit OHADA, *La Tribune Afrique*, 6 Mai 2020.

288. Les valeurs mobilières composées cherchent à réaliser un compromis entre action et obligation. Le souscripteur d'une valeur mobilière est d'abord un obligataire, mais aussi un actionnaire potentiel de la société émettrice. Plusieurs raisons viennent illustrer l'affaiblissement de l'affectio societatis d'un détenteur de valeurs mobilières composées. Premièrement, le détenteur du bon a vocation à investir dans la société. Il s'agit plus généralement de la stratégie des *business angels* ou des fonds de capital investissement. Ces derniers saisissent une opportunité d'investissement, un *business model* et non une volonté de collaborer ensemble. Cet investissement se matérialise généralement par un contrat contenant des conditions (suspensives). Dans la pratique, il n'apporte rien d'autre que l'investissement initial.

289. Deuxièmement, s'il voulait être associé, il n'y aurait pas d'activité de spéculation[600]. Il aurait en contrepartie de son apport de liquidités obtenu directement des titres sociaux et non un bon qu'il peut vendre, détacher ou gérer, faire spéculer.

290. Troisièmement, la société émettrice a besoin de liquidités mais pas nécessairement d'un actionnaire, le détenteur a besoin de diversifier son portefeuille d'investissements, répartir les risques et assurer son profit. Bien qu'il y ait accord pour un apport ou à tout le moins un investissement, il reste que les parties ne veulent pas les mêmes choses. *A fortiori,* il ne peut y avoir de sentiments d'égalité dans la mesure où ce sont généralement les associés dans le besoin qui se tournent vers des fonds pour ces opérations. Un auteur rappelle à juste titre que l'*affectio societatis* permet de distinguer le salarié de l'associé[601]. Le salarié ne se trouve pas sur un pied d'égalité avec son employeur puisqu'il est dans un contrat qui prévoit un lien de subordination[602]. Les contrats d'émissions ne créent-ils pas dans les faits un tel lien ? L'investisseur du bon de valeurs mobilières impose ses conditions à la société. Ces conditions sont alors subies par les associés de la société qui l'acceptent, car ceux-ci ont besoin des liquidités nécessaires à leur projet de

[600] Fédération Nationale des Business Angels, Note de présentation du rôle et de l'action des Business Angels, Fédération Nationale des Business Angels, 2018.
[601] B. DONDERO. « *L'affectio societatis de l'associé à l'investisseur, Sorbonne droit des entreprises* », Mooc Session mai-juin 2014.
[602] Cass. soc., 13 novembre 1996, Bull. civ., V, n° 386; n°94-13187.

société. L'actionnaire, grâce aux mécanismes du droit des sociétés (procès-verbal d'assemblée générale, etc.) prend les engagements exigés par l'investisseur. Il doit obéir aux directives de l'investisseur dans le cadre de l'exécution du contrat d'investissement.

291. La jurisprudence a discuté le point de savoir s'il fallait démontrer qu'une personne qui achetait ou qui souscrivait à des actions d'une société en cours de vie sociale avait aussi l'*affectio societatis*. Un arrêt du 11 juin 2013 de la chambre commerciale rend la solution suivante : l'*affectio societatis* n'est pas une condition de validité d'une cession de droits sociaux. Il n'y a donc nul besoin de démontrer que l'acquéreur de titres sociaux soit animé de l'*affectio societatis*[603]. Cet arrêt rejoint notre affirmation : si l'acheteur d'un titre en cours de vie sociale n'a pas à être animé de l'*affectio societatis*, pourquoi le titulaire d'un bon (et qui n'est pas encore une action) le serait ? Le titulaire d'une valeur mobilière et d'un titre, à ce moment-là de la vie de la société, a un entendement conforme à la jurisprudence. Le droit OHADA étant silencieux sur le sujet, nous pouvons affirmer qu'en cas de soumission d'une affaire similaire à un tribunal de l'espace OHADA, la décision serait similaire.

292. La majorité des auteurs, tout en reconnaissant la validité de la convention de portage, affirme l'absence d'*affectio societatis* chez le porteur. Ainsi M. le professeur François-Xavier LUCAS écrit-il : « *le porteur est totalement dépourvu d'affectio societatis. C'est même à cela qu'on le reconnaît* »[604]. Nous rejoignons cette idée. L'analyse selon laquelle l'absence d'*affectio societatis* chez le porteur serait la marque du portage procède en effet d'une conception de l'*affectio societatis* qui ne fait pas l'unanimité. MM. les professeurs M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, sans remettre en cause la spécificité de ces « bailleurs de fonds », appellent à une conception plus objective. Selon eux, c'est la volonté d'être associé[605].

[603] Cass. com., 11 juin 2013, n°12-22.296.
[604] F-X. LUCAS, article préc., J.-Cl. Banque. Crédit. Bourse, fasc. 2128, n°83
[605]M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28ème éd.,p. 82, n° 152 LexisNexis, 2015.

293. Dans le cadre de la convention de portage, le porteur s'engage à rendre un service au donneur d'ordre. Il a la volonté d'entrer en société pour le donneur d'ordre contre une rémunération. A notre sens, rémunérer un *affectio societatis* dénature la valeur ou le sens, et même la définition de celui-ci. Le principe est d'être rémunéré car on est sociétaire. Il serait curieux d'affirmer que l'on a l'*affectio societatis* car il nous est demandé de devenir sociétaire. On ne peut pas non plus être rémunéré pour avoir l'affectio societatis, car c'est un sentiment.

294. L'*affectio societatis* peut éventuellement être difficile à appréhender dans les sociétés cotées en bourse, car elles regroupent un nombre considérable d'associés, qui peuvent être passifs. A cela s'ajoutent les problématiques liées au développement des pouvoirs en blancs, au sens de l'article L225-106-1 du Code de commerce, qui accroissent d'autant plus l'absentéisme aux assemblées générales. Rattacher la qualité d'associé à la participation aux décisions collectives apparaît obsolète lorsque l'on considère que certains actionnaires minoritaires, s'ils ne sont pas majoritaires, pour des raisons parfois très différentes, ne participent pas aux assemblées générales. L'apparition sous la forme contractuelle des certificats d'investissement et d'autres instruments financiers permet la scission entre les droits financiers et les droits politiques. Ce phénomène ne fait qu'accentuer l'affaiblissement de l'*affectio societatis*.

295. Une autre hypothèse qui pourrait intéresser cette discussion en droit français et en droit OHADA est le fiduciaire. Cette notion permet à un tiers d'exprimer pleinement l'ensemble des prérogatives liées à l'associé. Il en ressort qu'en principe le fiduciaire doit avoir l'*affectio societatis.* Une analyse plus approfondie fait naître le doute. En effet, dans l'affaire « *I'm alone »*[606]*,* la commission mixte et les arbitres ont décidé que celui qui avait un lien réel avec la société en cause était celui qui avait qualité pour agir. Dans leur appréciation, les arbitres ont considéré que ceux qui avaient qualité pour agir étaient ceux qui avaient un lien, un attachement, avec la société. A notre avis, ce voile qui a été soulevé par la commission *Ad Hoc* dans « *I'm Alone »* est l'*affectio societatis*. Ce voile qui a été levé met en lumière ceux qui ont vraiment eu un intérêt, un attachement à la bonne

[606] S. S. « I'm Alone » (Canada, United States), 30 June 1933 and 5 January 1935, VOLUME III pp. 1609-1618

marche de la société[607]. On peut en déduire que ce sont eux qui ont l'*affectio societatis* et non ceux par qui ils sont représentés.

296. Enfin, une autre hypothèse aurait pu intéresser cette discussion en droit français et en droit OHADA : l'agent des sûretés. Nous devons toutefois écarter celle-ci, car l'agent des sûretés n'a pas de rattachement avec la société. Accorder ou garantir un emprunt est insuffisant au moment où nous écrivons. Il participe beaucoup trop indirectement à la société.

[607] Arbitrage I'm Alone (Canada vs États-Unis), ONU, Recueil, 1916: pour un résumé, voir G.H. HACKWORTH, Digest of International Law, vol. 2 (1940) pp. 703-706; voir aussi, J.G. CASTEL, International Law, 3e édition, Toronto, 1976, pp. 605-613

Conclusion du chapitre 2

297. Les associés veulent de moins en moins supporter les pertes[608]. La volonté de nos hypothèses de ne pas contribuer aux pertes découle de la non qualification en apport de la mise à disposition réalisée. Elles veulent cependant profiter de l'économie ou du profit réalisé. Ces notions disposent des prérogatives de l'associé, mais sont considérées comme étant les créanciers de la société (VMAC, obligataire aussi bien en droit OHADA qu'en droit français). L'appel de fonds réalisé lors de l'émission de VMAC ou d'obligations ne constitue pas une contribution aux pertes[609]. Le fiduciaire se trouve affranchi de toute contribution aux pertes de la société. Ce ne sont pas ses biens, sauf s'il doit répondre d'un mauvais acte de gestion. Cette volonté de ne pas contribuer aux pertes est celle qui guide l'investisseur et non l'associé[610]. La tontine, aussi bien dans nos droits africains qu'en droit français, s'inscrit bien dans cette logique. Les membres ne réalisent aucune perte et ont l'assurance d'avoir un profit maximum à chaque levée de fonds.

298. La pratique contractuelle s'est développée et a permis de poursuivre cette volonté de ne pas contribuer aux pertes. Il s'agit notamment des valeurs mobilières. Les valeurs mobilières permettent une participation au sein d'une société, mais ne permettent pas aux créanciers de venir saisir les détenteurs de valeurs mobilières. Ils se retrouvent alors épargnés face au risque.

299. L'assujettissement au risque social présente donc une double fonction : il individualise l'associé puisqu'il conditionne à la fois l'acquisition et la perte de cette qualité, et il permet de distinguer l'associé des tiers. La distinction entre la contribution aux pertes et l'obligation aux dettes conduit à considérer que seule la contribution aux pertes participe du risque inhérent à la qualité d'associé. En effet,

[608] D. VIDAL, *Droit des sociétés*, 7ème éd., L.G.D.J., 2010, p. 35, n° 55 ; Ph. MERLE, *Droit commercial*, Sociétés commerciales, op. cit., p. 69, n° 54. V. égal. D. RANDOUX, note ss. Cass. com., 3 mars 1975, préc. ; P. CARCREFF, « Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes », préc. ;

[609] C. BARRLLON, le critère de la qualité d'associé, Presses Universitaires Aix-Marseille, Décembre 2017, 660 pages.

[610] D. GREGORY, « Faut-il rejeter le principe de maximisation de la valeur actionnariale ? », *Revue française de gestion*, 2008/4 (n° 184), p. 71-88. DOI : 10.3166/rfg.184.71-88. URL : https://www.cairn-int.info/revue-francaise-de-gestion-2008-4-page-71.htm

l'obligation aux dettes n'est pas commune à tous les associés puisque celle-ci ne concerne que les investisseurs.

300. L'associé ne fait pas l'objet d'une définition officielle. En fait, il est défini par rapport au contrat de société.

301. Les discordances qui affectent le lien entre l'*affectio societatis* et la qualité d'associé sont nombreuses, même si l'observation doit être nuancée s'agissant de la période de constitution de la société. Ce constat était probablement inévitable car depuis sa genèse, la notion est essentiellement subjective. En effet, un sentiment, une intention, est de l'ordre du subjectif. Or, ériger l'*affectio societatis* en critère de la qualité d'associé suppose d'objectiver la notion. En particulier, celle-ci doit pouvoir être perceptible pour déterminer le moment où le postulant acquiert ou perd la qualité d'associé. La nature de l'*affectio societatis* s'y oppose : ni un sentiment, ni une intention, ne peuvent être datés de manière certaine, car ils sont intrinsèques au sujet du droit. Cette subjectivité inhérente à la notion d'*affectio societatis* est rédhibitoire, car « *le droit ne saisit jamais le sentiment lui-même, en tant que tel, isolement, indépendamment d'un acte qui en est la manifestation extérieure. Si le sentiment reste sentiment, il échappe au droit. Il ne nait à la vie juridique que s'il passe en acte, et c'est l'acte que connait le droit, non le monde intérieur*, *in mente retentum* »[611]. L*'affectio societatis* n'est, par hypothèse, pas extériorisée, ce qui exclut qu'elle puisse être à l'origine d'une qualité juridique.

302. L'étude des critères de l'associé nous a amené à discuter des critères financiers et sociaux de l'associé (**Titre 1**). Les évolutions de la société interrogent sur la pertinence des critères financiers. La contribution de l'associé sous la forme d'apport tend à relever de l'investissement. En outre, cette requalification de l'apport a pour conséquence que la volonté de contribuer aux pertes de la société s'est affaiblie. Ainsi, les critères financiers semblent insuffisants.

[611] G. CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse*, *op. cit*., p. 79 et 80.

303. Après l'étude des critères financiers mais aussi des critères sociaux, cette discussion sur l'associé suppose de se pencher sur le régime de l'associé en société en droit français et droit OHADA (**Titre 2**).

Titre 2. L’absence d’unification du régime de l’associé

304. L’étude des critères sociaux et financiers qui peuvent être recherchés au sein de la relation qui unit l’associé à la société, peuvent tenter de définir l’associé. Dans le cadre de la poursuite de notre étude, il est nécessaire de déterminer avec précision un régime juridique applicable. La Haute juridiction ne s’est pas prononcée sur un régime juridique applicable à cette situation. Cela crée plusieurs incertitudes (**Chapitre 1**). Ensuite, il convient d’analyser les modes de preuves ainsi que les mécanismes de sanctions appropriés (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. L’inconstance du régime de l’associé

305. Le régime de l’associé tend à varier selon le contexte. Dans cette perspective, nous étudierons la responsabilité dans le cadre du (**Section 1**) secteur formel. Il sera envisagé également une analyse dans le cadre du (**Section 2**) secteur informel.

Section 1. L'étude de la responsabilité des acteurs de la société

306. Il incombe à ceux qui animent une société ou qui décident pour cette dernière d'assumer la responsabilité de leurs actes. Celle-ci peut être (**I**) limitée, mais dans une autre dimension elle peut être (**II**) illimitée.

I. La responsabilité civile

307. La discussion suppose d'étudier la responsabilité pour faute en (**A**) droit français puis en (**B**) droit OHADA.

A. La responsabilité pour faute en droit français

308. Une fois la notion juridique de faute connue, il faudra se demander comment celle-ci est appréciée, puis envisager ses caractères. La faute n'a pas été définie par les auteurs du Code civil, qui employèrent ce mot comme une notion évidente, ce qui est loin d'être le cas : possédant son existence la plus certaine au cœur même de l'homme, elle se résigne mal à n'être qu'essence[612]. La faute est un comportement illicite qui contrevient à une obligation ou à un devoir imposé par la loi ou par la coutume[613]. Elle comprend un élément matériel (le fait brut qu'est le comportement) et un élément juridique (l'illicéité), qui est le plus délicat[614]. Toute faute implique un jugement de valeur sur une conduite humaine. Ainsi, dans un arrêt de principe du 15 avril 1873, la haute juridiction a-t-elle estimé que « *s'il appartient aux juges du fond de constater souverainement les faits d'où ils déduisent l'existence ou l'absence d'une faute, la qualification juridique de la faute relève du contrôle de la Cour de cassation* »[615]. Le contrôle opéré par la Cour de cassation sur la notion de faute se traduit, d'une part, par la vérification que les juges du fond ont caractérisé la faute qu'ils entendent ou non retenir contre le défendeur, indépendamment de la constatation d'un dommage et de

[612] Ph. LE TOURNEAU, « La responsabilité civile pour faute », Philippe LE TOURNEAU éd., *La responsabilité civile.* Presses Universitaires de France, 2003, pp. 71-78.
[613] La définition la plus célèbre nous est donnée par Planiol pour qui la faute consiste en « *un manquement à une obligation préexistante* » ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, 3e éd., n°947.
[614] CA. Aix en Provence, 05 Juillet 2018, n°2018/304.
[615] Cass. civ., 15 avril 1873.

l'établissement du rapport de causalité. Autrement dit, les juges du fond ne sauraient déduire de la constatation d'un préjudice l'existence d'une faute.

309. Il se traduit, d'autre part, par la vérification que les juges du fond ont caractérisé la faute dans tous ses éléments, à partir des circonstances de fait qu'ils ont souverainement appréciées[616].

310. Le droit reconnu à la victime d'obtenir réparation des dommages causés par la faute d'autrui est si fondamental, qu'il semble constituer un principe général du droit. La responsabilité civile est le mécanisme de réparation le plus traditionnel qui découle d'une faute prouvée. Habituellement désignée sous l'expression « responsabilité du fait personnel » (ou « responsabilité subjective »), elle est régie par les articles 1240 et 1241 nouveau. Les articles précités permettent de protéger les victimes de quelque dommage que ce soit, y compris les plus inédits, suscités par les développements techniques. Il s'agit du régime commun de la responsabilité. Ce champ d'action reste considérable, car, à défaut d'autre moyen juridique, la victime d'un dommage pourra toujours tenter de l'invoquer. Le législateur français dispose de trois régimes de responsabilité principaux : la responsabilité pour fait personnel ou d'autrui, la responsabilité du fait des choses et la responsabilité du commettant du fait de son préposé[617] .

B. La responsabilité pour faute en droit OHADA

311. Selon certains auteurs, « *la notion d'affectio societatis semble aujourd'hui stabilisée* »[618]. Plus exactement, la discussion sur la notion s'est apaisée. Ce n'est pas pour autant que la notion bénéficie aujourd'hui d'une acception durable. Au contraire, il n'existe pas encore de définition communément acceptée, en témoigne l'émergence de nouvelles propositions, formulées au cours des dernières

[616] Dans un arrêt Branly du 27 février 1951, la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que « *la faute prévue par les articles 1382 et 1383 peut consister aussi bien dans une abstention que dans un acte positif* » (*Cass. civ., 27 févr. 1951*).
[617] V. art. 1240 et S.
[618] P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 74, n° 97.

années[619]. Le constat est alors le suivant : l'instabilité qui a, pendant longtemps, caractérisé l'*affectio societatis*, demeure. L'*affectio societatis* semble par conséquent être privé de légitimité.

312. Il avait été précédemment établi que nos hypothèses de l'informel que sont la tontine, la Nana Benz, le *Work and Pay* ainsi que les sociétés créées de fait, ne disposaient pas d'un cadre légal et réglementaire précis. Elles seraient tentées de réaliser des opérations économiques en marge de la loi. Pourtant, « *Nul n'est censé ignorer la Loi »*[620]. Cet adage représente en droit une fiction juridique[621]. La fiction juridique est un « *artifice de technique juridique (en principe réservé au législateur souverain), « mensonge de la loi » (et bienfait de celle-ci) consistant à « faire comme si », à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit* »[622]. Ici, la fiction est évidente : personne ne peut connaître l'ensemble des lois. Mais dans le même temps, elle est éminemment nécessaire au fonctionnement de l'ordre juridique : si cette fiction n'existait pas, il suffirait à toute personne poursuivie sur le fondement d'une loi d'invoquer (et même de prouver) son ignorance du texte en cause pour échapper à toute sanction. On comprend que les règles perdraient toute efficacité devant la facilité avec laquelle on pourrait se soustraire à leur application. Les hypothèses issues du secteur informel pourraient alléguer de bonne ou de mauvaise foi cet argument. En effet, les Nana Benz ou les constituants du *Work and Pay* ainsi que les tontiniers sont souvent des acteurs économiques qui sont restées en marge des systèmes d'éducation nationaux. Ils sont parfois même analphabètes. Il pourrait alors être aisé de considérer qu'ils étaient dans l'ignorance de la loi. Les législateurs se sont attachés à ne pas faire prospérer des arguments allant en ce sens. Le législateur français dispose de trois régimes de responsabilités principaux : la responsabilité pour fait personnel ou d'autrui, la responsabilité du fait des choses, et la

[619] C.BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, Presses Universitaires Aix-Marseille, Décembre 2017, p.660.
[620] Cet adage est une traduction d'une locution tirée du droit romain « *nemo censetur ignorare lege* ».
[621] Il est important de souligner que cette fiction juridique est reconnue par le conseil constitutionnel dans sa décision du 16 décembre 1999. L'édition numérique de Legifrance, Vie Publique et du Journal Officiel viennent en confirmation de ce principe. L'OHADA en fait de même via son site ainsi que par les différents sites des Etats Membres tenus soit par le Secrétaire du Gouvernement soit par un Ministère dédié.
[622] G. Cornu, *Vocabulaire juridique,* Presses Universitaires de France, 8e éd., 2007, Quadriges.

responsabilité du commettant du fait de son préposé[623]. La tontine et ses tontiniers, en tant qu'association d'épargne et de placement, échappent au régime de la responsabilité du fait des choses. En l'espèce, cette activité sociétaire ne suppose pas l'utilisation d'une chose. La hiérarchie clanique ou l'organisation familiale des tontines africaines n'est pas transcrite dans la tontine sous la forme d'une relation commettant-préposé. Il n'y a pas de lien de subordination au sens prévu par le droit français[624]. Il aurait pu être affirmé un parallèle entre la jurisprudence[625] et le fait que l'organisateur de la tontine donne des instructions et les moyens de les exécuter. Il faut toutefois considérer qu'un tel raisonnement *a pari* ne pourrait prospérer. En effet, les règles d'organisation et d'attribution sont édictées puis acceptées par chaque membre. On ne peut donc être à la fois commettant et préposé. Il est ainsi difficile d'ériger ces comportements en rapport de préposition. Il reste alors la responsabilité du fait personnel. A titre d'exemple, il pourrait s'agir d'une situation où un tontinier s'estime lésé par l'attribution à un membre plutôt qu'à lui ou par le choix opéré par un membre. La première étape serait l'arbre à palabre, puis, en cas d'échec, la cour du chef de village, ou dans un contexte plus urbain, celle d'un tribunal[626]. Quelle que soit la juridiction choisie pour l'action en responsabilité, celle-ci s'attachera à vérifier les conditions d'une pareille action. Dans l'affirmative, la responsabilité est alors engagée afin que le préjudice soit réparé.

313. La responsabilité civile pour faute des dirigeants sociaux peut être recherchée par une action individuelle par un tiers ou un associé, ou par la société, personne morale.

314. **Nana Benz est un cas plus complexe**. En effet, de par son activité, elle peut faire l'objet à la fois d'une action en responsabilité, d'une action en responsabilité du fait des choses et enfin d'une responsabilité du commettant-préposé. La Nana Benz peut voir sa responsabilité engagée du fait de son action ou de son inaction

[623] V. art. 1240 et S.
[624] Cass. Civ 2e, 26 Octobre 2000, n°98-19, 387.
[625] L'arrêt Cass. Crim. 7 novembre 1968 ne s'arrête pas au rapport de préposition contractuellement établis, il construit un rapport de préposition en indiquant qu'une fois que des consignes et un moyen de réaliser ces consignes sont donnés par une personne à une autre il y a un rapport de préposition.
[626] V. Entretien avec Djenabou Bakayoko, son mari a une société d'alimentation générale au Bénin, 28 décembre 2020.

envers un tiers. Elle peut aussi voir son action engagée lorsqu'une pile de textile ou de matériel du magasin cause un préjudice à un prospect. Aussi, dans le cadre de son activité, la Nana Benz s'entoure de jeunes femmes qualifiées de vendeuses ou d'aide pour sa boutique[627] qui sont chargées de l'accueil, du rangement, et de la vente. Il peut arriver que, lors des missions exercées par la vendeuse, un préjudice soit causé à un tiers. A titre de comparaison en droit français, il est possible d'engager la responsabilité de la Nana Benz du fait de sa préposée. La mise en œuvre de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés suppose la réunion de deux conditions cumulatives[628] : la première condition tient aux liens personnels qui existent entre le commettant et le préposé et la seconde condition tient aux actes commis par le préposé susceptible d'engager la responsabilité de son commettant. Le droit OHADA ne dispose pas des actions en responsabilité, de sorte qu'il faut se tourner vers le droit national conformément aux Actes Uniformes. Le droit des obligations des États membres correspond au droit français avant la réforme du 9 février 2016. On peut en déduire que les juges OHADA retiendront un raisonnement similaire à celui des juges français.

315. Le cas des constituants du *Work and Pay* semblent encore plus complexes que celui de la Nana Benz. Comme la Nana Benz, les constituants du *Work and Pay* peuvent faire l'objet d'une action en responsabilité, d'une action en responsabilité du fait des choses et enfin d'une responsabilité du commettant-préposé. Il convient de vérifier aussi qu'ils ne sont pas soumis au régime de responsabilité des véhicules terrestres à moteur[629].

316. L'action en responsabilité nous apparaît comme évidente. Il suffit à la victime du préjudice de prouver le fait générateur, le dommage et le lien de causalité. La responsabilité du commettant du fait de son préposé peut survenir lors d'un accident. Il en a été ainsi jugé par un État membre, le Togo[630]. A titre de

[627] V. entretien avec Madame Rose Creppy, présidente de l'union des revendeuses de pagnes au Togo, 20 février 2021.
[628] Arrêt dit « Costedoat » Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 25 février 2000, 97-17.378 97-20.152, Publié au bulletin.
[629] V. en ce sens loi 1985 dite loi Badinter.
[630] V. en ce sens la décision Kwarteng v Sei (1966) GLR 42-50, Djabanor J; Cf. Entretien avec le Président du tribunal du travail, Lomé, 16 décembre 2008 *in* É. PANIER,. Une approche des relations de travail en Afrique en termes de mobilisations du droit. L'exemple du contrat de travail au Togo. Droit et société, 90, 373-392. (2015)

comparaison avec le droit français, nous n'avons pas établi de régime de responsabilité similaire à celui de la loi Badinter, de sorte qu'il faut s'orienter vers le régime de responsabilité du fait des choses pour une indemnisation.

II. La responsabilité illimitée

317. La discussion ne saurait être exhaustive sans étudier la responsabilité illimitée en (**A**) droit français puis (**B**) celle en droit OHADA.

A. La responsabilité illimitée en droit français

318. Dans une société à responsabilité illimitée, les associés garantissent la totalité du passif social. Leur apport peut donc n'avoir qu'une importance très relative. En revanche, l'essentiel est leur solvabilité. Elle conditionne le crédit de la société. En conséquence, ces formes de société ne sont choisies que par des personnes qui se connaissent. On parle alors d'« *intuitu personae* », voire de « sociétés de personnes». Les associés se font suffisamment confiance au point de risquer ensemble la quasi-totalité de leur fortune[631]. Ils exposent en effet leurs biens personnels, qui peuvent être saisis pour paiement des dettes de la société. Dans des mesures variables, ces sociétés sont transparentes pour leurs créanciers, qui bénéficient de la solvabilité des associés.

319. Le droit commercial offre deux possibilités : la société en nom collectif[632] et la société en commandite simple (qui, elle-même, inspire partiellement la société en commandite par actions, étudiée avec les sociétés par actions)[633]. Entre les deux, il existe une troisième voie : celle des sociétés créées de fait ou sociétés [634]. Les associés de ces deux formes de sociétés se voient appliquer les règles de la SNC[635].

320. En réalité, le plus souvent, les associés ignorent même qu'ils sont en société. Le juge tire conséquence des faits afin d'en tirer les conséquences liées à la

[631] P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, novembre 2019, Lextenso, 9782275069746.
[632] V. Art. L. 221-1 à L. 221-16 pour le droit français
[633] V. Art. L. 222-1 à L. 222-12 pour le droit français
[634] V. Art 864 et 865 AUSCGIE.
[635] V. Art 868 AUSCGIE.

qualification de la société de fait ou créée de fait en SNC. L'appellation de cette société (« en nom collectif ») peut être comprise ainsi : les associés font connaître leur société sous leur nom propre, ce qui signifie qu'ils s'engagent avec elle. Si MM. LANISTA, KODJO et DUPOND créent ensemble une SNC, ils peuvent l'appeler « société LANISTA, KODJO et Dupond », ou bien « société LANISTA, KODJO et compagnie ». En 1807, cela signifiait que MM. LANISTA, KODJO et DUPOND répondaient personnellement et solidairement des dettes de la société. Cependant, le choix du nom des associés pour désigner la société est aujourd'hui facultatif. Une dénomination sociale de fantaisie (« Le Phénicien », « Cafés Vaudou », etc.) peut être préférée par les associés. Les sociétés à risques limités peuvent aussi porter une dénomination patronymique (SA Bernard, par exemple), sans que la responsabilité limitée soit remise en cause. Dans la société en nom collectif, les associés dont le nom ne figure pas dans la dénomination sociale n'en sont pas moins indéfiniment et solidairement tenus ; tout cela fait que la différence d'origine s'est complètement estompée[636]. En vertu de l'article L. 221-1 du Code de commerce, tous les associés en nom, doivent être au moins deux[637]. Ils sont personnellement responsables indéfiniment et solidairement du passif social, qu'ils soient personnes physiques ou personnes morales. En outre, cette disposition est la même en droit OHADA[638].

B. La responsabilité illimitée en droit OHADA

321. **Application à la Nana Benz.** En l'espèce, il est de coutume au marché de se rendre spécifiquement chez une Nana Benz. Elle a les tissus que l'on souhaite, elle propose de temps à autre des ristournes occasionnelles. Les clients ont l'habitude d'acheter chez elle et la connaissent depuis un certain temps. A notre sens, les traits de l'*intuitue personae* apparaissent. Il faut en déduire que l'activité de la Nana Benz relève d'une société commerciale. Leurs structures comme les textiles portent en outre souvent leurs noms[639]. A la précédente qualification de société commerciale s'ajoute alors celle « en nom collectif », dans la mesure où il y a

[636] P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, novembre 2019, Lextenso, 9782275069746
[637] V. En Droit français la proposition d'instituer une SNC unipersonnelle faite par un auteur (A. REYGROBELLET, « Pour une « société en nom collectif... unipersonnelle » », D. 2003, chr., p. 679).
[638] V. Art. 270 AUSCGIE
[639] V. entretien avec Madame Rose Creppy, présidente de l'union des revendeuses de pagnes au Togo, 20 février 2021. A titre d'exemple une des sociétés de Madame Rose Creppy se nomme « Rosetex ».

association. Il faut en tirer la conclusion qui s'impose. La société de Nana Benz est placée sous le régime de la SNC.

322. **Application au *Work and Pay*.** La société de *Work and Pay* n'échappe pas non plus à cette qualification. Une activité de transport, un trajet régulier sur le même axe de route, est réalisée. Les personnes empruntant régulièrement le même trajet que l'associé de la société de *Work and Pay* entrent en contact régulier avec lui. Il naît une relation contractuelle basée sur la force de l'habitude et la confiance. Le chauffeur s'est fait un nom au-delà de son nom de famille qui est déjà connu. Nous pouvons en déduire qu'il faut également le placer sous le régime de la SNC.

323. **La tontine est un cas différent**. Elle ne réalise pas d'objet commercial à proprement parler. L'activité de placement d'épargne peut faire l'objet d'une affirmation négative ou positive. En revanche, dans l'espace OHADA la tontine est constituée sans immatriculation. En outre, la constitution de l'association se fait par « connaissance intime de l'autre », il y a donc cet *intuitu person*ae fort que l'on retrouve dans la SNC. Pour résumer, la tontine dans l'espace OHADA est une société créée de fait et avec un fort *intuitu personae*. On en déduit que celle-ci relève du régime de la SNC. A titre de comparaison, le raisonnement est similaire pour les sociétés de fait ou les sociétés créées de fait de droit français[640].

324. Les associés sont ainsi soumis au régime de la responsabilité illimitée de la SNC. La responsabilité des associés de nos hypothèses se trouve aggravée à l'avantage des tiers.

Section 2. L'étude du régime des acteurs de la société issue du secteur formel

325. Dans le cadre de l'exercice d'une société établie, deux corps se dégagent principalement celui des dirigeants et celui des actionnaires. Dans un premier

[640] L'article 1871-1 du Code civil précise : « A moins qu'une organisation différente n'ait été prévue, les rapports entre associés sont régis, en tant que de raison, soit par les dispositions applicables aux sociétés civiles, si la société a un caractère civil, soit, si elle a un caractère commercial, par celles applicables aux sociétés en nom collectif ».

mouvement, l'on envisagera la responsabilité des dirigeants de la société (**I**) puis dans un second temps celle de ses **(II**) actionnaires.

I. La responsabilité des dirigeants

326. La responsabilité des dirigeants dans le cadre du secteur formel s'analyse en (**A**) droit français et en (**B**) droit OHADA.

A. La responsabilité des dirigeants en droit français

327. La typologie des fautes pouvant entraîner la responsabilité du dirigeant est très diverse. Il suffira donc de prouver une faute du dirigeant, un préjudice, et un lien de causalité entre ces deux éléments pour engager la responsabilité du dirigeant[641].

328. Concernant les sociétés qui ne disposent pas de la personnalité morale, telles les sociétés en participation, la responsabilité du dirigeant sera de nature contractuelle, car il est mandataire de la société. Il faudra alors prouver une inexécution ou une mauvaise exécution par le dirigeant de ses obligations[642]. Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation sont tenues solidairement et indéfiniment des actes ainsi accomplis, sauf reprise desdits actes par la société une fois constituée et immatriculée[643].

329. La responsabilité légale ne s'applique qu'aux dirigeants de droit et non aux dirigeants de fait[644]. Ces derniers ne sont pas pour autant exonérés de toute responsabilité, ils seront soumis au régime de la responsabilité de droit commun.

330. En tout état de cause, et quel que soit le moment où la responsabilité du dirigeant est recherchée, il faut prouver qu'il a commis une faute et que de cette faute a découlé un préjudice pour la société ou les associés.

---

[641] V. Art. 1240 du C. civ.
[642] V. Art. 1231-1 du C. civ.
[643] V. Art. L. 210-6 du C. com.
[644] Com. 31 mai 2011, n° 09-13.975.

331. La responsabilité civile des dirigeants sociaux est engagée envers la société et les actionnaires éventuels dans les cas suivants[645] :

- Violation des statuts ;
- Infraction aux dispositions applicables aux sociétés ;
- Faute commise dans la gestion[646].

332. Les membres du conseil de surveillance sont responsables des fautes personnelles commises dans l'exécution de leur mandat, mais pas des actes de gestion de la société[647].

333. Lorsque la décision litigieuse émane du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme, le juge doit constater la faute personnelle de chaque administrateur qui, par son action ou son abstention[648], a participé à la prise d'une décision fautive de cet organe[649]. Il existe une présomption simple de faute, mais celle-ci pourra être renversée par chacun des membres en prouvant qu'il s'est comporté de façon prudente et diligente[650].

334. Enfin, toute victime d'une infraction pénale commise par un dirigeant peut déposer une plainte et se constituer partie civile.

335. **L'action *ut singuli*.** Lorsque l'agissement de l'organe social cause un dommage à la société, ses représentants peuvent agir en son nom par l'action sociale appelée aussi action *ut universi*. Si les dirigeants sociaux n'agissent pas, les actionnaires peuvent combattre cette inertie et intenter eux-mêmes cette action[651], cela s'appellera alors l'action *ut singuli*.

---

[645] Pour les différentes sociétés commerciales, des dispositions du Code de commerce sont applicables : Pour les SARL : arts. L.223-22 et L.223-24 du Code de commerce, Pour les sociétés par actions : arts. L.225-249 à L.225-254 du Code de commerce, Pour les sociétés anonymes, L'article L.225-251 du Code de commerce.

[646] J.-B. BARBIERI – *Rev. sociétés 2022*. 151, 07 mars 2022.

[647] R. DAUBIE, « la responsabilité du dirigeant d'entreprise », *Village Justice,* 14 octobre 2019

[648] V. Not. Un manque de loyauté envers la société ou les associés (Cass. Com. 12 mai 2004, n°00-15.618).

[649] V. not. Une mauvaise surveillance de la direction (Cass. Com. 14 décembre 1993, n°91-20.839)

[650] V. not. des imprudences ou négligences (Cass. Com. 28 mai 1991, n°89-21.116).

[651] B. SAINTOURENS, *Rev. sociétés* 2022. 96, 07 février 2022.

336. Toutefois, l'action *ut singuli* est soumise à certaines conditions :
- Elle n'est possible que si elle a été autorisée par un texte spécial[652] ;
- Elle ne peut être exercée qu'à l'encontre des dirigeants sociaux[653] et pas contre un liquidateur[654] ;
- L'action *ut singuli* ne pourra être exercée lorsqu'une procédure collective a été ouverte contre l'entreprise.

337. L'action intentée par un actionnaire ne peut être individuelle qu'à la condition qu'elle tende à un préjudice personnel et distinct de celui de la société. Cela ne concerne pas l'action intentée contre une société en participation, cette dernière n'ayant pas de personnalité morale, un préjudice personnel ne peut exister.

338. **La responsabilité des dirigeants envers les tiers.** En cas de faute personnelle détachable de leur fonction de dirigeants, les associés et les dirigeants engagent leur responsabilité envers les tiers. La faute personnelle et détachable des fonctions est définie de la façon suivante : une faute intentionnelle du dirigeant, d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales du dirigeant[655].

339. Une telle faute peut être constituée lorsque le dirigeant agit dans les limites de son attribution. Une infraction pénale intentionnelle constitue en tout état de cause une telle faute[656].

340. **La responsabilité des dirigeants sociaux à l'égard des associés**. La responsabilité des dirigeants sociaux à l'égard des associés suppose l'existence d'un manquement au devoir de « loyauté » créé par la jurisprudence[657].

341. Si le devoir de loyauté s'impose désormais aux dirigeants sociaux, en cas de manquement seul le juge pourra l'apprécier au cas par cas afin de tenter de

[652] Cass. Civ. 1ère, 30 janvier 1980, n°78-14.577.
[653] Cass. Com. 19 mars 2013, n°12-14.213.
[654] Cass. Com. 21 juin 2016, n°14-23.370.
[655] Cass. Com. 20 mai 2003 n°99-17.092.
[656] Cass. Civ. 3ème 10 mars 2016, n°14-15.326.
[657] Cass. Com. 12 mai 2004, n°00-15.618.

moraliser le monde des affaires. Les associés peuvent également agir pour obtenir réparation de leur préjudice personnel. Cette action n'est recevable que si le préjudice subi par l'associé est distinct de celui éventuellement subi par la société.

B. La responsabilité des dirigeants en droit OHADA

342. La responsabilité éventuelle des dirigeants est susceptible d'être mise en œuvre dès lors qu'il peut être établi qu'ils ont commis des fautes dans l'exercice de leurs fonctions et que celles-ci ont eu des conséquences dommageables pour la société, les associés ou les tiers. Le droit OHADA appréhende bien cette problématique de la responsabilité des dirigeants à tous les stades de la vie sociale, c'est-à-dire que la société soit *in bonis* ou qu'elle soit en difficulté[658]. Posant les principes de la responsabilité civile des dirigeants, le droit OHADA ne se prononce cependant pas expressément sur sa nature. S'il paraît incontestable que cette responsabilité est délictuelle à l'égard des tiers, il est difficile d'admettre qu'elle soit contractuelle à l'égard de la société ou des associés[659]. Il s'agirait plutôt, dans ce dernier cas, d'une responsabilité légale qui trouve son fondement sur les obligations mises à la charge des dirigeants dans le cadre spécifique de leurs fonctions[660].

343. **La responsabilité des dirigeants.** Le principe de la responsabilité d'un dirigeant envers la société qu'il dirige ou administre est posé par l'article 165 alinéa 1er de l'AUS en ces termes : « *Chaque dirigeant social est responsable individuellement envers la société, des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions*. » Pour mettre en jeu cette responsabilité, la société dispose d'une action dite action sociale[661]. Une telle conception est certainement étroite car la responsabilité d'un dirigeant peut être recherchée pour des actes, faits ou abstentions n'ayant aucune

[658]Sur cette notion, v. P. NGUIHE KANTE, « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », *Penant*, 2002,5.
[659]La doctrine traditionnelle était par contre de cet avis. V. J.-P. BERDAH, Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions, Sirey, 1974, p. 2.
[660] V. J.-P. BERDAH, *op. cit*., p. 2.
[661] Sur une vue d'ensemble, v. J.-P. BERDAH, op. cit., notam. n° 117 et s.

incidence sur la situation matérielle ou patrimoniale de la société. Tel est le cas lorsque la société subit un préjudice moral[662].

344. L'action sociale exercée contre un ou plusieurs dirigeants sociaux peut être engagée soit par la société elle-même, soit par un ou plusieurs associés en cas de défaillance des organes compétents[663]. L'action sociale peut aussi être exercée par plusieurs associés. Lorsqu'il s'agit d'une société à responsabilité limitée, l'article 331 de l'AUS prévoit que plusieurs associés ne peuvent demander la réparation du préjudice subi par la société que s'ils représentent le quart des associés et le quart des parts sociales. Ces deux conditions sont cumulatives. Par contre, lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, les actionnaires ne peuvent exercer l'action sociale que s'ils représentent au moins le vingtième du capital social.

345. **L'action individuelle de l'associé.** Aux termes de l'article 162 de l'AUS, « *l'action individuelle est l'action en réparation du dommage subi par un tiers ou par un associé, lorsque celui-ci subit un dommage distinct du dommage que pourrait subir la société, du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. Cette action est intentée par celui qui subit le dommage* ». La responsabilité des dirigeants envers les associés est ainsi énoncée pratiquement dans les mêmes termes que celle à l'égard de la société. Cependant, sa mise en œuvre est plus difficile en raison de la condition à laquelle elle est subordonnée. L'action individuelle de l'associé est une action personnelle qui ne peut être intentée que par lui seul, en tant que victime directe du dommage. Pour ce faire, il peut agir de deux manières : soit par voie d'action directe en saisissant le tribunal compétent pour connaître des affaires commerciales, soit par voie d'action civile lorsque le fait reproché aux dirigeants constitue une infraction pénale susceptible d'être

[662] A. AKAM AKAM,. « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxi,2, no. 2, 2007, pp. 211-243.
[663] V. art. 166 al. 2 et art. 167 AUS. Faut-il y intégrer les dirigeants de fait? La jurisprudence répond par la négative, de sorte que ceux-ci sont responsables conformément au droit commun (art. 1382 ou 1383 du code civil). V. Cass. com., 6 octobre 1981, D., 1983,133, JCP, 1982, II, 19891; 21 mars 1995, RJDA, 1995/7, n° 858, p. 690, JCP, 1996, II, n° 22603.

qualifiée de crime ou délit[664]. Comme en droit commun français de la responsabilité civile, la responsabilité des dirigeants envers la société ou les associés, telle que prévue par l'AUS, est subordonnée à la preuve d'une faute commise par ceux-ci, d'un dommage subi par la société ou les associés et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage.

346. **La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers.** Les règles qui gouvernent la responsabilité des dirigeants envers les tiers sont, pour l'essentiel, identiques à celles applicables aux rapports entre les dirigeants et la société ou les associés[665]. Néanmoins, en droit français où le problème se pose de la même manière, la jurisprudence subordonne cette responsabilité à la preuve par le tiers demandeur d'une faute du dirigeant séparable des fonctions. De la combinaison des articles 330 et 740 de l'AUS, il résulte que les gérants, les administrateurs ou l'administrateur général sont responsables individuellement ou solidairement envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés, soit des violations des dispositions des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. La loi française est pratiquement identique[666].

II. L'étude de la responsabilité de l'associé

347. Dans le cadre de la discussion de la notion de l'associé, il nous incombe d'étudier la responsabilité de l'associé (A). La poursuite d'un travail comparatif amène à étudier la responsabilité de l'associé en droit OHADA (B).

A. La responsabilité de l'associé en droit français

348. En droit français, dans les sociétés de capitaux[667], les associés sont responsables dans la limite du montant de leurs apports. En d'autres termes, les associés bénéficient en principe d'une sécurité en cas de difficultés. Les associés perdent

[664] Cass. crim., 4 novembre 1969, D., 1970, somm. 83. Sur le recours à l'action civile par la société ou l'associé pour demander réparation du préjudice, v. la synthèse de E. DEZEUZE, « La réparation du préjudice devant la juridiction pénale », *Rev. Sociétés*, 2003,261 (actes du colloque sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux, 16 décembre 2002, Université René Descartes).
[665] V. art. 161,330 et 740 de l'AUS.
[666] V. art. L223-22 (responsabilité des gérants de SARL) et art. L 225-251 (responsabilité des administrateurs et du directeur général de SA) du code de commerce.
[667] V. not. Les SA, SAS, SARL.

uniquement les apports qu'ils ont effectués à la société et ne sont pas tenus au passif social lorsque leurs apports ne permettent pas d'y faire face[668].

349. La responsabilité limitée au montant des apports signifie donc que l'associé perdra ce qu'il a apporté à la société en apports en numéraire, apports en nature et lors des augmentations de capital, mais il ne devra pas reverser un montant égal aux apports effectués. L'associé ne peut pas être poursuivi sur son patrimoine personnel pour des dettes contractées par la société.

350. **Les exceptions au principe d'une responsabilité limitée.** Les principales exceptions sont liées à la qualité de gérant (de droit ou de fait) de l'associé, à la consistance du capital social de la société, aux formalités de constitution de la société et aux cautionnements éventuellement consentis par un associé[669].

351. Les sociétés à responsabilité illimitée sont les Sociétés en Noms Communs (SNC) et les sociétés civiles. Une distinction doit toutefois être opérée entre ces deux formes de sociétés : dans les SNC, la responsabilité de l'associé est indéfinie et solidaire. Il existe un mécanisme de solidarité entre les associés. Chaque associé est tenu solidairement de toutes les dettes sociales envers les tiers. Dans les sociétés civiles, la responsabilité de l'associé est indéfinie et proportionnelle à son pourcentage de participation au capital social.

352. En cas de dettes sociales dans une telle société, la responsabilité de l'associé ne se limite donc pas à la perte de la totalité du montant de ses apports en capital social et de ses apports en compte courant d'associé. En plus de cela, il pourra être poursuivi sur son patrimoine personnel pour payer les dettes sociales (en totalité dans les SNC, en proportion de son pourcentage de participation dans les sociétés civiles).

[668] Ce principe est consacré par l'article L227-1 du Code de commerce pour la société anonyme et pour les sociétés à responsabilité limité article L.223-1, alinéa 1.
[669] V. notamment les articles L.653-1et L.651-2 du Code de commerce.

B. La responsabilité de l'associé en droit OHADA

353. **Mimétisme avec le droit français**. L'idée d'affectation de patrimoine en matière de sociétés commerciales est corroborée par l'article 37, alinéa 2, de l'AUSCGIE qui dispose que chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il s'est obligé à lui apporter en numéraire, en nature ou en industrie. Si un associé peut être considéré comme un créancier de la société, cela signifie effectivement qu'il y a une distinction entre son patrimoine propre et celui de la société. Cependant, l'ampleur de la séparation de patrimoines dépend du type de société concernée. Elle est moins visible en matière des sociétés de personnes dans la mesure où, malgré l'affectation par la constitution de la personne morale, les associés restent solidairement et indéfiniment tenus des dettes de la société[670]. Cependant, elle est plus affirmée dans les sociétés limitatives de responsabilité. Ces formes de société sont instituées par le droit OHADA. Il s'agit en l'occurrence de la société à responsabilité limitée (SARL)[671], de la société anonyme (SA)[672] et de la société par action simplifiée (SAS)[673]. Elles se caractérisent par une séparation entre le patrimoine de chaque associé d'avec celui de la société. Elles permettent aux associés de bénéficier d'une responsabilité limitée à leurs apports. Dans ces sociétés, les créanciers sociaux perdent tout recours contre les patrimoines personnels des associés[674]. L'étanchéité de patrimoines est assurée dans ces sociétés par l'obligation d'évaluation des apports instituée par l'AUSCGIE en ses articles 312 pour les SARL et 400 à 403 pour les SA.

354. Au niveau financier, patrimoine personnel et patrimoine de l'entreprise sont confondus dans les entreprises individuelles, sociétés en nom collectif (une SNC possède en tant que société ses biens propres mais les associés, tous des commerçants, répondent solidairement des dettes sociales) et sociétés civiles professionnelles (une SCP possède aussi, comme société, ses biens propres mais

[670] L. H. KAOSSIRI, « La théorie classique du patrimoine à l'épreuve du droit OHADA », *Lexbase Afrique-OHADA*, mars 2020.
[671] V. AUSCGIE, art. 309 et suivants.
[672] V. AUSCGIE, art. 385 et suivants.
[673] V. AUSCGIE, art. 853-1 et suivants.
[674] A. AKAM AKAM et V. BAKREO, *op. cit.,* n° 981 et s. ; D. KHADIDIATOU, *Le sens de la limitation de responsabilité des associés ou actionnaires dans les et les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés anonymes,* Mémoire de Master UCAD, Dakar, 2008.

les associés, tous des commerçants, répondent solidairement des dettes sociales et sont responsables de leurs actes professionnels sur l'ensemble de leur patrimoine)[675].

355. La reconnaissance d'une société de professionnels[676] entre ses débiteurs lui permettra à coup sûr de bénéficier des règles de la responsabilité indéfinie et solidaire des associés en nom ainsi que le prévoit l'article 868 de l'Acte Uniforme. Cette application est de nature à favoriser le recouvrement efficace de sa créance[677].

[675] Pour quelques applications jurisprudentielles, lire : CCJA, Ass. plén., 27 avril 2015, n° 049/2015 (N° Lexbase : A1573WS3) ; CA Ouagadougou, Ch. civ. et com., arrêt n° 57 du 20 mai 2005, affaire «Société togolaise de travaux publics (STTP) contre SAS sa et SOMDA Jean de Dieu».

[676] Il faut entendre par là les sociétés en noms communs, les sociétés civiles et les sociétés d'exercices libérales.

[677] F. BIBOUM BIKAY, « Les situations de fait en droit des sociétés de l'OHADA », R.D.U.S. 2013 P.40.

Conclusion du chapitre 1

356. Dans un monde où l'on recherche essentiellement des certitudes et la stabilité, le régime de l'associé apparait comme inconstant. Cette analyse persiste lors de l'engagement de la responsabilité de nos hypothèses. D'une hypothèse à une autre, les actions en responsabilité diffèrent. Ainsi, engager la responsabilité d'un *Work and Pay* et celle d'un usufruitier n'est pas similaire. Il en est de même entre la Nana Benz et l'usufruitier.

357. La persistance de nos hypothèses dans le secteur informel expose ces derniers à un plus grand risque. Il s'agit de celui de la responsabilité illimitée. Toutefois, cette forme de sanction peut être étendue à l'associé qui exerce une activité de commerce régulièrement établie. On peut déduire à la lumière de ce qui précède que les dirigeants peuvent voir leur responsabilité engagée parfois au même titre que les employés. A ce titre, le droit français et le droit OHADA disposent des mêmes actions.

358. Ensuite, il faut se pencher sur les preuves qui engagent la responsabilité de nos hypothèses ainsi que sur les réparations qui peuvent leur incomber.

Chapitre 2. Les modes de preuves et de sanctions

359. Les hypothèses que nous avons sélectionnées dans le cadre de notre étude ont continué de s'illustrer par leurs différences, qui découlent principalement de la différence entre le formel et l'informel. On retrouve ces différences tant au niveau de l'administration de la preuve (**Section 1**) qu'au niveau des sanctions (**Section 2**).

Section 1. Les mécanismes de preuves

360. La détermination des modes d'administration de la preuve se fait de deux manières. Elle découle de l'écrit (**I**) et de l'oral (**II**). La *summa divisio* des modes de preuves est ainsi respecté.

I. L'administration de la preuve écrite

361. Le développement de la détermination des modes d'administration de la preuve se vérifie dans les droits étudiés, premièrement en droit français (**A**) et deuxièmement en droit OHADA (**B**).

A. L'administration de la preuve écrite en droit français

362. En droit civil français, la preuve est la démonstration de la réalité d'un fait, d'un état, d'une circonstance ou d'une obligation, dans le but de faire valoir une prétention, c'est-à-dire l'objet d'une demande à laquelle une partie engagée dans une procédure judiciaire sollicite qu'il lui soit fait droit. Il s'agit d'une notion fondamentale, car en cas de contestation, ne pas pouvoir prouver son droit revient à ne pas en avoir[678]. Les questions de fait doivent être prouvées par les parties. Selon qu'il s'agisse de prouver un fait juridique ou un acte juridique, les règles sont différentes et souffrent d'exceptions[679]. Le statut d'associé d'une société est un fait juridique qui prend sa source dans un acte juridique : le contrat de société entre la société et l'intéressé. Pour pouvoir prouver cette qualité d'associé, il faut par conséquent pouvoir prouver l'acte juridique qui a donné naissance à cet état. Autrement dit, il faut être en mesure d'établir que l'on a conclu un acte de société, mais, avant de contracter, il a fallu souscrire et libérer les parts sociales ou des actions. De l'autre côté de la Méditerranée, la qualité d'associé se rapporte également par la preuve de la souscription, la libération des titres de la société ainsi que la mention de la participation des requérants dans les statuts[680]. Il en est

[678] Civ. 1re, 16 décembre1981 ; Civ. 1re, 4 juillet 2019, n° 18-10.139
[679] En effet, depuis l'Ordonnance de Moulins de 1566, le principe est la preuve par écrit des actes juridiques.
[680] CA Amiens, 14 novembre 1977 : Bull. inf. coop. agr., 1978, p. 131, n°60 ; Cass. 1ère civ., 11 décembre 1973 : Bull. civ. I, n°347 ; Cass. 1ère civ., 25 mai 1992 : Bull. Joly Sociétés, 1992, p. 789, § 255, note G. GOURLAY ; Rev. sociétés, 1993, p. 83, note Y. GUYON ; Dr. sociétés, 1992, comm.

de même pour une de nos hypothèses : le porteur dans le cadre d'une convention de portage. Selon un auteur, ce service consiste justement à réaliser un acte de souscription des titres sociaux alors que le porteur n'a pas l'intention d'être associé[681]. Pour réaliser ce service en bonne et due forme, il se doit de respecter la loi. Le respect de la loi lui permettra de garantir l'opposabilité nécessaire au service rendu, ainsi qu'à son investissement.

363. La mort est un fait juridique qui a pour conséquence la réalisation d'un acte de décès ainsi que l'ouverture d'une succession[682]. Cette situation donne vie à l'une de nos hypothèses : l'héritier. La preuve de la qualité d'héritier peut alors être rapportée par un acte de notoriété ou par tout document notarié voire d'état civil. L'héritier continue la personne de son prédécesseur[683]. Il est alors logique de voir le nom de l'héritier apparaître à la suite de celui du prédécesseur dans le bordereau de souscription de titres sociaux de la société.

364. Le chemin probatoire se poursuit avec l'usufruitier. La diversité des obligations de ce dernier découle de la définition même de l'usufruit selon laquelle l'usufruitier peut jouir des biens « *comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance* »[684] et selon le moment où l'usufruitier se trouve. Avant son entrée en jouissance, l'usufruitier « *prend les choses dans l'état où elles sont, mais il ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit* »[685]. L'article 601 du Code civil vient préciser que l'usufruit est établi par un acte constitutif. Il s'ensuit que la preuve de l'usufruit doit être nécessairement écrite, dans la mesure où la constitution de l'usufruit est un acte juridique. En effet, cet acte aura pour fonction d'être une preuve préconstituée[686].

---

n°174, note T. BONNEAU. Cass. 1ère civ., 10 juillet 2002, n° 1237 FP, Coopérative Les Vignerons du Roy René c/ Ambrosio et autres (cons. rapp. Girard).

[681] cf. D. SCHMIDT, « Les opérations de portage de titres de sociétés » in Les opérations fiduciaires, *Feduci,* 1982, p. 31 et s.

[682] V.Art. 720 C.Civ.

[683] V.Art. 724 C.Civ.

[684] C. civ., art. 578.

[685] C. civ., art. 600.

[686] J.-L. BERGEL, J.-M. ROUX, S. CIMAMONTI, L. TRANCHANT, *Les biens*, novembre 2019, Lextenso.

365. La souscription à des obligations ainsi qu'à des valeurs mobilières composées donnant accès au capital suppose la volonté d'un investissement. Cette démarche se concrétise par un acte juridique. Dans le cas, peu fréquent, où cela n'a pas été fait, la Cour de cassation rappelle qu'une société doit tenir un registre des mouvements de valeurs immobilières[687]. L'évolution que connaît notre société avec la dématérialisation des titres ne fait qu'accentuer cette exigence[688]. La société doit tenir des registres en fonction des différentes catégories de titres émis[689]. Les registres doivent être signés par le représentant légal de la société ou son délégué. En exigeant la signature du représentant légal de la société ou de son délégué, le législateur entend apporter un « niveau d'exactitude » supplémentaire pour les écritures. La preuve concernant l'hypothèse du détenteur de valeurs mobilières composées s'établira par un écrit.

B. L'administration de la preuve écrite en droit OHADA

366. En droit OHADA, la DNSV qui contient la mention de la liste des souscripteurs et de la part de chacun de ces souscripteurs dans la société est une pièce maîtresse dans l'établissement de la qualité d'associé d'une société. Précisons, à cet égard, que la souscription et la libération des titres sociaux sont obligatoirement constatées par le notaire[690]. L'attestation notariée ou celle des dirigeants sociaux le cas échéant fait foi[691]. Il a aussi été établi qu'un mandant peut se voir autoriser en justice la modification des statuts établis au nom du mandataire dès lors que sa qualité d'associé est établie en application des règles du mandat[692].

367. La propriété temporaire et la gestion de sûretés sont établies sur une base contractuelle. La transmission à titre de fiducie suppose un contrat écrit et un

[687] Cass. com., 5 mai 2009, n°08-18165, Bull. IV, n°66 ; RTD com. 2009, p. 770, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO.
[688] P. MARLY, J.-J. LECAT, « la dématérialisation des valeurs mobilières », *CMS Francis Lefebvre*, 13 janvier 2015.
[689] V. Art 746-1 AUSCGIE.
[690] V. Art. 313 AUSCGIE.
[691] Le recours au notaire peut etre écarté ou rendu facultatif par des dispositions internes des pays membres, c'est le cas en Côte d'Ivoire (ordonnance n°2014-161 du 2 avril 2014), au Bénin (décret n°2014-220 du 26 mars 2014), au Togo (décret n°2014-119 du 19 mai 2014) et au Burkina Faso (décret n°2014-462 du 26 mai 2014).
[692] T. com. Brazzaville, 3 mai 2019, F° 080/26, n°1 288, A.A c/ L.R; D. Lekebe Omouali *L'ESSENTIEL Droits africains des affaires*, décembre 2019, n° 112s4, p. 7.

accord exprès[693]. En droit OHADA, la fiducie est exercée à titre de sûreté[694]. Cet acte suppose la réalisation d'une convention à peine de nullité[695]. L'exigence de l'écrit est la même qu'en droit français. Il faut en déduire que toute contestation concernant une fiducie doit être rapportée par écrit.

368. L'agent des sûretés apparaît comme un professionnel de la gestion des sûretés d'autrui de leur constitution à leur dénouement. Sa mission nécessite une grande expérience des sûretés et une rigueur à toute épreuve, ce qui justifie un minimum des règles d'encadrement[696]. Il ressort de ces règles d'encadrement que l'intervention d'un agent de sûretés dans le cadre d'un financement syndiqué nécessite un acte de désignation spécial à peinte de nullités[697]. L'agent des sûretés obéit aux règles du mandat à titre onéreux[698]. La mission de l'agent des sûretés est donc de la plus haute importance. La sécurisation de la transaction et le désintéressement des institutions de financement dépendent de lui. Les opérations de cette importance quand bien même elles pourraient valoir la qualification d'actes de commerce ne peuvent être parfaites que par un écrit. Il faudra alors que la preuve soit établie par écrit, parallélisme des formes oblige.

369. La propriété temporaire et la gestion de sûretés sont établies sur une base contractuelle. La transmission à titre de fiducie suppose un contrat écrit et un accord exprès[699]. En droit OHADA, la fiducie est exercée à titre de sûreté[700]. Cet acte suppose la réalisation d'une convention à peine de nullité[701]. L'exigence de l'écrit est la même qu'en droit français. Il faut en déduire que toute contestation concernant une fiducie doit être rapportée par écrit.

370. L'agent des sûretés apparaît comme un professionnel de la gestion des sûretés d'autrui de leur constitution à leur dénouement. Sa mission nécessite une grande expérience des sûretés et une rigueur à toute épreuve, ce qui justifie un minimum

[693] V. Art. 2012 C.Civ.
[694] V. Art. 87 AUS.
[695] V. Art. 87 et 88 AUS.
[696] V. Art. 5 à 11 AUS pour le droit OHADA.
[697] V. Art. 6 et 10 AUS pour le droit OHADA.
[698] V. Art. 11 AUS pour le droit OHADA.
[699] V. Art. 2012 C.Civ.
[700] V. Art. 87 AUS.
[701] V. Art. 87 et 88 AUS.

des règles d'encadrement[702]. Il ressort de ces règles d'encadrement que l'intervention d'un agent de sûretés dans le cadre d'un financement syndiqué nécessite un acte de désignation spécial à peinte de nullités[703]. L'agent des sûretés obéit aux règles du mandat à titre onéreux[704]. La mission de l'agent des sûretés est donc de la plus haute importance. La sécurisation de la transaction et le désintéressement des institutions de financement dépendent de lui. Les opérations de cette importance quand bien même elles pourraient valoir la qualification d'actes de commerce ne peuvent être parfaites que par un écrit. Il faudra alors que la preuve soit établie par écrit, parallélisme des formes oblige.

371. Tout ne peut pas faire l'objet d'un avis tranché. Les divergences entre la raison et les sentiments l'illustrent bien. Cette ambivalence se retrouve chez le conjoint qu'importe que l'on soit en droit OHADA ou en droit français. Il faut tout de même apporter quelques précisions. Le mariage est par tradition un acte officiel et donc un acte écrit établi par l'officier d'état civil, aussi bien dans l'espace OHADA qu'en droit français. Il existe aussi une autre tradition qui prévaut particulièrement dans l'espace OHADA : le mariage coutumier. Il peut être constaté par écrit par un officier d'état civil[705]. Dans le cas contraire, il résulte du fait. Les pays membres de l'OHADA, ayant à la fois des traditions animistes, chrétiennes, et islamiques, les sujets de droits qui en découlent s'inscrivent dans la tradition orale. Toutefois, les tiers et les états civils leurs accordent les mêmes droits que ceux reconnus par la loi.

372. Tout ne peut pas faire l'objet d'un avis tranché. Les divergences entre la raison et les sentiments l'illustrent bien. Cette ambivalence se retrouve chez le conjoint qu'importe que l'on soit en droit OHADA ou en droit français. Il faut tout de même apporter quelques précisions. Le mariage est par tradition un acte officiel et donc un acte écrit établi par l'officier d'état civil, aussi bien dans l'espace OHADA qu'en droit français. Il existe aussi une autre tradition qui prévaut particulièrement dans l'espace OHADA : le mariage coutumier. Il peut être constaté par écrit par

[702] V. Art. 5 à 11 AUS pour le droit OHADA et Art. 2488-1 à 2488-12 en droit français.
[703] V. Art. 6 et 10 AUS pour le droit OHADA et Art. 2488-7 en droit français.
[704] V. Art. 11 AUS pour le droit OHADA et Art. 2488-9 en droit français.
[705] S. GUINCHARD, « Le mariage coutumier en droit sénégalais ». In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 30 N°3, Juillet Septembre 1978. pp. 811-832.

un officier d'état civil[706]. Dans le cas contraire, il résulte du fait. Les pays membres de l'OHADA, ayant à la fois des traditions animistes, chrétiennes, et islamiques, les sujets de droits qui en découlent s'inscrivent dans la tradition orale. Toutefois, les tiers et les états civils leurs accordent les mêmes droits que ceux reconnus par la loi.

II. L'administration de la preuve orale

373. Dans cette perspective, il faudra traiter (**A**) l'administration de la preuve orale en droit français et (**B**) celle en droit OHADA.

A. L'administration de la preuve orale en droit français

374. Selon un dicton populaire « A l'impossible nul n'est tenu », l'ancien article 1348 alinéa 1er du Code civil en fournissait une illustration en envisagent l'hypothèse de l'impossibilité d'apporter une preuve écrite. Cette exception, indépendante de l'existence d'un commencement de preuve par écrit se divisait selon que l'impossibilité affecte la reconstitution de la preuve ou la présentation de l'écrit préconstitué[707]. Cette disposition a été reprise, en substance par l'article 1360 nouveau. Dans cette perspective, il existe plusieurs cas d'impossibilité. Elle peut être morale, matérielle. Il y a également l'impossibilité en cas de Force Majeure.

375. **L'impossibilité morale**. Elle désigne la situation d'incapacité de préconstituer la preuve écrite. Il s'agit par exemple de relations d'affection entre époux[708] ou concubins, entre père et fils[709], entre frères et sœurs[710] ou plus éloignées encore entre mais, pour autant que le lien d'affection soit démontré. Elle peut enfin résulter d'usages professionnels tel que dans le monde des courses[711] ou encore dans le secteur agricole[712].

[706] *Ibid.*
[707] Cass. Civ. 1ère, 29 janvier 2014.
[708] Cass.civ. 1ère 19 octobre 2016.
[709] Cass. Civ. 1ère 14 janvier 2014.
[710] Cass.civ.1ère, 29 janvier 2014.
[711] Cass.Civ. 1ère , 15 avril 1980.
[712] Cass.Com. 22 mars 2011.

376. **L'impossibilité matérielle**. Elle désigne la situation d'incapacité de préconstituer la preuve écrite résultant de circonstances matérielles qui font que l'écrit n'a pas pu être établi ou qu'établi il ne peut être produit.

377. **L'impossibilité en cas de force majeure**. Lorsque l'écrit a été régulièrement constitué mais que l'une des parties « a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure », l'ancien article 1348, alinéa 1er du Code civil autorisait la libre production de cette preuve. Encore convient-il préalablement, de prouver le cas fortuit ou la force majeure[713] auquel peut être rattaché le fait d'un tiers et son incidence sur la perte de l'écrit. Ensuite seulement, la preuve du contenu de l'acte doit être faite, par d'autre moyens. Cette hypothèse illustre tout l'intérêt de la copie qui peut être produite pour faire preuve. La distinction entre le cas fortuit et la force majeure, disparue dans les dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016 relatives au droit des contrats, l'est tout autant dans celles consacrées au droit de la preuve. Seule la référence à la force majeure a donc été maintenue dans l'article 1360 nouveau.

378. **Conséquence de l'impossibilité reconnue**. Sitôt l'hypothèse d'impossibilité morale ou matérielle établi par le demandeur, il lui appartient de prouver par, tous moyens, l'obligation dont il réclame l'exécution : il ne peut se contenter, pour ce faire, de l'impossibilité qu'il a établie. Ainsi dans le cadre de nos hypothèses si un ex époux est parvenu à démontrer qu'il était dans l'impossibilité morale de se doter d'un écrit démontrant un prêt qu'il avait octroyé à l'autre, il doit ensuite, démontrer par tous moyens l'existence de ce prêt, la simple démonstration de l'impossibilité morale pour notre hypothèse est insuffisante[714].

B. L'administration de la preuve orale en droit OHADA

379. La forme d'organisation sociale et l'idéologie dominantes dans l'espace OHADA sont basées sur le principe de collectivisme[715], défini comme un système économique fondé sur la propriété collective. Ce principe de collectivisme requiert

[713] Cass. Civ. 1ère 19 janvier 1979
[714] Cass. Civ. 1ère, 19 octobre 2016
[715] Larousse, 1976

l'aide mutuelle et la primauté des relations sociales entre les membres de la communauté[716]. Ce principe fait écho à nos hypothèses de la tontine, de la Nana Benz et du *Work and Pay*. Le lien existant entre ces trois hypothèses ou activités économiques est leur oralité. En effet, dans le cadre des activités informelles, l'écrit échappe aux parties. Une autre raison vient renforcer ce *modus operandi* oral : la conjugaison de l'illettrisme et l'analphabétisme. En effet, cette frange de la population s'adonne aux commerces pour pouvoir survivre[717]. La tradition orale et le difficile accès à la scolarité viennent conforter les activités commerciales ainsi que les organisations informelles dans l'espace OHADA. Il y a par conséquent un nombre incalculable de sociétés créées de fait. L'existence de ces sociétés, et plus largement de leurs associés ou des actes qui découlent de ces sociétés, peut être prouvé par tout moyen[718]. Il sera généralement fait état de témoignages oraux ou de déductions sera faite du comportement des parties[719]. Le droit français applique aussi les mêmes dispositions[720]. La simple apparence suffit au tiers pour emporter la conviction des juges[721]. La charge de la preuve incombe à celui qui a un intérêt à se prévaloir de la société créée de fait[722]. Le législateur OHADA abonde dans le même sens que la jurisprudence française[723]. On peut y voir une forme de codification dans la mesure où le droit français pourrait revendiquer la paternité du droit OHADA. Aux termes de l'article 868 AUSCGIE, le juge OHADA place l'ensemble des structures (créées) de fait que sont la Nana Benz, la tontine et le *Work and Pay* sous le régime des sociétés de personne. Concrètement, ils sont placés sous la société en noms collectifs. La preuve peut alors être rapportée alors par tout moyen[724]. Les associés sont également soumis à ce régime. Plusieurs raisons viennent soutenir cette position. D'une part, il n'y a

[716] M. M. SECK, (2013). Realities in Senegalese Rural Communities: The need for a Permanent Solution to a Social Problem Involving Farmers and Herdsmen. Social Development Issues 35(1), 13-23.
[717] Discours de Monsieur Ablasse OUEDRAOGO Directeur Général adjoint de L'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), Emploi et lutte contre la pauvreté en Afrique, 25ème Session Ordinaire de la commission du travail et des affaires sociales de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA), Ouagadougou, 20 avril 2002.
[718] Com.13 mars 1984: Bull. Civ. IV n°99
[719] CA Dakar, civ.& com. 20 février 2003, Ohadata J-03-147.
[720] V. Art. 1872-2 et 1873 du Code civil ; A. Cuisance, BJS juin 1992, n° JBS-1992-218, p. 666.
[721] Cass. Civ. 13 novembre 1980D. 1981 p.541 note Calais-Auloy ; Cass Com. 29 mars 1994 n°866: RJDA 7/94 n°815, 2° esp.; Cass. Com. 8 juillet 2003 n°1184: RJDA 11/03 n°1068
[722] Cass Com. 21 novembre 1995 n°1933 : RJDA 2/96; Cass. Com. 11 juillet 200 n°899 : RJDA 1/07 n°48.
[723] V. Art. 866 AUSCGIE.
[724] V. Art. 867 AUSCGIE.

pas le filtre institué par une société régulièrement constituée entre elle et les associés. D'autre part, une activité commerciale est réalisée. Les sociétaires (associés) et la société doivent par conséquent être reconnus comme étant des commerçants. L'évocation du juge tout au long du Livre VI (société créée de fait et société de fait) de l'AUSCGIE, participe à la question de la qualification ou de la détermination du régime quand l'heure est au conflit. Cette analyse s'applique à nos hypothèses du secteur informel OHADA : la Nana Benz, aux sociétaires du *Work and Pay* et à la tontine. Il sera alors prouvé oralement qu'il y a eu société et activité commerciale. Ce parallélisme des formes correspond à la réalité de l'activité exercée par les sociétaires.

Section 2. Les mécanismes de sanctions

380. Les hypothèses que nous avons sélectionnées dans le cadre de notre étude ont continué de s'illustrer par leurs différences, qui découlent principalement de la différence entre le formel et l'informel. On retrouve ces différences tant au niveau des mécanismes de sanctions (**I**) qu'au niveau de la réparation du préjudice (**II**).

I. Les discordances des mécanismes de sanctions

381. La détermination des modes d'administration de la preuve se fait de deux manières. Elle découle de l'écrit (**A**) et de l'oral (**B).** La *summa divisio* des modes de preuves est ainsi respecté.

A. Cas des acteurs de la société formelle

382. En droit des sociétés, la sanction n'est que très limitativement admise. Passés au crible d'un prisme restrictif, ses causes, ses conditions et ses effets sont notablement dérogatoires au regard de leur régime de droit commun[725]. Il faut noter deux cas de dissolution de la société : la dissolution de plein droit et la dissolution décidée. Les cas de dissolution de plein droit sont l'arrivée du terme, la réalisation ou l'extinction de l'objet social et l'annulation de l'acte de société. La dissolution décidée peut relever d'une décision judiciaire ou des associés eux-

[725] M. AZAVANT, « La sanction civile en droit des sociétés », *Rev. sociétés* 2003. p.441.

mêmes. Il faut écarter les cas de survenance du terme convenu, la réalisation de l'objet social. Ces cas ne jouent qu'exceptionnellement un rôle car ils supposent que les associés n'ont entendu se lier que pour la réalisation d'un objectif précis et limité dans le temps. Il importe peu que les sociétés soient nécessairement conclues pour une durée déterminée qui ne saurait excéder 99 ans[726]. A l'arrivée du terme convenu, la société se trouve automatiquement dissoute. La dissolution de la société met fin à l'activité[727].

383. Les cas qui intéressent notre étude sont les cas de dissolution prononcés par le juge et ceux provoqués par les personnes. Pour rappel notre étude traite des personnes qui sont entre la qualité d'associé et celle du tiers à la société. La Cour d'Appel d'Abidjan relève qu'il suffit à ces personnes (appelées « participant » par M. le Professeur VIANDIER) d'avoir un intérêt. Elle affirme que celui qui entend solliciter la dissolution anticipée de la société ne doit pas avoir provoqué la mésentente sur laquelle il s'appuie pour la demander[728]. La demande doit être motivée par des justes motifs. Ainsi, certaines de nos hypothèses, tels que l'usufruitier[729], le titulaire de valeurs mobilières donnant accès au capital, le conjoint ou encore le porteur peuvent être fondées à demander la dissolution de la société en cas de désaccord[730]. En droit français ou en droit OHADA, l'agent des sûretés peut également demander la dissolution, afin de bénéficier de sa créance contre l'emprunteur.

384. Après la dissolution prononcée, le Code de commerce et l'Acte Uniforme pour les Sociétés Commerciales et les Groupements d'Intérêts Économiques prévoient le maintien de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation, jusqu'à la clôture de celle-ci, c'est-à-dire le temps pour le liquidateur de régler les dettes et de recouvrer les créances[731].

[726] V. Art. 1838 C. Civ.
[727] Cass. Com. 18-6-1991 : Bull. Joly 1991, P1935 ; CA Ouagadougou, ch. civ. et com., arrêt n°40 du 20 mai 2003: Ohadata J-04-365; CCJA, arrêt n°050/2009 du 26 novembre 2009: Rec. CCJA n°14, 2009, p.23; RDAO n°3, 2013, note R. NJEUFACK TEMGWA, Ohadata J-10-183.
[728] CA Abidjan, Ch. Civ. et Com. , 5e ch. arrêt n°86 du 16 janvier 2001: Ohadata J-02-117; CA Abidjan, arrêt n°1048 du 20 juillet 2001: Ohadata J-04-103;
[729] Cass. Civ 1ère, 7 Avril 2004, n°02-13.703; Civ 3°, 7 avril 2004, n°02-18.979.
[730] Cass. Civ 1ère, 28 novembre 1972; Cass. Civ, 1ère, 8 mars 1988.
[731] VV. Art. 205 AUSCGIE.

385. La société conserve ainsi sa dénomination sociale mais suivie de la mention « société en liquidation »[732]. Tous les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers doivent faire figurer cette mention ainsi que le nom du liquidateur. De même, la SARL conserve son siège social, sa capacité juridique et demeure propriétaire de l'actif social. Elle peut poursuivre ses activités en cours, mais elle ne peut pas en entreprendre de nouvelles.

386. La décision de dissolution de la société doit faire l'objet de différentes formalités de publicité, afin qu'elle puisse être opposable aux tiers[733]. Une fois la dissolution prononcée, le liquidateur désigné est le seul intervenant qui peut agir au nom de la société. Les dirigeants sont dessaisis de leurs mandats.

387. Les cas qui intéressent notre étude sont les cas de dissolution prononcés par le juge et ceux provoqués par les personnes. Pour rappel notre étude traite des personnes qui sont entre la qualité d'associé et celle du tiers à la société. La Cour d'Appel d'Abidjan relève qu'il suffit à ces personnes (appelées « participant » par M. le Professeur VIANDIER) d'avoir un intérêt. Elle affirme que celui qui entend solliciter la dissolution anticipée de la société ne doit pas avoir provoqué la mésentente sur laquelle il s'appuie pour la demander[734]. La demande doit être motivée par des justes motifs. Ainsi, certaines de nos hypothèses, tels que l'usufruitier[735], le titulaire de valeurs mobilières donnant accès au capital, le conjoint ou encore le porteur peuvent être fondées à demander la dissolution de la société en cas de désaccord[736]. En droit français ou en droit OHADA, l'agent des sûretés peut également demander la dissolution, afin de bénéficier de sa créance contre l'emprunteur.

388. Après la dissolution prononcée, le Code de commerce et l'Acte Uniforme pour les Sociétés Commerciales et les Groupements d'Intérêts Économiques prévoient le maintien de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation, jusqu'à la

[732] V. Art. 204 AUSCGIE.
[733] V. Art. 201 et 202 AUSCGIE.
[734] CA Abidjan, Ch. Civ. et Com. , 5e ch. arrêt n°86 du 16 janvier 2001: Ohadata J-02-117; CA Abidjan, arrêt n°1048 du 20 juillet 2001: Ohadata J-04-103.
[735] Cass. Civ 1ère, 7 Avril 2004, n°02-13.703; Civ 3°, 7 avril 2004, n°02-18.979.
[736] Cass. Civ 1ère, 28 novembre 1972; Cass. Civ, 1ère, 8 mars 1988.

clôture de celle-ci, c'est-à-dire le temps pour le liquidateur de régler les dettes et de recouvrer les créances[737].

389. La société conserve ainsi sa dénomination sociale mais suivie de la mention « société en liquidation »[738]. Tous les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers doivent faire figurer cette mention ainsi que le nom du liquidateur. De même, la SARL conserve son siège social, sa capacité juridique et demeure propriétaire de l'actif social. Elle peut poursuivre ses activités en cours, mais elle ne peut pas en entreprendre de nouvelles.

390. La décision de dissolution de la société doit faire l'objet de différentes formalités de publicité, afin qu'elle puisse être opposable aux tiers[739]. Une fois la dissolution prononcée, le liquidateur désigné est le seul intervenant qui peut agir au nom de la société. Les dirigeants sont dessaisis de leurs mandats.

B. Cas dans la société informelle

391. *« Une fois que l'on a appris à lire, on est libre pour toujours »*, écrivait au XIXe siècle l'esclave noir américain Frederick Douglass, l'un des hérauts de la cause abolitionniste[740]. La lecture suppose de déchiffrer les écritures. Cette activité intellectuelle suppose de sortir de l'informalité. En l'espèce, la sortie de l'informel est considérée comme un pas vers le développement. Le législateur OHADA a d'ailleurs créé le statut d'entreprenant pour sortir les aventures entrepreneuriales de l'ombre. Il en résulte que la sanction de l'inobservation des textes de loi est sévère. Ainsi, il a été jugé qu'une société de fait dans l'espace OHADA encourt la liquidation automatique[741]. Cette sanction ne donne lieu ni à aucune reprise ni à aucun remboursement des apports[742]. Une autre décision dans l'espace OHADA vient confirmer la sanction de la liquidation et désigne les organes chargés de l'opération de liquidation (nomination d'un expert-comptable judiciaire et d'un

[737] VV. Art. 205 AUSCGIE.
[738] V. Art. 204 AUSCGIE.
[739] V. Art. 201 et 202 AUSCGIE.
[740] F. DOUGLASS, «What to the slave is the fourth July » 5 juillet 1852.
[741] TGI Ouagadougou, com., n°215, 21-2-2001 : STTP SARL c./Société africaine de service SA et Sofitex Ohadata J-04-01.
[742] Cass 1ère civ. 19-4-2005 n° 763 RJDA 3/06 n°270

juge commissaire chargé de la liquidation)[743]. En effet, la société de fait peut être mise en liquidation judiciaire dans les mêmes conditions que si elle était valable. La liquidation de la société créée de fait ne consiste pas en la liquidation du patrimoine d'une personne morale. Nos hypothèses de la Nana Benz et du *Work and Pay* illustrent bien cette affirmation. En droit français, la procédure est plus longue. Un compte de liquidation sera établi par convention des associés, ou, le plus souvent, par l'intervention du juge, qui établira le montant des dépenses faites par chacun des sociétaires pour le compte de la société[744].

392. Une fois que la somme totale des dépenses engagées pour le compte de la société aura été établie, le paiement des créanciers sociaux pourra être assuré. Il sera alors possible à ces « créanciers de tout dernier rang », que constituent les associés de reprendre leurs apports[745]. On observera cependant que l'apporteur en industrie ne peut reprendre son apport[746].

393. Les apports ayant été repris, les associés de fait pourront prétendre au partage du bénéfice[747]. Précisons qu'une règle particulière à l'apport en industrie prend toute son importance ici. L'article 1844-1 du Code civil dispose en effet, en son alinéa 1er, que la part de celui qui n'a apporté que son industrie est égale, sauf convention contraire, à la part de l'associé qui a le moins apporté. A titre de comparaison avec le droit OHADA, l'apport en industrie ne peut excéder 25 %[748]. Cela est particulièrement intéressant pour le concubin délaissé qui invoque l'existence d'une société créée de fait avec son ancien concubin, notamment dans l'exemple de la femme collaborant à l'exploitation du *Work and Pay* ou de l'homme collaborant à l'exploitation de la Nana Benz. En effet, en présence de deux associés, dont un apporteur en industrie, celui-ci aura systématiquement droit à la moitié du bénéfice[749]. La preuve d'une modalité différente de partage du bénéfice,

[743] TGI Ouagadougou, com., n°215, 21-2-2001 : STTP SARL c./Société africaine de service SA et Sofitex Ohadata J-04-01.
[744] V. par ex. Civ. 1ère, 10 mai 1989, n°87-18.996, Bull. Joly 1989. p.627.
[745] B. DONDERO, Société créée de fait, Régime de la société créée de fait, Répertoire des sociétés, Mai 2019.
[746] V. ainsi Civ. 1ère, 19 avril 2005, préc.
[747] Pour illustration, V. Com. 15 avril 1986, Bull. Joly 1986. p.694.
[748] V. Art 50-3 AUSCGIE.
[749] B. DONDERO, Société créée de fait, Régime de la société créée de fait, Répertoire des sociétés, Mai 2019.

résultant de la commune intention des parties, conduira toutefois à l'éviction de cette règle[750].

II. La réparation du préjudice

394. La Cour de cassation a rappelé récemment le principe aujourd'hui devenu classique de la réparation intégrale : « *le préjudice résultant d'une infraction doit être réparé dans son intégralité, sans perte ni profit pour aucune des parties* »[751]. On répare alors tout le préjudice, mais rien que le préjudice ; la formule est désormais connue[752]. L'article 1149 du Code civil ancien dispose que « *les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après*. »

395. La formulation est pour ainsi dire intégralement reprise dans le nouvel article 1231-3 du Code civil, qui dispose que « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive. » A titre de comparaison, il n'y a pas de telle disposition dans le droit OHADA. Il faut aller chercher dans les dispositions nationales qui sont conformes au droit OHADA. Dans la mesure où il s'agit du Code civil français avant la réforme, les dispositions sont similaires. Le droit OHADA dispose toutefois d'une action en responsabilité. Dans son article 162 l'AUSCGIE, dispose que « l'action individuelle est l'action en réparation du dommage subi par un tiers ou par un associé, lorsque celui-ci subit un dommage distinct du dommage que pourrait subir la société, du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. Cette action est intentée par celui qui subit le dommage ». En droit français cette disposition est similaire. Le tiers dispose par

[750] Cass. Civ. 1ère, 18 novembre 1986, n°84-14.793, Bull. civ. I, n°273.
[751] Cass, 3ème civ, 27 mars 2012, n° 11-11798.
[752] Au moins dix arrêts rappellent ce principe pour la seule année 2010, V. par ex. Crim. 1er juin 2010, n°09-83.663, Dalloz jurisprudence; V. égal. Crim. 22 septembre 2009, Bull. crim. n° 157 ; RTD civ. 2010. 338, obs. JOURDAIN; AJ pénal 2009. 507, obs. ROUSSEL; RCA 2010, n°1, comm. 8, obs. HOQUET-BERG.

conséquent de l'action individuelle en réparation du dommage subi[753]. Cette action en responsabilité viendra indemniser puis réparer le préjudice subi par le tiers.

396. Il faut maintenant se focaliser sur l'assiette disponible pour la victime et la réparation du préjudice. Il faut distinguer le cas de la (**B**) structure informelle de la (**A**) structure formelle. En effet la seconde est encline à un régime de réparation beaucoup plus important : celui de la responsabilité illimitée tandis que la société formelle est soumise au régime de la responsabilité limitée.

A. Cas dans la société informelle

397. Dans les sociétés dont les associés répondent des dettes sociales sur leur patrimoine personnel, aucun capital minimum n'est exigé, au-delà de leurs apports[754]. Les créanciers sociaux disposent d'un recours contre le patrimoine personnel des associés tenus indéfiniment au passif social. Dans les sociétés de type commercial, la responsabilité des associés est en revanche indéfinie et solidaire[755]. C'est le cas pour nos hypothèses : la Nana Benz et le *Work and Pay*. La Nana Benz qui œuvre dans l'informel réalise une activité de sociétaire sans être déclaré. Il a été précédemment observé qu'elle n'avait pas non plus de capital social. En outre, elle réalise une activité commerciale. Il en est de même pour la société de *Work and Pay*. Elle réalise une activité commerciale sans aucune formalité d'immatriculation. Il faut en déduire qu'elle n'a pas non plus de compte en banque. Il n'y a donc pas de capital social constitué au sens régulier du terme. Il faut relever que ces structures n'ont pas été agréées au statut de l'entreprenant OHADA. Elles relèvent des sociétés créées de fait. Le législateur les place sous le régime de la société en nom commun[756]. Ce régime de responsabilité illimitée, cette indéfinition, apparaît comme une sanction à l'égard de ces structures. Ils sont donc engagés sur l'ensemble de leurs actifs à réparer le préjudice causé par eux ou leur activité.

[753] V art. L. 225-252 du Code de commerce et Art. 1843-5 du C. Civ.
[754] F. DANNENBERGER, « Le Capital Social », *Etudes joly Sociétés*, Lextenso, 21 octobre 2020.
[755] L. NURIT-PONTIER, « L'obligation aux dettes sociales des associés de sociétés à risque illimité », *BJS* février2008, n° 36, p. 152 ; J.-F. BARBIÈRI, « Vaines poursuites à l'encontre d'une SCI : le réalisme de la chambre commerciale », *BJS* mai 2018, n° 118m 8, p. 284 ; J.-F. BARBIÈRI, « Cessation des paiements et obligation aux dettes sociales », *BJS* septembre 2018, n° 118y7, p. 540 ; M. LAROCHE, « Du pouvoir exclusif du liquidateur de mettre en œuvre l'obligation de contribuer aux pertes sociales », *BJS* juillet 2018, n° 118t8, p. 433.
[756] V. Art. 868 AUSCGIE.

B. La réparation du préjudice

398. La présence de capitaux est plus importante que la personne même des associés dans une société. Les engagements des associés sont pour la plupart limités au montant de leurs apports. Ainsi les associés ne sont pas soumis à la règle de l'obligation aux dettes sociales[757]. Il s'agira des sociétés suivantes : société anonyme, société par actions simplifiées, société à responsabilité limitée[758]. Dans les sociétés en commandite par actions et les sociétés en commandite simple, seul le commanditaire voit sa responsabilité limitée.

399. Toutefois, l'associé, gérant de fait ou de droit, peut toutefois voir sa responsabilité recherchée au-delà de son apport, en cas de redressement ou de liquidation judiciaires de la société, de même que la responsabilité d'un apporteur en nature peut être engagée au-delà de l'évaluation du montant de son apport[759]. Il faut ajouter à cela que la Cour de cassation a finalement infléchi sa position dans un arrêt du 13 mars 2001, dans lequel elle a jugé que « *la décision de révocation avait été prise en violation flagrante des règles légales relatives à la tenue et à la convocation des assemblées des associés et alors qu'une décision inspirée par une intention vexatoire et contraire à l'intérêt social, caractérise de la part de ses auteurs une volonté de nuire constitutive d'une faute* »[760]. Cette position a été confirmée par la Haute Cour.[761] La reconnaissance d'une responsabilité personnelle de l'associé pour révocation abusive a pu être clairement affirmée par un auteur[762]. Il est donc possible d'étendre la responsabilité de l'associé, dans le cadre d'une société où elle est limitée aux apports. Cela nous semble logique car quiconque faute doit être amené à le réparer[763].

[757] N. E. ITSIEMBOU MABIKA. L' Utilité du capital social : étude de droit français. Droit. Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2010. Français. ffNNT : 2010CLF10337ff. fftel-00719452f.
[758] V. Loi du 24 juillet 196 sur les sociétés commerciales.
[759] Cass. com., 12 mai 2021, n°20-12670; P.-L., PERIN, BJS septembre 2021, n° 200j9, p. 15.
[760] Cass. com., 13 mars 2001 : Bull. civ., IV, n° 60 ; Bull. Joly Sociétés, 2001, p. 891, § 192, note C. PRIETO ; JCP E, 2001, p. 953, note A. VIANDIER.
[761] Cass. com., 22 novembre 2005 : Dr. sociétés, 2006, comm. n° 24, obs. M. MONNET.
[762] M.-P. LAMOUR, « La responsabilité personnelle des associés » : D., 2003, p. 51.
[763] Le principe de responsabilité est issu des dispositions des articles 1382 et 1383 ancien du Code civil repris à l'identique après la réforme du droit des obligations aux numéros 1240 et 1241

400. En revanche, il existe des situations où le droit prétorien n'a pas besoin de réaliser une extension de facto. Ces situations concernent les actionnaires de sociétés à responsabilité illimitée.

401. Dans les sociétés dont les associés répondent des dettes sociales sur leur patrimoine personnel, au-delà de leurs apports[764], les créanciers sociaux disposent d'un recours contre le patrimoine personnel des associés tenus indéfiniment au passif social. Pour les sociétés à forme civile, la responsabilité des associés est illimitée et conjointe. Dans les sociétés de type commercial, la responsabilité des associés est en revanche indéfinie et solidaire[765]. L'associé de la société à risque illimité est donc tenu à la fois de la contribution aux pertes et de l'obligation à la dette. Ce modèle est opposé à celui dans lequel les associés ou actionnaires voient leur responsabilité limitée au montant de leurs apports. Concrètement, dans une SNC, la responsabilité de l'associé est indéfinie et solidaire[766]. Il existe un mécanisme de solidarité entre les associés. Chaque associé est tenu solidairement de toutes les dettes sociales envers les tiers. Concernant les sociétés civiles, la responsabilité de l'associé est indéfinie et proportionnelle à son pourcentage de participation au capital social[767].

402. Toutefois, l'associé, gérant de fait ou de droit, peut toutefois voir sa responsabilité recherchée au-delà de son apport, en cas de redressement ou de liquidation judiciaires de la société, de même que la responsabilité d'un apporteur en nature peut être engagée au-delà de l'évaluation du montant de son apport[768]. Il faut ajouter à cela que la Cour de cassation a finalement infléchi sa position dans un arrêt du 13 mars 2001, dans lequel elle a jugé que « *la décision de révocation avait été prise en violation flagrante des règles légales relatives à la tenue et à la*

[764]F. DANNENBERGER, Etude Joly sociétés, 21 octobre 2020.
[765] L. NURIT-PONTIER, « L'obligation aux dettes sociales des associés de sociétés à risque illimité », *BJS* février 2008, n° 36, p. 152 ; J.-F. BARBIÈRI, « Vaines poursuites à l'encontre d'une SCI : le réalisme de la chambre commerciale », *BJS* mai 2018, n° 118m8, p. 284 ; J.-F. BARBIÈRI, « Cessation des paiements et obligation aux dettes sociales », *BJS* septembre 2018, n° 118y7, p. 540 ; M. LAROCHE, « Du pouvoir exclusif du liquidateur de mettre en œuvre l'obligation de contribuer aux pertes sociales », *BJS* juillet 2018, n° 118t8, p. 433.; F. DANNENBERGER, étude Joly sociétés, 21 octobre 2020.
[766] art. L. 221-1 pour les SNC.
[767] art. 1856 C. Civ.
[768] Cass. com., 12 mai 2021, n°20-12670; P.-L., PERIN, BJS septembre 2021, n° 200j9, p. 15.

convocation des assemblées des associés et alors qu'une décision inspirée par une intention vexatoire et contraire à l'intérêt social, caractérise de la part de ses auteurs une volonté de nuire constitutive d'une faute »[769]. Cette position a été confirmée par la Haute Cour.[770] La reconnaissance d'une responsabilité personnelle de l'associé pour révocation abusive a pu être clairement affirmée par un auteur[771]. Il est donc possible d'étendre la responsabilité de l'associé, dans le cadre d'une société où elle est limitée aux apports. Cela nous semble logique car quiconque faute doit être amené à le réparer[772]. En revanche, il existe des situations où le droit prétorien n'a pas besoin de réaliser une extension de facto. Ces situations concernent les actionnaires de sociétés à responsabilité illimitée.

403. Dans les sociétés dont les associés répondent des dettes sociales sur leur patrimoine personnel, au-delà de leurs apports[773], les créanciers sociaux disposent d'un recours contre le patrimoine personnel des associés tenus indéfiniment au passif social.

404. Pour les sociétés à forme civile, la responsabilité des associés est illimitée et conjointe. Dans les sociétés de type commercial, la responsabilité des associés est en revanche indéfinie et solidaire[774]. L'associé de la société à risque illimité est donc tenu à la fois de la contribution aux pertes et de l'obligation à la dette.

405. Ce modèle est opposé à celui dans lequel les associés ou actionnaires voient leur responsabilité limitée au montant de leurs apports. Concrètement, dans une SNC, la responsabilité de l'associé est indéfinie et solidaire[775]. Il existe un mécanisme

[769] Cass. com., 13 mars 2001 : Bull. civ., IV, n° 60 ; Bull. Joly Sociétés, 2001, p. 891, § 192, note C. PRIETO ; JCP E, 2001, p. 953, note A. VIANDIER.
[770] Cass. com., 22 novembre 2005 : Dr. sociétés, 2006, comm. n° 24, obs. M. MONNET.
[771] M.-P. LAMOUR, « La responsabilité personnelle des associés » : D., 2003, p. 51.
[772] Le principe de responsabilité est issu des dispositions des articles 1382 et 1383 ancien du Code civil repris à l'identique après la réforme du droit des obligations aux numéros 1240 et 1241
[773]F. DANNENBERGER, Etude Joly sociétés, 21 octobre 2020.
[774] L. NURIT-PONTIER, « L'obligation aux dettes sociales des associés de sociétés à risque illimité », *BJS* février 2008, n° 36, p. 152 ; J.-F. BARBIÈRI, « Vaines poursuites à l'encontre d'une SCI : le réalisme de la chambre commerciale », *BJS* mai 2018, n° 118m8, p. 284 ; J.-F. BARBIÈRI, « Cessation des paiements et obligation aux dettes sociales », *BJS* septembre 2018, n° 118y7, p. 540 ; M. LAROCHE, « Du pouvoir exclusif du liquidateur de mettre en œuvre l'obligation de contribuer aux pertes sociales », *BJS* juillet 2018, n° 118t8, p. 433.; F. DANNENBERGER, *Etude Joly sociétés*, 21 octobre 2020.
[775] art. L. 221-1 pour les SNC.

de solidarité entre les associés. Chaque associé est tenu solidairement de toutes les dettes sociales envers les tiers. Concernant les sociétés civiles, la responsabilité de l'associé est indéfinie et proportionnelle à son pourcentage de participation au capital social[776].

[776] art. 1856 C. Civ.

Conclusion du chapitre 2

406. La sanction en droit des sociétés est essentiellement restrictive. Passés au crible d'un prisme limité, ses causes, ses conditions et ses effets sont notablement dérogatoires[777]. Il faut noter deux cas de dissolution de la société : la dissolution de plein droit et la dissolution décidée. La dissolution de plein droit apparaît comme un mécanisme de sanction envers la société et ses constituants. Elle entraine également la réparation du préjudice de la victime.

407. Le droit ainsi reconnu à la victime d'obtenir réparation des dommages causés par la faute d'autrui est si fondamental qu'il semble constituer un principe général du droit[778]. Les hypothèses que nous avons sélectionnées ont continué de s'illustrer par leurs différences avec l'associé. Les sanctions peuvent être limitées ou illimitées dans certaines conditions.

408. Cette distinction nette se poursuit en ce qui concerne la preuve. La *summa divisio* des modes de preuves est respectée. La preuve est rapportée par écrit pour les hypothèses issues du secteur formel aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. La preuve est orale ou sous toute autre forme dans le secteur de l'informel. En effet, la Zone OHADA est une zone de tradition orale où il est logique que la preuve s'inscrive dans cette coutume.

[777] M. AZAVANT, « La sanction civile en droit des sociétés », *Rev. sociétés* 2003.
[778] C.GUETTIER, P. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile et la responsabilité administrative*, Livre 11, Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats, 2020-2021.

Conclusion de la Partie I

409. En droit français ou en droit OHADA, l'associé est une personne (physique ou morale) qui est membre d'une société constituée juridiquement sous une forme prévue par les textes en vigueur. On retrouve ces éléments dans l'article 1832 du Code civil français et 7 AUSCGIE qui définissent les associés comme les personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Nous constatons que l'associé est une notion définie par rapport au contrat de société. Il n'existe alors pas de définition à proprement parler de l'associé selon le législateur qu'il soit issu du droit français ou du droit OHADA. L'apparition au fil du temps d'un cadre juridique favorable à d'autres opérations que l'apport, nous amène à interroger la raison d'être ou sur l'utilité de la notion d'associé.

410. La réflexion qui a été menée a permis de rappeler que l'associé se distingue par un apport, un *affectio societatis* et une contribution aux bénéfices et aux pertes. Il exerce un droit de propriété sur sa part sociale ou sur son action[779]. Il est donc possible d'affirmer que tout associé est propriétaire de son titre. Cependant, pour que la qualification d'associé perdure il faut que les critères survivent. L'étude nous mène à considérer que l'apport tend à disparaitre du paysage des sociétés car celui-ci obéit aux règles du droit des sociétés qui peuvent paraitre comme rigides. Les acteurs économiques veulent de plus en plus de solutions sur mesure, auxquelles la forme contractuelle peut répondre. C'est ainsi que l'on constate que la contribution à la société connue sous le nom d'apport tend à devenir un investissement. Cette forme de contribution existait pour les grands projets du secteur des infrastructures et des mines. On retrouve aujourd'hui des modèles similaires autour de la société. Ces investissements garantissent à leurs investisseurs des conditions particulières, tout comme les États garantissent des conditions particulières aux investisseurs dans le cadre de grands projets d'infrastructures. Nos hypothèses, qu'elles réunissent ou non l'ensemble des

[779] C. BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, Presses Universitaires Aix-Marseille, Décembre 2017, p. 660.

critères de définition de l'associé, se comportent comme des investisseurs. Elles ne réalisent pas une opération sociale, contrairement à l'associé qui passe un contrat avec la société. Elles réalisent une opération de financement. L'investisseur accompagne généralement la société en portefeuille par des conseils pratiques (stratégiques, financiers, juridiques, etc.) lui permettant d'accélérer son développement et d'optimiser sa gestion Il en découle de cette migration du statut d'associé vers le statut d'investisseur, la distinction de l'associé à celle du créancier. Ce changement résulte de l'apparition d'un cadre juridique à tout type de contribution à la société.

411. Les notions étudiées dans notre travail ne veulent pas contribuer aux pertes mais veulent profiter de l'économie ou du profit réalisé. Cette volonté de ne pas contribuer aux pertes est celle qui guide l'investisseur et non l'associé[780]. Dans cette perspective, nos hypothèses ne souhaitent ni contribuer aux pertes, ni assumer le risque. Aussi, l'*affectio societatis* tend à être un critère discuté. La jurisprudence est partagée sur le point de savoir si la disparition de l'*affectio societatis* est suffisante pour motiver la dissolution de la société[781]. L'affaiblissement de l'*affectio societatis* est dû aux innovations technologiques telles que : la possibilité de tenir et d'organiser les organes sociaux de la société à distance, l'utilisation des outils de télécommunications et de visioconférence. Ces innovations technologiques sont mises à dispositions aussi bien des associés en droit français qu'en droit OHADA. Cette notion n'est plus aujourd'hui nécessaire, car des techniques juridiques permettent de rentrer au capital ou d'avoir des prérogatives d'associés sans avoir l'*affectio societatis*. L'émission de valeurs mobilières ou la conclusion d'une convention de portage en sont des exemples.

412. Les hypothèses que nous avons sélectionnées peuvent être soumis aux préjudices limités ou illimités suivant l'activité qu'elles exercent ou en fonction ou non de la présence de régime déclaratif.

[780] G. DENGLOS, « Faut-il rejeter le principe de maximisation de la valeur actionnariale ? », *Revue française de gestion*, 2008/4 (n° 184), p. 71-88. DOI : 10.3166/rfg.184.71-88. URL : https://www.cairn-int.info/revue-francaise-de-gestion-2008-4-page-71.htm

[781] Voir l'arrêt de la Chambre mixte du 16 décembre 2005 (Ch. Mixte 16 décembre 2005, BICC n°634 du 15 février 2006).

413. Les développements qui précèdent ont cependant révélé que la pensée a évolué sur le critère de la qualité d'associé et cette évolution manifeste, plus fondamentalement, une transformation de la notion d'associé elle-même. Ce phénomène d'évolution incidente d'une notion juridique est courant. En ce qui concerne celle d'associé, cette évolution est importante, car l'absence de définition de la notion la prive de stabilité et favorise sa transformation au fil des années. Cette transformation nous amène à la notion de quasi associé pour tenter de répondre aux interrogations soulevées par les limites du concept d'associé [782].

[782] v. A. VIANDIER, La notion d'associé, th. p. 258, n° 263 et s., définissant le participant comme « tout sujet de droit ne pouvant pas être qualifié de tiers ou d'associé d'une société donnée ».

Partie II -

L’émergence du quasi associé

414. **La nécessité d'un nouvel angle de recherche**. En droit français et en droit OHADA, la propriété des titres sociaux constitue le critère apparent de la qualité d'associé. Cependant, elle a révélé plusieurs insuffisances. Ces dernières témoignent d'une discordance prononcée entre le critère de la propriété pour déterminer la qualité d'associé. L'échec du critère de droit de propriété peut s'expliquer en partie grâce à la nature du droit de propriété. Ce dernier confère au propriétaire un droit sur une chose[783]: « *il porte directement sur elle, sans avoir à faire intervenir de tiers ; il n'établit donc de relations qu'entre la chose et le titulaire* (...) »[784]. Le droit de propriété est par conséquent exclusif.

415. Le titulaire d'une convention de portage ne saurait jouir des prérogatives d'associé tant que la société n'a pas eu connaissance du transfert de parts sociales[785]. La reconnaissance de la société conditionne donc la jouissance de la qualité d'associé et il ne saurait en aller autrement : les prérogatives d'associé sont exercées au sein de la société et, dans leur majorité, à l'égard de la société (droit de convocation, droit au dividende, droit de vote, droit de demander la dissolution, droit à l'information, etc.)[786]. La jouissance de la qualité d'associé est donc, par hypothèse, conditionnée par la connaissance de la qualité du cessionnaire par la société. Cette exigence révèle les limites du critère de la qualité d'associé aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Un droit réel exercé sur le titre social ne permet pas à la société d'avoir connaissance du transfert de la qualité d'associé. Ce droit réel ne permet donc pas de caractériser la qualité d'associé. La possibilité de revendiquer la qualité d'associé dont dispose l'époux commun en biens, sans être propriétaire des parts sociales, confirme que le lien qui unit l'individu à la part ne peut être suffisant pour lui conférer le titre d'associé. L'époux ne dispose d'aucun droit de propriété sur la part, mais peut tout de même devenir d'associé, ce qui démontre que la qualité d'associé ne dépend pas de la propriété. Il en est de

[783] V. not. G. RIPERT et J. BOULANGER, Traité de droit civil, t. II, Obligations, Droits réels, L.G.D.J., Paris, 1957, p. 780, n° 2225 et s.
[784] Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, Les biens, op. cit., p. 108, n° 350.
[785] V. J.-L. LOTTHÉ, La situation des intéressés avant l'accomplissement des formalités de la cession de créance, th. Paris, 1947, p. 30 et s.
[786] V. contra, not. le droit de solliciter une expertise de gestion.

même pour l'usufruitier et parfois pour l'héritier qui n'est pas le propriétaire originel des titres sociaux[787].

416. Par voie de conséquence, l'identification du quasi associé ne doit pas être que recherchée dans le rapport de droit qui existe entre l'associé et le titre social, mais dans l'identification de nouveaux critères financiers et sociaux (**titre premier**).

417. Ce critère pourra, dans un second temps, être confronté aux situations du droit des sociétés dans lesquelles des éléments de régime pourraient apparaitre par voie de conséquence (**titre second**).

[787] C. Cass. 1ère civ. 25 janvier 2017n°15-28.980.

Titre 1. L'identification de nouveaux critères financiers et sociaux

418. La première individualisation du quasi associé tient tant à ses critères financiers qu'à ses critères sociaux. Naturellement, il s'agit, ici, de ne considérer que les critères financiers et sociaux qui sont propres au quasi associé et d'écarter tous les aspects de celui-ci qui permettent de le distinguer des tiers et de l'associé (**Chapitre 1**). Il s'ensuit que l'étude de la qualité du quasi associé en droit français et droit OHADA devra déboucher sur une étude des droits que le quasi associé détient sur sa qualité, notamment celui des droits politiques (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Le renouvellement de l'*intuitu pecuniae*

421. L'identification du quasi associé en droit français et en droit OHADA suppose de dresser le portrait de celui qu'on le dénomme quasi associé (**Section 1**). Nous démontrerons que l'assujettissement au risque social occupe une place importante dans le critère de détermination du quasi associé (**Section 2**).

Section 1. L'étude de l'*intuitu pecuniae* du Quasi Associé

422. L'identification du quasi associé a pour étape préliminaire de mettre en lumière le contexte (**I**) puis ensuite d'identifier (**II**) les outils de *l'intuitu pecuniae*.

I. La conceptualisation de l'*intuitu pecuniae*

423. La notion d'*intuitu pecuniae* suppose d'en cerner les contours (**A**) puis ensuite d'identifier (**B**) d'en faire une application à nos hypothèses.

A. La notion d'*intuitu pecuniae*

424. Le proverbe français, « l'argent va à l'argent » illustre bien le fait que les flux de capitaux intéressent et produisent d'autres flux de capitaux. La valeur pécuniaire apparait indispensable aux critères personnels. En droit, ce rapport à l'argent a été regroupé sous la notion d'*intuitu pecuniae*. Dans notre étude, elle établit le rapport entre la société et nos hypothèses. Selon la doctrine, *l'intuitu pecuniae*[788] est une locution latine signifiant que dans la conclusion d'un contrat, la considération du capital apportée est plus importante que la qualité de la personne qui apporte ce capital. Les sociétés de capitaux sont des contrats consentis « *intuitu pecuniae* »[789]. Cette notion s'inscrit à l'opposé de celle qui consiste à plutôt s'intéresser plutôt qu'au contrat de société. Il s'agit de « l'*intuitu personae* »[790].

[788] En considération de l'argent, v. H. ROLAND, L. BOYER, *Locutions latines du droit français*, Litec, 1993, p. 194 qui observent un « élément imprimant un régime juridique particulier aux mécanismes qui sont directement inspirés par la recherche du profit ».
[789] K. RODRIGUEZ, *BJS* janvier 2006, n° JBS-2006-002, p. 9
[790] G. BOURCART, De l'intuitus *personae* dans les sociétés, journal des sociétés, 1927, p. 513 et s. ; G. CAMERLYNCK, De l'intuitus *personae* dans la société anonyme, th. Paris, Pédone, 1929 ; D. LAMETHE, *L'intuitus p*ersonae des sociétés anonymes, Gaz. Pal. 1979.262 ; S. HELOT, La place de

Elle est « *employée pour caractériser les opérations (not. les conventions), dans lesquelles la personnalité de l'une des parties est tenue pour essentielle (...), en raison de ses aptitudes particulières, de la nature du service attendu d'elle, etc*. »[791].

425. Les investisseurs ou les acteurs du capital-risque sont de plus en plus présent sur le marché aussi bien des deux côtés de la méditerranée. Ils préfèrent généralement la maîtrise du risque. Cette catégorie d'actionnaire qui fait prévaloir l'*intuitu pecuniae*. Elle tend à donner un caractère commun à la notion d'*intuitu pecuniae.*

426. La distinction entre l'action et la part d'intérêt est aujourd'hui parfaitement acquise. Elle constitue l'une des frontières entre les sociétés de personnes (auxquelles on assimilera, pour la circonstance, la société à responsabilité limitée) et les sociétés de capitaux, marquées, les unes, par « l'intuitu *personae* », les autres par « *l'intuitu pecuniae* »[792]. L'action et la part d'intérêt ne sont pas soumises au même régime de cession. Le terme de cession est pris ici dans son sens global de transfert, c'est-à-dire d'acte juridique translatif entre vifs par lequel un associé, le cédant, transfère à un tiers, le cessionnaire, tout ou partie des droits sociaux dont il est titulaire[793]. Alors que l'action est librement cessible - c'est en ce sens qu'elle est dite négociable - elle conserve ce caractère en dépit des restrictions qui peuvent y être apportées.

427. En droit OHADA, les dispositions sont similaires au droit français. Les sociétés à risque limité, par opposition aux sociétés à risque illimité constituées *intuitu personae* et caractérisées par la solidarité de tous les associés, sont constituées en considération des capitaux apportés (*intuitu pecuniae*)[794].

---

l'intuitus personae dans la société de capitaux, D. 1991. Chron. 143 et s. ; I. PASCUAL, La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés, RTD com. 1998.274, spéc. n° 43 et s.

[791] G. Cornu, *Vocabulaire juridique* (v° *Personne*), assoc. H. CAPITANT (sous la direction de), Presses Universitaires de France, 5e éd. 1996.

[792] J.-F. ARTZ, « Nature juridique de l'action », *Répertoire des sociétés,* Juin 2002 (actualisation : Octobre 2019).

[793] B. LECOURT, Cession de droits sociaux, Dalloz, Avril 2017 (actualisation : Juillet 2021)

[794] A. DJONGAIBE, cours de droit des sociétés Ohada, essget-cef.com ; C. TECHIOTSOP, « Le droit de la concurrence entre l'interne et le communautaire », *Revue Trimestrielle de Droit Economique*, 2018.

428. En prenant l'hypothèse d'une société à responsabilité limitée de famille, ou *a fortiori* d'une société en nom collectif, il est aisé de se rendre compte que l'*affectio societatis* n'est pas complexe à démontrer. Chaque associé est animé par des intérêts convergents et une idéologie personnelle se rapprochant souvent de celle de l'unanimité. Les régimes respectifs de ces sociétés démontrent également la force de l'*affectio societatis* par le biais de la responsabilité illimitée et indéfinie aux dettes sociales.

429. La question de l'*intuitu pecuniae* mérite d'être posée au regard des sociétés de capitaux, et plus particulièrement des sociétés anonymes. L'idéologie principale de la société anonyme réside dans le drainage des capitaux. L'*intuitu personae* inhérente à l'*affectio societatis*, laisse une place importante à l'*intuitu pecuniae*. Plusieurs éléments attestent d'une perte de vitesse du caractère personnel de l'*affectio societatis* dans les grandes sociétés.

430. Premièrement, lorsque les sociétés ont des titres admis à la négociation sur un marché réglementé, les investisseurs ont pour préoccupation principale de spéculer[795]. Ce désir de spéculation a pour effet d'entrainer un taux d'absentéisme particulièrement important lors des assemblées générales. Cette situation est valable aussi bien en droit français que dans l'espace OHADA. Comment expliquer que de tels investisseurs soient perçus comme n'ayant que l'*intuitu pecuniae* ?

431. Deuxièmement, un élément plus contemporain vient semer le doute quant à la pérennité de l'affection *societatis* au profit de la notion retenue. Il parait intéressant de se pencher sur l'influence des nouvelles technologies au sein du droit des sociétés[796]. Le développement des moyens dématérialisés de communication notamment par le bais de l'obligation faite aux sociétés cotées de tenir un site internet, ainsi que les clauses statutaires prévoyant la communication de la documentation préalable aux assemblées générales par voie électronique, ou encore la possibilité de suivre ces assemblées par visioconférence voire même d'y voter électroniquement, a accru ce sentiment de désintéressement des associés.

[795] C. WALTER, « 9. La spéculation boursière dans un monde non gaussien », dans : Marcel Drach éd., *L'argent.* Paris, La Découverte, « Recherches », 2004, p. 147-165.
[796] J.-J. HAAS, *Réussir en bourse sans spéculer,* éd. Maxima, Paris, 2020, p.219.

Les associés ne se préoccupent alors plus que du rendement généré par la société. Aussi, le législateur tente-t-il de réguler ces méthodes notamment par le biais de moyen de contrôle mis en place au travers de la loi du 26 Juillet 2005. Le Code de commerce prévoit ainsi des gardes fous, tels que la nécessité pour l'actionnaire de s'identifier grâce à un Code spécial, ou encore la possibilité de transmettre en continu des débats en temps réel.

432. Troisièmement, *l'intuitu pecuniae* fonde par ailleurs la règle de la proportionnalité du vote au montant des apports. Le pouvoir appartient en principe au capital et se mesure à son importance. Dans les sociétés anonymes, on a retenu le système du vote par parts et non celui du vote par tête[797]. Le principe est d'ordre public[798].

433. L'évolution que connaît le droit, développe de plus en plus la notion *d'intuitu pecuniae*. Ainsi, afin de rendre ses salariés plus performant, une société peut émettre des titres visant à intéresser les salariés. Ces titres peuvent être des stock-options, des BSCPE ou encore des actions. On constate néanmoins une différence entre le salarié et l'associé. On se rend bien compte que le salarié qui acquiert des titres sociaux au sein de sa société n'est seulement mu par l'*intuitu pecuniae*. S'il existerait un *affectio societatis*, il ne tient qu'à la volonté de réaliser une plus-value à un terme donné. On revient alors à une situation de lien affectif avec l'argent. L'*intuitu pecuniae* est une forme d'outil pour l'innovation. De toutes façons, il faut rappeler que cette détention de titres est liée à l'exécution du contrat de travail.

434. Selon nos observations, les notions soumises à notre étude sont animées par l'*intuitu pecuniae*. En effet, de plus en plus d'acteurs souhaitent réaliser une opération strictement financière[799]. Ils ne sont pas animés par l'exécution ou la conclusion d'un contrat de société. Ils sont animés par un souci financier.

B. L'application de l'*intuitu pecuniae* aux hypothèses

[797] Y. GUYON, op. cit. n° 307, p. 305. « Une action, une voix, car la société anonyme est une société de capitaux ». P. DIDIER, Droit commercial, Tome 2, Les entreprises en société, Presses Universitaires de France, Thémis droit privé, 1ère éd., 1993, p. 168 et p. 169 et s..
[798] V. Art. 174 de la loi du 24 juillet 1966.
[799] V. PERRUCHOT-TRIBOULET, LPA 7 septembre 2007, n° PA200718001, p. 3.

435. C'est le cas des exemples de la Nana Benz, des constituants de la société de *Work and Pay*, des constituants de la tontine, des sociétés dans lesquelles sont réalisés des portages, des émissions de valeurs mobilières donnant accès au capital et d'obligations. Enfin, même dans les formes de sociétés que nous connaissons en droit français et droit OHADA, plusieurs éléments attestent d'une recrudescence de l'*intuitu pecuniae*[800]. Lorsque les sociétés ont des titres admis à la négociation sur un marché réglementé (BRVM, BMAC, Bourse de Paris) les investisseurs ont pour préoccupation principale de spéculer. Cette activité de spéculation a pour unique but de générer du profit.

436. L'application de la notion d'*intuitu pecuniae* concerne le porteur, le détenteur de valeurs mobilières, le salarié, l'usufruitier, le tontinier, le *Work and pay*, Nana Benz.

a – Cas du porteur dans le cadre d'une convention de portage

437. Le porteur dans le cadre d'une convention de portage est directement inspiré par la recherche du profit. Les promesses unilatérales d'achat et/ou de vente[801], et les pactes de rachat[802], dont on rapprochera la convention de « portage », sont d'usage

[800] M. LELART. « L'épargne informelle en Afrique. Les tontines béninoises ». In: *Tiers-Monde*, tome 30, n°118, 1989. pp. 271-298; L-R KEMAYOU , F. GUEBOU, M.-S, TADJUIDJE MADIBA, « Tontine et banque en contexte camerounais », *La Revue des Sciences de Gestion*, 2011/3 (n°249-250), p. 163-170. DOI : 10.3917/rsg.249.163. URL : https://www.cairn-int.info/revue-des-sciences-de-gestion-2011-3-page-163.html.

[801] V. D. LEPELTIER, « Promesse de cession d'action et inscription en compte », *Bull. Joly,* 1989, p. 135 s., Le problème de la détermination du prix se pose dans des conditions similaires à celles rencontrées pour les clauses de préemption, v. *supra,* notes 84 et 89. V. pour une promesse d'achat, Versailles, 13 septembre 1990, *Rev. sociétés,* 1990.645, obs. GUYON ; *adde,* GUILLEMIN, « Les promesses unilatérales d'achat et de vente en matière de cession, de droits sociaux », *Dr. soc.,* mars 1989, p. 1 ; v. pour l'efficacité de promesses croisées, Cass. com., 18 juillet 1989, *Dr. soc.,* février1990, p. 21.

[802] Les pactes de rachat sont souvent utilisés lorsqu'un salarié ne voit proposer de devenir actionnaire ou administrateur. L'investissement qu'il accepte de faire peut-être facilité si une « porte de sortie » lui est ouverte par exemple s'il vient à quitter son emploi. La jurisprudence tend à valider ce type de clauses. V. RIPERT et ROBLOT, t. 1, n° 1237 et les réf. sauf bien sûr si le contrat de travail qui contient une telle clause est nul, v. Cass. com., 7 mars 1989, aff. *Erber-Corot, Dr. soc.,* août-septembre 1990, p. 12. Ces clauses de rachat, qui sont en vérité des promesses unilatérales de vente, et qui ne donnent naissance qu'à un contrat d'acquisition, ont soulevé certaines incertitudes lorsqu'elles prévoyaient un « prix plancher ». Ce genre de stipulation ne serait-il pas léonin, comme excluant la participation du promettant aux bénéfices ou aux pertes ? Après quelques hésitations, la jurisprudence s'est orientée dans une voie raisonnable, en distinguant plus nettement les engagements « horizontaux » entre le cédant de la cessionnaire, où devait prévaloir la liberté contractuelle, et les rapports avec la société (qui ne touchent pas aux pactes de rachat) dans lesquels prévalait alors la prohibition des clauses léonines, v. Cass. com., 10 janvier 1989, *Bull. Joly,* 1989.256, note LE CANNU ; Cass. com., 20 mai 1986, *Rev.*

encore fréquent[803]. Cette technique peut fonder les engagements de rétrocession, ou de cession par exemple, pour le cas où un associé viendrait à financer l'acquisition de titres sociaux par le biais d'une institution financière, par exemple[804].

438. Il découle de ce qui précède que le porteur est un associé provisoire. Il est seulement mu par l'*intuitu pecuniae* et dont l'*affectio societatis* ne tient qu'à la volonté de réaliser une plus-value, ce qui rapproche le salarié intéressé de l'actionnaire et/ou de l'investisseur.

439. La majorité des auteurs, tout en reconnaissant la validité de la convention de portage, affirme l'absence d'affectio societatis chez le porteur. Ainsi M. le professeur François-Xavier LUCAS écrit-il : « *le porteur est totalement dépourvu d'affectio societatis. C'est même à cela qu'on le reconnaît* »[805]. Nous rejoignons cette idée. L'analyse selon laquelle l'absence *d'affectio societatis* chez le porteur serait la marque du portage procède en effet d'une conception de l'affectio societatis qui ne fait pas l'unanimité. MM. les professeurs M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, sans remettre en cause la spécificité de ces « bailleurs de fonds » appellent à une conception plus objective. Selon eux, c'est la volonté d'être associé[806].

440. Dans le cadre de la convention de portage, le porteur s'engage à rendre un service au donneur d'ordre. Il a la volonté d'entrer en société pour le donneur d'ordre contre une rémunération. A notre sens, rémunérer un *affectio societatis* dénature la valeur ou le sens, et même la définition de celui-ci. Le principe est d'être

---

sociétés, 1986.587, note RANDOUX ; Paris, 23 mai 1990, *Dr. soc.,* août-septembre 1990, n° 278 ; *adde,* LE BRAS, « Les promesses de cession des droits sociaux et les clauses léonines, *Bull. Joly,* 1986.587. V. cependant la position déjà « ancienne » de la 1ère chambre civile, Cass. civ. 1ère , 7 avril 1987, *Rev. sociétés,* 1987.395, note RANDOUX ; et, sur la détermination du prix dans ces pactes : Trib. gr. inst. Paris, 25 mai 1989, *Dr. soc.,* mai 1990, p. 14.

[803] Sur la convention de portage, D. SCHMIDT, in *Les opérations fiduciaires,* Colloque Feduci, LGDJ, 1985, p. 30 ; M. RAVELET, « Les conventions de portage », *Les Petites Affiches,* 18 mars 1991, p. 4 ; MERLE, *op. cit.,* n° 42, GUILLEMIN, art. préc., p. 4 et s. ; sur la licéité au regard de la prohibition des clauses léonines, Trib. gr. inst. Lille, 28 octobre 1986, *Rev. sociétés,* 1987. 600, note WITZ, *adde,* Trib. com. Nantes, réf., 1er juillet 1988, *RJC,* 1989.207, note GOYET ; v. cependant Bruxelles, 3 décembre 1986, *Rev. sociétés,* 1990, Somm. 76, obs. GUYON, et *Rev. crit. jur. Belge,* 1989.542, note COIPEL.

[804] G. PARLEANI, « Les pactes d'actionnaires », *Rev. sociétés* 1991.

[805] F-X. LUCAS, article préc., J.-Cl. Banque. Crédit. Bourse, fasc. 2128, n°83

[806] M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28ème éd.,p. 82, n° 152 LexisNexis, 2015.

rémunéré car on est sociétaire. Il serait curieux d'affirmer que l'on a l'*affectio societatis* car il nous est demandé de devenir sociétaire. On ne peut pas non plus être rémunéré pour avoir l'*affectio societatis* car c'est un sentiment.

b – Cas du titulaire de valeurs mobilières

441. Les valeurs mobilières composées cherchent à réaliser un compromis entre action et obligation. Le souscripteur d'une valeur mobilière est d'abord un obligataire, mais aussi un actionnaire potentiel de la société émettrice. Plusieurs raisons viennent illustrer l'affaiblissement de l'*affectio societatis* d'un détenteur de valeurs mobilières composées. Premièrement, le détenteur du bon a vocation à investir dans la société. Il s'agit plus généralement de la stratégie des *business angels* ou des fonds de capital investissement. Ces derniers saisissent une opportunité d'investissement, un *business model* et non une volonté de collaborer ensemble. Cet investissement se matérialise généralement par un contrat contenant des conditions (suspensives). Dans la pratique, il n'apporte rien d'autre que l'investissement initial.

442. Deuxièmement, s'il voulait être associé, il n'y aurait pas d'activité de spéculation[807]. Il aurait en contrepartie de son apport de liquidités obtenu directement des titres sociaux et non un bon qu'il peut vendre, détacher ou gérer, faire spéculer ?

443. Troisièmement, la société émettrice a besoin de liquidités mais pas nécessairement d'un actionnaire, le détenteur a besoin de diversifier son portefeuille d'investissements, répartir les risques et assurer son profit. Bien qu'il y ait accord pour un apport ou à tout le moins un investissement, il reste que les parties ne veulent pas les mêmes choses. *A fortiori,* il ne peut y avoir de sentiments d'égalité dans la mesure où ce sont généralement les associés dans le besoin qui se tournent vers des fonds pour ces opérations. Un auteur rappelle à juste titre que l''affectio societatis permet de distinguer le salarié de l'associé[808]. Le salarié ne se trouve pas sur un pied d'égalité avec son employeur puisqu'il est dans un contrat qui prévoit

[807] Fédération Nationale des Business Angels, Note de présentation du rôle et de l'action des Business Angels, Fédération Nationale des Business Angels, 2018.
[808] B. DONDERO. « *L'affectio societatis de l'associé à l'investisseur, Sorbonne droit des entreprises* », Mooc Session mai-juin 2014.

un lien de subordination[809]. Les contrats d'émissions ne créent-ils pas dans les faits un tel lien ? L'investisseur du bon de valeurs mobilières impose ses conditions à la société. Ces conditions sont alors subies par les associés de la société qui l'acceptent car ceux-ci ont besoin des liquidités nécessaires à leur projet de société. L'actionnaire, grâce aux mécanismes du droit des sociétés (procès-verbal d'assemblée générale, etc.) prend les engagements exigés par l'investisseur. Il doit obéir aux directives de l'investisseur dans le cadre de l'exécution du contrat d'investissement.

444. La jurisprudence a discuté le point de savoir s'il fallait démontrer qu'une personne qui achetait ou qui souscrivait à des actions d'une société en cours de vie sociale avait aussi l'*affectio societatis*. Un arrêt du 11 juin 2013 de la chambre commerciale rend la solution suivante : l'*affectio societatis* n'est pas une condition de validité d'une cession de droits sociaux. Il n'y a donc nul besoin de démontrer que l'acquéreur de titres sociaux soit animé de l'*affectio societatis*[810]. Cet arrêt rejoint notre affirmation : si l'acheteur d'un titre en cours de vie sociale n'a pas à être animé de l'*affectio societatis*, pourquoi le titulaire d'un bon (et qui n'est pas encore une action) le serait ? Le titulaire d'une valeur mobilière et d'un titre, à ce moment-là de la vie de la société, a un entendement conforme à la jurisprudence. Le droit OHADA étant silencieux sur le sujet, nous pouvons affirmer qu'en cas de soumission d'une affaire similaire à un tribunal de l'espace OHADA, la décision serait similaire.

445. Une augmentation de capital en droit français et en droit OHADA peut prendre diverses formes. Pour rappel, seules les sociétés dites de capitaux sont autorisées à émettre des valeurs mobilières[811]. Les titres financiers, tels que les valeurs mobilières, sont de plus en plus utilisés, dans le cadre de levée de fonds pour des sociétés. Pour l'entreprise, le principal avantage d'une émission de bons est d'augmenter ses liquidités sans avoir à augmenter immédiatement son capital, puisque les actions seront émises plus tard. L'exercice des bons lui permettra ensuite de renforcer sa structure financière, à mesure que les bons seront exercés,

[809] Cass. soc., 13 novembre 1996, Bull. civ., V, n° 386; n°94-13187.
[810] Cass. com., 11 juin 2013, n°12-22.296.
[811] V. art. L228-1 du Code de commerce pour le droit français et art. 822 AUSCGIE pour le droit OHADA.

progressivement. Les bons présentent également l'avantage de permettre aux actionnaires historiques de l'entreprise de ne pas être dilués lors de la cession des bons, puisque la règle du jeu est connue à l'avance.

446. Il faut constater ici que l'argent apporté prime sur la qualité de la personne qui l'apporte, puisque celle-ci ne devient pas associé. Il y aurait une forme d'apport mais pas le statut qui en découle. La personne est détentrice d'un bon qu'elle pourra exercer ou non plus tard. Il y a une relation monétaire qui s'installe entre les associés et le détenteur du bon. L'intérêt du bon de souscription d'actions pour son bénéficiaire est important. Si le cours de l'action augmente, il pourra : acheter des actions de la société à un prix inférieur à leur valeur et/ou vendre son bon de souscriptions d'actions, qui aura alors une valeur importante (puisqu'il permet d'acheter des actions de la société à un prix inférieur à leur valeur).

447. Nous pouvons en conclure que le bénéficiaire du bon réalise une opération d'investissement. Les valeurs mobilières telles que les bons de souscriptions d'actions permettent potentiellement à un investisseur de profiter d'un effet de levier. Il serait ainsi difficile d'affirmer que le détenteur d'une valeur mobilière ou d'un bon n'a pas d'*intuitu pecuniae.*

c – Cas du salarié

448. Dans un contexte concurrentiel marqué par une chasse permanente aux talents, un grand nombre de dispositifs d'actionnariat salarié ont été développés par la pratique et encadrés par la loi : BSA, BSPCE, stock-options. Toutes ces dispositions sont admises en droit OHADA sauf celle les stock-options pour lesquelles le législateur ne s'est pas prononcé expréssement[812]. Par l'attribution de bons d'option, le salarié devient virtuellement associé. A un terme donné, il peut acquérir des parts ou des actions. Cette acquisition le transforme en associé s'il lève l'option. L'intérêt serait-il alors celui des associés ? Non, car le salarié qui acquiert les parts ne le fait que pour les revendre. C'est un associé provisoire, seulement mu par *l'intuitu pecuniae* et dont l'*affectio societatis* ne tient qu'à la

[812] M. MOUIZINA et J. CHALLOUB, « SAS et options donnant accès au capital : quelles opportunités pour les startups dans l'espace OHADA », *Lexbase Afrique-OHADA* n°36 du 10 septembre 2020 : Sociétés

volonté de réaliser une plus-value, ce qui rapproche le salarié intéressé de l'actionnaire investisseur[813]. Ainsi, l'originalité du régime des titres optionnels est que la propriété des parts à laquelle il donne droit est en quelque sorte détachable de la qualité d'associé[814]. Il a pour objet de permettre à l'attributaire de capitaliser son investissement personnel par la souscription ou l'achat et de le liquider par la cession. Le régime est donc affecté par une contradiction : légitimé par la fidélité à l'entreprise, le gain ne s'accomplit que par la sortie de la société[815]. Ainsi, l'intérêt mis en avant par le législateur, même s'il passe par la condition d'associé, n'est pas l'intérêt des associés, mais bien l'intérêt des salariés (investisseurs).

d – Cas de l'usufruitier

449. Reprenant la distinction classique entérinée par la jurisprudence[816], entre les fruits et le capital, l'usufruit d'actions confère à l'usufruitier les droits relatifs aux fruits : droit aux dividendes, droit aux réserves distribuées pour compléter les dividendes. De manière générale, l'usufruitier exercera un droit d'usufruit sur tous les droits pécuniaires qui pourraient être dévolus au nu-propriétaire en cours de vie sociale[817] ou en fin de celle-ci (dissolution de la société). En cas d'exercice du droit d'attribution ou de souscription d'actions par le nu-propriétaire, l'usufruitier s'en verra conférer l'usufruit ; enfin, en cas de remboursement des droits d'actionnaire par le rachat des actions par la société, il aura droit à la propriété de la valeur de l'usufruit[818]. Quant au nu-propriétaire, il conserve les autres droits (remboursement du capital, du nominal de l'action, *boni* de liquidation, droits aux réserves, prime d'émission, de fusion…). Cette répartition des droits entre l'usufruitier et le nu-propriétaire a-t-elle un caractère impératif ? On peut en douter, car la loi ne s'est pas prononcée de manière significative en la matière et la seule disposition qui traite des droits pécuniaires de l'usufruitier et du nu-propriétaire n'a pas un caractère impératif[819]. Il s'agit de l'article L. 225-140 du

[813] G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « La définition de l'intérêt social », *RTD Com*. 2004. p.35.
[814] Ibid.
[815] J.-P. GASTAUD, L'associé de passage ou l'intéressement du créateur d'entreprise et des salariés (stocks options et bons de croissance), *Mél. Honorat*, p. 267, spéc., p. 268.
[816] Cass. req. 24 juin 1903, DP 1904.1.591 ; CA Paris, 5 juin 1950, Gaz. Pal. 1950.2.96.
[817] Distribution gratuite d'actions, C. com., art L. 225-149.
[818] J. MESTRE, Lamy sociétés commerciales, n°216.
[819] J.-F. ARTZ, Nature juridique de l'action, Répertoire des sociétés Juin 2002 (actualisation : Octobre 2019).

Code de commerce relatif au droit préférentiel de souscription d'actions nouvelles : celui-ci, par une disposition supplétive (al. 4), ce droit est réservé au nu-propriétaire, sauf à l'usufruitier à l'exercer au cas où le nu-propriétaire négligerait de le faire, et où l'exercice relèverait donc de l'usufruitier [820]. Dans l'hypothèse où le nu-propriétaire vend le droit préférentiel de souscription, les sommes provenant de la cession ou les biens acquis au moyen de ces sommes sont soumis à l'usufruit. Si la vente est le fait de l'usufruitier, le nu-propriétaire peut exiger le remploi des sommes provenant de la cession, et les biens acquis de la sorte demeureront soumis à l'usufruit[821].

450. Nous avions établi que l'usufruit n'avait pas l'*affectio societatis* car ce dernier n'avait pas la qualité d'associé[822]. En outre nous voyons ici qu'il n'a qu'une relation monétaire avec la société. Son intérêt personnel ou son affection est de voir la société prospérer afin de percevoir les fruits. Les liens de l'usufruitier avec la société ne sont pas *intuitu personae*, s'il devait y avoir une telle relation, elle serait entre le nu propriétaire et l'usufruitier. Et encore, cette relation. A notre sens, a un caractère pécuniaire. Il a donc avec cette société une relation pécuniaire. Il nous serait alors difficile d'attribuer autre chose que l*'intuitu pecuniae* à l'usufruitier de titres sociaux.

e – Cas du tontinier

451. Le tontinier est-il animé par l*'intuitu pecuniae ?* Cette question semble complexe. Dans l'espace OHADA, la tontine est constituée de personnes ayant soit un lien social fort, soit un lien ethnique fort. Dans ces deux cas de figure, le cercle de financement n'est pas constitué par de simples connaissances, mais par des personnes qui se connaissent entre elles. Il y a aussi le cas où ces personnes sont recommandées par d'autres, afin d'intégrer la tontine. Cette recommandation est un soutien, une marque de confiance. On pourrait suggérer que ces personnes se mettent ensemble, qu'elles se connaissent et vont vers un même but ensemble. On peut en déduire que le tontinier dispose de l'*intuitu personae*. Toutefois, n'est-ce pas une analyse trop restrictive ?

[820] Décr. 1967, art. 158.
[821] C. com., art. L. 225-140, al. 1er ; G. Ripert et R. Roblot, *op. cit.,* par M. Germain, n°1086.
[822] Com., avis, 1er décembre2021, FS-D, n° 20-15.164 ; C. cass. civ. 3ème, 16 février 2022 n°20-15.164

452. La raison d'être de la tontine est de constituer une organisation de placement d'épargne. La motivation des tontiniers est de pouvoir épargner avec des personnes de leurs sociétés, en qui elles ont confiance. Mais ce n'est pas l'idée de l'entre soi qui anime le tontinier. C'est l'idée de réaliser un placement sûr car il connait les autres membres. La volonté du tontinier est donc de réaliser un profit individuel, afin de développer un projet individuel. Il recherche donc activement des fonds. L'idée même de sa souscription à la tontine est d'épargner pour se constituer un capital.

453. Le lien avec le groupe de tontinier est certes basé sur la personnalité, puisque les membres se choisissent entre eux mais la raison d'être dans ce groupe est l'intérêt financier. En effet, les personnes au-delà de l'affection qu'ils ont les uns pour les autres, les participants se demandent au préalable si le tontinier est en mesure de payer les cotisations. A notre sens, la part pécuniaire prends le pas sur le reste des notions envisageable dans le cadre de la tontine.

f – Cas du *Work and Pay*

454. Il a été précédemment énoncé que le *Work and Pay* était constitué de deux personnes, ou de deux structures : celle du propriétaire de la voiture et celle du chauffeur. Il est vrai que le lien qui unit ces deux organisations se base sur l'*intuitu personae*. Le propriétaire de la voiture ne contracte pas avec n'importe qui, il combine plusieurs critères. Il évalue l'expérience, le comportement, et d'autres facteurs subjectifs avant de s'engager avec cette personne qui deviendra comme son associé. Or, leur lien est en réalité purement financier et conclut comme tel. Le plus important pour le chauffeur est de réaliser le chiffre d'affaires exigé pour devenir propriétaire de la voiture. Le lien qui réunit les parties en cause est d'ordre financier. Les concernés ne partagent rien d'autre en commun que l'idée d'investir dans un projet de société de transport rentable. Il est alors aisé d'en déduire qu'ils sont animés chacun en ce qui les concerne, de l'*intuitu pecuniae*.

g – Cas de la Nana Benz

455. Il est difficile de dissocier la Nana Benz des ressources financières. Le simple fait d'accoler la marque de voiture de luxe éponyme à un surnom de femme est assez

explicite. La décision d'entreprendre part historiquement d'une volonté affirmée de réaliser du profit. La Nana Benz a un lien particulier avec sa société. Elle n'a ni fait de contrat d'apport ni de création de société au sens reconnu par l'Acte Uniforme. Dans la mutualisation de ressources qui est faite entre Nana Benz, le raisonnement développé avec la tontine est le même que celui avec la Nana Benz. Elles se regroupent pour leurs activités par affect, en considération de la personne certes, mais avec comme priorité les ressources que l'autre va apporter. Dans leurs campagnes d'achat de textiles, l'argent prime sur la personne qui l'apporte. Il est alors aisé de déduire que la Nana Benz est animée par l'*intuitu pecuniae.*

h – Cas du fiduciaire

456. Une autre hypothèse qui pourrait intéresser cette discussion en droit français et en droit OHADA est le fiduciaire. Cette notion permet à un tiers d'exprimer pleinement l'ensemble des prérogatives liées à l'associé. Il en ressort qu'en principe le fiduciaire doit avoir l'*affectio societatis.* Une analyse plus approfondie fait naître le doute. En effet dans l'affaire « *I'm alone »*[823]. La commission mixte et les arbitres ont décidé que celui qui avait un lien réel avec la société en cause était celui qui avait qualité pour agir. Dans leur appréciation, les arbitres ont considéré que ceux qui avaient qualité pour agir étaient ceux qui avaient un lien, un attachement avec la société. A notre avis, ce voile qui a été soulevé par la commission *Ad Hoc* dans « *I'm Alone »* est l'*affectio societatis*. Ce voile qui a été levé met en lumière ceux qui ont vraiment eu un intérêt, un attachement à la bonne marche de la société[824]. On peut alors en déduire que ce sont eux qui ont *l'affectio societatis* et non ceux par qui ils sont représentés.

II. La variabilité du titre et de la finance

457. Selon nos observations, l'identification du quasi associé suppose de déterminer s'il dispose aussi bien du titre (**A**) que de la finance (**B**).

[823] S. S. « I'm Alone » (Canada, United States), 30 June 1933 and 5 January 1935, VOLUME III pp. 1609-1618.
[824] Arbitrage I'm Alone (Canada vs États-Unis), ONU, Recueil, 1916: pour un résumé, voir G.H. HACKWORTH, Digest of International Law, vol. 2 (1940) pp. 703-706; voir aussi, J.G. CASTEL, International Law, 3e édition, Toronto, 1976, pp. 605-613

A. La constatation d'une absence de titre

458. La théorie de distinction du titre et de la finance est une notion jurisprudentielle. Elle a été consacrée définitivement par la Cour de Cassation dans un arrêt de la 1ère Chambre civile du 12 juin 2014[825]. Rappelons que cette théorie s'applique à des titres sociaux dépendant d'une communauté de biens existant entre des époux. Dans les attributs personnels sont ceux qui constituent « le titre », il reste au nom du seul époux acquéreur ou souscripteur des parts ou actions. Il exercera par conséquent seul les prérogatives attachées au titre social et notamment le droit de vote. Lui seul aura la qualité d'associé. La distinction du titre et de la finance a suscité d'abondants débats en doctrine et a stimulé l'imagination d'un certain nombre de praticiens[826] en particulier des ruralistes. Elle est néanmoins susceptible de connaître d'intéressantes applications dans tous les secteurs d'activités.

459. L'absence totale de titre est à nuancer. En effet, l'une de nos hypothèses, concernant les détenteurs de valeurs mobilières, viennent démentir l'absence de titre. L'opération confère un titre délivré par la société. Or, ce titre n'est pas un titre de capital mais un titre de créance. Cette créance est détenue contre la société. Une autre de nos hypothèses, à savoir le locataire de titres sociaux n'échappe pas à cette règle. Dans le cadre de son bail, contre le paiement des loyers, il a le droit de percevoir les bénéfices dégagés par la société. A ce titre, il détient une créance contre l'associé et *de facto* la société. On ne peut en déduire un titre de capital. Il faut ajouter à cela que c'est une détention précaire. L'idée de détention précaire nous renvoie à une autre de nos hypothèses qu'est l'usufruitier. Il a été question de savoir s'il est associé ou s'il détient un titre. Deux principaux courant s'opposent : celui de M. le Professeur Antoine TADROS qui estiment que l'usufruitier ne peut être associé[827] et celui du M. le Professeur Lucas, qui confère à l'usufruitier la qualité d'associé[828]. Pour rappel, nous penchons en faveur de l'opinion du professeur TADROS. L'usufruitier ne détient pas de titre, il est amené

[825] V. Cour de Cassation, 1ère chambre civile, 12 juin 2014, n°13-16309. Et auparavant Cass. Civ. 1ère 4 juillet 2012.
[826] F. AUCHINCLOSS GOLDSMITH, Confirmation et précisions sur la distinction du titre et de la finance, Cour de cassation, 1ère chambre civile, 4 juillet 2012, n° 11-13384.
[827] A. TADROS, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, th., nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 130, Dalloz, 2013.
[828] F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières*, th., L.G.D.J., 1997.

à restituer son droit de jouissance au nu-propriétaire. L'usufruitier n'est pas un titre en soi. Il faut plutôt envisager cela comme un « droit-créance ». Il faut avoir à l'esprit qu'il jouit du bien d'un autre contre cet autre.

460. D'autres hypothèses en revanche, nous amène à moins nuancer. Celles-ci n'ont pas de titre. Il s'agit du conjoint et des héritiers. Être héritier est un fait, ce n'est pas un acte juridique. En effet, la qualité d'héritier ne suppose pas un contrat ou un acte de volonté mais plutôt de la survenance d'un décès. Or le décès est un fait qui a des conséquences juridiques. L'héritier bénéficie alors d'une situation factuelle puisque l'acte d'héritier n'existe pas[829]. Il a généralement vocation à recueillir le fruit du patrimoine laissé par son géniteur. La tache se révèle parfois plus hardie. Les sociétés dites « fermées » nécessitent que l'héritier dispose soit d'une procédure d'agrément soit d'une qualité précise pour être associé (médecin, architecte, etc.). Dans cette perspective, l'héritier ne peut se voir conféré la qualité d'associé[830]. En revanche, il a droit de percevoir le bénéfice/les fruits, à hauteur de la quote-part, mais sans appropriation réelle des titres. Seules les finances lui sont acquises. Cette finance constitue une créance, qu'il détient contre les autres associés de la société. Le conjoint de l'associé ne voit pas, après le mariage, l'inscription de son nom dans le bordereau de la société. Ceux-ci désignent nommément son conjoint. Ces biens ne tombent pas en communauté, en raison du lien personnel qui les unit à un époux (le titre). C'est la valeur patrimoniale du bien (la finance) qui tombe en communauté. La jurisprudence fait entrer dans cette catégorie les offices ministériels et les clientèles civiles, dont elle fait une application extensive[831], ainsi que les droits sociaux non négociables[832]. Le conjoint dispose *in fine* de au moins la moitié de la finance.

461. La notion de distinction du titre et de la finance se rencontre peu en droit OHADA, mais elle existe par le biais des droits nationaux.

[829] V. la loi du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit qui precise que l'acte de notoriété induit la qualité d'héritier.
[830] A. VIANDIER, *la notion d'associé*, LGDJ, p 239, Paris 1978, PP314.
[831] Cass. Civ. 1ère, 16 avril 2008, n° 07-16.105 ; Cass. Civ. 1ère, 12 janvier 1994, n° 91-18.104 et n° 91-15.562.
[832] Cass. Civ. 1ère, 9 juillet 1991, n° 90-12.503.

462. Elle n'a pas été retranscrite par le législateur et reste une notion jurisprudentielle[833]. La Nana Benz, les constituant du *Work and Pay* et les constituants de la tontine ne disposent pas non plus d'un titre. L'objectif reste celui de faire du profit et d'investir. Aucune de ces hypothèses ne dispose d'un titre. Elle se contentent d'investir et de tirer parti de l'économie réalisée par la société.

463. Ces dernières se retrouvent dans une situation de fait juridique qui ne leur permet pas de disposer d'un titre. Elles n'ont pas le titre de l'associé. Elles disposent en revanche de la finance de l'associé. Bien souvent ces notions ont la finance plutôt que le titre : cette exception correspond à l'*intuitu pecuniae* que nous avons vu précédemment.

B. La constatation d'une absence de finance

464. La distinction du titre et de la finance a souvent été utilisée pour permettre à la partie demanderesse de prouver le bien fondée de son accès aux finances. Dans le cadre de notre étude, nous pensons que l'inverse peut être possible, c'est-à-dire que l'on peut disposer du titre, mais pas de la finance.

a – Cas du porteur

465. Dans le cadre d'une convention de portage, le porteur peut prétendre à la qualité d'associé. Il est parti au contrat de société, réalise un apport et les titres sont inscrits à son nom. Tout semble participer à la qualification régulière de l'actionnaire. Or, la convention de portage est un acte extra statutaire[834]. La pratique met en place des conventions de votes ou des consignes de vote entre le porteur et le donneur d'ordre. Elément marquant, la personne portée s'appelle le « donneur d'ordre ». Le porteur ne peut donc faire ce qu'il veut. En outre, les dividendes viennent servir de rémunération au portage. A cela peut s'ajouter toute autre forme de rémunération. On serait tenté de déduire qu'il y a réunion du titre et de la finance. Nous avons une vision différente. Les dividendes générés par les titres ne peuvent être dépensés. Ils sont à destination du remboursement. Le

[833]Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, Arrêt du 23/12/2015 N° 186/2015, N° 113/2012/PC DU 10/09/2012.
[834] B. TREILLE, Les conventions de portages, Rev. Sociétés 1997.721.

porteur ne peut alors utiliser ces sommes à sa guise[835]. Sauf convention contraire, ils sont bloqués sur un « compte paiement ». On peut imaginer une situation où les finances sont « séquestrées » sur un compte pour le paiement.

b – Cas du fiduciaire

466. L'activité de fiduciaire suppose la gestion de patrimoine pour autrui[836]. Dans cette perspective, il s'effectue un transfert de propriété. Toutefois l'activité de fiduciaire est une activité à titre onéreuse[837]. Généralement, le fiduciaire est payé en dehors des bénéfices générés par sa gestion, qui échappent à sa libre utilisation. Il les garde pour le compte du bénéficiaire de la fiducie. Même lorsque les bénéfices comprennent sa rémunération, c'est-à-dire qu'il dispose du droit de se payer à partir des bénéfices, il ne peut en faire ce qu'il veut[838]. Il a la charge de les comptabiliser et de les transmettre intégralement au terme du contrat. A défaut, il briserait le lien de confiance entre lui et les parties signataires de la convention de fiducie. Cette atteinte à la gestion de confiance serait constitutive d'un manquement à son obligation contractuelle. Le titre appartient au fiduciaire mais les finances ne lui appartiennent pas *in fine*. A titre marginal, les éléments de doctrine et de jurisprudence peuvent nous permettre de discuter de l'absence de finance du fiduciaire. L'éventualité qu'il n'ait ni le titre, ni la finance ne doit pas être écartée.

c – Cas de l'agent des sûretés

467. L'agent des sûretés est quelque peu différent de nos hypothèses précédentes. Dans le cadre d'une syndication bancaire, les sûretés sont constituées et inscrite en son nom[839]. Toutefois, elles sont inscrites en son nom mais au bénéfice du syndicat de

[835] Cass. com., 19 mai 1998, n°95-18.557 : BJS 1998, p. 1060, obs. P. SCHOLER ; Cass. com., 19 octobre 1999 : D. 1999, p. 72 ; BJS 2000, p. 69, § 13. V. égal. CA Paris, 17 avril 1996 : Dr. sociétés 1996, comm. 172, obs. D. VIDAL ; BJS 1996, p. 807, § 283, note A. COURET ; Rev. sociétés 1996, p. 774, note R. ROUTIER ; ibid. p. 850, note Y. GUYON ; CA Paris, 18 octobre 1996 : BJS 1997, p. 11, note N. RONTCHEVSKY ; Dr. sociétés 1997, p. 21.
[836] V.art. 2011 C.Civ.
[837] L'article 2015 du Code Civil limite cette activité aux établissements de crédits, aux entreprises d'investissements, d'assurances ainsi qu'aux cabinets d'avocats.
[838] V. art. 2017 et 2018 C.Civ.
[839] V. art. 5 à 11 AUS.

financeurs. L'agent des sûretés agit en tant que mandataire salarié. En cas de réalisation des sûretés, il agira donc au profit du syndicat bancaire et non pas en son nom, d'autant qu'il peut ne pas être membre du syndicat bancaire[840]. Une fois les sûretés réalisées il aura la charge de répartir les fruits de la réalisation aux différentes institutions financières. On constate ici que le titre lui appartient, mais que le fruit de la finance ne lui appartient pas, *a fortiori* quand il n'est pas membre du syndicat bancaire. Même le titre ne leur permet pas de faire ce que l'on veut, il y a une diminution ou une atteinte de l'*abusus*.

Section 2. Le refus d'assujettissement au risque social

468. Depuis quelques années, les grandes entreprises, comme d'autres acteurs économiques, font face à de nouvelles formes de contestation émanant de la société et de la société civile. Cela se traduit notamment par des reportages à charge diffusés à la télévision, dans des émissions telles que *Cash Investigation* ou *Envoyé spécial*, par des vidéos filmées clandestinement par ou pour des associations activistes, par exemple de protection des animaux telles que L214, par des campagnes d'information et de sensibilisation menées par des associations, par des pétitions portées par des personnalités, des artistes ou des intellectuels, par des mobilisations de riverains opposés au développement d'un projet d'aménagement, par l'expression sur les réseaux sociaux de la colère d'usagers ou de clients, par des actions en justice menées par des citoyens, ou encore par des occupations de lieux par des groupes tels que les zadistes[841].

469. Les associés et leur société sont désormais sous la menace d'un véritable risque de nature sociétale. Ces risques peuvent s'inscrire dans les interactions avec leur écosystème sociétal, c'est-à-dire les sociétés dans lesquelles ils sont implantés ou dans lesquelles ils ont des activités, et notamment avec les nouvelles parties

[840] Il faut entendre ici que l'agent des sûretés peut ne pas faire partie des financeurs. Il agira donc uniquement en qualité d'agent.
[841] En 2015, le terme « zadiste » entre dans le dictionnaire Le Petit Robert version 2016 : « *Militant qui occupe une ZAD pour s'opposer à un projet d'aménagement qui porterait préjudice à l'environnement* ».

prenantes à leurs activités[842]. L'associé est soumis à des risques (**I**) inhérents et (**II**) étrangers. A l'opposé, le quasi associé refuse cette soumission au risque social.

I. L'étude des risques inhérents

470. Le quasi associé dans sa participation à la société souhaite ne pas être tenue à l'obligation de remboursement (**A**). Il en est de même pour la soumission au risque social (**B**).

A. L'absence d'obligation de remboursement

a – Cas du détenteur de valeurs mobilières composées

471. La détention d'une valeur mobilière ou d'une obligation n'est pas associée au risque inhérent à l'activité sociale. Si la société arrête son activité, il y a certes une perte, mais il n'est pas tenu de la rembourser. Il n'existe pas de risque social comparativement à l'associé issus du droit OHADA ou du droit français[843]. Au soutien à cette opinion, l'Association Française des Investisseurs pour la Croissance considère que « *l'acceptation totale du risque de perte est l'un des critères essentiels pour les acteurs et pour la société qui va chercher le financement (...)* »[844]. En effet, le détenteur de valeurs mobilières composées est un créancier et il s'oppose à l'actionnaire qui est un associé[845]. On peut même dire qu'il est un créancier « particulier ». Deux raisons viennent étayer cette affirmation. La créance ne revêt pas un caractère individuel et n'est qu'une fraction d'un même emprunt. De plus, l'emprunt représente une dette importante pour la société émettrice. Il n'est pas rare de voir certains emprunts obligataires supérieurs au capital apporté par les actionnaires de la société émettrice[846]. Ce sont

[842] Les médias généralistes, le monde associatif, les citoyens, les riverains de sites ou encore des groupes radicaux.
[843] R.-T. TROPLONG, Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code depuis et y compris le titre de la vente, Du contrat de société civile et commerciale ou commentaire du titre IX du livre III du Code civil, t. II, Éd. ch. Hingray, Paris, 1843, p. 118, n° 647.
[844] Propos recueillis par R. BOFFA et J.-C. DUHAMEL, in « La distinction associé/créancier à l'épreuve du risque, Analyse juridique appliquée au private equity », CRDPD, Univ. Lille II, Mission de recherche droit et justice, juillet 2013, spéc. p. 119 (« L'opinion des professionnels de l'investissement en capital sur leur propre relation au risque »).
[845] V. Chapitre III AUSCGIE de OHADA.
[846] Bis in idem.

donc eux les créanciers de la société. Ils ne sont donc pas soumis au risque social comme l'associé. Il n'y a pas à rembourser les tiers puisque ce sont eux les tiers. En effet lors d'une procédure collective, les détenteurs desdits titres déclarent au passif de la société émettrice le montant des sommes en capital et intérêts dus par la société[847].

b – Cas de l'usufruitier

472. La situation de l'apporteur en usufruit est identique à celle de l'apporteur en jouissance. En effet, « *l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre à la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance*[848] ». La constitution d'un usufruit confère à l'usufruitier un droit de jouissance[849]. L'apport de l'usufruit d'un bien consiste donc en l'apport d'un droit de jouissance, mais d'un droit de jouissance spécifique, puisque son régime sera soumis aux dispositions des articles 578 et suivants du Code civil. Le raisonnement est analogue à celui qui a été exposé pour l'apporteur en jouissance[850]. Il n'est pas considéré comme un associé *a contrario* de l'apporteur en industrie. En conséquence, l'usufruitier n'est pas tenu de rembourser en cas de survenance du risque social.

c – Cas des héritiers et de l'indivision

473. Dans le cadre des sociétés dites « fermées », les héritiers ne reçoivent qu'une partie des bénéfices et non pas la totalité. Une retenue est opérée au profit de la société et des autres associés. Ceux-ci n'ont en effet pas qualité pour exercer au sein de la société. Il est légitime de considérer qu'on ne peut pas assimiler la faillite du travail d'un autre à la notion de risque social[851]. Même si la doctrine ou les praticiens estiment qu'il y a un risque, celui-ci est divisé, car il y a indivision. Chacun des indivisaires supporte alors le risque sur sa quote-part indivise. Il y a donc une division, puis une réduction du risque. Enfin, l'indivision n'a pas de personnalité juridique, la qualité d'associé ne peut donc être transmise sans la

[847] V. Art. 792 AUSCGIE.
[848] C. civ., art. 578.
[849] F. ZÉNATI-CASTAING, « L'usufruit des droits sociaux », *Rép. sociétés*, préc., n° 178 et s.
[850] C.BARRLLON*, le critère de la qualité d'associé*, Presses Universitaires Aix-Marseille, Décembre 2017, 660 pages.
[851] *Ibid.*

personnalité juridique. Il faut en déduire qu'il n'existe pas d'obligation de remboursement.

474. Dans le cadre des sociétés ouvertes, bien que l'héritier puisse valablement devenir associé et par conséquent être soumis à une obligation de remboursement, l'indivision n'a pas de personnalité juridique. On revient au même point qu'énoncé ci-dessus. Il n'existe pas, dans cette situation, une obligation de remboursement. Si celle-ci existe, elle se répercutera *a minima* sur l'associé qui hérite *in fine* des parts. Encore une fois, rien n'est garanti qu'il la garde. Il peut très bien réaliser une vente.

B. Le refus de soumission au risque social

475. L'associé est exposé au risque d'échec de l'activité sociale et non de sa propre activité, ce qui le distingue du simple entrepreneur. D'une manière plus générale, l'exposition au risque social distingue l'associé de toute autre personne juridique[852]. Il est exposé à un risque auquel les participants à la vie sociale sont soustraits[853]. Le risque de ne pas devoir contribuer aux pertes apparaît donc désormais caractéristique de la qualité du quasi associé. Le principe selon lequel les associés ne contribuent aux pertes qu'en fin de vie sociale trouve exception en présence d'une réduction du capital social justifiée par des pertes. Il s'agit néanmoins de la seule exception au principe « coutumier » de la contribution en fin de vie sociale. Aussi, nous semble-t-il possible de souscrire à l'analyse de la Cour de cassation, selon laquelle « *sauf application de dispositions particulières, c'est seulement en cas de dissolution de la société (…) que celle-ci peut agir contre ses membres en paiement de ses pertes* »[854]. Quelques tiers sont dans une situation comparable à celle de l'associé. Leur sort dépend de la réussite des affaires sociales et, pourtant, ils n'ont pas la qualité d'associé. Cela infléchit-il la légitimité du critère du risque ? La réponse doit être négative.

---

[852] Sur l'intérêt croissant porté à la notion de risque, en droit français, v. en premier lieu : « Le risque », in Rapp. annuel de la Cour de cassation, 2011, Troisième partie, Étude, p. 75, avant-propos J. MOURY, préc. V. égal. la chron. rédigée sous la direction de F. DEKEUWER-DÉFAUSSEZ, publiée aux Petites affiches, depuis septembre 2009.

[853] C.BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, Presses Universitaires Aix-Marseille, Décembre 2017, 660 pages.

[854] Cass. com., 3 mars 1975, n° 73-13.721, préc.

a – Cas du créancier

476. Parmi les possibles créanciers d'une société, il en est un qui supporte une forme de risque qui peut, en apparence, le rapprocher de l'associé[855]. Il s'agit du créancier prêteur de deniers, que celui-ci soit ou non titulaire d'obligations rémunérant son prêt. En effet, ce créancier est un acteur privilégié de la « société du risque[856] », c'est-à-dire, pour l'essentiel, du marché du prêt de capitaux. Selon cette analyse, dans tout prêt « *il n'y aurait pas de projet sans risque* »[857]. Cela se traduit par le fait que lorsque la société devient insolvable, le prêteur pourra être contraint d'abandonner une partie des sommes consenties, notamment par application des règles du droit des procédures collectives[858]. Faut-il, dès lors, considérer que le créancier est lui aussi assujetti au risque social ? De récents travaux ont démontré le contraire : le créancier, obligataire ou non, doit être distingué de l'associé, car le risque du créancier prêteur de deniers n'est pas celui de l'associé. Seul ce dernier est assujetti au risque social[859] et les analyses économiques contemporaines confirment cette analyse[860].

b – Cas du titulaire de valeurs mobilières composées

477. Le titulaire d'une obligation n'a pas la qualité d'associé, car il n'est pas exposé au risque social. Il est seulement exposé au risque que supporte tout créancier, en l'espèce le risque de l'insolvabilité de son débiteur. Ainsi, « *le risque n'est pas le même pour l'obligataire et pour l'actionnaire. L'obligataire ne court pas l'aléa de la société, il est seulement exposé à la voir péricliter* (…) »[861]. En effet, il jouit

[855] C.BARRLLON*, le critère de la qualité d'associé*, *op. cit.*
[856] V. ex. U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, (trad.) Flammarion, 2008. V. égal. H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, th. PU Aix-Marseille 2011, p. 26
[857] J. MÉRIC, Y. PESQUEUX et A. SOLÉ, *La société du risque : analyse et critique*, Economica, 2009, p. 119
[858] C. com., art. L. 626-18. V. M.-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., p. 292, n° 382.
[859] R. BOFFA et J.-C. DUHAMEL, « La distinction associé/créancier à l'épreuve du risque, Analyse juridique appliquée au private equity », CRDPD, Univ. Lille II, *Mission de recherche droit et justice*, juillet 2013.
[860]V. not. A. REBÉRIOUX, « Les fondements microéconomiques de la valeur actionnariale. Une revue critique de littérature », *Rev. Économique*, 2005, n° 1, p. 51, spéc. p. 55 : « Les actionnaires ne sont donc plus posés en surplomb par rapport aux autres parties prenantes, mais identifiés aux services qu'ils rendent : la fourniture de liquidité et l'assomption du risque ».
[861] E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5ème éd., op. cit., p. 337, n° 580

d'un droit actuel au remboursement de sa créance[862]. Selon la doctrine, « *l'obligataire a droit à son remboursement : tout prêt est essentiellement remboursable. Les échéances seront réglées de manière à ne pas dépasser la durée de la société* »[863]. L'associé, pour sa part, ne bénéficie que d'un droit éventuel au remboursement de l'apport. Par suite, il « *ne peut réclamer une part du capital social tant que les créanciers n'ont pas été désintéressés. Or, parmi les créanciers se trouvent précisément les obligataires qui ont pour gage le capital social affecté à l'acquittement des dettes* (…) »[864]. Cette distinction entre le droit actuel de l'obligataire et le droit éventuel de l'associé emporte plusieurs conséquences, chacune conduisant à affirmer que le risque de l'obligataire, qui n'est autre que celui de tout créancier, est moindre que celui de l'associé et ne saurait être qualifié de risque social[865].

c – Cas du croupier

478. La convention de croupier[866] permet à un associé, sans l'assentiment des autres associés, de « *convenir avec un tiers (le croupier) de partager les bénéfices et les pertes résultant de sa participation dans la société* » [867]. Suivant cette définition, le croupier serait assujetti au risque social au même titre que l'associé, puisqu'il « partage » les pertes. En réalité, la définition traditionnellement donnée de la convention de croupier est contestable : le croupier ne « partage » pas les pertes sociales[868]. Il a simplement conclu un accord avec l'associé[869] et, aux termes de

[862] V. spéc. M. PICHARD, Le droit à, Étude de législation française, th. préc., p. 172 et s., n° 125 et s., démontrant en particulier que le « droit à » est un bienfait.
[863] V. spéc. M. PICHARD, Le droit à, Étude de législation française, th.2004 préc., p. 172 et s., n° 125 et s., démontrant en particulier que le « droit à » est un bienfait.
[864] F. ARTHUYS, *Traité des sociétés commerciales*, t. I, op. cit., p. 544, n° 497. Dans le même sens, v. en partic. Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Manuel de droit commercial*, op. cit., p. 139, n° 194 ; C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, t. I, op. cit., p. 695, n° 577.
[865] C. BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, PU Aix-Marseille, Décembre 2017, 660 pages.
[866] V. A. ROBYN, Du croupier associé, th. Paris 1970. ; A. SCHWING, « La nature juridique du droit de croupier », Revue des Sociétés 1935 p.152 . ; J. RICHARD, « La convention de croupier », préc. . V. égal. A. SARRADIN, *L'associé et son croupier*, thèse Paris, 1970
[867] A. COURET, A. CHARVERIAT et B. ZABALA, *Mémento Sociétés commerciales*, op. cit., n° 2420. V. égal. c. civ., art. 1861, anc. (avant 1978).
[868] 7 V. sur ce point : E. SCHLUMBERGER, « Le risque attaché au dénouement d'une convention de croupier », note ss. Cass. com., 23 juin 2015, n° 14-18.291, F-D, BJS 2015, p. 564, et spéc. p. 566 et 567.
[869] Cet accord est, au demeurant, analysé comme une société en participation (Cass. req., 7 avril 1873 : D.P. 1873, 1, p. 422 ; civ., 8 juillet 1887, 2ème esp., Dreyfus Frères c/ Salcedo, préc. ; et sur renvoi :

cet accord, il l'indemnise dans le cas où sa contribution aux pertes sociales serait sollicitée. Ainsi, « *la convention de croupier n'est qu'un accord entre un associé et un tiers. Elle ne saurait créer de lien de droit direct entre la société et le croupier* » [870]. Il s'ensuit que le croupier ne court pas le risque social avec le cavalier : seul ce dernier contribue aux pertes au sein de la société. Car « *le croupier n'a aucun rapport direct avec celle-ci et ne peut exercer aucune des prérogatives attachées à la qualité d'associé (...)* » [871]. De même, il ne supporte aucune obligation et, en particulier, celle de contribuer aux pertes, qui est réservée au seul associé. Il n'est donc pas assujetti au risque social, puisque ce dernier suppose un lien entre l'associé et la société, lien auquel le croupier est totalement extérieur. Il ne serait donc pas exact de considérer que le croupier est assujetti au risque social, car le croupier ne contribue qu'aux pertes de la « société en participation »[872], qui existe entre le cavalier et lui, alors que seul le cavalier contribue aux pertes dans la société principale[873].

II. L'étude des risques étrangers

479. La soustraction à l'ensemble des risques semble être difficile pour le quasi associé. Il reste quand même soumis à des risques extérieurs, indépendant de sa volonté (**A**). L'étude des risques étrangers induit la découverte d'une nouvelle forme de quasi associé (**B**).

A. La notion de risques étrangers

480. Lorsqu'il acquiert la qualité d'associé, le postulant au groupement n'est pas inexorablement voué à perdre la valeur affectée à l'activité sociale : la

CA Orléans, 25 mai 1888, préc. ; Cass. civ. 1ère, 20 juillet 1964, Pellissier c/ Blanc, préc ; com., 15 décembre1998, préc. CA Paris, 19 févr. 1979, préc. ; CA Paris, 25ème ch., sect. B, 4 avril 1997, préc. ; CAA Paris, 5ème ch., 30 décembre1998, SARL Camera one, préc. V. contra : J. NERET, Le sous-contrat, th. préc., n° 147, qualifiant la convention de croupier de contrat innommé), mais cette qualification est parfois contestée (v. les références doctrinales citées par I. URBAIN-PARLEANI, « Convention de croupier et société en participation », in « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? », préc.). Certains lui préfèrent, notamment, celle de « contrat d'intéressement » (P. SARRADIN, L'associé et son croupier, th. préc., p. 226).

[870] I. URBAIN-PARLEANI. Qu'est-ce qu'un actionnaire ? *Revue des Sociétés*, Dalloz, 2000, pp.753.

[871] A. COURET, A. CHARVERIAT et B. ZABALA, Mémento Sociétés commerciales, op. cit., n° 2421.

[872] Les guillemets rappelleront ici que cette qualification a, parfois, été contestée.

[873] Mais il est exact que la convention de croupier a ceci de singulier que les pertes de la société en participation ont pour origine la contribution aux pertes exigée du cavalier, en raison des mauvais résultats de la société principale.

manifestation du risque pour l'associé est conditionnée à l'échec de l'activité sociale, « *le capital social ne pouvant être remboursé aux associés que s'il n'est pas entamé voire absorbé par les pertes (...)* »[874]. Et, à de rares exceptions, cet échec ne peut pas être apprécié avant la liquidation de la société, puisque celle-ci scelle l'état définitif de l'activité. En conséquence, sauf à quitter la société en cours de vie sociale, aucun associé ne peut être fixé sur le sort de son engagement. Il s'ensuit que, tant que la société n'est pas liquidée, l'associé est en situation d'incertitude, même si des pertes annuelles étaient enregistrées. En revanche, après la dissolution, « *(...) dans le partage, virtuel ou actuel, de l'actif social, les associés - et eux seuls – viennent après tous les autres et occupent le dernier rang : ce sont des « residual claimants » comme les désigne la doctrine américaine. À ce titre, ils bénéficient des chances, mais ils assument les risques de l'entreprise* »[875]. Cette incertitude fonde l'idée de risque auquel est exposé tout associé et qui peut être dénommé « risque social », dans la mesure où celui-ci est propre à l'activité de la société[876].

481. Le risque de l'associé résulte donc de sa qualité de créancier « hypochirographaire » : il ne peut être désintéressé qu'après l'ensemble des créanciers sociaux. Et, comme l'explique M. le Professeur Thibaut MASSART, « *parce que les apports ne sont remboursés qu'après désintéressement complet des créanciers sociaux, les associés supportent le risque de perdre leur apport* »[877]. La contribution aux pertes dans les sociétés à risque limité est donc invariablement liée à la valeur sous-jacente à la part et consiste, pour un associé, à perdre le droit d'en obtenir restitution[878]. « *C'est lorsque l'on procède aux opérations d'apurement du passif consécutives à la dissolution que l'on va s'apercevoir que les actifs sociaux subsistant après le désintéressement de tous les créanciers ne permettent pas aux associés de reprendre leurs apports* »[879]. Au demeurant, ce lien entre l'apport et la contribution aux pertes est ancien. L'article

[874] C. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, th. préc., p. 74, n° 81.
[875] P. DIDIER, « Les conventions de vote », *in Mél. Jean FOYER*, P.U.F., 1997, p. 341.
[876] V. en partic. en ce sens : J. HAMEL, Droit civil approfondi, Recherches sur la théorie juridique de la monnaie, Éd. Les cours de droit, Paris, 1940-1941, p. 156.
[877] Th. MASSART, « Société (Contrat de) », *Rép. Sociétés*, Dalloz, 2006, n° 93.
[878] C. BARRLLON, le critère de la qualité d'associé, Presses Universitaires Aix-Marseille, Décembre 2017, 660 pages
[879] F.-X. LUCAS, « Théorie des bénéfices et des pertes », J.-Cl. Sociétés Traité, 2008 préc., n° 16.

1855, al. 2 du Code civil dans sa rédaction de 1804 condamnait déjà « *la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs associés* ». Il nous faut poursuivre avec les hypothèses sélectionnées pour notre étude.

482. La leçon qu'il faut retenir des travaux de Schumpeter est que le risque est inhérent à toute forme d'entreprise[880]. Le risque est d'autant plus important lorsque la société exerce dans le secteur de l'informel. A titre d'exemple, nous avons sélectionné la Nana Benz ainsi que la société de *Work and Pay*.

483. La Nana Benz n'a pas constitué en société. Elle n'exerce pas non plus sous le statut de l'entreprenant. Elle méconnaît par conséquent la notion de société. Dans cette situation, la Nana Benz est consciente que le risque social est supporté par elle et ses biens[881]. Elle est par exemple exposée à une concurrence de plus en plus agressive, mais aussi au fait que les motifs de ses textiles se démodent. Elle est exposée aux conséquences des invendus et du stock, comme tout fonds de commerce. En outre, elle est exposée au risque social classique de la force majeure.

484. Les sociétaires du *Work and Pay* connaissent un aléa qui leur est étranger. En effet, ils subissent des aléas divers tels qu'un accident ou la corruption des membres des forces de l'ordre ou du secteur public (transport)[882]. Leur proposition de service[883] suppose d'accepter de subir le risque et de ne pas reprendre les apports (la voiture ne fait pas l'objet d'une reprise)[884].

485. En ce qui concerne la tontine, les propos de Schumpeter se vérifient. En dépit du fort contrat social et de la cooptation, la tontine peut être exposée à des risques exogènes. L'espace OHADA connaît un phénomène d'exode rural et

[880] V. en partic. J. SCHUMPETER, Capitalisme, socialisme et démocratie, Éd. Bibl. hist. Payot, 1990, p. 113 et s.
[881] V. Entretien avec Madame Rose CREPPY, présidente de l'union des revendeuses de pagnes au Togo, 20 février 2021.
[882] V. Entretien avec A. KOSSI et D. KWAMI Sociétaires et propriétaires d'une voiture dans un *Work and Pay* à Cotonou 25 février 2021.
[883] V. la notion de Business Model.
[884] V. articles 45 et 46 AUCSGIE.

d'immigration (que ce soit vers les villes ou vers d'autres continents) important[885]. Il faut y ajouter la force majeure incluant, mais non limitativement, les phénomènes naturels.

B. Le rôle du juge

486. Il nous semble *a priori* difficile d'aligner le régime des notions étudiées sur celle de l'associé. Les notions étudiées ne sont pas responsables au même titre que l'associé, en dépit de leurs prérogatives. Les notions ont parfois tendance à compléter la notion de ou s'opposer à l'associé. Le quasi associé ne souscrit ni au contrat de société, ni au contrat d'apport. Il a en revanche souscrit à un contrat d'investissement. Il faut en revenir à la *summa divisio* du droit des sociétés. Selon celle-ci, on est associé ou créancier de la société. Le quasi associé ne pouvant revêtir la qualification d'associé, il se tourne vers celle de créancier. Il faut envisager le régime du quasi associé vis-à-vis de la société, mais aussi vis-à-vis des tiers à celle-ci.

487. A la différence de la contribution aux pertes, commune à toutes les formes sociales, l'engagement vis-à-vis des créanciers est prévue, suivant les formes sociales, par des textes spécifiques. Pour schématiser, dans les sociétés de capitaux, les associés n'ont pas de responsabilité de principe vis-à-vis des créanciers, alors que dans les sociétés de personnes, la responsabilité des associés vis-à-vis des créanciers peut être totale.

488. Dans le cas du quasi associé, la situation peut être à géométrie variable. Lors de l'émission de valeurs mobilières composées telles que les bons de souscription, il se passe quelque chose d'intéressant. Dans le cadre de cette émission, des négociations se déroulent entre le souscripteur et les associés de la société[886]. Les associés s'engagent par le biais de la société – dans le contrat d'émission – à ne pas modifier la forme de la société ou prendre d'autres décisions qui peuvent affecter l'émission. Dans le cas contraire, la responsabilité financière serait

[885] P. PELISSIER, « Les interactions rurales - urbaines en Afrique de l'Ouest et Centrale », *Bulletin de l'APAD* [Online], 19 | 2000, en ligne depuis le 12 Juillet 2006, connexion le 09 Novembre 2021. ; M. de LATTRE-GASQUET. Le développement des espaces ruraux en Afrique de l'ouest. *Futuribles: Analyse et Prospective*, 2021, pp.1-31.

[886] Il faut ici se placer dans le cadre des levées de fonds de startup. Les associés et les dirigeants sont généralement la même personne.

engagée. Il y a une obligation de remboursement à l'encontre des souscripteurs. En cas de violation de cette obligation, le terme de la créance est prononcé. Nous sommes alors obligés de les considérer comme des créanciers et de les placer sous ce régime. Qu'en est-il lorsqu' un évènement avec des conséquences financières se produit ? Pour rappel, M. le Professeur VIANDIER dénommait nos hypothèses les « participants »[887]. Nous allons le prendre au mot et tenter de proposer une réponse au sujet de la question du régime, avec le régime de la participation aux acquêts. Ce choix est motivé par l'une de nos hypothèses qui est le conjoint. Ce régime hybride fonctionne en deux temps.

489. Dans un premier temps, les époux sont soumis, pendant leur union, au régime de la séparation des biens : chacun dispose de ses biens propres et les gère sans devoir rendre des comptes.

490. Dans un second temps, au moment de la dissolution de l'union matrimoniale, les époux retrouvent les avantages d'un régime de communauté de biens réduite aux acquêts.

491. En d'autres termes, chacun assume ses pertes et ses gains pendant l'union matrimoniale et, à la dissolution, les pertes et les gains sont communs[888]. En quoi est-ce différent du porteur ou du titulaire de valeurs mobilières ? Les gains du titulaire de valeurs mobilières et du porteur, lorsqu'ils en ont, leur sont propres. En fonction des situations, les gains servent à rémunérer leur participation au capital, ou le financement effectué à la société ou au donneur d'ordre. Un calcul sera effectué pour déterminer l'accroissement de patrimoine réalisé pendant le mariage pour chacun des époux. Concrètement, il s'agit de la différence entre le montant possédé à l'origine, et celui au jour de la dissolution[889]. L'évaluation est similaire lorsqu'il s'agit d'une convention de portage ou lorsqu'il y a un contrat d'investissement. Si le résultat est un déficit, il est seulement imputable à celui des époux qui en a la responsabilité. Tel est le cas pour nos hypothèses. En effet, le

[887] A. VIANDIER, la notion d'associé, LGDJ, 1976.
[888] V. Art. 1569 et S. C. Civ.
[889] V. Art. 1570 C. Civ.

titulaire d'une valeur mobilière n'est pas responsable de la faillite d'une société[890]. Cette responsabilité incombe à la société, puis à l'associé dans une certaine mesure. Le conjoint n'est pas tenu non plus au titre de la responsabilité de l'associé[891]. Il est au contraire considéré comme créancier de celle-ci.

492. Dans l'espace OHADA, le législateur et les praticiens ont adopté les mêmes dispositions et usages[892]. En effet, le droit OHADA reproduit les dispositions du Code civil et du Code de commerce. A cela s'ajoute que le droit des obligations dans les pays de l'espace OHADA est le droit des obligations avant sa réforme. Cette réforme n'ayant pas changé les obligations que nous étudions, le droit dans les deux espaces est resté constant.

493. Dans le cadre de la société d'une Nana Benz, celle-ci récupère ce qu'elle a investi, tissus, voiture ou savoir-faire en numéraire mais quand elle doit faire face à une perte c'est l'ensemble du groupe et de la société qui perd.

494. Dans le cadre d'une société de *Work and Pay* fonctionnelle et rentable, chaque partie investit. L'objectif, pour l'un, est de réaliser un profit sur les recettes de transport et pour l'autre, de prendre possession de la voiture. Dans une situation de rentabilité, chacun gagne quelque chose et n'est pas responsable. En revanche s'ils perdent, la perte emporte l'ensemble, c'est-à-dire voiture, argent et opportunité.

495. La responsabilité de ces quasi associés vis-à-vis de la société est totale. Ils sont à la genèse de l'acte social. A l'inverse en présence d'un détenteur de valeurs mobilières, d'un usufruitier de droits sociaux ou encore d'un porteur dans le cadre d'une convention de portage, ces derniers n'ont en principe pas de responsabilité vis-à-vis des tiers.

---

[890] V. Art. L228-91 ; T. BONNEAU, « Titres de créances innommés et valeurs mobilières composées », RD bancaire et fin. 2014, comm. 218 ; A. REYGROBELLET, « La réforme des valeurs mobilières complexes par l'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés », BJB 2014, n° 111v2, p. 564 ; T. BONNEAU, A.-C. ROUAUD, P. PAILLER, R. VABRES, A. TEHRANI, *Droit financier*, Lextenso, août 2021.

[891] Dans un arrêt du 27 avril 2004, la Cour de Cassation a jugé en ce sens, au vida des articles 220 et 1202 du Code civil « qu'aux termes du second de ces textes, la solidarité ne se présume point ; qu'il faut qu'elle soit expressément stipulée ». (Cass 1ère Civ. 27 avril 2004, n°02-16291).

[892] Les articles 779 à 822-21 AUSCGIE reprennent les dispositions du code de commerce.

496. Un autre exemple issu de nos travaux est celui de la Tontine. Dans le cadre de cette société financière, à chaque levée une seule personne reçoit la distribution des réserves. Le bénéfice de la levée de fonds est distribué à chaque fois à une personne différente, de sorte que tous les tontiniers reçoivent le même bénéfice. Chacun est alors libre de ses gains puisque ces derniers sont propres au tontinier. En revanche, si le risque survenait et qu'il se qualifiait en perte, la perte est pour le groupe. Chacune des parties acceptent cette situation, car la tontine correspond à un contrat social même s'il a une vocation financière.

Conclusion du chapitre 1

497. *L'intuitu pecuniae* apparait comme étant une notion inhérente au quasi associé. En effet, elle le distingue de l'associé qui peut cumuler *l'affectio sociétatis* et *l'intuitu personae*. Cette option pour l'investissement plutôt que pour l'apport en société existe aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Elle résonne en écho avec notre société. Aujourd'hui, le droit, tel que proposé par le législateur et la pratique, offre la possibilité de se concentrer sur les finances, tout en se détachant de la société. Les avancées technologiques viennent en soutien de cette offre juridique.

498. Le quasi associé revêt l'apparence d'un investisseur ou d'un bailleur de fonds. La particularité dans l'espace OHADA est qu'il suit l'activité traditionnelle des sujets de droits.

499. Le quasi associé soumis au temps. En effet, cette situation correspond à une durée déterminée. Cette situation souvent précaire prend fin lorsque le juge survient, ou lorsque la réalisation de l'investissement est atteinte. En effet, la temporalité peut prendre fin soit à la sortie de l'informel (il faut entendre ici une situation dans laquelle le donneur d'ordre sort de l'ombre), soit par l'intervention d'un juge sous la forme d'une sanction (dissolution ou liquidation).

500. Le critère temporel peut également être observé sous l'angle contractuel. Cet ajustement temporel permet à l'associé en puissance averti de gérer sa participation à la société. Il en découle que, pendant le temps de cette situation, ce dernier ne peut être soumis au risque. Cette insoumission au risque est couverte soit par le législateur, soit par le champs contractuel. Si l'on considère l'associé en puissance comme le détenteur de valeurs mobilière donnant accès au capital, il n'existe pas pour celui-ci d'obligation de rembourser. Il en va de même pour les associés de fait que sont l'usufruitier ou l'indivision. Il en résulte des dispositions similaires pour le risque social. Toutefois, il n'existe pas de risque zéro. L'associé en puissance ne peut s'affranchir totalement de la notion de risque. Il est soumis à des risques étrangers, tels que la force majeure ou la faillite.

Chapitre 2. Le critère du droit de vote

501. Seul l'associé parait concerné par le droit de vote dans la société. Ce droit peut cependant faire l'objet d'un exercice collectif. Cela se conçoit sans peine dans la mesure où l'exercice individuel du droit de vote intéresserait plus d'une personne. Cela conduirait nécessairement à faire entendre plusieurs voix pour un même titre social (**Section 1)**. Aussi, il en irait de même pour le droit de participer aux décisions collectives de la société (**Société 2).**

Section 1. Le caractère politique du droit de vote

502. L'intérêt du droit de vote ne fait pas l'unanimité. Il fait l'objet d'une discussion en droit des sociétés (**I**). Cette discussion permettra la tentative de classification de ce nouvel acteur qu'est le quasi associé (**II**).

I. La discussion relative au droit de vote

503. Voter, c'est choisir. Choisir, est prendre son destin en main. Il y a donc d'une part une manifestation d'intérêt (**A**) et d'autre part (**B**) l'acceptation d'un aléa comme conséquence de cet intérêt.

A. Un droit intéressé

504. « *Il y a dans l'année un jour où le plus faible sent en lui la grandeur de la souveraineté nationale, où le plus humble sent en lui l'âme de la patrie* »[893]. C'est en ces mots que HUGO définit le droit de vote. La République n'aime pas l'exclusion économique ou sociale, encore moins l'exclusion civique[894]. Le cadre de notre étude nous oblige à vérifier si ce principe d'une société républicaine s'applique à notre droit des sociétés. En général, une action ordinaire ou un quantième de surface donne droit à un vote. Le droit de vote est un acte grave, ce n'est pas un droit « neutre »[895]. Il exprime de façon tout à fait fondamental, l'exercice d'autres droits connexes attachés à la qualité d'associé : le droit à l'information, le droit de participer et le droit de contester[896]. Un pouvoir politique et une opinion quant à l'orientation générale de la société sont ainsi garantis. Dans les sociétés par action, le droit de suffrage est le droit attaché à la possession d'actions ou de biens immobiliers, qui permet de participer aux décisions importantes et de voter lors des assemblées générales ou extraordinaires (approbation des comptes et de la gestion, résolutions, nominations, etc.). Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et les statuts ne

[893] V. HUGO, Discours à l'Assemblée législative, 20 mai 1850.
[894] J.-L. HÉRIN, « Les exclus du droit de vote », *Pouvoirs*, 2007/1 (n° 120), p. 95-107.
[895] C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. II, 2e partie, Des sociétés, 4e éd., 1908-1909, LGDJ, n°845, p. 229-230.
[896] V. R. NJEUFACK TEMGWA, « Assemblées de sociétés et décisions collectives », in P-G. POUGOUÉ (dir.), Encyclopédie du droit Ohada, *Lamy*, 2012.

peuvent déroger à ces dispositions. Elles sont d'ordre public[897]. Les dispositions sont les mêmes aussi bien en droit français[898] et en droit OHADA[899].

505. En théorie, le droit de vote est octroyé à tout associé[900]. L'absence de définition légale du droit de vote a contribué à brouiller le débat[901]. On sait combien l'intervention dans les affaires sociales est non seulement un droit inaliénable, mais plus fondamentalement l'une des caractéristiques essentielles de l'associé[902]. Nombreuses sont les hypothèses où le vote suscite des interrogations quant à la qualification d'associé.

506. Il est commun de souligner combien les pactes extrastatutaires occupent une place importante dans la vie des sociétés. En effet, elles pourraient difficilement se passer de ces instruments de contractualisation de leur fonctionnement[903]. L'une des figures les plus classiques de ces pactes est constituée par les conventions de vote, dont les applications sont variées, mais dont l'objectif est toujours identique, à savoir permettre de planifier la prise de décision au sein du groupement, en introduisant une certaine prévisibilité dans le fonctionnement d'assemblées qui demeurent sans cela exposées à l'aléa inhérent au vote. Longtemps regardées avec méfiance, elles sont – à certaines conditions – aujourd'hui tenues pour valables[904]. Jusqu'où peut aller la liberté contractuelle dans les sociétés, s'agissant du droit de vote des associés ?

---

[897] Com. 9 février 1999, n°96-17.661.
[898] V. art. 1844 du Code civil.
[899] V. art. 125 de AUSCGIE.
[900] Si en principe, tout actionnaire a le droit de voter aux assemblées générales, la loi prévoit plusieurs exceptions. Ainsi certaines actions sont privées de droit de vote, d'autres ont leur droit de vote suspendu. Par ailleurs, il existe des résolutions intéressantes plus précisément un actionnaire désigné, pour lesquelles il ne peut pas prendre part au vote.
[901] En réalité l'article 1844, alinéa 1 du Code civil ne prévoit que le droit de participer aux décisions collectives, le droit de voter étant ajouté par le juge.
[902] A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préf. F. TERRÉ, LGDJ, coll. Biblio dr. privé, 1978,
[903] F.-X. LUCAS, « l'exécution forcée des conventions de vote », *BJS juillet*. 2011, n° JBS-2011-0321, p. 625.
[904] A. VIANDIER, « Observations sur les conventions de vote », préc. ; D. MARTIN et L. FAUGÉROLAS, « Les pactes d'actionnaires » : *JCP G* 1989, I, 3412 ; G. PARLEANI, « Les pactes d'actionnaires » : *Rev. sociétés* 1991, p. 1 ; A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », *in Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 253 ; P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2010, n° 429 et s. ; P. MERLE, *Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 2010, 14e éd., n° 314 ; J. MESTRE et D. VELARDOCCHIO, *Lamy Sociétés commerciales*, 2011, n° 803. F.-X. LUCAS, « l'exécution forcée des conventions de vote », *BJS juillet* 2011, n° JBS-2011-0321, p. 625.

507. Un arrêt de la Cour d'appel de Douai a validé cette exception au droit de vote avec de sérieux motifs[905]. Cette exception était considérée comme conforme à l'intérêt social, puisque permettant l'exclusion d'un associé majoritaire. Elle n'était qu'une exception librement convenue à un principe non absolu dans les sociétés reposant sur la dissociation du pouvoir financier et du pouvoir décisionnel. Les décisions collectives dans les sociétés peuvent être en effet restreintes aux modifications du capital social, au sort de la société et au contrôle des comptes de la société.

508. Or, la chambre commerciale de la Cour de cassation casse cet arrêt qui semblait pourtant si bien motivé. Elle juge que, selon l'article 1844, alinéa 1, du Code civil, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent y déroger que dans les cas prévus par la loi : dès lors, si l'exclusion résulte d'une décision collective, l'associé concerné ne peut être privé de son droit de vote[906].

509. Si cet arrêt apparaît parfaitement conforme au fameux arrêt *Château d'Yquem*[907], il n'en demeure pas moins contraire aux tendances profondes de la législation et de la pratique, voire incohérent avec la jurisprudence libérale de la même chambre commerciale sur les clauses léonines et l'usufruit.

510. On remarque en effet avec le développement spectaculaire du capital-investissement une dissociation confirmée entre les associés-investisseurs et les associés-gestionnaires, les premiers privilégiant les droits économiques et les seconds concentrant les droits politiques[908].

511. La chambre commerciale elle-même valide ainsi des promesses de rachat permettant à un associé-investisseur (« *avant tout bailleur de fonds* », selon les arrêts) d'échapper dans certains cas à toute contribution aux pertes[909], ce qui est le cas du porteur dans le cadre d'une convention de portage. Celui qui a un réel intérêt pour l'exercice du vote est le donneur d'ordre.

---

[905] CA Douai 16 mars 2006.
[906] J.-P. LANGLAIS, L. GHESQUIERES, « Le droit de vote, droit fondamental de l'ASSOCIE » ? *LPA* 14 décembre. 2007, n° PA200725001, p. 3.
[907] Cass. com., 9 février 1999.
[908] J.-P. LANGLAIS, L. GHESQUIERES, « Le droit de vote, droit fondamental de l'associé » ? *LPA* 14 décembre. 2007, n° PA200725001, p. 3
[909] Cass. com., 16 novembre 2004, arrêt Actimed. N°00-22.713.

512. La jurisprudence au sujet de notre hypothèse de l'usufruitier, admet par ailleurs, l'utilisation du démembrement en nue-propriété et usufruit pour transférer le droit de vote. Les statuts peuvent selon la loi répartir librement le droit de vote des actions démembrées. Dans un cas extrême, l'arrêt *de Gaste*[910], détermine que le droit de participer aux décisions collectives du nu-propriétaire, qui a seul la qualité d'associé, n'inclut pas nécessairement le droit de vote aux assemblées. A titre d'exemples, nous pouvons mentionner la location et le crédit-bail de part sociales et d'actions, construits sur le modèle de l'usufruit et de la nue-propriété pour ce qui concerne le vote[911].

513. Le législateur a lui aussi consacré la qualité d'associé sans droit de vote, en créant en 2004 les actions de préférence dont le droit de vote peut être supprimé, le cas échéant de manière permanente[912]. Le législateur OHADA a adopté une position similaire[913].

514. Or, dans l'état actuel de la jurisprudence, le juge ne paraît pas pouvoir concevoir en dehors d'une dérogation légale expresse une qualité d'associé dépourvu du droit de vote, même partiellement, comme si le droit de vote était un droit imprescriptible et comme s'il n'y avait qu'une façon d'être associé. Comme le juge l'a fait pour les clauses léonines, il faudra reconnaître que, conformément à la pratique du capital-investissement, certains associés-investisseurs « *avant tout bailleurs de fond* »[914] ne veulent pas la responsabilité du droit de vote.

515. Nos hypothèses de l'espace OHADA que sont la Nana Benz, le tontinier ou encore le *Work and Pay* se sont défait du droit de vote et de son caractère contractuel. Si objet social il y a, c'est celui de prospérer, de sortir de la précarité, la structure n'existant que pour la réalisation d'un investissement. Elle n'est pas organisée en société, de sorte qu'il n'y a pas de vote à exprimer. Il y a une forme de « décision-

[910] Cass. com., 4 janvier 1994. N° de : 91-20.256
[911] F. ZENATI-CASTAING, « usufruit des droits sociaux », *Répertoire des sociétés*, Janvier 2003, actualisation : Septembre 2019.
[912] C. Com. Art. L228-35-2 à L228-35-11.
[913] Art. 778-1 AUSCGIE.
[914] Cass. com. 27 septembre 2005. ; L. POSOCCO, G. KESSLER, « L'associé, investisseur », *Droit des sociétés* n° 3, Mars 2016, dossier 5.

action ». Comme nous l'avons établi, celle-ci agit toutefois presque comme une société, en dépit de cette absence liée à la réalisation et l'expression d'un suffrage.

516. En fait, comme l'avait pressenti l'arrêt *de Gaste*, il faut accepter l'idée qu'il y a différentes manières d'être associé et qu'un associé peut participer aux décisions collectives sans voter, mais en influençant la décision collective, dans le sens de l'intérêt social[915]. Les associés-gestionnaires sont davantage intéressé par l'exercice des droits politiques.

B. L'acceptation de l'aléa

517. L'entrée de l'aléa – simple incertitude au sens commun – dans la sphère juridique, s'est accompagnée d'une spécialisation marquée de sa définition au travers du prisme de la matière contractuelle. Appréhendé de manière étroite par le Code civil au travers de la catégorie des contrats aléatoires, l'aléa prend une coloration singulière. Il quitte sa place de simple synonyme de la contingence. Il accède à celle, plus technique et plus affinée, de notion juridique. Il appert que l'aléa se caractérise dès lors par un élément matériel d'une part (I), et structurel d'autre part (II), reliés entre eux par un lien de causalité. Premièrement, l'élément matériel de l'aléa relève de l'incertitude affectant un événement. Cet « événement incertain » envisagé par les cocontractants au moment de la conclusion du contrat se trouve particulièrement mis en exergue par les articles 1104 et 1964 du Code civil. Deuxièmement, l'élément structurel de l'aléa relève de la chance de gain et du risque de perte. Comme le met en lumière J. Kullmann : « *L'événement incertain ne constitue un aléa au sens légal du terme que dans la mesure où il engendre une chance de gain ou de perte* »[916]. De fait, la Cour de cassation souligne de manière particulièrement nette le lien causal nécessaire entre les éléments matériel et structurel de l'aléa: « *L'aléa existe dès lors qu'au moment de la formation du contrat, les parties ne peuvent apprécier l'avantage qu'elles en retireront parce que celui-ci dépend d'un événement incertain* »[917]. Le droit de vote est un attribut inséparable de l'action, de sorte que l'on ne saurait admettre ni que l'actionnaire

[915] F.-X. LUCAS, Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? – Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur : RD bancaire et fin. 2002, analyse p. 216. L. POSOCCO, G. KESSLER, « L'associé, investisseur », *Droit des sociétés* n° 3, Mars 2016, dossier 5.
[916] J. KULLMANN, Lamy assurances, 2006, p. 122.
[917] Cass. Civ 1, 8 juillet 1994, Bull. civ. I, n° 235.

inscrit en compte en soit privé en dehors des prévisions de la loi dont il ne supporte pas l'aléa.

518. Outre les mécanismes de représentation, certaines pratiques permettent à des tiers d'accéder de manière occulte au droit de vote, en exerçant le droit de vote attribué aux associés ou en donnant des consignes de vote. Les cessions temporaires de droits sociaux (telles que la fiducie, les prêts ou locations de titres sociaux, etc.) constituent aussi un terrain fertile pour les conventions de vote[918].

519. L'un des traits caractéristiques du portage est le désintérêt du porteur pour ses prérogatives politiques d'associé, ce qui explique l'existence d'une convention de vote est généralement prévue[919]. Des clauses relatives au droit aux dividendes et au droit de vote viennent ainsi compléter le montage, afin de rendre compte de ce que le porteur ne devient associé, ni pour participer aux gains de la société, ni pour exercer des prérogatives politiques[920].

520. Au-delà de nos hypothèses, le jeu d'un autocontrôle ou de participation réciproques pourrait permettre à une société de voter au sein de ses propres assemblées ou de faire exercer les droits de vote par une société qu'elle contrôle. Selon Caroline COUPET, le législateur a tenté de limiter ces possibilités mais ce travail demeure lacunaire[921]. Les prises de contrôles rampantes constituent une autre situation dans laquelle un associé peut être tenté d'influer sur l'exercice du droit de vote. Dans certaines des pratiques citées précédemment, le propriétaire de titres sociaux perd tout intérêt dans l'exercice du droit de vote, puisqu'il ne supporte plus l'aléa social, tandis que son cocontractant supporte lui un aléa proche de l'aléa social[922]. En effet, il a tout intérêt à ce que les « choses se passent bien » puisque les pertes ou les gains sont en réalités répercutés sur lui. C'est celui qui supporte l'aléa qui détient le pouvoir de voter[923]. Nos hypothèses dans lesquelles la propriété a vocation à être cédée à terme et dans lesquelles les

[918] J. MESTRE, F. BUY, J.-C. RODA, M. LAMOUREUX, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, décembre. 2018, Lextenso.
[919] J. MESTRE, F. BUY, J.-C. RODA, M. LAMOUREUX, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, Paris décembre 2018.
[920] D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC, *Dictionnaire du contrat*, Lextenso, Paris décembre 2018.
[921] C. COUPET, *l'attribution du droit de vote dans les sociétés*, LGDJ, Paris, 2015, P648.
[922] *Ibid.*.
[923] D. OHL, « Valeurs mobilières », *Droit spécial des valeurs mobilières*, Septembre 2005, actualisation : Janvier 2019.

modalités du transfert sont déterminées, engendrent nécessairement une dissociation entre l'aléa social et le droit de vote. L'on peut citer, à titre d'exemple, la vente avec clause de réserve de propriété, les cessions de droits sociaux étalées dans le temps, le « faux » réméré, les aliénations fiduciaires, le portage ou encore le prête-nom[924].

521. Il est aisé de concevoir que le cocontractant entende exercer un pouvoir au sein de la société dans un futur proche ou lointain puisqu'il est indirectement intéressé au fonctionnement social. Ces pratiques s'appuient de manière privilégiée sur l'une de nos hypothèses que sont les instruments dérivés. S'ils ont effet beaucoup prospéré en France mais peu dans l'espace OHADA, l'emploi de cet outil plutôt qu'une prise de participation ferme permet à leur détenteur d'échapper aux obligations auxquelles ils seraient soumis dans les sociétés.

522. L'affectation du droit de vote profite *in fine* à celui qui supporte l'aléa. On constate que le droit de vote peut être attribué à une personne non associée par la voie contractuelle ou par l'exercice des instruments dérivés. Ce rejet de l'aléa induit en effet un rejet de l'*affectio societatis*[925]. A notre sens, celui qui ne supporte pas l'aléa est le quasi associé.

II. La tentative de classification du nouvel acteur

523. Le droit des sociétés est régi soit par les textes en vigueur, soit par la pratique, soit par le consentement des parties. L'analyse nous conduit à faire une distinction entre un contexte où la société est régie par des textes (**A)** et un autre contexte où la société doit faire preuve d'ingéniosité (**B**).

A. La base normative du quasi associé

524. Notre analyse comprendra, d'une part, les quasis associés reconnu par l'effet de la loi et, d'autre part, les quasis associés reconnus par l'effet de la jurisprudence.

525. Le contrat de fiducie est apparu comme le cadre juridique idéal des opérations de portage : un seul mécanisme permet de rendre compte du transfert temporaire de

[924] C. Coupet, *l'attribution du droit de vote dans les sociétés, op. cit.*
[925] Cass. Com. 16 novembre 2004. N°00-22.713.

titres, sans pour autant que le donneur d'ordre ne perde pour autant tout droit sur ces titres. Introduite en droit français par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, la fiducie est définie à l'article 2011 comme « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou 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* ». Ainsi, la fiducie, lorsqu'elle porte sur des droits sociaux, permet d'obtenir le résultat voulu par le portage : le constituant transfère en pleine propriété des actions ou des parts sociales au fiduciaire qui devra les lui rétrocéder dans un délai convenu[926]. Pendant ce délai, le fiduciaire, comme le porteur, prend la qualité d'associé et exerce les droits attachés aux droits sociaux transférés. La convention de portage suit alors le régime du contrat de fiducie. Il faut alors en déduire que le fiduciaire est une sorte de « bailleur de fonds », ou, à tout le moins, de « gestionnaire de fonds ». On ne peut alors par conséquent lui délivrer la pleine qualité d'associé de la société.

526. **Poursuivons notre étude avec les instruments financiers.** Si la classification des instruments financiers n'a pas toujours été aisée, le recours aux valeurs mobilières donnant accès au capital accentue d'autant plus ce besoin de qualification[927]. Selon les auteurs RIPERT et ROBLOT, « *chaque obligataire a une créance ferme contre la société pour le paiement de l'intérêt promis et le remboursement du capital prêté ; il s'oppose par-là à l'actionnaire. Mais cette créance ne doit pas être considérée seulement comme un droit individuel contre*

[926] D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC, *Dictionnaire du contrat*, décembre 2018, Lextenso.

[927] V. P. GOUTAY, « La notion de valeur mobilière », D. 1999, p. 227. Voir aussi H. CAUSSE, « Les titres négociables », *Litec*, 1993, n° 765, p. 387, selon lequel : « il [peut] parfois être délicat de discerner si une valeur mobilière composée appartient à la famille des actions, ou à celle des obligations. Entre les deux couleurs majeures de l'action et de l'obligation, on devine une palette de tons qui les unit ». Dans le même sens, F. PELTIER, « La nature juridique des obligations remboursables en actions *», JCP* éd. E., 1992, n° 155, p. 281 ; A. COURET, J.-L. GUILLOT, F. PELTIER, « Les emprunts obligataires assortis d'un mécanisme d'accès au capital d'un filiale de l'émetteur », *RDBB* janvier.-février. 1993, n°8, p. 1; F.-X. LUCAS, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? », *RDBF* juillet.-août 2002, n°4, p. 217. V. aussi, G. ELIET et A. GAUVIN, « Paris Europlace tente une classification rationnelle des instruments financiers », RDBF mai-juin 2004, n° 149, p. 201 selon lesquels « la créativité des professionnels a conduit au développement d'instruments hybrides à mi-chemin des actions et des obligations, fragilisant ainsi la summa divisio fondatrice des catégories des valeurs mobilières et nécessitant parfois l'intervention des tribunaux pour connaître le régime qu'il convient d'appliquer aux titres nouvellement créés par la pratique ». M. MICHINEAU. *Régime juridique des droits d'accès au capital. La protection des droits des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016, 978-2-7314-1026-6. ffhal-01972150f.

la société […]. Le capitaliste qui souscrit des obligations a un droit dont la valeur dépend de l'existence et de la solvabilité de la personne morale, et il contribue par l'apport d'un capital, à la vie de cette personne. Bien qu'il ne soit pas associé, il a des droits dans la société qui sont reconnus de plus en plus nettement par les lois modernes[928] ». A propos de ces titres, les mêmes auteurs disent que « *ce droit [le droit de créancier dont dispose l'obligataire] a un caractère économique dont il faut tenir compte. […] L'opposition classique entre l'action et l'obligation est établie d'un point de vue juridique : l'actionnaire est un associé (d'où la nature originale de ses rapports avec la société), l'obligataire est un créancier. D'un point de vue économique, l'un et l'autre sont des capitalistes qui placent leurs fonds en valeurs mobilières* »[929].

527. « Dans son principe », une convention de portage « n'est pas illicite »[930]. Elle obéit cependant à des conditions de validité issues du droit des sociétés et du droit civil. Le porteur pourrait sembler dépourvu d'*affectio societatis* dès lors qu'il est lié par une convention de vote et a renoncé à participer aux résultats de la société. En réalité, une telle analyse procéderait d'une conception restrictive de l'*affectio societatis*. Même s'il agit comme un associé, le porteur s'est vu qualifié de « *bailleur de fonds* », pour reprendre la terminologie de la Cour de cassation. Dans les arrêts les plus récents, la jurisprudence considère que le porteur est avant tout un bailleur de fonds qui n'aurait pas consenti à son investissement sans être assuré de récupérer au moins le montant de la somme engagée[931]. La première chambre civile de la Cour de cassation, plus hésitante à reconnaître la validité des conventions de portage au regard du pacte léonin, est rarement saisie de la question, les litiges concernant des cessions de droits sociaux de sociétés commerciales relevant davantage de la compétence des tribunaux de commerce[932].

528. La société en droit français comme en droit OHADA n'est pas dissoute par le décès d'un associé, mais continue avec ses héritiers ou légataires, sauf à prévoir

[928] V.G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial-Les sociétés commerciales*, t. 1, vol. 2, 19ème éd., LGDJ, mis à jour par M. GERMAIN), 2009, n°1779, p. 565.
[929] V.G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial-Les sociétés commerciales*, t. 1, vol. 2, 19ème éd., LGDJ, mis à jour par M. GERMAIN), 2009, n°1779, p. 573.
[930] CA Paris, 3e ch. A, 22 octobre 1996, n° 94-010621.
[931] Cass. com., 16 novembre 2004, n° 00-22713 ; Cass. com., 3 mars 2009, n° 08-12359.
[932] D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC, *Dictionnaire du contrat*, décembre 2018, Lextenso.

dans les statuts qu'ils doivent être agréés par les associés. Les héritiers ou légataires qui ne deviennent pas associés n'ont droit qu'à la valeur des parts sociales de leur auteur[933]. En conséquence, un héritier non associé n'a pas qualité pour percevoir les dividendes, fût-ce avant la délivrance du legs de ces parts à un légataire[934]. L'héritier devient simplement créancier de la valeur des droits de son auteur. La Cour de cassation souligne que cette dette est déjà déterminée et que le juge ne fait que la constater. Son paiement n'est donc pas celui d'une créance indemnitaire au regard de l'article 1153 ancien du Code civil. Il s'agit d'une créance de somme d'argent[935]. Or, nous l'avons déjà démontré, l'associé ne peut être un créancier de la société. Il en est de même pour le conjoint. Que ce soit par la distinction du titre et de la finance ou par la preuve de l'inscription des titres au registre de la société, la jurisprudence affirme que le conjoint ne revêt pas la qualité d'associé. Pourtant, elle ne lui retire pas pour autant ses prérogatives.

529. Le juge français et son homologue OHADA ont eu à se prononcer sur la qualification d'associé de l'usufruitier. La jurisprudence a dénié la qualité d'associé à l'usufruitier. Les constituants de la tontine, ainsi que les sociétaires (le chauffeur et le propriétaire) du *Work and Pay* rejoignent cette démonstration[936].

B. Les quasis associés reconnus selon une base conventionnelle

530. Cette partie adresse les situations dans lesquelles le quasi associé nait des effets d'un contrat, dans le cadre d'une augmentation de capital. Le titulaire de valeurs mobilières donnant accès au capital fait un apport que la doctrine qualifie de

[933] C. civ. art. 1870, al. 1; C. civ. art. 1870-1.
[934] Cass. 1ère civ., 2 septembre 2020, n°19-14604.
[935] Cass. com., 21 octobre 1997, n° 2082.
[936] Cf. entretien réalisé par Elise PANIER avec le deuxième magistrat du tribunal du travail, Lomé, 3 février 2009.

« quasi apport »[937] ou « quasi-apports »[938]. Ces comptes sont souvent assimilés à des capitaux propres, en particulier lorsque les comptes courants d'associés émanent de dirigeants sociaux ou d'associés qui détiennent le contrôle de la société[939]. Cependant, la différence avec l'apport demeure fondamentale, car le titulaire du compte courant est créancier de la société[940]. Il dispose à ce titre de prérogatives similaires à celle de l'associé. En droit OHADA, les dispositions sont les mêmes. Le droit français et le droit OHADA s'accordent à dire que les détenteurs de valeurs mobilières ont leur « mots à dire » ou détiennent un droit d'information ou d'intervention en cas de modification de l'objet ou de la forme de la société émettrice, en cas d'amortissement du capital ou en cas de distribution de réserves ou primes d'émissions[941]. Ils ne peuvent en revanche réaliser d'actes matériels sur les titres ou au sein de la société (ventes, nantissements)[942]. Les dispositions sont similaires pour ce qui concerne le détenteur d'obligation émises par la société[943].

531. Le droit dans l'espace OHADA se distingue ici quelque peu. La situation du *Work and Pay* est celle où deux parties se réunissent pour développer une société de transport. Il a été établi qu'il existe une structure de corps et une structure de tête, ensemble reliées par un contrat. Ce même contrat empêche la structure de corps d'assumer le risque lié à l'activité, puisqu'elle n'est pas responsable lorsque

[937] B. BOULOC, « Les nouvelles valeurs mobilières : les certificats d'investissement et les titres participatifs », *Rev. soc.* 1983. 501. – D. BOURDEAU, « Comment apprécier les titres participatifs », *Revue Banque* 1982. 1297. – A. COURET, « Les nouveaux titres représentatifs de fonds propres », *Bull. mens. Joly* 1986. 559. – S. DRABCZUK, P. RIVIÈRE et M. VIGIER, L'évaluation des titres participatifs et des obligations avec bons de souscription d'action : une collaboration entre actuaires et analystes financiers, *Analyse financière* 1985, n°60, p. 45. – H. de FEYDEAU et J.-L. PIERRE, Titres participatifs : possibilités de suppression et choix de substitution d'autres valeurs mobilières, *Banque* 1987. 348. – M. GENINET, Les quasi - apports en société, *Rev. soc.* 1987. 25. – J. LAFOURCADE, « L'originalité des titres participatifs », *Gaz. Pal.* 1985. 2, Doctobre 408. – A. ROBIDEL, Les titres participatifs, *Analyse financière* 1985, n°60, p. 38. – J. STOUFFLET, Les capitaux propres, *Rev. soc.* 1986. 541. – F. Vellas, « Les titres participatifs, » *Les petites affiches* 30 octobre 1985. – M. VICHET, « Peut-on apprécier un titre participatif sans estimer sa probabilité de remboursement ? », *Banque* 1983. 439.

[938] M. GENINET, « Les quasi-apports en société », *Rev. sociétés* 1987. 25 ; G. GOFFAUX-CALLEBAUT, Apport – Fonctions des apports, Répertoire des sociétés, Juin 2011 (actualisation 2021).

[939] C. CHAMPAUD, obs. sur Grenoble, 11 janvier 1966, *RTD com*. 1967. 788 ; I. URBAIN-PARLÉANI, *Les comptes courants d'associé*, 1986, LGDJ ; D. DANET, « Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique *», RTD com*. 1993. 55.

[940] Com. 15 juillet 1982, *Rev. sociétés* 1983. 75, note SORTAIS.

[941] V. Art. 822-8 AUSCGIE ; V. également A. VIANDIER, *op. cit.* p.262.

[942] V. Art. 822-20 AUSCGIE.

[943] A. VIANDIER, *la notion d'associé*, LGDJ, 1978, p. 267 et s. pp.314.

survient un incident. Pourtant, elle a un droit de regard sur l'ensemble de l'activité et dispose de la liberté d'exercer l'activité.

532. Une seconde hypothèse vient compléter cette analyse : celle du tontinier. Nous avions démontré que l'OHADA étant un espace de tradition orale, la tontine est constituée comme telle sur les bases d'un contrat social avec un lien social fort. Il en découle que chaque membre détient une créance à l'égard de l'ensemble du groupement, de sorte qu'ils ne peuvent revêtir la qualité d'associé.

Section 2. La discussion autour des organes sociaux

533. La présence des organes sociaux autour du quasi associé n'est plus à démontrer (**I**). Cependant nous estimons que les organes sociaux sont en désuétude. Ils deviennent comme inefficaces (**II**).

I. L'importance des organes sociaux

534. La compétence des organes sociaux apparait comme vitale (**A**). Nous appliquerons cette affirmation à nos hypothèses (**B**).

A. La participation aux organes sociaux

535. La théorie organique des sociétés apporte des réponses à certains égards satisfaisantes au problème de la nature des décisions d'assemblées générales[944]. En effet, elle souligne le fait que les décisions d'assemblée sont des décisions de la société, qui s'exprime sur une question appelant la compétence de l'assemblée, selon un processus défini aussi bien par le droit français que par le droit OHADA. Au lieu d'être un acte collectif, la décision d'assemblée a pour auteur un organe social, ce qui signifie que juridiquement elle est un acte unilatéral de la société, guidé par la recherche de l'intérêt de cette dernière. Le rôle des organes sociaux est donc particulièrement déterminant dans le cours « heureux » ou « malheureux » de la société et, par conséquent, son propre sort en dépend évidemment[945]. La loi française et la loi OHADA ne définissent pas l'organe

[944] P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, novembre 2019, Lextenso.
[945] A. AKAM AKAM « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit Ohada », *Revue internationale de droit économique*, 2007/2 (t. XXI, 2), p. 211-243. DOI : 10.3917/ride.212.0211.

social[946]. Cette situation vient conforter notre étude, dans la mesure où nous tentons de définir le quasi associé. La doctrine a tenté de proposer une définition de l'organe social : il s'agit de toute personne ou ensemble de personnes à qui la loi donne un certain titre, dont elle fixe le statut et qui a le pouvoir d'agir et de décider au nom de la collectivité sociale[947].

536. L'importance des assemblées d'actionnaires s'inscrit dans la logique de l'organisation des sociétés commerciales. À la différence du cas de l'indivision ou des relations contractuelles, les décisions sociétaires ne sont pas prises à l'unanimité, car celle-ci aurait été impossible à obtenir dans une personne morale qui a vocation à réunir de nombreux actionnaires[948]. Les sociétés anonymes sont régies par la loi de la majorité[949]. Cette majorité s'exprime en assemblée par le vote des résolutions qui engagent la société et qui s'imposent à tous. L'assemblée générale est, par conséquent, l'organe souverain de la société ou encore, selon la formule de THALLER, « *l'âme même de la personne morale* »[950] . La société est ainsi gouvernée par ses propres actionnaires, ce qui lui donne un fonctionnement démocratique, encore que le décompte des voix se fasse selon le principe une action une voix, et non un actionnaire une voix, ce qui apparente aussi cette société à une ploutocratie[951]. Pour déterminer ces organes sociaux, il faut donc se reporter à la législation : dans les sociétés en général, ce sera en principe le gérant et l'assemblée générale des associés ; dans les sociétés anonymes en particulier, ce sera le Conseil d'Administration, le président du conseil d'administration, le directoire, le conseil de surveillance, et l'assemblée générale des actionnaires.

[946] V. Art 333 AUSCGIE et suiv. pour la SARL 404 AUSCGIE et s. pour les SA en droit OHADA ; P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, novembre 2019, Lextenso,
[947] P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés,* novembre 2019, Lextenso,
[948] Y. GUYON, Assemblées d'actionnaires, Répertoire des sociétés, Dalloz, Septembre 2002 (actualisation : Juin 2021)
[949] La loi de la majorité, RJ com. n°spéc. novembre 1991 ; X. BOUCOBZA, « La loi de la majorité dans les sociétés de capitaux », *Mélanges AEDBF*, t. III, 2001, éd. Banque, p. 45
[950] DP 1893.1.108
[951] Y. GUYON, « La société anonyme, une démocratie parfaite ! », *Mélanges in* C. Gavalda, 2001, Dalloz, p. 133

Application à nos hypothèses

a – Cas de la tontine

537. La première hypothèse à laquelle nous comparerons nos propos est la tontine. Pourtant tirée de l'informel et n'ayant aucune existence légale, la tontine revêt les caractéristiques d'une société dédiée à l'investissement. Elle dispose d'une organisation qui s'apparente à celle des sociétés. Elle est composée de deux organes : la personne en charge de la tontine, qui collecte et fait les attributions, et le groupement. Par application au droit des sociétés, la personne en charge de la tontine est l'organe social de direction. Il réunit les participants à une date fixe et convenue, verse les fruits de la tontine aux membres, tient le registre des apports et l'ordre de distribution pour les sociétaires. Sous le prisme des droits des sociétés, cela s'apparente à un dirigeant qui convoque les actionnaires pour une assemblée générale[952]. Michel LELART le nomme « *le président* »[953] . Il est possible que, dans des situations extraordinaires, les délais de convocation et de réunions soient réduits, tout comme en droit français. En ce qui concerne le groupement, il se réunit délibère et organise les montants des participations, l'ordre de distributions des sociétaires et décide même parfois de l'utilisation des fonds en cas de survenance d'imprévus[954]. La prise de parole est effectuée et donnée hiérarchiquement, comme lors de l'assemblée générale d'une société valablement constituée. En dépit du droit d'ainesse, chaque sociétaire équivaut à une voix, tout comme dans une société.

538. Nous sommes obligés de tirer les constats suivants. La tontine doit être considérée comme une société d'investissement de l'espace OHADA. Certes, elle ne s'érige pas au rang des SAS, SA, des SPV ou de tout autre véhicule d'investissement, mais elle participe au financement ou aux projets d'investissements locaux.

[952] M. LELART. « L'épargne informelle en Afrique. Les tontines béninoises ». In: *Tiers-Monde*, tome 30, n°118, 1989. P278. pp. 271-298.
[953] V. M. LELART. Op.cit.
[954] Décès, maladie, mariages, reconstruction de commerces et autres évènements de la vie nécessitant un soutien.

b – Cas de la société de fait

539. La seconde hypothèse est celle de la société de fait. Elle s'apparente à une société légalement établie, mais où, généralement, n'a pas été régulièrement effectué de formalité ou d'acte. La société de fait dispose des organes sociaux classiques de n'importe qu'elle autre société. Les sociétaires sont en effet animés par l'intention de créer une société légalement établie[955]. Le vice de constitution de la société n'est pas souvent mis en lumière, car les sociétaires n'en prennent pas conscience. Ce vice n'a aucune conséquence sur la tenue ou la gestion des organes sociaux[956]. Ceux-ci existent pour le bien de la société et fonctionnent comme tels[957]. Nos propos se vérifient tant en droit Français qu'en droit OHADA.

c – Cas des valeurs mobilières composées

540. La troisième hypothèse relève des valeurs mobilières composées ainsi que celles des obligataires. Les titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital[958] et les obligataires[959] sont réunis en une masse distincte qui est un organe social. En effet, ceux-ci peuvent se réunir et délibérer aux frais de la société émettrice, tout comme les actionnaires. Chaque masse, en ce qui la concerne, peut élire son représentant, qui peut participer aux organes sociaux[960]. Ces représentants peuvent chacun faire l'objet d'une consultation. Ils participent Ils participent alors dans une certaine mesure à la vie de la société. Les dispositions sont similaires tant en droit français qu'en droit OHADA.

541. **Études des dirigeants**. Il découle de droit de nos propos précédents mais aussi de notre étude que nous devons nous pencher sur les dirigeants de droits dans les sociétés commerciales.

[955] F. BUY, « Sociétés créées de fait », *Etudes Joly Sociétés*, mars 2018.
[956] J. MESTRE et a., *Lamy Sociétés commerciales*, 2018, n° 5211. *Adde* : J.-M. de BERMOND de VAULX , « Lorsqu'une société de fait cache une société créée de fait… », *Dr. Sociétés* 1996, chron. 2.
[957] J. PRIEUR « Société de fait », Rép. Sociétés Dalloz, n^{os} 5 et s., citant Y. CHARTIER, *Droit des affaires*. Sociétés *commerciales*, t. II, 1985, PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE, Thémis, p. 409.
[958] V. Art 822-14 AUSCGIE.
[959] V.Art 785 et S. AUSCGIE.
[960] V.Art 791 et 822-20 AUSCGIE.

542. Les dirigeants de droit sont ceux régulièrement investis des fonctions d'administration et de direction [961]. Dans les sociétés autres que la société anonyme, il s'agit du ou des gérants, de l'administrateur dans les groupements d'intérêt économique. Dans une société anonyme, les administrateurs, président et les directeurs généraux sont dirigeants de droit[962]. Il en va de même pour les membres du directoire (qu'ils soient directeurs généraux ou non), y compris le président, ou pour le directeur général unique. En revanche, ne sont pas des dirigeants de droit les membres du conseil de surveillance[963], ni les directeurs salariés[964], sauf s'ils ont reçu des statuts des pouvoirs qui outrepassent leur simple fonction de contrôle et la transforme en fonction de gestion[965], ou s'ils se sont comportés en dirigeants de fait, en s'immisçant dans l'administration de la société. Cela dit, c'est à tort que le législateur de l'OHADA n'a pas tenu compte de ce mode de direction lors de la réforme de 2014[966].

543. Dans les SARL, le dirigeant est le gérant (le représentant de la société). En cas de cogérance (avec son conjoint ou non), chacun des gérants est à la fois dirigeant de droit et représentant légal de la personne morale[967].

B. L'application de la participation aux organes sociaux à nos hypothèses

a – Cas du porteur

544. Les droits détenus directement par la personne morale (ou par un établissement situé en France d'une personne morale établie hors de France) s'entendent comme ceux qu'elle détient en son nom propre, ainsi que ceux détenus par un prête-nom, ou pour lesquels elle a conclu une convention de portage avec des tiers. Une telle situation peut permettre au porteur d'avoir une fonction dans la société. Cette fonction lui permet de surveiller son investissement et de participer au

[961] J.-J. DAIGRE, « Entreprise en difficulté : personnes morales et dirigeants », *Rép. D. Soc.*, Dalloz, Avril 2018
[962] Art. 415 AUSGIE et Avis CCJA n°02/2000/EP du 26 avril 2000, 2e question : Ohadata J-02-04
[963] Cass. com. 9 mai 1978, *D.* 1978.419, note M. VASSEUR
[964] Cass. com. 20 février1979, *Gaz. Pal.* 1979.2.539, note P. FANGAIN
[965] V. P. LE CANNU, Les procédures applicables aux dirigeants de l'entreprise en redressement judiciaire, *Petites affiches* 5 février1986
[966] A. DIALLO, Administration des sociétés anonymes en droit de l'Ohada à l'aune du droit marocain.
[967] V. Art. 323 et s. AUSCGIE et l'article L.223-18 du Code de commerce, qui dispose : « Dans les rapports entre associés, les pouvoirs des gérants sont déterminés par les statuts, et dans le silence de ceux-ci, par l'article L. 221-4. »

développement de la société. Dans l'intervalle de cette détention par le porteur, la jurisprudence a admis que le porteur peut endosser l'habit d'un dirigeant de droit de la société[968].

b – Cas du fiduciaire

545. Dans le cadre de son activité, le fiduciaire gère des titres, mais de manière temporaire. Dans le cadre de cette activité, il est amené à détenir les titres. A cet effet, il peut exercer toutes prérogatives possibles envers la société. Le mécanisme contractuel peut l'emmener jusqu'à l'administration de la société. C'est-à-dire que dans l'exercice de sa mission, le constituant ou le bénéficiaire lui demande de participer à la gestion de la société (cela peut aussi être vu comme une gestion d'investissement)[969]. Le fiduciaire devient alors un dirigeant de droit de la société.

c – Cas du locataire de titres sociaux

546. Dans le cadre d'un contrat de location de titres sociaux, il a été démontré que le bailleur est considéré comme un associé. Cette situation correspond à une période intermédiaire, au cours de laquelle le bailleur envisage d'acquérir les titres et de devenir complètement associé. Deux situations peuvent être envisagées : la première est que le contrat de bail inclut des obligations de participation au fonctionnement de la société ; la seconde est que le preneur souhaite, par sa propre autonomie, devenir dirigeant de droit de la société durant l'exécution de son droit au bail. Il a donc soit l'obligation de diriger la société, soit la faculté de le faire. Finalement, le bailleur peut devenir dirigeant de droit de la société, qu'importe la situation.

547. La Cour de cassation semble utiliser la notion d'associé de fait uniquement pour sanctionner un comportement. Ceci étant, il est possible que cette notion soit utilisée, à l'avenir, aux fins de protéger les tiers[970]. Il apparaît, en effet, vraisemblable que les utilisations futures de la notion s'inscrivent dans la

[968]Cour d'appel d'Orléans, 8 septembre 2006 n° 05/01101 ; Cour d'appel de Versailles - ch. 13, 10 mai 2012, n° 11-08757
[969] La loi du 19 février 2007, et permise aux avocats par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008.
[970] C.BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, th. Université Paris Ouest Nanterre, 2017.

démarche suivie par les juridictions lorsqu'elles qualifient une personne de dirigeant de fait, lequel « *est assimilé au dirigeant de droit pour les aspects contraignants, fiscalité et responsabilité notamment, sans pouvoir se prévaloir des règles favorables inhérentes au statut du dirigeant de droit* »[971].

548. Le dirigeant de droit de la société reste une notion vitale à celle-ci, car sans dirigeant, il n'y a pas de société et il n'y a pas de *leadership* non plus. A la lumière de ce qui précède, on peut déduire que le dirigeant de droit est un quasi associé. Il rentre dans cette notion de propriété temporaire, il a investi dans la société.

549. Le nombre d'exemples peut se compter par milliers : le phénomène majoritaire, l'accroissement des règles impératives, la qualité des dirigeants qui ne sont non plus de simples mandataires mais des organes sociaux chargés de mettre en œuvre la volonté commune, etc.[972] La société serait devenue, par conséquent, une institution[973]. À l'appui d'une telle affirmation, les dispositions de la loi du 24 juillet 1966 renforceraient ce caractère institutionnel par l'énoncé de nombreuses règles impératives, s'immisçant ainsi largement dans l'organisation de la société. Cette qualification peine toutefois à convaincre. Favorable à une conception contractuelle de la société, le professeur DEBOISSY a exposé de nombreux arguments en ce sens dans un article intitulé sobrement : « *le contrat de société* »[974], dont les deux principaux enseignements sont les suivants. En premier lieu, l'auteur insiste sur l'importance de ne pas confondre : « *[…] la technique juridique – à savoir l'analyse de la nature juridique de la société – et la politique juridique – dirigisme contre libéralisme […]. Loin de s'opposer, contrat et ordre*

[971] M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 161, n° 283.
[972] Pour d'autres facteurs, v. J.-Cl. MAY,« La société : contrat ou institution ? », in Contrat ou institution : un enjeu de société, ouvrage coordonné par B. BASDEVANT-GAUDEMET, L.G.D.J., coll. Systèmes, 2004, p. 123, spéc. p. 133 ; Fl. DEBOISSY, « Le contrat de société », in Rapport français pour les journées brésiliennes organisées par l'association Henri Capitant sur le thème du contrat, 2005, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 119, spéc. p. 122, n° 6 ; M. GERMAIN, « Le contrat de société », in Rapport général, ibid., p. 25 ; (citant l'affectio societatis ; l'apparition de la société unipersonnelle ; la personnalité morale ; le phénomène des groupes). Adde Ph. MERLE , avec la collaboration de A. FAUCHON, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 20ème éd., 2017, p. 29, n° 22
[973] Ripert écrivait ainsi à propos des sociétés par actions que « l'étude des sociétés ne trouve aucun appui dans le Code civil » G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J., 1ère éd. 1947, préf. p. VI).
[974] Fl. DEBOISSY, « Le contrat de société », in Rapport français pour les journées brésiliennes organisées par l'association Henri Capitant sur le thème du contrat, op. cit. V. également en ce sens : N. THOMASSIN, « Si la société m'était « comptée » », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, Liber Amicorum, Lextenso, 2015, p. 613.

public peuvent bien évidemment coexister, le jeu de l'ordre public ayant été depuis longtemps systématisé dans la théorie générale du contrat »[975]. En second lieu, la personnalité morale n'est autre que « *la traduction de l'opposabilité de la société aux tiers* »[976]. Cette dissociation oblige donc à distinguer : « *[…] en permanence deux ordres de réalité, l'ordre interne, qui intéresse les rapports entre associés ou entre chacun des associés et la société – autrement dit le domaine de l'effet relatif de l'acte juridique – et l'ordre externe qui intéresse les rapports de la société avec les tiers – autrement dit le domaine de l'opposabilité de l'acte juridique* »[977].

550. La pratique du droit ainsi que les notions juridiques accompagnent l'évolution de notre société. Cela pourrait nous amener à croire que les organes sociaux semblent tomber en désuétude.

II. L'importance relative des organes sociaux

551. La notion de quasi associé émerge au sein de notre société. Elle émerge tant par la jurisprudence (**A**) que par la doctrine (**B**).

A. Les organes sociaux en désuétude

552. On l'a souvent vu dans la pratique, les organes sociaux veillent à la bonne gestion de la société[978]. Le fonctionnement des organes sociaux tend à ralentir le processus de décision ou le fonctionnement de la société, de telle sorte qu'ils peuvent parfois sembler inutile. A titre d'exemple, dans une société dotée d'un actionnaire unique, il n'y a pas de convocation à envoyer, ni de vote à effectuer. C'est l'associé unique qui se prononce seul sur les décisions à prendre. Il prend des décisions unilatérales et l'on parlera alors de procès-verbal de décision d'associé unique (et non de procès-verbal d'assemblée générale)[979].

---

[975] Fl. DEBOISSY, op. cit., spéc. p. 122, n° 5

[976] Fl. DEBOISSY, op. cit., spéc. p. 126, n° 12, citant G. WICKER, v. « Personne morale », in Rép. Civ. Dalloz, 1998, spéc. n° 20.

[977] Ibid., se référant également pour cette distinction entre l'existence interne et l'existence externe de la société à E. THALLER, par J. PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, Rousseau éditeur, 8ème éd., 1938, n° 248.

978 A. AKAM AKAM, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit Ohada », *Revue internationale de droit économique*, 2007/2 (t. XXI, 2), p. 211-243. DOI : 10.3917/ride.212.0211.

[979] V. Art. L.223-31 C.com. pour le droit français et Art. 334 AUSCGIE pour le droit OHADA AUSCGIE.

553. Un autre exemple est celui des constituants d'une société. Ces derniers fondent la société sans constituer d'organe social. La décision de choisir telle forme de société plutôt qu'une autre, ou encore la possibilité de choisir l'objet social, ne fait pas l'objet d'une assemblée générale telle que reconnue par le droit français ou le droit OHADA. Il s'agit d'une décision prise d'un commun accord. Cette situation se retrouve dans le cadre d'une société créée de fait.

554. Nos hypothèses issues de l'espace OHADA que sont le *Work and Pay*, la Nana Benz ou encore le tontinier, n'ont à proprement parler pas d'organes sociaux. Elles fonctionnent presque comme une société avec un associé unique. Les décisions sont prises de manière unilatérale. Elles peuvent juger ces organes sociaux comme trop lourds, eu égard à leur activité, ou ne pas avoir connaissance du droit des sociétés[980]. Nous avons observé une méconnaissance du statut de l'entreprenant en droit OHADA, aussi bien pour les tiers, que pour nos hypothèses. Il est impossible de mesurer l'impact de cette disposition dans les états membres de l'OHADA. Pourtant, la plupart des hypothèses performent dans leurs activités respectives. Elles contractent des crédits via la micro finance[981], paient leurs dettes à partir de l'économie solidaire, remplissent et exécutent leurs contrats vis-à-vis de leurs clients ou de leurs fournisseurs[982]. Pourquoi ? Une volonté de prospérer, une opportunité de s'affranchir. Il faut admettre qu'elles ont aussi une fine connaissance du marché.

555. Plus décisif encore, l'intérêt de l'actionnaire n'exprime pas à lui seul l'intérêt social. Le Code Napoléon dispose que « *toute société... doit être contractée dans l'intérêt commun des associés* »[983] . L'impératif a traversé sans encombre les réformes législatives à répétition, mais la réalité, elle, a profondément évolué et l'associé issu du code de 1804 a peu de rapport avec son héritier lointain issu de la version de 2003. Hier partenaires attachés sur le long terme à leur société, les actionnaires ont aujourd'hui goûté à l'infidélité avec le développement des marchés boursiers et sont devenus de plus en plus volages, à mesure que la

980 V. entretien avec Madame Rose Creppy, présidente de l'union des revendeuses de pagnes au Togo, 20 février 2021. V. Entretien avec A. KOSSI, D. KWAMI Sociétaires et propriétaires d'une voiture dans un Work and Pay à Cotonou 25 février 2021.
981 V. not. Wari, FUCEC, Wages, etc.
982 L'ensemble des formes de sociétés issu du secteur informel de l'espace OHADA.
983 Code civil, art. 1833

volatilité des marchés a augmenté[984]. Le comportement des détenteurs des valeurs mobilières composées et celui des obligataires est un réel aperçu de ce phénomène. Qu'y a-t-il de commun, par exemple, entre le *day-trader*, actionnaire d'un jour ou d'une heure, et l'actionnaire familial ? L'un et l'autre sont pourtant, à un moment donné, actionnaires de la société et, au regard du Code de commerce, titulaires de prérogatives identiques. De même, on ne saurait comparer la situation d'un investisseur institutionnel ou celle d'un actionnaire de référence avec la position du particulier, qu'il soit amateur de sensations fortes boursières ou épargnant désireux de se constituer un complément de retraite.

556. Il faut noter que ces investisseurs ou bailleurs de fonds s'affranchissent des organes sociaux, au sens qu'ils sont uniquement intéressés par la possibilité de réaliser du profit et ou de spéculer. Nos hypothèses sont une démonstration que les organes sociaux se révèlent être de moins en moins pertinent.

557. **Dirigeants de fait.** Le phénomène de désuétude des organes sociaux, couplé à un nouveau comportement adopté par le quasi associé, nous amè à envisager le quasi associé sous l'angle du dirigeant de fait.

558. La Cour de cassation a déjà à propos de la direction de fait, rappelé que « *le dirigeant de fait s'entend de toute personne physique ou morale qui, assumant les mêmes fonctions qu'un dirigeant de droit, exerce, en fait, en toute souveraineté et indépendance, une activité positive de gestion ou de direction* » [985]. Cette définition a été confirmée depuis et ce dans des situations variées[986]. Cette notion de dirigeant de fait a aussi été évoquée par le législateur. Elle a ainsi été employée dans le cadre d'infractions pénales par la loi n°66-537 du 24 juillet 1966, puis par la loi n°85-98 du 25 janvier 1985, toutes deux codifiées dans le Code de commerce.

559. L'article L. 241-9 du Code de commerce prévoit que les infractions pénales concernant les SARL « *sont applicables à toute personne qui, directement ou par*

[984] J-M. DARROIS, A. VIANDIER, « L'intérêt social prime l'intérêt des actionnaires », *Les Echos*, 27 juin 2003.
[985] Cf. Cass. com. 24 avril 1981, Rev. sociétés 1981, 637, note HONORAT. Cass. com. 6 octobre 1992, Bull. Joly 1992, p. 1228, note DAIGRE.
[986]Cass. com. 25 janvier 1994 n° 91-20.007 ; Cass. com. 24 juin 2003 n° 00-17.700 ; Cass. Crim 3 novembre 2005

personne interposée, aura, en fait, exercé la gestion d'une société à responsabilité limitée sous le couvert ou au lieu et place de son gérant légal ».

560. L'article L. 245-16 du Code de commerce prévoit que les dispositions relatives aux infractions pénales « *visant le président, les administrateurs, les directeurs généraux et les gérants de sociétés par actions sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion desdites sociétés sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux* ».

561. L'article L. 246-2 du Code de commerce prévoit que les infractions concernant les Sociétés anonymes prévues aux articles L. 242-1 à L. 242-29 du même Code « *visant le président, les administrateurs ou les directeurs généraux de sociétés anonymes ou de sociétés européennes et les gérants de sociétés en commandite par actions sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, a, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion desdites sociétés sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux* »[987].

562. La loi de 1966 n'utilise la notion de dirigeant de fait qu'à propos des infractions pénales applicables aux sociétés par actions et ainsi que pour les sociétés à responsabilité limitée. Elle ne la mentionne pas pour les sociétés commerciales de personnes, ni pour la responsabilité civile des dirigeant sociaux[988]. Il faut noter que le droit OHADA ne reconnait que le dirigeant de fait dans une perspective punitive et réparatrice[989].

B. L'application de la désuétude des organes sociaux à nos hypothèses

a – Cas des détenteurs de valeurs mobilières composées

[987] *L. n° 2005-842 du 26 juillet 2005, art. 11-II*

[988] La loi du 25/1/1985 emploie cette notion pour toutes les sociétés : l'art. 180 permet de condamner tout dirigeant de fait ou de droit apparent ou occulte, rémunéré ou non à supporter tout ou partie du passif social dans l'hypothèse où une faute de gestion lui serait imputable. Cette même notion existe dans les articles 181, 182, 188 et 196 (procédures de liquidation ou redressement judiciaire ; faillite personnelle ; banqueroute) de la loi de 1985. 3 ; La notion de faute n'est pas définie, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA retient une définition extensive de la faute dans le but de protection des associés et des tiers. Faute d'une jurisprudence très nourrie, il faut espérer que des décisions de la CCJA permettent de mieux cerner la faute dans la jurisprudence des Etats membres.

[989] V. not. Livre VI AUSCGIE et Art.868 AUSCGIE.

563. Les détenteurs de valeurs mobilières composées donnant accès au capital et les obligataires s'apparentent, selon nous, au dirigeant de fait. Que l'on soit en droit français ou en droit OHADA, ni les actionnaires ni les organes sociaux ne peuvent en effet disposer de la société comme bon leur semble. Pourquoi ? Concrètement, ces titres désignent à la fois une créance – à long terme (en pratique plus de cinq ans) – et un titre négociable, émis par la société constatant une créance contre elle-même. Par ailleurs, l'article L. 228-65 du Code de commerce confère les pouvoirs ci-après à l'assemblée générale des obligataires : en cas de modification de l'objet ou de la forme de la société émettrice, l'avis de l'assemblée n'est que facultatif, mais un remboursement doit être offert aux obligataires si la société souhaite passer outre le vote négatif des obligataires. En cas de modification de l'objet ou de la forme de la société émettrice : l'avis de l'assemblée n'est que facultatif mais un remboursement doit être offert aux obligataires si la société souhaite passer outre le vote négatif des obligataires. Ceux-ci doivent se prononcer en cas d'accord transactionnel relatif à un litige en cours.

564. En cas de projet de fusion ou de scission de la société, sauf si une offre de remboursement est formulée au bénéfice des obligataires conformément à l'article L. 226-1 du Code de commerce, l'avis de l'assemblée n'est que facultatif, mais les obligataires disposeront d'un droit d'opposition à la fusion ou à la scission, en leur qualité de créanciers. Il faut souligner que l'avis de l'assemblée n'est pas réellement facultatif, car il a un impact réel sur l'opération de fusion et peut déclencher une demande de remboursement immédiat. Enfin, dans le cas d'une proposition d'émission d'obligations assorties d'une sûreté réelle ne bénéficiant pas aux obligataires, l'avis de l'assemblée n'est encore une fois que facultatif, bien qu'un remboursement doive être offert aux obligataires, si la société souhaite passer outre leur vote négatif. Nous devons déduire de ce qui précède qu'une forme de contrôle est exercé sur la société, contrôle à distance à distance mais factuel. Un parallélisme peut être effectué avec l'*indirect rule*[990] de l'empire britannique.

[990] M. H. FISHER Indirect Rule in the British Empire: The Foundations of the Residency System in India (1764–1858). *Modern Asian Studies* [en ligne]. Cambridge University Press, 1984, Vol. 18, no. 3, pp. 393-428. DOI 10.1017/S0026749X00009033 ; D. S. TRASK, England's Indirect Rule in Its African

565. Un établissement financier qui accepte d'aider une société en difficulté et qui demande comme garantie un droit de participer à la prise de certaines décisions est un dirigeant de fait[991]. Un conseil extérieur de la société sera gérant de fait, s'il négocie habituellement les marchés de la société, règle ses fournisseurs et dispose des chéquiers de la société[992]. En l'espèce, cette situation de difficulté est celle de la startup qui demande à un fonds de capital investissement une prise de participation (*via* valeurs mobilières donnant accès au capital) ou une prise d'obligation. Cette situation se retrouve aussi avec une de nos autres hypothèses issues de l'espace OHADA : la tontine. Dans le cas où une tontinière se fait financer par la tontine pour son aventure entrepreneuriale, les membres de la tontine auront un droit de regard sur la société.

b – Cas du porteur

566. Pour rappel, le portage peut être défini comme la convention en vertu de laquelle le porteur, généralement un établissement bancaire, acquiert des droits sociaux pour le compte d'un donneur d'ordre, lequel promet le rachat de ces droits, par lui ou par un tiers, à l'expiration d'un certain délai. Le porteur doit suivre les stipulations de la convention de portage, qui se font généralement au bénéfice du donneur d'ordre[993]. A termes, c'est le donneur d'ordre qui va racheter ces titres au porteur. Ce dernier est donc tenu d'exécuter les consignes du donneur d'ordre, tant en ce qui concerne les votes que ce qui concerne les autres prérogatives de l'actionnaire. Nous avons discuté de qui s'apparente réellement à l'associé, entre le donneur d'ordre et le porteur. Sur le fondement de la convention statutaire, nous observons que le donneur d'ordre se place dans une situation où s'est lui qui dirige. Cette situation est renforcée quand le porteur prend le contrôle de la société. Le locataire de titres sociaux et le bailleur s'inscrivent dans la même situation. Ils sont donc extérieurs à la société, mais peuvent influencer celle-ci.

Colonies, American Historical Association. Lord Malcolm HAILEY, *Native Administration and Political Development in British West Africa (London, 1943).;* R. DELAVIGNETTE, *Freedom and Authority in French West Africa* (London, 1940).

[991] CA Paris, 3/3/1978.

[992] CA Paris, 8/3/1979.

[993] D. SCHMIDT : « Les opérations de portage de titres de sociétés »in Les opérations fiduciaires; Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984. Ed. Feduci. L.G.D.J. 1985 pref. B. OPPETIT, p.30.

c – Cas de la Nana Benz

567. Tout au long de notre étude, nous nous sommes attachés à rappeler que la Nana Benz développe une société dans le secteur de l'informel. Il ressort que cette aventure entrepreneuriale n'est pas régulière[994]. Une conséquence du non-respect du formalisme légal qui préside à la constitution d'une société[995]. Il faut dès lors qualifier la société de la Nana Benz de société créée de fait et en déduire qu'elle est dirigée par un dirigeant de fait. Il y a en outre miction entre l'associé et le dirigeant de fait, qui sont réunis en la personne de la Nana Benz. Force alors de constater que la Nana Benz est un dirigent de fait, eu égard aux dispositions de l'AUSCGIE. Il a été également constaté que certaines femmes originaires d'Afrique subsaharienne exercent le commerce de textiles au sein des communautés africaines présentes en France. Cette activité non déclarée est assimilée à une société créée de fait à l'aune du droit français. En France aussi, la Nana Benz devient un dirigeant de fait.

[994] V. Art. 864 à 868 AUSCGIE.
[995] V. Art. 115, 253 et 865 AUSCGIE.

Conclusion du chapitre 2

568. Le vote permet d'émettre une opinion sur la société ainsi que sur son orientation. En principe, il est octroyé à tous les associés, sauf disposition contraire. L'évolution de la société à travers les nouvelles formes d'investissement que sont le capital-investissement, les valeurs mobilières composées ou encore le portage, ouvre le débat sur l'intérêt du droit de vote. On s'oriente de plus en plus vers le bailleur de fonds, comme le confirme la jurisprudence. Dans la droite ligne de la jurisprudence française, les hypothèses du droit OHADA se sont elles aussi défait du droit de vote.

569. La contractualisation du droit de vote peut entrainer un transfert de l'aléa, qui permet de définir qui vote *in fine,* c'est-à-dire qui supporte l'aléa. La question du droit de vote semble liée à l'importance des organes sociaux et à celle des dirigeants de droit. Bien que ceux-ci revêtent une importance capitale pour la société, l'évolution contractuelle tend à circonscrire leur importance. On observe une orientation davantage tournée vers les dirigeants de fait. Cette conception semble de plus en plus en adéquation avec la réalité.

570. En cas de contentieux par la jurisprudence, le quasi associé peut faire l'objet d'une reconnaissance par la loi.

Titre 2. L’identification du régime du quasi associé

571. La découverte du quasi associé passe aussi par l’identification d’un régime. A titre d’exemple, le quasi associé semble être soumis au temps. Ce dernier semble être soumis à un critère temporel (**Chapitre 1).** Il en découle que le quasi associé est un créancier (**Chapitre 2).**

Chapitre 1. L’assujettissement aux temps du quasi associé

572. Notre analyse dresse le constat suivant : les notions étudiées sont toutes soumises à une temporalité plutôt courte, en comparaison de celle de l’associé. La durée peut être fixée contractuellement ou par la loi, mais, en tout état de cause, elle n’est pas *ad vitam aeternam* (99 ans) comme celle de l’associé (**Section 1**). Le risque social durant cette temporalité et le régime qui découle de cette qualification seront étudiés (**Section 2**).

Section 1. L'étude de la temporalité

573. Selon un proverbe Guin[996], « *le temps est un bon juge* »[997]. Les Guins estiment que tout est soumis au temps et que c'est lui qui révèle la vraie nature des choses. Il est permis de croire que cette locution s'applique à notre étude du quasi associé. Aussi bien entre les individus entre eux (**I**) qu'entre les individus et la loi (**II**).

I. La temporalité entre les individus

574. La temporalité du quasi associé s'exprime aussi par une (**A**) approche jurisprudentielle que par une (**B**) approche contractuelle.

A. L'approche jurisprudentielle de la temporalité

575. La qualification de société de fait permet, le plus souvent *a posteriori,* de qualifier le comportement de personnes qui, sans en avoir pleinement conscience, se sont comportées comme de véritables associés[998]. L'exploitation d'un fonds de commerce (ou d'un fonds artisanal) par deux personnes, dont une seule est titulaire du fonds, immatriculé au Registre du commerce et des sociétés ou du RCCM[999], peut témoigner de l'existence de ce type de société.

576. Tel est le cas, par exemple, de deux concubins qui, du fait de leur communauté de vie prolongée, ont été unis commercialement, l'un apportant son fonds de commerce, l'autre son industrie et sa participation aux investissements[1000]. La solution reste identique, même si le fonds de commerce ou la société sont créés sans aucune procédure de constitution. C'est le cas par exemple de la Nana Benz. Chaque membre du couple apporte des éléments nécessaires à la société, en nature, en numéraire ou en industrie[1001]. Il faut néanmoins prendre garde à ce que la société créée de fait soit une

[996] Ethnie qui fait partie du groupe ethnique des Akans. Ils sont présents en Côte d'Ivoire, au Ghana et au Togo.
[997] Traduction d'un proverbe utilisé par le peuple Guin au Togo.
[998] Y. FAVIER, Chapitre 144, Rupture volontaire du concubinage, Droit de la famille, Dalloz, 2020-2021.
[999] RCCM concerne uniquement l'espace OHADA.
[1000] A. REYGROBELLET, Chapitre 41– *Exploitation directe du fonds de commerce*, Dalloz action Fonds de commerce, 2012.
[1001] Il faut voir cela comme l'argent, les pagnes mais aussi le savoir-faire de la Nana Benz.

véritable société, de sorte que celui qui invoque l'existence de la société doit en caractériser tous les éléments constitutifs du contrat, au sens de l'article 1832 du Code civil.

577. Le *Work and Pay* s'inscrit dans la même dynamique. Deux personnes s'unissent pour réaliser une activité économique, l'un apportant son industrie et l'autre un bien en nature (la voiture) et sa participation aux investissements. Nos hypothèses de l'espace OHADA et issues de l'informel que sont la Nana Benz, le *Work and Pay* ou encore la tontine n'existent que jusqu'à ce que surviennent un litige devant un tribunal de première instance local. En effet, nos hypothèses correspondent à des sociétés créées de fait. A ce titre, l'organe judiciaire ne reconnait ces formes de sociétés que pour, premièrement, prononcer leur dissolution et, deuxièmement, prononcer leur liquidation.

578. L'heure du quasi associé peut prendre fin lorsque son objectif ou son objet social est réalisé. En fonction de la volition du quasi associé cela peut consister à sortir de la pauvreté, sortir de l'informel ou être à son compte. Cette situation correspond aux cas de figure détaillés ci-après.

1 – Les hypothèses issues du formel

579. L'article 30 de l'AUDCG définit comme un entrepreneur individuel, une personne physique qui, sur simple déclaration, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole. Si le terme *« entreprenant »* est nouveau, la réalité juridique et économique qu'il recouvre ne l'est guère. Bien avant son homologue OHADA, le législateur français avait, à travers la loi française n° 2008-776 du 4 août 2008 (JO 5 août), dite « *loi de modernisation de l'économie* » créé ce que la pratique appelle l'autoentrepreneur. En créant le statut de l'entreprenant, l'ambition du législateur OHADA était de se saisir de l'ensemble des activités économiques qui, jusque-là, échappaient à sa règlementation, soit celles du secteur informel[1002]. L'article 13 dudit acte impose ce système aux très petites entreprises. Ces sociétés doivent avoir un chiffre d'affaires inférieur ou égal à trente millions de francs CFA pour les entreprises de négoce, vingt millions

[1002] S. BISSALOUÉ, « L'entreprenant, un statut prometteur », *Wolters Kluwer*, 2 septembre 2017.

pour les entreprises artisanales et assimilées et dix millions pour les entreprises de service. Le seuil du chiffre d'affaires peut être déterminé par les États membres sur les territoires desquels les entreprenants exercent. Le non-respect de ces seuils nationaux entraine la perte de la qualité d'entreprenant et du bénéfice de la législation spéciale à cet effet. Il en va de même du non-respect de ces obligations[1003]. Pour l'activité de la Nana Benz cette somme peut être rapidement atteinte. Le statut d'entreprenant pour la Nana Benz est donc tout aussi temporaire que précaire.

2 – Les hypothèses issues de l'informel

580. Dans cette situation, il s'agit de nos hypothèses qui souhaitent sortir de l'informel et entamer une procédure de régularisation ou de constitution de leur société conformément aux textes en vigueur. Cette situation correspond à une société qui a déjà une activité, mais dans le cadre informel, et qui souhaite désormais avoir une existence légale. Cela peut être le cas du *Work and Pay* mais aussi de la Nana Benz.

581. En tant qu'organisme de placement collectif d'épargne, la tontine permet de financer des activités. Il est donc loisible d'affirmer que l'un des tontiniers peut, une fois son tour de collecte venu, décider de ne pas rester dans l'informel et créer une société en conformité avec le droit OHADA des sociétés. Cette volonté de créer une société régulière, peut déplacer une obligation naturelle vers une obligation civile, s'il existe un contrat social entre les différents tontiniers. Le tontinier aura alors l'obligation de créer une société[1004].

B. L'acceptation de l'aléa

a – Cas des valeurs mobilières composées

582. Selon l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « *(…) Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être*

[1003] F. BIBOUM BIKAY, « L'entrepenant OHADA et les procédures collectives », *Penant* 1 juillet 2017, n° PENA2017-900-357, p. 357

[1004] Cela est fréquent dans la mesure où l'ensemble des tontiniers veulent ensemble sortir de la pauvreté ou encore si la tontine est exclusivement constituée par des entrepreneurs.

contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. »[1005]. En d'autres termes, ce que la loi n'interdit pas, le contrat peut l'autoriser ou plus précisément le stipuler[1006]. Les détenteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital, l'obligataire, le fiduciaire mais aussi l'usufruit fondent la genèse de leur droit à partir d'un contrat. Le contrat d'émission de valeurs mobilières composées ou le certificat d'investissement contiennent un terme. Lors de la survenance de ce terme, la société émettrice doit désintéresser ses créanciers, en leur permettant soit une entrée au capital, soit un remboursement du prêt qui a été fait à la société (qui est en fait une créance). La survenance de ce terme est généralement appelée « évènement déclencheur », dans la pratique contractuelle. La période avant la survenance de l'élément déclencheur se situe entre quelques mois et quelques années, sans pouvoir dépasser deux ans[1007]. Au-delà de cinq ans, les financements en plusieurs séries deviennent plus difficiles à obtenir pour les sociétés de types startup.

b – Cas du fiduciaire

583. Le fiduciaire est tenu, pendant toute la durée du contrat, de gérer le patrimoine transmis par le constituant tout en respectant les missions qui lui sont confiées dans le contrat de fiducie[1008]. En contrepartie de la réalisation de ce but, le fiduciaire perçoit une rémunération.

584. Le fiduciaire doit agir et mettre tous les moyens en œuvre, conformément aux pouvoirs qui lui sont dévolus par le constituant, pour atteindre le but déterminé dans le contrat. Il doit informer régulièrement le constituant de l'évolution de la réalisation du but de la fiducie. La fiducie prend fin[1009] soit :

- par révocation du contrat par le constituant avec accord du bénéficiaire ;
- par décès du constituant ;
- par l'arrivée du terme du contrat de fiducie :
- par la réalisation du but du contrat de fiducie ;

[1005] Alexandre de Lameth, député de la noblesse mais rallié au tiers état, qui a mis au point la formulation des articles 4 et 5 de la Déclaration définitive.
[1006] V. art 1162 C. Civ.
[1007] V. Etude du Chapitre III AUSCGIE.
[1008] V.Art. 2011 C.Civ.
[1009] V.Art. 2018 C. Civ.

- par la renonciation des bénéficiaires à bénéficier du but de la fiducie ;
- par la disparition (décès ou dissolution) du fiduciaire.

585. Toutes ces causes de finition de la fiducie nous mènent à considérer que la fiducie n'est que temporaire. En réalité, elle ne dure pas aussi longtemps que la plupart des durées hypothétiques énoncées. Il faut estimer la durée moyenne d'une fiducie entre 10 et 30 ans, de sorte que le bien constitué puisse se transmettre au bénéficiaire issu de la génération suivante. Cela dure parfois jusqu'à la majorité du bénéficiaire de la fiducie. Ce même contrat permet de « caper » ou de définir la durée de vie du quasi associé (avant le retour du bénéficiaire ou d'un réel passage au statut d'associé).

II. La temporalité entre les individus et la loi

586. Le critère de temporalité dans le cadre de l'étude du quasi associé s'articule entre (**A**) le droit de la famille et (**B**) le droit des sociétés.

A. Le droit de la famille

a – Cas du conjoint

587. La qualité de conjoint est une qualité limitée. Cette durée est fixée sur la durée de vie du couple. Elle est toujours inférieure à la durée de vie de l'associé, qu'il ait acquis les titres avant ou après le mariage. En effet, le conjoint soit « vient trouver » la qualité d'associé de son conjoint, soit « est présent quand celle-ci est constituée ». L'élément déclencheur de la fin de la qualité du conjoint (quasi associé) peut être la durée de vie du mariage ou de survenance du décès. La qualité de conjoint se transforme alors en qualité de conjoint survivant. Il entre dans la qualité d'associé, car l'indivision a une durée en France relativement courte en comparaison des pays de droit OHADA.

588. Certaines de ces notions n'ayant pas été abordées par le législateur OHADA, nous étudierons les textes nationaux des États membres ainsi que le droit coutumier de ces pays[1010].

b – Cas des héritiers ou de la succession

589. Tout est éphémère, ni la qualité d'héritier ni celle d'indivisaire n'échappe à cette affirmation. En vertu de l'article 815 du Code civil, nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention. Le principe est donc le suivant: un indivisaire peut à tout moment provoquer le partage judiciaire sans avoir à motiver les raisons de sa sortie. Le règlement d'une succession étant particulier à chacune d'elle, il est quand même exigé un délai de six mois à compter de la survenance du décès[1011]. Le sujet de droit qu'est l'Homme est soumis à l'aléa. Il peut par conséquent y avoir des délais plus longs. Les dispositions sont similaires dans le droit national des États membres de l'espace OHADA. Cette qualité d'indivisaire ou d'héritier n'est pas pérenne. Deux principales raisons viennent démontrer ce propos.

590. Premièrement, il n'est pas possible pour un indivisaire ou un héritier de devenir associé dans une société où l'agrément est nécessaire. Il ne peut pas non plus devenir associé s'il n'a pas la qualité professionnelle que requiert l'actionnariat. Il en va ainsi des professions libérales ou commerçantes[1012].

591. Deuxièmement, même si l'héritier ou l'indivisaire avait la qualité ou l'agrément nécessaire, rien n'indique qu'il souhaite réellement devenir associé. Il dispose dans ce cas de l'*abusus*. Son statut reste encore une fois temporaire.

B. L'approche du droit des sociétés

a – Cas des titulaires de valeurs mobilières composées

[1010] V. Code de la personne et de la famille du Togo, Bénin, Sénégal, Congo, Gabon. Les 17 Etats membres de l'OHADA sont concernés. Il existe un mimétisme entre le Code civil Français et les divers Codes des Etats Membres de l'OHADA relatifs aux personnes.
[1011] V. Art. 641 CGI.
[1012] Il s'agit des médecins, des avocats, architectes, experts comptables.

592. Le titulaire de valeurs mobilières composées et l'obligataire ne sont généralement pas à la genèse de la société, ni présents lors de sa dissolution[1013]. Cette affirmation n'est appuyée par plusieurs éléments. Premièrement, l'émission de desdits titres ne sont autorisées que pour les sociétés anonymes ayant deux années d'existences et qui disposent de deux bilans régulièrement approuvé par les actionnaires[1014]. En outre, les deux bilans doivent avoir été certifiée par un commissaire aux comptes. Deuxièmement, ces opérations nécessitent que le capital ait été entièrement libéré[1015]. Ils n'interviennent qu'à un moment clé de la vie de société soit lorsqu'elle connait une croissance soit lorsqu'elle a besoin de financements. Concrètement, ces sujets de droit interviennent lors d'une augmentation de capital ou lors d'une recherche de financement. En somme, l'avènement de ces sujets autour de la société est en corrélation avec un besoin de liquidité, qui peut être urgent. Ils sont également cédés après la liquidation d'une succession.

593. Une fois les titres acquis, ceux-ci sont cédés bien avant la dissolution ou la réalisation de l'objet social. En effet, la société émettrice peut imposer un remboursement aux souscripteurs.

b – Cas du porteur

594. Les conventions de portage sont des conventions qui permettent de réaliser un transfert temporaire de titres. Pendant la durée d'exécution de la convention de portage, les porteurs ont la qualité d'associé. Le donneur d'ordre a, en outre, réglé l'intégralité du prix de rachat des actions, au moment de la fin d'exécution de la convention aux porteurs. Il faut ajouter que le prix du portage fait l'objet d'un paiement successif. Le donneur d'ordre ne dispose pas de la trésorerie suffisante pour acheter directement les titres convoités. Il faut alors qualifier la convention de portage de contrat à exécution successive. Dans cette situation, le prix de rachat, et bien souvent la date de rachat également, sont prévisibles et stipulés. Il s'ensuit que la convention de portage revêt la qualification d'un contrat à durée déterminée[1016]. Nous n'avons trouvé aucune disposition contraire à ce que la

[1013] Voir 822-9 AUSCGIE. Si au moment de la liquidation la valeur mobilière n'est pas devenu un titre social, celle-ci est restée une valeur mobilière qui constitue un titre de créance pour la société.
[1014] V. Art. 780 AUSCGIE.
[1015] V. Art. 781 AUSCGIE.
[1016] V. Art. 1212 C. Civ.

convention de portage ne soit à la fois un contrat à durée déterminée et à exécution successive. Un arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis vient confirmer que le portage a un caractère nécessairement temporaire. Selon cet arrêt, *« il était de la commune intention des parties de lier la rémunération à la durée du portage, et (…) dès lors que le donneur d'ordre a levé l'option de rétrocession au bout de seulement quelques mois, la rémunération convenue doit être réduite à proportion de la durée du portage* » [1017]. Il parait difficile de refuser à une opération de portage son caractère temporaire.

c – Cas de la fiducie et de l'agent des sûretés

595. L'agent des sûretés et le fiduciaire se trouvent soumis à la propriété temporelle[1018]. Le premier gère en effet, un bien pour autrui et le second gère des biens pour le compte de plusieurs personnes. Une fois qu'ils entrent en possession d'un bien, ils doivent le transmettre ou en obtenir des espaces ou en obtenir des espaces. Cela pourrait s'entendre car ils ne sont pas propriétaire des actifs. Aussi, ils agissent conformément au principe du mandat.

Section 2. L'application de la théorie de l'apparence au quasi associé

596. Lorsqu'un sujet de droit a agi sur la base d'une croyance qui, tout en étant erronée, était légitime parce que des signes objectifs laissaient penser que la réalité était conforme à l'apparence, son action doit produire les effets juridiques qu'il escomptait[1019]. Telle est l'idée fondamentale de la théorie de l'apparence. Cette théorie sera étudiée aussi bien en droit civil (**I**) qu'en droit des sociétés (**II**).

[1017] Cour d'appel, Saint-Denis de la Réunion, Chambre civile, 7 Avril 2015 – n° 13/00184.
[1018] V. AUS 5 et s. ; A. GAKOUE. « La fiducie en droit ivoirien », *International Journal of Current Research*, T. MANIKANDAN, 2018, 10 (1), pp.64439-64447.
[1019] L. LEVENEUR, Situations de fait et droit privé, 1990, LGDJ. ; A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, thèse dactyl., Paris II, 2001, n^{os} 2284 s., p. 1291 s.

I. La théorie de l'apparence et le droit civil

597. Le mimétisme législatif amène à discuter de la théorie de l'apparence aussi bien en droit français (**A**) qu'en droit OHADA (**B**).

A. La théorie de l'apparence en droit français

598. Dans un souci de sécurité juridique, on protège celui qui a été victime de l'apparence et on lui reconnaît un droit comme s'il l'avait acquis en réalité[1020]. La jurisprudence a formulé cette théorie sur la base de l'adage *error communis facit jus*, qui signifie que l'erreur que n'importe qui aurait pu commettre est en mesure de créer le droit.

599. La théorie a fait son apparition au sujet de l'héritier apparent, pour protéger celui qui avait acquis le bien d'un héritier ou légataire dont on pouvait légitimement penser qu'il était le titulaire des droits successoraux[1021]. La théorie a ensuite subi une extension, au sujet de l'apparence de propriété en général ; mais la jurisprudence en fait, à juste titre, une application parcimonieuse dans ce domaine, en exigeant généralement une erreur invincible[1022].

600. Depuis l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations, les dispositions générales relatives à la représentation sont présentes dans le droit commun des contrats. Parmi elles, les articles 1156 à 1158 du Code cil consacrent, de l'aveu de leurs rédacteurs, la théorie de l'apparence, au moins partiellement[1023]. L'article 1156 sanctionne le dépassement et l'absence de pouvoir, par l'inopposabilité de l'acte conclu, mais le cure de son vice lorsque bonne foi et croyance légitime peuvent être prouvées par le tiers qui en souhaite la validation. L'article 1157 sanctionne par la nullité de l'acte le détournement de pouvoir, qui,

---

[1020] F.-X. TESTU, Théories destinées à favoriser la reconnaissance d'un engagement contractuel, Contrats d'affaires, Chapitre 15, Dalloz 2010.
[1021] Ph. MALAURIE et BRENNER, Les successions. Les libéralités, 7e éd., 2016, Defrénois, nos 298 s.
[1022] Com. 15 novembre 1994, n°93-12.835, Bull. civ. IV, n°332; *Rev. sociétés* 1995. 33, note BARBIERI; *RTD com*. 1995. 426, obs. C.CHAMPAUD et DANET; Civ. 3e, 6 septembre 2011, nos 10-20.412, 10-21.318
[1023] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF no 0035 du 11 février 2016, texte no 25.

supposant la mauvaise foi du tiers, ne ressort pas du domaine de la théorie de l'apparence[1024].

601. Le quasi associé est en apparence un associé. Il peut par moment revêtir l'habit de l'associé. Tel est le cas de nos hypothèses. La concubine qui se présente comme l'épouse, l'agent immobilier qui fait paraître une annonce dans la presse puis signe le compromis de vente[1025], le propriétaire apparent qui loue l'immeuble tout en se réservant une partie des locaux[1026] ou l'héritier, qui ne sait pas encore qu'il a été évincé par le *de cujus*[1027], en sont autant d'exemples [1028].

602. Il existe aussi des situations dans lesquelles le conjoint peut se conduire comme s'il était associé[1029] et des mécanismes de représentation pour le couple. Un associé peut se faire représenter par son conjoint, à moins que la société ne comprenne que les deux époux[1030]. La loi française et le juge autorisent des mécanismes de substitution pour les couples mariés. Cela vaut en situation de crise également : il faudrait que le conjoint soit hors d'état de manifester sa volonté ou que son comportement nuise au couple[1031]. Cette situation en temps de crise confère au conjoint les attributs de l'associé : gestion, disposition, et jouissances des biens/titres. En dépit de cette palette qui peut s'offrir à lui, il reste le conjoint (de l'associé) et non l'associé.

[1024] L. ANDREU et N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*., 6e ed., 2021, AMPHI LMD n°414, p. 171 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, 2e ed. 2018, Dalloz n°393, p. 319

[1025] Civ. 1ère, 6 janvier1994, no 91-22.117, D. 1994. 208, obs. DELEBECQUE ; RDI 1994. 266, obs. TOMASIN; RTD civ. 1994. 593, obs. MESTRE; RTD com. 1994. 548, obs. BOULOC; CCC 1994. Comm. 49, obs. LEVENEUR.

[1026] Civ. 3e, 18 juillet 1995, no 93-17.278, inédit.

[1027] Civ. 1ère, 9 janvier1996, no 93-20.460, Bull. civ. I, no 15; D. 1996. 52 ; RDI 1996. 227, obs. GROSLIERE et SAINT-ALARY-HOUIN.

[1028] Civ. 1ère, 9 janvier 1996, n°93-20.460, Bull. civ. I, n°15 ; D. 1996. 52 ; RDI 1996. 227, obs. GROSLIERE et SAINT-ALARY-HOUIN.

[1029] Cour de Basse-Terre, 14 mai 1973, Quotidien juridique, 27 novembre 1973, n°129, p.3 Rev. Trim.dr. comm. 1974, 98, n°4, obs. CHAMPAUD. Elle était à proprement parler l'âme de la société.

[1030] L. 223-28, al. 2, du Code de commerce.

[1031] Tri.gr.inst. Digne, 30 juin 1972, G.P. 1972, 2, 676, D. 1973 ; 259, N.FOULON-PIGANIOL, Rép. Defrénois 1973, 515, n. Massip., Bull. Mens. D'inf. des soc., 1973, 209, n°90, Rev. Trim. dr. civ. 1974, 391, n°1, obs. NERSON. Le mari subjugué par une jeune maitresse, donnait des signes de dérèglement, aussi il convenait de permettre à la femme commune en bien d'exercer un pouvoir d'intervention dans les affaires sociales de la société.

603. Le contrat de fiducie détermine à peine de nullité l'étendue des pouvoirs d'administration et de disposition du fiduciaire[1032]. Ce dernier doit agir dans le cadre d'une mission déterminée. Par ailleurs, le constituant peut conserver l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel, transféré dans le patrimoine fiduciaire, en vertu de l'article 2018-1 du Code civil. Dès lors, comment affirmer que la fiducie est réellement un contrat translatif de propriété ? Cette disposition induit l'existence d'un démembrement de propriété qui est une atteinte aux droits du fiduciaire, *a priori* maître des biens du patrimoine fiduciaire. Le fiduciaire joue le rôle d'un propriétaire apparent et demeure sous le joug du constituant, il a les pieds et poings liés.

604. Le Code civil se montre particulièrement hostile à l'idée même de propriété fiduciaire. En effet, l'article 2023 du Code civil vient limiter les pouvoirs du fiduciaire sur le patrimoine affecté concernant son opposabilité aux tiers : « *dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs* ». La théorie de l'apparence apparaît clairement sous couvert de cette disposition. Les tiers peuvent avoir un rôle déterminant dans l'étendue des pouvoirs du fiduciaire, bien qu'ils ne soient pas partis au contrat de fiducie.

605. Le fiduciaire partage en réalité la maîtrise de la chose avec le constituant pendant l'exécution du contrat de fiducie. Cette limitation des prérogatives du fiduciaire est de l'essence même de la fiducie, elle est consentie[1033]. Il n'est pas propriétaire en son nom propre, mais dans l'intérêt d'autrui. Certains auteurs partagent cette vision des choses. La propriété fiduciaire ne serait qu'une forme de propriété pour le compte d'autrui[1034]. Il y a par conséquent « un jeu d'apparence ».

[1032] V. Art. 2018 6° du Code civil.

[1033] L'article 2011 du Code civil précise ainsi que les fiduciaires agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.

[1034] L. KACZMAREK, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », D. 2009 p. 1845. Selon cet auteur, « tout est fait pour que le fiduciaire soit investi d'une apparence de propriété ... la fiducie introduit l'idée, assez révolutionnaire, de la propriété dans l'intérêt d'un tiers » ; F. DANOS, « Propriété, possession et opposabilité », *Economica, Recherches juridiques*, 2007, p.52-53 : « La propriété fiduciaire apparaît comme une propriété d'attente ou de transition, une pure propriété nominale, au titre de laquelle le fiduciaire ne dispose quasiment d'aucune des prérogatives dont peut se prévaloir un propriétaire traditionnel. Même qualifiée de propriété, la fiducie, au regard de la conception de la propriété en droit français apparaît en réalité plus comme un droit réel finalisé sur la chose d'autrui que comme un véritable droit de propriété ».

606. Selon notre perception, l'agent des sûretés s'inscrit dans la même lignée que le fiduciaire, dans le sens où il gère des droits pour le compte d'autrui, les sûretés étant constituées à son nom, au même titre que les biens pour une fiducie. Il n'agit pas en son nom propre, mais pour l'ensemble des prêteurs. On peut en déduire qu'il y également ici « un jeu d'apparence ».

607. La théorie organique des sociétés apporte des réponses à certains égards satisfaisantes au problème de la nature des décisions d'assemblées générales[1035]. En effet, elle souligne le fait que les décisions d'assemblée sont des décisions de la société, qui s'exprime sur une question appelant la compétence de l'assemblée, selon un processus défini aussi bien par le droit français que par le droit OHADA. Au lieu d'être un acte collectif, la décision d'assemblée a pour auteur un organe social, ce qui signifie que juridiquement elle est un acte unilatéral de la société, guidé par la recherche de l'intérêt de cette dernière. Le rôle des organes sociaux est donc particulièrement déterminant dans le cours « heureux » ou « malheureux » de la société et, par conséquent, son propre sort en dépend évidemment[1036]. La loi française et la loi OHADA ne définissent pas l'organe social[1037]. Cette situation vient conforter notre étude, dans la mesure où nous tentons de définir le quasi associé. La doctrine a tenté de proposer une définition de l'organe social : il s'agit de toute personne ou ensemble de personnes à qui la loi donne un certain titre, dont elle fixe le statut et qui a le pouvoir d'agir et de décider au nom de la collectivité sociale[1038].

608. L'importance des assemblées d'actionnaires s'inscrit dans la logique de l'organisation des sociétés commerciales. À la différence du cas de l'indivision ou des relations contractuelles, les décisions sociétaires ne sont pas prises à l'unanimité, car celle-ci aurait été impossible à obtenir dans une personne morale qui a vocation à réunir de nombreux actionnaires[1039]. Les sociétés anonymes sont

[1035] P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, novembre 2019, Lextenso.
[1036] A. Akam Akam « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit Ohada », *Revue internationale de droit économique*, 2007/2 (t. XXI, 2), p. 211-243. DOI : 10.3917/ride.212.0211.
[1037] V. Art 333 AUSCGIE et suiv. pour la SARL 404 AUSCGIE et s. pour les SA en droit OHADA ; P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, novembre 2019, Lextenso,
[1038] P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés,* novembre 2019, Lextenso,
[1039] Y. GUYON, Assemblées d'actionnaires, Répertoire des sociétés, Juin 2021, Dalloz.

régies par la loi de la majorité[1040]. Cette majorité s'exprime en assemblée par le vote des résolutions qui engagent la société et qui s'imposent à tous. L'assemblée générale est, par conséquent, l'organe souverain de la société ou encore, selon la formule de THALLER, « *l'âme même de la personne morale*[1041] ». La société est ainsi gouvernée par ses propres actionnaires, ce qui lui donne un fonctionnement démocratique, encore que le décompte des voix se fasse selon le principe une action une voix, et non un actionnaire une voix, ce qui apparente aussi cette société à une ploutocratie[1042]. Pour déterminer ces organes sociaux, il faut donc se reporter à la législation : dans les sociétés en général, ce sera en principe le gérant et l'assemblée générale des associés ; dans les sociétés anonymes en particulier, ce sera le Conseil d'Administration, le président du conseil d'administration, le directoire, le conseil de surveillance, et l'assemblée générale des actionnaires.

B. La théorie de l'apparence en droit OHADA

609. Le droit OHADA est un droit communautaire. Il est relativement silencieux sur la théorie de l'apparence au sujet du couple, contrairement au droit français. Ce concept est inspiré de la doctrine et de la jurisprudence française. Les dispositions sur lesquelles nous pouvons fonder la théorie de l'apparence peuvent en outre relever tantôt du droit OHADA, tantôt du droit national[1043]. C'est le juge communautaire ou national qui est chargé de dire le droit sur ce sujet. Selon M. le professeur Barthélémy MERCADAL, le juge doit se fondre sur la croyance légitime pour justifier certaines erreurs d'appréciation[1044]. La CCJA a décidé de faire sienne la théorie de l'apparence. Elle a affirmé à cet effet qu'« *au regard des circonstances de la signature de la Convention d'établissement, les représentants de la CBGE ayant pu croire légitimement aux pouvoirs du Ministre en charge des Finances qui était aussi l'Autorité monétaire de la République de Guinée équatoriale, celle-ci est malvenue d'invoquer sa propre règlementation pour*

[1040] La loi de la majorité, RJ com. n°spéc. novembre 1991 ; X. BOUCOBZA, « La loi de la majorité dans les sociétés de capitaux », *Mélanges AEDBF*, t. III, 2001, éd. Banque, p. 45.
[1041] DP 1893.1.108.
[1042] Y. GUYON, « La société anonyme, une démocratie parfaite ! », *Mélanges in* C. Gavalda, 2001, Dalloz, p. 133
[1043] Il faut rappeler que le droit national est obligatoirement en conformité avec le droit OHADA.
[1044]B. MERCADAL, « Le Droit en action, pas dans les livres - Comment devenir un juriste abouti ? » *RDAA,* Numéro spécial, février 2019, Synthèse des travaux de la formation numérique IDEF 2018.

contester la validité de la convention d'arbitrage»[1045] . La CCJA a profité de cette affaire pour consacrer la théorie de l'apparence dans le droit OHADA. La théorie de l'apparence telle que consacrée par la CCJA devrait ainsi servir à valider toute convention conclue *ultra vires*, pour peu que la croyance de l'un des cocontractants ait été légitime[1046]. La position de la CCJA a été confirmé récemment[1047]. Il ne sera donc pas surprenant qu'à l'avenir, de voir constater de telles décisions au sujet de la théorie de l'apparence.

610. Il existe une différence ici avec le droit français, qui tient à deux principaux éléments. La coutume et le patriarcat prédominent dans le paysage de l'espace OHADA. Bien que contribuant à établir une différence, ces deux notions n'ont pas le même objet. Le professeur SAWADOGO souligne que « *avant la colonisation existaient des droits traditionnels ou originellement africains* »[1048]. L'auteur souhaite distinguer la coutume du droit tel que nous le connaissons aujourd'hui. Le vocabulaire juridique définit la coutume comme « *une norme de droit objectif fondée sur une tradition populaire qui prête à une pratique constante, un caractère juridiquement contraignant* »[1049]. Elle constitue une source de droit. Du point de vue des anthropologues, Norbert ROULAND estime que « *la coutume consiste en une série d'actes semblables qui forment un modèle de comportement social, en général légitimés par leur liaison au mythe* »[1050]. La coutume est entrée dans le droit. Le patriarcat en revanche tend à raviver les inégalités entre les hommes et les femmes, auxquelles s'ajoutent les questions de genres. Les questions soulevées par les problèmes de genre ont tendance à distordre le droit dans son application. En effet, tout n'est pas l'apanage de l'homme. Dans l'espace OHADA, nous constatons que les femmes entreprennent plus que les hommes (poissonnerie, négoce, alimentation générale, etc.), alors que la paternité de la

[1045] CCJA, 29 novembre 2011, République de Guinée équatoriale et la Communauté des États d'Afrique centrale (CEMAC) c/ la Commercial Bank of Guinea Ecuatorial (CBGE).
[1046] A. NGWANZA, Cahiers de l'arbitrage - n°4 - page 1141, 1er octobre 2013.
[1047] CCJA, 2e ch., 27 juillet 2017, n°187/2017.
[1048] F. M. SAWADOGO, « Les systèmes juridiques au Burkina Faso », *in* Mode de production des droits africains et Common Law, première rencontre de droit comparé du Canada, CICLEF, 1995, p. 32 s.
[1049] G. Cornu (dir), Vocabulaire juridique, 12e éd., Presses Universitaires de France, 2018, p. 284.
[1050] N. ROULAND, *L'anthropologie juridique,* Presses Universitaires de France, 1995, p. 190.

structure est souvent attribuée aux hommes[1051]. Il peut arriver que la femme soit dépossédée de son bien et que le conjoint exerce en tant qu'associé.

611. Finalement peu importe que cela soit attribué à l'homme ou à la femme ceux-ci exercent parfois ensemble et donnent l'image aux tiers qu'ils exercent une responsabilité égale et conjointe.

612. Selon Ariane BERTHOUD et Olivier FILLE-LAMBIE, l'agent des sûretés OHADA inspire l'agent des sûretés de droit français[1052]. Hughes MARTIN-SISTERON, précise que les dispositions de leur cadre juridique sont similaires[1053]. On peut alors en déduire aisément qu'il n'agit non pas en son nom propre mais pour l'ensemble des prêteurs. On peut en déduire qu'il y également ici « un jeu d'apparence ».

II. La théorie de l'apparence et le droit des sociétés

613. L'étude de la théorie de l'apparence se poursuit en droit des sociétés français (**A**) et en droit OHADA (**B**).

A. La théorie de l'apparence en droit français

614. L'originalité de la construction prétorienne sur l'apparence trompeuse tient à ce que la réalité juridique qui a été caractérisée, ou qui pourrait l'être, est écartée par les tribunaux, au profit de ce que le demandeur a pris à tort pour la réalité. Le résultat atteint est paradoxal, puisque les juges doivent normalement procéder aux requalifications qui s'imposent, même si l'une des parties s'est fait une représentation inexacte de la réalité. L'importance des effets de cette théorie de l'apparence justifie que ses conditions de mise en œuvre soient précises. La variété de ses hypothèses d'application a rendu nécessaire un effort de systématisation doctrinale, d'autant que cette théorie s'articule avec des mécanismes juridiques

[1051] D. GUEYE, Les femmes entrepreneures : avenir du continent africain, La Banque Mondiale, 29 novembre 2018 ; Rolland Berger, Women in entrepreneurship in Africa : at the heart of a promising hive of activity, 2019.
[1052] O. FILLE-LAMBIE et A. BERTHOUD, « Quand le droit OHADA inspire le droit français : l'exemple de l'agent des sûretés », *Hogan Lovells Publication*, 16 mai 2017.
[1053] H. MARTIN-SISTERON, « L'agent des sûretés OHADA : figure tutélaire du nouvel agent des sûretés français ? », *Revue Banque* n°812, 25 septembre 2017.

fondamentaux, tels que la notion de bonne foi, la maxime « *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* », ou encore la théorie de la simulation.

615. Il n'est donc pas étonnant que les utilisations de la théorie en matière de société ait fait l'objet d'une étude particulière et très complète[1054]. Il n'est toutefois pas inutile de consacrer de nouveaux développements à ce sujet, en raison de l'évolution du droit des sociétés ces deux dernières décennies qui renouvelle sensiblement la question. Les lois du 24 juillet 1966 et du 4 janvier 1978, semblent avoir remis en cause les utilités traditionnelles de la théorie de l'apparence en matière de société. Il en va notamment ainsi en cas d'annulation ou de simulation d'une société, ou encore de comportements faisant croire à l'existence d'une société dotée de la personne morale[1055]. En revanche, de nouvelles perspectives d'application de la théorie de l'apparence se dégagent.

616. En droit positif, certaines sociétés, parce que dépourvues de la personne morale, échappent à tout formalisme. Leur constitution se résume à la conclusion d'un contrat de société. Bien plus, la loi de 1978 a consacré la notion de société créée de fait, qui désigne une société qui n'est caractérisée qu'à partir des agissements de ceux qui seront qualifiés d'associés. L'originalité de la société créée de fait permet aux tribunaux de recourir à la notion d'apparence de société créée de fait, qui pourrait être promise à un bel avenir en jurisprudence.

617. La qualité d'actionnaire du porteur est, selon nous, celle du quasi associé. Cette qualité de quasi associé passe par celle de l'associé apparent. La Cour d'appel de Lyon consacre l'existence d'actionnaires apparents à travers l'arrêt *Cooper c/ Pharmaceutique de l'Esplanade et Sabeton*[1056]. Il est vrai que les circonstances de l'espèce s'y prêtaient tout particulièrement. La Cour d'appel relève en effet des éléments particulièrement probants : les acquisitions réalisées par la société SPE avaient fait l'objet d'attestations d'inscription en compte, des dividendes lui avaient été régulièrement versés et la société SPE se trouvait encore mentionnée sur les listes d'actionnaires et les feuilles de présence aux assemblées, tout comme

[1054] J. CALAIS-AULOY, Essai *sur la notion d'apparence en droit commercial*, th. Montpellier 1959, n° 129 et s.
[1055] M. de GAUDEMARIS, « Théorie de l'apparence et sociétés », *Revue des sociétés*, Sociétés 1991. 465.
[1056] CA Lyon 13 août 1993, arrêt inédit, Cooper c/ Pharmaceutique de l'Esplanade et Sabeton

dans le cadre d'une situation de portage. Enfin, la société SPE était régulièrement convoquée aux assemblées et se trouvait même mentionnée dans les documents d'information établis à l'occasion de l'offre publique d'achat. On ne s'étonnera donc pas de la solution adoptée par la Cour d'appel de Lyon, qui consacre de façon indiscutable et classique, la fonction acquisitive de l'apparence[1057].

618. Même si les faits qui appellent à une situation de portage, nous estimons qu'il y a finalement une notion d'actionnaire apparent. La convention extrastatutaire entre le porteur et le porté vient à suffisance démontrer cette affirmation[1058]. Tel est bien le cas, puisque ces intermédiaires, qui sont inscrits en compte pour les titres qui leur sont confiés et qui sont des actionnaires apparents, peuvent à tout moment, se voir interdire l'exercice de leurs droits, voire même être passibles de sanctions pénales, dès lors que leur véritable qualité serait révélée[1059]. Le simple fait que la propriété des titres soit temporaire, cela abonde en notre sens.

619. Cette situation d'actionnaire apparent est la même dans toutes les autres situations de propriété temporaires qui font partie de nos hypothèses, telles que l'usufruitier, le locataire de titres sociaux ou le fiduciaire[1060].

620. Le fiduciaire et l'agent des sûretés sont des gestionnaires de biens[1061]. Ils gèrent le bien, mais ne sont pas totalement libres. Le droit du propriétaire dans sa plénitude suppose la réunion de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*[1062]. Notre étude nous amène à considérer qu'il y a des atteintes ou des restrictions à leur droit[1063].

[1057] L. LEVENEUR, *situations de fait et droit privé*, LGDJ n° 156 ; M. de GAUDEMARIS, « théorie de l'apparence et sociétés », *Rev. sociétés* 1991. 465 ; Cass. com. 30 juin 1975, Bull. Joly 1976. 19 ; Lyon 13 août 1993, arrêt inédit, Cooper c/ Pharmaceutique de l'Esplanade et Sabeton commenté par B. OPPETIT, Y. REINHARD.

[1058] Marine Bonnier, Virginie Coursière-Pluntz, Élisabeth Flaicher-Maneval, Amaury Le Bourdon, Vincent Lorieul, Camille Peraudeau, Nathalie Pétrignet, Denis Redon, Mémento concurrence consommation 2022, Collection Mémento pratique Francis Lefebvre, 08 septembre 2021.

[1059] J.-P. VALUET, « L'identification des actionnaires des sociétés cotées », *Rev. sociétés* 1996. 707

[1060] Grenoble, 19 juillet 1905, *DP* 1906.II.137, maintenu par Cass. req., 31 juillet 1906, *congrégation des Chartreux*, *DP* 1907.I.478 ; *S.* 1908.1.185 ; P. MALAURIE., L. AYNÈS, M. JULIENNE, *Droit des biens*, 9e ed. Septembre 2021, Lextenso.

[1061] V. Art 2011 et s. du Code civil.

[1062] A. SÉRIAUX, Propriété, Répertoire de droit immobilier, Juin 2016.

[1063] B. GOUTHIERE, *Memento Patrimoine 2019-2020*, Editions Francis Lefebvre, 25 septembre 2020.

621. Les notions susmentionnées sont pourtant considérées comme étant les véritables propriétaires, pleinement investis des pouvoirs qui découlent de leur statut. La réalité est toute autre. Ces pouvoirs sont le plus souvent partagés avec un tiers au contrat ou à la société[1064]. Ces notions entretiennent contractuellement, voire apparemment, la qualité d'associé. Le fiduciaire, grâce au contrat de fiducie ; l'agent des sûretés, lorsqu'il fait partie de et représente l'ensemble des prêteurs. Cette apparence de pouvoir nous renvoie au quasi associé, qui est l'associé diminué (de l'*usus*, du *fructus* ou de l'*abusus*) des prérogatives de l'associé.

B. La théorie de l'apparence en droit OHADA

622. Comparée à la société de fait, qui correspond à la catégorie de situation de fait, la société en participation contient tous les éléments d'assimilation à cette dernière[1065]. Elle est une société voulue selon l'une des formes de sociétés prévues par l'Acte Uniforme[1066]. Il est permis de penser ainsi tant qu'elle est régie par le même corps de règles qui organisent les sociétés en nom collectif, à responsabilité limitée, en commandite simple et anonymes. Sauf à présumer les futurs associés en participation titulaires de l'érudition nécessaire pour imaginer une forme particulière d'organisation qu'ils soumettront au régime de la société en participation, ceux-ci auront simplement à l'esprit les modèles de sociétés que leur fournit la législation en vigueur. Or, ces sociétés ont été bien aménagées en termes de conditions de forme et de fond. Seulement, la société en participation doit évoluer en marge de ces conditions. Elle n'a donc pas la personnalité morale et n'est pas davantage soumise à publicité. Par voie de conséquence, elle n'a pas d'existence ostensible, seules les parties en ont connaissance. De plus, à l'égard des tiers, chaque associé contracte en son nom personnel et est seul responsable, tout comme dans la société de fait. Il y a une application de la théorie de l'apparence[1067]. La loi elle-même a permis de déduire l'existence de la société de

[1064] *Ibid*.
[1065] Par exemple, J. VALLANSAN et É. DESMORIEUX, *Société en participation et société créée de fait : aspects juridiques et fiscaux*, Coll. « Pratique des affaires », Paris, GLN-Joly, 1996.
[1066] Art. 6, al. 2 : La société en nom collectif (SNC), la société à responsabilité limitée SARL, la société en commandite simple (SCS) et la société anonyme (SA).
[1067] Selon l'alinéa 2 de l'article 854, l'existence de la société en participation est prouvée par tout moyen.

fait du comportement des associés de fait[1068]. Cette disposition est également similaire pour la société créée de fait.

623. Nos hypothèses issues du secteur de l'informel telles que la tontine, le *Work and Pay* ou encore la Nana Benz sont en apparence des sociétés parfaitement constituées. Elles exercent leurs activités de manières tout à fait normales. Nous pourrons même dire de manière presque légale. Elles réalisent des actes de commerces, contractent des crédits auprès d'établissements. Quels que soient les engagements contractés, ceux-ci sont réalisés par « l'actionnaire de la société ». La relation contractuelle pourrait s'apparenter à celle existant entre un associé gérant et un cocontractant. Elles donnent aux tiers l'apparence aux tiers d'une société légalement établie[1069].

624. Dans la plupart des cas, les tiers (banquier, fournisseur) ayant des relations d'affaires ou une habitude contractuelle avec nos hypothèses traitent ces structures comme étant des sociétés établies. Elles présentent l'apparence d'actionnaire-salarié d'une société et sont considérées comme tel par tous que ce soit dans une optique punitive ou restrictive.

[1068] Art. 864 AUSCGIE; CA Ouagadougou, ch. civ. & com., n° 86, 21 avril 2006, préc., www.ohada.com, Ohadata J-09-24; CA Daloa n° 195/2000 du 24 mai 2000 : WAN KIL LEE c/ JEON KUK HYUN, préc., note 35.
[1069] F. BIBOUM BIKAY, « les situations de fait en droit des sociétés de l'OHADA », *R.D.U.S.*, 2013.

Conclusion du chapitre 1

625. L'associé en puissance et l'associé de fait sont soumis au temps. En effet, ces situations correspondent à une durée déterminée. Cette situation souvent précaire prend fin lorsque le juge survient, ou lorsque la réalisation de l'investissement est atteinte. En effet, la temporalité peut prendre fin soit à la sortie de l'informel (il faut entendre ici une situation dans laquelle le donneur d'ordre sort de l'ombre), soit par l'intervention d'un juge sous la forme d'une sanction (dissolution ou liquidation).

626. Le critère temporel peut également être observé sous l'angle contractuel. Cet ajustement temporel permet à l'associé en puissance averti de gérer sa participation à la société. Il en découle que, pendant le temps de cette situation, ce dernier ne peut être soumis au risque. Cette insoumission au risque est couverte soit par le législateur, soit par le champs contractuel. Si l'on considère l'associé en puissance comme le détenteur de valeurs mobilière donnant accès au capital, il n'existe pas pour celui-ci d'obligation de rembourser. Il en va de même pour les associés de fait que sont l'usufruitier ou l'indivision. Il en résulte des dispositions similaires pour le risque social. Toutefois, il n'existe pas de risque zéro. L'associé en puissance ne peut s'affranchir totalement de la notion de risque. Il est soumis à des risques étrangers, tels que la force majeure ou la faillite.

627. Il semble difficile d'appliquer à l'associé en puissance le régime de l'associé. Il faut apprécier davantage l'associé en puissance comme un créancier, en ce sens qu'il investit dans la société à son profit ou pour celui d'un tiers.

Chapitre 2. Le quasi associé, créancier de la société

628. Notre analyse dresse le constat suivant : les notions étudiées sont toutes soumises à une temporalité plutôt courte, en comparaison de celle de l'associé. La durée peut être fixée contractuellement ou par la loi, mais, en tout état de cause, elle n'est pas *ad vitam aeternam* (99 ans) comme celle de l'associé (**Section 1**). Le statut de créancier et le régime qui découle de cette qualification semblent protéger le quasi associé (**Section 2**).

Section 1. L'étude de la temporalité

629. Il résulte des propos précédents que l'évolution de la société (juridique et technologique) apparaît, dans la majorité des cas, comme une émergence de la notion de quasi associé (**I**). Il faut ensuite identifier un profil de l'associé en puissance (**II**)

I. La temporalité entre les individus

630. La notion de quasi associé émerge au sein de notre société. Elle émerge tant par la jurisprudence (**A**) que par la doctrine (**B**).

A. L'approche jurisprudentielle de l'associé de fait

631. Il est possible de devenir propriétaire de titres sociaux sans recevoir la qualité d'associé, nous l'avons démontré. Il est admis qu'un tiers puisse revendiquer la qualité d'associé.

1 – Les hypothèses issues du formel

a – Cas du conjoint

632. Dans l'hypothèse du conjoint deux situations retiennent notre attention. La première est celle où, dans un régime communautaire l'un des conjoints achète des actions après le mariage. Les biens acquis après le mariage par un époux tombent dans la communauté[1070]. Cela vaut également pour les gains et

[1070] Cass. 1ère civ. 16 juin 1992, n°90-19570.

salaires[1071]. Les titres sociaux achetés, bien que l'époux ait inscrit son nom dessus sont des biens communs. Pourtant la jurisprudence est claire à ce sujet : le conjoint est étranger au contrat de société[1072]. Il bénéficie quand même des autres prérogatives qui sont liées au titre. Les dividendes lui reviennent *a minima* pour moitié.

633. La seconde situation est beaucoup plus conflictuelle. Elle concerne une situation dans laquelle l'époux tiers peut demander à un juge de se voir attribuer la propriété des parts, soit au titre du partage soit pour le bien de la communauté quand bien même ce dernier n'aurait pas fait d'apport, ni serait animé de *l'affectio societatis.* Dans une bataille judiciaire les articles 219 et 1426 permettent de remplacer le conjoint et d'user à son tour des droits de la faculté d'intervention. Il faut en déduire que le conjoint non-administrateur jouit du droit d'intervenir dans les affaires sociales. La situation du cessionnaire de parts sociales et celle du conjoint commun en biens de l'associé ayant acquis des parts sociales (en droit français et en droit OHADA) ayant acquis des parts sociales ont démontré que l'associé ne peut avoir un pouvoir absolu au détriment d'un autre acteur. Le conjoint peut demander au juge d'annuler la vente surtout si celle-ci se fait au détriment de la communauté.

b – Cas des héritiers

634. Dans notre exemple, une épouse et les enfants ont hérité des parts sociales composant le capital d'une Société d'Exercice Libérale à Responsabilité Limité (SELARL) appartenant au mari et père médecin-anesthésiste associé, avec cinq autres médecins, de ladite SELARL[1073]. Une assemblée extraordinaire, a alors été réunie à cette fin, à laquelle les héritiers indivisaires n'ont pas été convoqués. L'absence d'agrément, qui peut être assimilé au refus d'agrément, empêche quiconque de devenir associés si elle existe. Quoi qu'il en soit, ni l'épouse, ni ses enfants n'ont été agréés. Ils ont certes droit au remboursement des parts sociales héritées en valeur, mais aucun d'eux n'a la qualité d'associé. Par conséquent, ils

[1071] V. Not. Arret Praslicka du 31 mars 1992.
[1072] Cass. com., 23 décembre1957 : D. 1958, jur. 267, note LE GALCHER-BARON ; Cass. 1ère civ., 4 juillet 2012, n°11-13384.
[1073] Cass. com., 27 mars 2019, n°17-23886.

n'ont pas à être convoqués aux assemblées, ni ne peuvent participer au vote de l'assemblée. Cette solution s'inscrit dans la droite ligne jurisprudentielle admettant l'indemnisation des héritiers non agréés en tant qu'associés[1074].

c – Cas de l'usufruitier

635. L'usufruitier, s'inscrit également dans ce débat qui consiste à lui reconnaître certains droits (jouissance, dividendes) de l'associé mais pas le statut.

636. Dans nos premiers développements nous avons fait état du débat jurisprudentiel sur la qualité d'associé. Il y a un défaut de jurisprudence du droit OHADA en la matière. La jurisprudence française ainsi que celle de l'Union Européenne se sont accordées pour déterminer que l'usufruitier ne peut recevoir la qualité d'associé[1075]. Cette décision est retenue à cause du transfert de la nue-propriété. Or, il faut lui reconnaître des droits de jouissance et la possibilité de participer aux affaires sociales de la société. Il faut donc conclure que l'usufruitier n'est pas un associé, mais qu'il dispose des prérogatives de l'associé.

d – Cas du fiduciaire

637. C'est également le cas pour le fiduciaire, qui est propriétaire des titres mais n'est pas le propriétaire final. La constitution d'une Fiducie suppose le transfert de propriété d'un patrimoine vers un autre[1076]. Le fiduciaire est à ce moment-là perçu comme un actionnaire. Il assume pleinement la charge de l'associé. Mais en a-t-il la qualité à proprement parler ? Quand bien même cela ne serait pas le cas, il ne peut agir comme il veut[1077]. Il est responsable de son action envers une ou plusieurs personnes. Il faut alors imaginer que le fiduciaire dispose de toutes les prérogatives mais il ne dispose pas de l'autonomie de la volonté. Il ne peut faire

[1074] Rev. sociétés 2008, p. 826, note J.-F. BARBIÈRI ; RTD com. 2008, p. 588, obs. M.-H. MONSERIE-BON ; *Dr. & patr. mai* 2009, p. 104, obs. D. PORACCHIA.
[1075] Un arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européenne. Elle-même a eu à se prononcer sur le sujet et a rendu un arrêt le 22 Décembre 2008.
[1076] V. art. 2062 C. civ.
[1077] V. Art. 2026 C.civ.

ce qu'il veut. Les deux jurisprudences nous enseignent sur la fiducie que le fiduciaire n'est pas pleinement un associé. Il est reconnu comme ayant des prérogatives, des qualités de l'associé, mais il n'est pas reconnu comme tel.

638. L'heure du quasi associé peut prendre fin lorsque son objectif ou son objet social est réalisé. En fonction de la volition du quasi associé cela peut consister à sortir de la pauvreté, sortir de l'informel ou être à son compte. Cette situation correspond aux cas de figure détaillés ci-après.

639. L'article 30 de l'AUDCG définit comme un entrepreneur individuel, une personne physique qui, sur simple déclaration, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole. Si le terme *« entreprenant »* est nouveau, la réalité juridique et économique qu'il recouvre ne l'est guère. Bien avant son homologue OHADA, le législateur français avait, à travers la loi française n° 2008-776 du 4 août 2008 (JO 5 août), dite « *loi de modernisation de l'économie* » créé ce que la pratique appelle l'autoentrepreneur. En créant le statut de l'entreprenant, l'ambition du législateur OHADA était de se saisir de l'ensemble des activités économiques qui, jusque-là, échappaient à sa règlementation, soit celles du secteur informel[1078]. L'article 13 dudit acte impose ce système aux très petites entreprises. Ces sociétés doivent avoir un chiffre d'affaires inférieur ou égal à trente millions de francs CFA pour les entreprises de négoce, vingt millions pour les entreprises artisanales et assimilées et dix millions pour les entreprises de service. Le seuil du chiffre d'affaires peut être déterminé par les États membres sur les territoires desquels les entreprenants exercent. Le non-respect de ces seuils nationaux entraine la perte de la qualité d'entreprenant et du bénéfice de la législation spéciale à cet effet. Il en va de même du non-respect de ces obligations[1079]. Pour l'activité de la Nana Benz cette somme peut être rapidement atteinte. Le statut d'entreprenant pour la Nana Benz est donc tout aussi temporaire que précaire.

2 – Les hypothèses issues de l'informel

[1078] S.BISSALOUÉ, « L'entreprenant, un statut prometteur », *Wolters Kluwer*, 2 septembre 2017.
[1079] F. BIBOUM BIKAY, « L'entreprenant OHADA et les procédures collectives », *Penant* 1 juillet 2017, n° PENA2017-900-357, p. 357

640. Dans cette situation, il s'agit de nos hypothèses qui souhaitent sortir de l'informel et entamer une procédure de régularisation ou de constitution de leur société conformément aux textes en vigueur. Cette situation correspond à une société qui a déjà une activité, mais dans le cadre informel, et qui souhaite désormais avoir une existence légale. Cela peut être le cas du *Work and Pay* mais aussi de la Nana Benz.

641. En tant qu'organisme de placement collectif d'épargne, la tontine permet de financer des activités. Il est donc loisible d'affirmer que l'un des tontiniers peut, une fois son tour de collecte venu, décider de ne pas rester dans l'informel et créer une société en conformité avec le droit OHADA des sociétés. Cette volonté de créer une société régulière, peut déplacer une obligation naturelle vers une obligation civile, s'il existe un contrat social entre les différents tontiniers. Le tontinier aura alors l'obligation de créer une société[1080].

B. L'approche doctrinale de l'associé de fait

642. Il n'y a pas que le juge qui a eu l'occasion de se pencher sur la question du quasi associé. La doctrine s'y est également intéressée sur la question.

a – Cas de l'usufruitier

643. Nous poursuivons la réflexion avec l'usufruitier qui a fait l'objet d'un vif débat doctrinal (et peut-être jurisprudentielle) quant à sa qualité d'associé[1081]. Nous avions auparavant fait état des deux thèses opposées relatives à la qualité d'associé de l'usufruitier. La première penche en faveur de l'usufruitier comme associé, l'autre rejette cette idée. Cette analyse nous permet de tirer la conclusion suivante celui-ci n'a pas la qualité d'associé, mais dispose de ses prérogatives de ce dernier. Il est par conséquent un quasi associé[1082].

[1080] Cela est fréquent dans la mesure où l'ensemble des tontiniers veulent ensemble sortir de la pauvreté ou encore si la tontine est exclusivement constituée par des entrepreneurs.
[1081] J. DERRUPPÉ, « Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions », *LPA* 13 juillet 1994, n° 83, p. 15 ; V. à ce sujet : M. BLANCK DAP, « L'usufruitier de droits sociaux peut-il être considéré comme un associé ? », *Option finance* 2 mai 2011, n° 1123, p. 23 ; Th. REVET, « L'usufruitier n'est pas associé », note ss. Cass. civ. 3ème, 29 novembre 2006, préc.
[1082] V. à ce sujet A. VIANDIER, *la notion d'associé*, LGDJ 1978.

b – Cas du détenteur de valeurs mobilières

644. La doctrine s'est souvent contentée de déterminer qui a la qualité d'associé et qui ne l'a pas. Elle a souvent manqué de termes ou d'audace pour qualifier ce nouvel acteur. Prenons l'exemple du titulaire de VMAC, notre première hypothèse, qui est également l'une des premières envisagées par la doctrine [1083]. Selon le Professeur François-Xavier LUCAS : « *l'on pourrait imaginer de voir dans certains titulaires de titres de créance, sinon des associés (l'audace nous manque pour qualifier ainsi celui qui ne détient aucun titre de capital...) mais des quasi-associés. Il suffit de constater que la condition de l'actionnaire en puissance qu'est celle du titulaire d'obligations remboursables, échangeables ou convertibles en actions est bien proche de celle d'un associé. L'idée paraît d'ailleurs en filigrane dans les mesures de protection de ces actionnaires en puissance*[1084] ». En effet, le droit OHADA et le droit français figent la société en quelque sorte la société entre les mains du détenteur de valeurs mobilières. Les actionnaires de la société ne peuvent plus modifier de statut ou agir à leur guise, sans consulter préalablement, voire obtenir l'accord des détenteurs de valeurs mobilières.

c – Cas du porteur dans le cadre d'une convention de portage

645. On peut s'interroger sur la qualité d'associé du porteur. La validité d'un engagement de vote qui s'assortirait d'une convention de portage. En effet, en pratique, le porteur, seul associé, conclura fréquemment un accord de vote annexe avec le donneur d'ordre, animé d'un véritable *affectio societatis*[1085]. Cet engagement est-il valable ? Si oui, ne diminue-t-il pas la qualité d'associé du porteur ? Du moment que l'on fait de la conformité à l'intérêt social la cause de la convention de vote, il y a lieu de conclure par la négative. Or, la convention est conclue dans l'intérêt exclusif du donneur d'ordre et ne satisfait nullement l'intérêt de la société. En outre, le porteur, qui a la qualité d'associé, accède seul aux assemblées et pourra dès lors être conduit à émettre un suffrage en exécution du

[1083] M. BUCHBERGER, Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé, thèses, p. 114, n° 120.
[1084] Voir également A. VIANDIER, *la notion d'associé*, LGDJ, pp.262-263, pp.314.
[1085] R. KADDOUCH, le droit de vote de l'associé, th., Université Aix-Marseille, 2001

contrat en contradiction directe avec l'intérêt social, tel qu'il aura été dégagé lors des débats. La doctrine retient cependant majoritairement la thèse inverse, qui admet la validité de cet engagement de vote accessoire à la convention de portage[1086]. Mais, cet accord aménageant le droit de vote du porteur vient diminuer la qualité d'associé du porteur, car, d'une part, il y a une entrave à son exercice d'autre part il n'est pas loyal envers la société ou son intérêt social mais envers un tiers. La licéité de l'engagement sur le sens du suffrage du porteur ne rejaillit donc pas sur le portage lui-même[1087]. Il rejaillit sur sa qualité d'associé en ce sens qu'elle la limite. Il y a donc comme une forme d'entre-deux. Cela permet de préparer l'arrivée de l'associé en puissance qu'est le donneur d'ordre.

d – Cas du fiduciaire

646. Il a été établi que le fiduciaire exerce les droits de l'associé comme s'il était associé, en vertu de la règle translative de propriété. Plusieurs raisons viennent toutefois nous inciter à affaiblir la thèse du fiduciaire ayant la qualité d'associé.

647. La première est que le fiduciaire jouit temporairement des droits d'un autre tout comme l'usufruitier. Une fois son contrat exécuté, il aura la charge de remettre les biens ou de restituer par équivalent au bénéficiaire. Il ne peut alors faire ce qu'il veut, contrairement à l'associé qui réalise un apport. L'abusus du fiduciaire n'est pas complet. La seconde est que le fiduciaire peut recevoir des instructions de la part du constituant et/ ou du bénéficiaire[1088]. Ces instructions peuvent avoir pour effet d'interférer dans la gestion des titres sociaux.

II. Le profil de l'associé en puissance

[1086] V. en ce sens, F.-X. LUCAS, Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières, Bibl. dr. priv. t. 283, LGDJ, 1997, n° 250 et s. ; M. JEANTIN, Conventions de portage et droit des sociétés, RD bancaire et de la Bourse 1991 p. 122 ; B. TREILLE, « Les conventions de portage », *Rev. Sociétés.* 1997 p. 721 – adde, TGI Lille 28 octobre 1986, *Rev. Sociétés* 1987 p. 600, note Cl. WITZ : « dans une convention de portage, le porteur ne prend la qualité d'actionnaire non pas pour en exercer les prérogatives financières ou de gouvernement, mais dans le seul but de rendre au donneur d'ordre le service convenu. C'est ainsi qu'il est d'usage de convenir que si le porteur vient à encaisser les dividendes, ceux-ci s'imputeront sur le prix de rachat en déduction de son montant, c'est ainsi encore que le porteur, qui ne poursuit aucun intérêt propre dans la société dont il est l'actionnaire, y vote dans le sens que son cocontractant lui indique » – plus nuancé, F. POLLAUD-DULIAN, « L'actionnaire dans les opérations de portage », *Rev. Sociétés* 1999 p. 765 – contra, D. de TCHAGUINE-SEGURET et H. FRANCOIS-MARSAL, « Portage : la clarification nécessaire », *Gaz. Pal.* 1989, 1, chron. p. 245.

[1087] R. KADDOUCH, *le droit de vote de l'associé*, th., Université Aix-Marseille, 2001.

[1088] *Ibid.*

648. Des finalités éloignées des préoccupations du droit commun (par exemple protection des investisseurs et de l'intégrité du marché, exigences de transparence et loyauté dans les transactions, par exemple) et une construction selon des procédés spécifiques semblent avoir consommé la rupture entre le droit financier et le droit des sociétés. L'unité étant l'un des enjeux de la recherche il s'agira d'établir si le profil en (**A**) droit français et (**B**) droit OHADA sont identiques.

A. Le profil en droit français

649. Le droit, sans le verbe qui l'exprime, est nu. Les législateurs, chargés de produire les règles et institutions positives, autant que la doctrine, dont la tâche est de décrire et d'expliquer l'œuvre des législateurs, seraient démunis s'ils n'avaient plus à disposition leur principal outil de travail : le langage juridique[1089]. Oscar Wilde écrivait : « *Nos pensées naissent toutes habillées de mots*[1090] » . Mais, bien au contraire, lorsqu'elles naissent, les pensées sont nues et, ensuite, qui veut les communiquer – ou, mieux, les transmettre – doit les habiller de mots. Cela vaut, évidemment, pour les pensées juridiques. La pensée juridique est à son tour véhiculée par la doctrine.

650. La doctrine juridique participe au processus de production du droit au moins de quatre manières différentes : par une activité d'interprétation, par un travail de systématisation, par la production de nouvelles représentations, enfin par une participation plus directe à l'élaboration de la norme. Ces différentes facettes sont bien évidemment indissociables[1091]. Le sujet de notre étude qu'est le quasi associé n'échappe pas à cette règle. La doctrine, s'est penchée sur cette question. Deux grands auteurs ont tour à tour analysé cette situation.

[1089] B. BARRAUD, La science et la doctrine juridiques à l'épreuve de la polysémie des concepts. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016 p.76, p.5-47.
[1090] Cité par A. DULOT, *Ce que penser veut dire*, L'Harmattan, coll. Pour comprendre, 2013, p. 86.
[1091] J. CHEVALLIER. *Doctrine juridique et science juridique*. Droit et Société, Librairie générale de droit et de jurisprudence : Lextenso éditions/L.G.D.J., 2002, pp. 103-119.

Opinion du Professeur VIANDIER

651. Le Professeur VIANDIER dénommait l'objet de notre étude « le participant »[1092]. Il correspond à tout sujet de droit ne pouvant être qualifié de tiers ou associé d'une société[1093]. Il participe à la vie de la société grâce à des actes matériels. Il a littéralement un pied au-dedans et l'autre au-dehors de la société.

Opinion du Professeur François-Xavier LUCAS

652. En 1989, une thèse reprenait ainsi cette idée selon laquelle « *l'actionnaire, traditionnellement associé, tend à devenir bailleur de fond* » [1094]. Mr. Le professeur François-Xavier LUCAS lui a donné sa véritable audience, en 1997, dans sa thèse consacrée aux *transferts temporaires de valeurs mobilières*[1095] (en nourrissant probablement les réflexions des magistrats de la Chambre commerciale de la Cour de cassation lorsqu'ils ont rendu leur arrêt susvisé du 24 novembre 2004[1096]).

653. Mr. Le Professeur François-Xavier Lucas a en effet théorisé cet éclatement de la notion d'associé en plaidant pour la reconnaissance de cette nouvelle catégorie des « bailleurs de fonds » : « *Cette idée s'impose aujourd'hui avec une évidence encore plus grande à raison des évolutions contemporaines du droit des sociétés. La diversification des valeurs mobilières ainsi que le développement de l'actionnariat populaire ont accentué cette distinction entre deux catégories d'actionnaires en imposant ce constat que l'actionnaire, traditionnellement associé, tend à devenir bailleur de fonds*[1097] ». Autrement dit,

[1092] A. VIANDIER, *la notion d'associé*, LGDJ, 1978, p258, PP314.
[1093] Cass. Civ 2ème, 25 avril 1972 ; Du BOIS de GAUDUSSON, *l'usager du service public administratif*, thèse Paris, LGDJ, 1974, pp. 23 et s.
[1094] B. CORDIER, *Le renforcement des fonds propres dans les sociétés anonymes*, LGDJ, 1989, Bibliothèque de droit privé, Tome CCIV, p. 26.
[1095] F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, op. cit.
[1096] Cass. Com., 16 novembre 2004, n° 00-22.713, D. 2004. 3144, et les obs. ; *ibid*. 2005. 2950, obs. J.-C. HALLOUIN et E. LAMAZEROLLES ; Rev. sociétés 2005. 593, note H. LE NABASQUE ; cette Revue 2005. 111, obs. C. C. CHAMPAUD et D. DANET ; JCP E 2004. 1881 ; JCP E n° 4, 27 janvier 2005, p. 123 s. ; F.-X. LUCAS, « Du contrat de société au contrat d'investissement », *RD banc. fin. op. cit.*, p. 32, comm. n° 29 ; A. COURET, RD banc. fin. janvier-février 2005, p. 32, comm. n° 29 ; D. PORACCHIA, Dr. et patr. février 2005. 133 ; JCP E 2005. 131, obs. n° 1 de J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER.
[1097] F.-X. LUCAS, *op.cit*, n° 296, p. 153.

il y aurait, dans la catégorie des associés, deux sous-catégories : les « vrais associés », également définis comme les « contrôlaires » (pour reprendre l'expression utilisée notamment par le Professeur CHAMPAUD), et les « bailleurs de fonds », préoccupés uniquement par la rentabilité de leur investissement[1098].

654. L'apport de la thèse de Mr. le Professeur François-Xavier LUCAS sous cet angle est donc d'avoir identifié clairement l'actionnaire « *bailleurs de fonds dont l'état d'esprit est bien éloigné de celui de l'associé connu du Code civil*[1099] » et d'avoir tenté de donner un fondement à sa spécificité. Alors que l'associé classique est censé être animé par un *affectio societatis* extrêmement fort (frôlant presque, à lire certains auteurs, l'*affectio matrimonii*[1100] et l'impliquant fortement dans la vie courante de la société), l'actionnaire « bailleur de fonds », à l'inverse, aurait une *affectio societatis* réduite à peau de chagrin[1101]. La ligne de partage ne devrait « *donc plus s'établir entre ceux qui sont actionnaires et ceux qui ne le sont pas* » mais devrait être tracée « *entre les associés et les investisseurs* »[1102] ou *« consommateurs de produits financiers* »[1103]. L'internationalisation des investissements et le succès rencontré par les valeurs mobilières donnant accès au capital aux États-Unis, œuvrèrent en faveur de leur transposition, malgré les fortes réticences initialement exprimées à l'encontre de leur introduction en droit français[1104]. Les valeurs mobilières assurent à l'investisseur une rémunération minimale (garantie par le remboursement de l'obligation), tout en lui attribuant la

[1098] M. BERTREL, La société, « contrat d'investissement » ? *RTD com*. 2013. 403.
[1099] F.-X. LUCAS, Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ?, *RD banc. fin*. 2002, n° 4, p. 216.
[1100] H. ROLAND, *Lexique juridique*, expressions latines, V° « *affectio matrimonii* », p. 12 : « volonté de contracter une véritable union conjugale en acceptant l'ensemble des effets légaux attachés à l'état de mariage ». Sur cette exigence, V., not., les propos de F.-X. LUCAS : « voilà un contrat, le contrat de société, pour lequel on ne se soucie pas seulement du consentement des parties, mais qui requiert de tous les contractants une foi partagée, une "volonté d'œuvrer ensemble au succès d'une entreprise commune". La loi leur demande de mettre en commun le gain et le dommage et d'entretenir des rapports de fraternité qui vont bien au-delà de ce que l'on exige de cocontractants. Dans quel contrat retrouve-t-on une telle exigence évangélique ? Même le mariage fait pâle figure à côté de ce que l'on nous dit être le contrat de société. Et ce d'autant plus que notre droit du divorce étant ce qu'il est, il est plus facile de se séparer d'un époux acariâtre que d'un associé au caractère difficile. Cet aperçu de l'associé ne procède pas d'une présentation romantique du droit des sociétés. Tel est l'enseignement servi dans tous les bons manuels, tel est le propos habituellement professé et le viatique que reçoit tout étudiant en droit des affaires. Pourtant, si cette analyse est convenable dans la plupart des sociétés, elle cesse de l'être généralement lorsque l'on se trouve en présence d'une société par actions », F.-X. LUCAS, *Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'*associé *?, op. cit*, n° 4, p. 216.
[1101] P. MISSEREY, Cah. dr. entr. 5/1994, p. 26
[1102] F.-X. LUCAS, Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ?, op. cit., n° 4, p. 216.
[1103] F.-X. LUCAS, Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie des valeurs mobilières, op. cit., n° 299, p. 155.
[1104] JO, doc. parl. Sénat, 1ère session ordinaire, 1968-1969, Rapp. J. FOYER, n° 34, p. 19.

faculté de transformer, en action, le titre de créance initialement émis. Puis M. le professeur François-Xavier LUCAS le dénomme « *l'associé en puissance* »[1105].

655. Nous souscrivons à cette dernière analyse mais, pour apporter notre pierre à l'édifice, nous nous permettrons de la compléter de la façon suivante. Il n'y a pas d'un côté les « vrais associés » et, de l'autre, les « faux associés ». Il y a les « bailleurs de fonds » ou plutôt des quasi associés, qui s'extrairaient complètement de la catégorie des associés et s'en distinguent. Il y a en réalité une catégorie d'associé ayant revêtu ce manteau juridique avec l'absence de vocation de contrôle du pouvoir de direction[1106]. En d'autres termes, il nous semble que le pouvoir de direction peut aider à tracer la ligne de démarcation entre ces deux catégories d'associés que sont les « contrôlaires » et les « quasi associés ». Les uns et les autres peuvent être des associés, mais les seconds n'ont pas vocation au pouvoir de direction. La digitalisation de notre société a fait constater l'apparition d'un nouveau métier : le *business angel*. Ces derniers ou les fonds de capital-investissement ou encore de capital-risque réalisent un investissement grâce aux valeurs mobilières. Ils réalisent des investissements ou des prises de participation dans la société *via* des valeurs mobilières.

656. Le mobile des « quasi associés », la raison pour laquelle ils ont choisi de devenir associés, n'est en effet pas d'ordre politique, comme les « contrôlaires », mais exclusivement d'ordre financier. Leur stratégie d'associé est totalement orientée sur le taux de rendement des sommes qu'ils investissent, le fameux « TRI »[1107].

B. Le profil dans l'espace OHADA

657. Il a été établi que le quasi associé en droit français avait un profil, le comportement et les attentes d'un investisseur. Dans le cadre de notre étude, il faut rappeler que le droit OHADA est un parent du droit français. A ce titre les dispositions des deux droits sont souvent similaires. Le débat relatif au titulaire de valeurs mobilières donnant accès au capital, aux locataires de titres sociaux, ainsi qu'à l'usufruitier sont les mêmes en droit français et en droit OHADA.

[1105] F.-X. LUCAS, « Variations sur la convention de portage d'actions », *Rev. Sociétés* 2016. 726
[1106] M. BERTREL, La société, « contrat d'investissement » ? *RTD com*. 2013. 403.
[1107] Il s'agit du Taux de Retour sur Investissement.

658. Le droit des valeurs mobilières OHADA n'a pas la même maturité que le droit des valeurs mobilières français ou international. En effet, dans l'espace OHADA, les praticiens et le législateur OHADA ont quelque peu mis de côté ce véhicule d'investissement[1108]. Nous n'avons pu constater l'exercice de valeurs mobiliers donnant accès au capital par des fonds de capital investissements ou des particuliers. Pour les mêmes raisons, nous n'avons pu constater la présence de *business angels* contrairement à ce qui a pu être observé au Ghana ou au Nigéria[1109]. Les investisseurs ou bailleurs de fond se limitent généralement aux mécanismes des comptes courants d'associés ou des prises de participations. Ils utilisent encore les modes traditionnels ou classiques. Le profil du quasi associé en droit français aurait pu se répliquer complètement en droit OHADA, mais le marché de capitaux semble ne pas avoir atteint un niveau de maturité permettant l'usage de tels instruments juridiques. A la marge, il a pu être constaté des cas de portages d'actions dans la zone OHADA. Ils sont limités aux financements importants. Il s'agit de banques ou de fonds d'investissement portant un autre investisseur ayant peu ou prou la même taille.

659. La zone OHADA, au-delà des similitudes, dispose de ses propres réalités. Le quasi associé dans l'espace OHADA est très fortement inspiré de l'informel. Nos hypothèses de départ que sont la Nana Benz[1110], les Constituants du *Work and Pay* et les constituants de la tontine[1111] viennent conforter notre analyse. Ils participent à la société. Ils ont pour unique volition d'investir dans celle-ci afin de tirer un maximum de profit dans une courte durée. En effet, nos hypothèses n'ont pas vocation à perdurer dans la société. Ils ont vocation à faire des investissements « traditionnels »[1112].

[1108] M. MOUIZANA et J. CHALLOUB, « SAS et options donnant accès au capital social » *Lexbase Afrique-OHADA*, n°36 du 10 septembre 2020.

[1109] C. JEKINNOU, Assoicé-Gérant, Fanaka & Co, Startups : à la recherche de la « licorne » francophone, Africa CEO Forum 2020.

[1110] C. TOULABOR, « Les Nana Benz de Lomé. Mutations d'une bourgeoisie compradore, entre heur et décadence », *Afrique contemporaine*, 2012/4 (n° 244), p. 69-80. DOI : 10.3917/afco.244.0069. URL : https://www.cairn-int.info/revue-afrique-contemporaine-2012-4-page-69.html

[1111] M. LELART, L'épargne informelle en Afrique. Les tontines béninoises. In: *Tiers-Monde*, tome 30, n°118, 1989. pp. 271-298. ; L.-R. KEMAYOU, F. GUEBOU TADJUIDJE, M.-S. MADIBA, « Tontine et banque en contexte camerounais », *La Revue des Sciences de Gestion*, 2011/3 (n°249-250), p. 163-170. DOI : 10.3917/rsg.249.163. URL : https://www.cairn-int.info/revue-des-sciences-de-gestion-2011-3-page-163.html

[1112] Il faut entendre dans cette expression qu'il s'agit des métiers coutumiers ou des activités lucratives coutumières exercées au sein de l'espace OHADA.

Section 2. La protection du quasi associé

660. La protection du quasi associé doit être étudiée à l'aune de la distinction du titre et de la finance (**I**) et au regard de la qualité de créancier (**II**).

I. L'étude de la distinction du titre et de la finance

661. L'étude des conséquences de la distinction du titre et de la finance suppose de vérifier si elle induit, comme pour le conjoint, un aspect protectif. Cette vérification sera conduite pour les hypothèses du secteur formel (**A**) et les hypothèses du secteur informel (**B**).

A. Nos hypothèses du secteur formel

662. Cette situation a évolué au cours des dernières décennies. Tout d'abord, des retouches successives ont été apportées aux dispositions du Code civil. La liberté professionnelle de chaque époux a été reconnue et protégée. Le conjoint de l'associé se trouve dans une situation particulière. En France, la qualité d'associé lui est reconnue[1113]. En revanche, le législateur OHADA refuse la qualité d'associé au conjoint au sein d'une société de commerçant[1114]. Ici, il ne s'agit pas de restreindre la capacité d'exercer le commerce au conjoint. L'objectif est de protéger le conjoint et de protéger le couple ou la famille dans une vision plus élargie, afin que les créanciers ne puissent appauvrir complètement le couple en cas de litige. En effet, les créanciers des commerçants ont des droits beaucoup plus élargie que les autres acteurs économiques. Bon nombre de couples réalisent des actes de commerces ensemble que ce soit en droit français ou en droit OHADA. Un exemple serait le conjoint de la Nana Benz qui participe à l'activité de cette dernière. Un autre exemple serait le conjoint du constituant de la *Work and Pay* qui apporte un actif ou contribue au fonctionnement de la société. Les tiers identifient en retour ces derniers comme ayant tous les deux la qualité de

[1113] Art. L. 121-4 (L. n°2005-882 du 2 août 2005, art. 12-II).
[1114] V. art 7 AUDCG.

commerçants car les conjoints se comportent et se considèrent comme tels[1115]. Toutefois, ils n'ont pas la qualité de commerçants et ne disposent pas de la propriété des titres attachés à cet effet.

663. Dans le cadre du droit commercial général de l'Acte Uniforme, la qualité d'associé du conjoint dégénère en qualité de salarié ou de collaborateur[1116]. En droit français, l'article 8 de la loi PACTE du 22 mai 2019 a renforcé la protection des conjoints des chefs d'entreprise exerçant une activité professionnelle régulière dans l'entreprise, dont les modalités ont été précisées par un décret du 11 octobre 2019[1117]. Cette mesure impose au chef d'entreprise lui-même, et non plus à son conjoint, de déclarer l'activité professionnelle régulière de son conjoint dans l'entreprise et le statut choisi par ce dernier auprès des organismes habilités à enregistrer l'immatriculation de l'entreprise. Faute de déclaration, c'est l'application par défaut du statut de conjoint salarié qui s'impose. Cette disposition est valable peu importe le sexe du conjoint. Le droit OHADA ainsi que les États membres dans leurs droits nationaux ont d'ailleurs fait évoluer leurs rédactions sur ce sujet[1118]. L'objectif est de protéger le patrimoine du couple et non le mari administrateur tel que nous l'avons connu dans le passé.

664. Le droit n'apporte pas que la protection à nos hypothèses. Le droit vise à protéger tout le monde. Il est donc indispensable que le législateur mette en place des mécanismes de protections pour les tiers.

665. La plupart de nos hypothèses sont issues du secteur formel. Elles revêtent la forme de société de fait ou crée de fait. A ce titre, les législateurs français et OHADA sanctionnent les associés de ces sociétés par la responsabilité illimitée[1119]. Nos hypothèses issues de l'espace OHADA illustrent parfaitement cette affirmation.

a – Cas de l'agent des sûretés

[1115] Art. L. 121-6 et L. 121-7. C. com.
[1116] V. art 7 AUDCG.
[1117] D. n° 2019-1048, 11 octobre 2019: JO, 13 octobre
[1118] Voir B. BUETUSIWA, « la qualité de commerçant en droit congolais et en droit issu de l'OHADA », *OHADATA* D-11-70, 30 mai 2011.
[1119] V. en droit OHADA art. 866 et S. AUSCGIE, en droit français art. 1866 C.Civ.

666. L'agent des sûretés, en tant que véritable institution *sui generis,* joue un rôle d'interface tant dans les relations entre les membres du pool bancaire ou les autres créanciers, au profit desquels il agit, que dans les relations entre ceux-ci et l'emprunteur et/ou le constituant, puisque les sûretés peuvent être constituées aussi bien par l'emprunteur lui-même, que par un tiers[1120]. L'agent des sûretés est placé sous le régime du mandataire salarié[1121]. L'agent des sûretés engagera son propre patrimoine, pour tout manquement à ses obligations et/ou fautes commises dans l'accomplissement de sa mission[1122].

b – Cas du fiduciaire

667. Un fiduciaire a la responsabilité de gérer et de protéger les biens ou l'argent pour une autre personne ou pour une entreprise[1123]. La position d'un fiduciaire est conjointe à un devoir de loyauté, ou à l'obligation de fiduciaire envers les bénéficiaires. Dans cette perspective, le législateur aligne la responsabilité du fiduciaire sur celle de l'agent des sûretés. Il engage son patrimoine propre, sur les fautes qu'il commet dans l'exercice de sa gestion[1124].

B. Nos hypothèses du secteur informel

a – Cas de la Nana Benz

668. Selon Charlotte VAMPO, les Nana Benz sont les cheffes d'entreprise des économies[1125]. Les Nanas Benz du Togo ont su façonner et s'approprier un vaste réseau commercial régional dans les circuits de distribution des tissus pagnes[1126]. Il est possible que certaines exercent leurs activités sous la forme de sociétés, mais d'autres s'établissent purement et simplement. Il en est ainsi pour la plupart des Nana Benz. Cet établissement est rattaché à leur fonds de commerce ou leur

[1120] G-A LIKILIMBA, « L'Agent des sûretés OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, N°6 Janvier 2016.
[1121] V.Art 11 AUS pour le droit OHADA et article 2488-12 du Code civil pour le droit français.
[1122]AUS. Art. 12 pour le droit OHADA; C. civ. Art. 2488-12 pour le droit français.
[1123] Th. GRANIER, « Fiducie sûreté et fiducie gestion, les premiers pas... », RTDF n°4-2010, pp. 98-102.
[1124] V. Art 2026 du C. Civ.
[1125] C. VAMPO, Des Nana Benz aux cheffes d'entreprise contemporaines à Lomé, au Togo: L'entrepreneuriat dit « moderne » en question. *Revue internationale des études du développement*, 245, 145-169. 2021.
[1126] N. ALAOUI M'HAMMDI, « le pouvoir commercial des Nanas Benz », *Economia*, HEM Research Center, 2019.

activité qui pour rappel est bien souvent non déclarée auprès du registre du commerce et du crédit mobilier et de l'administration fiscale nationale. Si un litige devait survenir entre les sociétés et les tiers, ces derniers pourraient engager la responsabilité illimitée de la société.

b – Cas des Tontiniers

669. Les tontiniers dans le cadre de leur activité d'épargne collective, ne sont pas régulièrement inscrits auprès des organismes nationaux. Ils restent dans l'informel. S'il advenait que l'une des parties causait un tort au groupement, c'est la situation dans laquelle il y aurait une escroquerie ou une appropriation frauduleuse des fonds. Les membres du groupe auront l'obligation de rembourser la personne intéressée jusqu'à ce que celle-ci soit satisfaite. A notre sens cette satisfaction peut aller jusqu'à la responsabilité illimitée.

c – Cas du *Work and Pay*

670. Le *Work and Pay* est une situation particulière. Pour mémoire, il existe une structure de tête, propriétaire de la voiture et une structure dite de corps qui apporte la force de travail.

671. Dans le cadre du *Work and Pay*, un arrêt a statué que la partie « Work » ou plus simplement dénommé le chauffeur ne pouvait pas être retenu responsable dans le cadre d'un accident[1127]. En effet, ce dernier n'est pas propriétaire[1128]. Son patrimoine est ainsi protégé. Il en est de même en droit français. Le préposé conducteur d'un véhicule de son commettant et qui agit dans le cadre de sa mission n'est pas tenu d'indemniser la victime de l'accident dans lequel il est impliqué[1129]. Alors que le chauffeur est ressenti comme étant pleinement propriétaire et autonome quant à la gestion de sa société de taxi (il délivre des reçus, reçoit des paiements, négocie les tarifs ou droits de transport avec les clients, contracte formellement ou oralement avec des tiers)[1130]. La Cour de cassation, confirme

1127 Kwarteng v Sei (1966) GLR 42-50; Banahene v Shell Ghana Limited (J4/34/2016) [2017] GHACA 36 (06 April 2017).
1128 Y.HELIOS, Le *Work and Pay*, Université de Lomé, 24 Février 2020.
1129 Civ. 2e, 28 mai 2009, n° 08-13.310.
1130 P. STOFFEL-MUNCK, P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des obligations*, Septembre 2020, Lextenso, 9782275082318.

ainsi la jurisprudence Costedoat consacrée par un arrêt d'Assemblée plénière du 25 février 2000 précisant que : « *n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant* »[1131].

II. L'étude de la qualité de créancier

672. Le quasi associé dans sa participation à la société peut revêtir les habits d'un créancier obligataire (**A**). Il peut aussi arriver qu'il revête ceux du créancier non obligataire (**B**).

A. Le créancier obligataire

673. Parmi les différents créanciers possibles d'une société, il en est un qui supporte une forme de risque qui peut, en apparence, le rapprocher de l'associé. Il s'agit du quasi associé. A titre d'exemple on peut citer le créancier prêteur de deniers, que celui-ci soit, ou non, titulaire d'obligations rémunérant son prêt. En effet, ce créancier est un acteur privilégié de la « *société du risque* »[1132], c'est-à-dire, pour l'essentiel, le marché du prêt de capitaux. Selon cette analyse, dans toute forme de prêt, « *il n'y aurait pas de projet sans risque* »[1133]. Cette analyse trouve sa source dans le phénomène suivant : lorsque la société devient insolvable, le prêteur pourra être contraint d'abandonner une partie des sommes consenties que constituent ces créances, notamment par l'application des règles du droit des procédures collectives[1134]. Le quasi associé, doit être distingué de l'associé. En effet le risque[1135] du quasi associé est différent de celui de l'associé[1136].

[1131] Ass. plén., 25 févr. 2000, n° 97-17.378, D. 2000. IR. 85

[1132] V. ex. U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, (trad.) Flammarion, 2003. V. égal. H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, th. préc., p. 26.

[1133] J. MÉRIC, Y. PESQUEUX et A. SOLÉ, *La société du risque : analyse et critique*, Economica, 2009, p. 119. C. BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, Th. Université Paris Ouest Nanterre, 2016 pp. 614.

[1134] C. com., art. L. 626-18. V. M.-L. COQUELET, Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit, op. cit., p. 292, n° 382.

[1135] R. BOFFA et J.-C. DUHAMEL, « La distinction associé/créancier à l'épreuve du risque, Analyse juridique appliquée au private equity », CRDPD, Univ. Lille II, Mission de recherche droit et justice, juillet 2013.

[1136] V. not. A. REBÉRIOUX, « Les fondements microéconomiques de la valeur actionnariale. Une revue critique de littérature », Rev. Économique, 2005, n° 1, p. 51, spéc. p. 55 : « Les actionnaires ne

674. Les hypothèses retenues en droit français et en droit OHADA que sont le tontinier, l'usufruitier, le porteur, le titulaire de valeurs mobilière composées n'ont pas la qualité d'associé car ils ne sont seulement exposés au risque que supporte tout créancier. En d'autres termes, une exposition à une insolvabilité de son débiteur. Ces hypothèses ne sont pas soumises à l'aléa de la société[1137]. En effet, ils ne sont soumis qu'au remboursement de leurs créances[1138]. A titre d'illustration, THALLER fait une analogie entre l'émission d'obligation et le prêt. Cette analogie ne doit pas dépasser la durée de vie de la société[1139]. Il en est ainsi pour le reste de nos hypothèses. Le tontinier place de l'argent et réalise une à la fois une activité de prêt et de placement qui dure généralement moins d'un an[1140]. L'émission de titulaire de valeurs mobilières composés n'excède généralement pas 10 ans. L'usufruit également ne dure pas aussi longtemps que la société[1141]. L'associé, pour sa part, ne bénéficie que d'un droit éventuel au remboursement de l'apport. Par suite, l'associé ne bénéficiera pas de la prérogative de « *réclamer une part du capital social tant que les créanciers n'ont pas été désintéressés* ».[1142] Or, parmi les créanciers se trouvent précisément les titulaires de valeurs mobilières composées qui ont pour gage le capital social affecté à l'acquittement des dettes. Cette distinction entre le droit actuel du quasi associé et le droit éventuel de l'associé emporte plusieurs conséquences, chacune conduisant à affirmer que le droit de créance du quasi associé, est supérieur à celui de l'associé aussi bien en droit français qu'en droit OHADA.

675. **En cours de vie sociale.** Tout d'abord, le quasi associé peut être remboursé en cours de vie sociale, à échéances fixe ou à échéances variables : c'est par exemple

---

sont donc plus posés en surplomb par rapport aux autres parties prenantes, mais identifiés aux services qu'ils rendent : la fourniture de liquidité et l'assomption du risque ». ; C. BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, Th. Université Paris Ouest Nanterre, 2016 PP 614.

[1137] E. THALLER, Traité élémentaire de droit commercial, 5ème éd., op. cit., p. 337, n° 580.

[1138] V. spéc. M. PICHARD, Le droit à, Étude de législation française, th. préc., p. 172 et s., n° 125 et s., démontrant en particulier que le « droit à » est un bienfait.

[1139] E. THALLER, Traité élémentaire de droit commercial, 5ème éd., *op. cit*., p. 337, n° 582.

[1140] Les droits de tirages des tontines sont essentiellement mensuelles.

[1141] V. art 617 et S. C. Civ.

[1142] F. ARTHUYS, Traité des sociétés commerciales, t. I, op. cit., p. 544, n° 497. Dans le même sens, v. en partic. Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, Manuel de droit commercial, op. cit., p. 139, n° 194 ; C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, t. I, op. cit., p. 695, n° 577.

le cas de l'obligataire, du porteur et du tontinier. L'associé, lui, ne peut pas obtenir restitution de son apport en cours de vie sociale (sauf s'il souhaite perdre sa qualité d'associé). MM. Les Professeurs LE CANNU et DONDERO, expliquent à cet égard que le détenteur des obligations apparait, comme un investisseur et un épargnant. Son opération est moins risquée que la détention d'action : le remboursement de l'investisseur et de l'épargnant est en effet prioritaire par rapport à celui des actions, et il intervient à une échéance déterminée (et non à la dissolution)[1143]. Or nous avons établi en concours avec la jurisprudence que le porteur, le titulaire de valeurs mobilières donnant accès au capital sont des investisseurs et que le tontinier est un épargnant. De plus, le revenu de l'obligation n'est pas aléatoire – même s'il peut varier[1144]. Cette opinion rejoint celle, bien établie, de la doctrine classique[1145]. Notamment, Arthuys écrivait que « *du point de vue des revenus, l'actionnaire a droit à un dividende si la société réalise un bénéfice, il peut être élevé ou minime ; l'obligataire obtient un intérêt fixe qui est prélevé avant toute distribution de dividende aux actionnaires* »[1146]. En outre, l'obligataire et le fiduciaire peuvent obtenir la garantie de leur remboursement par une sûreté[1147], faculté dont est absolument dépourvu l'associé. Cependant, il est vrai que certains titres sociaux n'offrent qu'un confort réduit à leur souscripteur. Il en est ainsi des titres subordonnés à durée indéterminée « *qui ne sont remboursables qu'à la liquidation de la société et après désintéressement des autres créanciers (...)* »[1148]. Ceci étant, même s'il est titulaire de ces titres dérogatoires, l'obligataire demeure un créancier puisque le caractère actuel de son droit au remboursement lui assure une situation meilleure que celle de l'associé au moment de la liquidation de la société.

676. **En fin de vie sociale.** Ensuite, le caractère actuel de son droit au remboursement place le quasi associé dans une situation privilégiée par rapport à l'associé, dont le droit au remboursement n'est qu'éventuel. Arthuys l'expliquait à propos des

[1143] P. LE CANNU et B. DONDERO, Droit des sociétés, *op. cit*., p. 751, n° 1163.
[1144] *Ibid.*
[1145] V. en partic. Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, Manuel de droit commercial, *op. cit*., p. 139, n° 194 ; C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, t. I, *op. cit*., p. 695, n° 577.
[1146] F. ARTHUYS, Traité des sociétés commerciales, t. I, op. cit., p. 544, n° 497.
[1147] C. com., art. L. 228-77 et s. pour le droit français et Art. 87 AUS pour le droit OHADA.
[1148] A. COURET, A. CHARVÉRIAT et B. ZABALA, Mémento Sociétés commerciales, op. cit., n° 71026.

actionnaires : « *en cas de faillite de la société, la situation des obligataires est préférable à celle des actionnaires ; les sommes versées ou dues par les derniers servant à désintéresser les premiers* »[1149]. Pour rappel l'obligataire est l'un des visages du quasi associé. En d'autres termes, en cas de faillite de la société, le quasi associé rejoint les autres créanciers de la société, car il en est un.[1150] Si la société fait faillite, l'associé s'efface en présence des créanciers, obligataires compris. Il ne peut prétendre qu'au reliquat, une fois tous les créanciers remboursés[1151]. En effet, l'obligataire, ou encore le quasi associé en sa qualité de créancier, dispose du droit de déclarer sa créance au passif de la procédure collective[1152], ce qui lui confère une position très préférable à celle de l'associé.

677. Par voie de conséquence, le quasi associé ne peut pas être considéré comme assujetti au risque social car il bénéfice d'un droit actuel au remboursement de son investissement. Et cela est déterminant car il peut être remboursé à échéances fixes et, plus généralement, son droit au remboursement naît dès son investissement. Le droit au remboursement de l'associé, à l'inverse, ne prend naissance qu'après désintéressement des créanciers. La différence est donc fondamentale et les enjeux en pratique sont importants. Naturellement, l'obligataire supporte le risque d'insolvabilité de la société, mais ce risque est celui de tout créancier aussi bien dans la vie des affaires que dans la vie civile. L'argument est principalement fondé sur le caractère éventuel du droit au remboursement. Il n'est supporté que par l'associé. Et ce raisonnement peut être étendu à tout créancier prêteur de deniers[1153]. Les préteurs de deniers sont les tontiniers, les porteurs et les titulaires de valeurs mobilières composées.

[1149] F. ARTHUYS, Traité des sociétés commerciales, t. I, *op. cit.,* p. 544, n° 497. Dans le même sens, v. en partic. Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, Manuel de droit commercial, *op. cit.,* p. 139, n° 194 ; C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, t. I, *op. cit*., p. 695, n° 577.

[1150] Les développements de Thaller ne concernaient que l'actionnaire, puisqu'il n'évoquait que les sociétés par actions, mais son raisonnement paraît transposable à tout associé.

[1151] E. THALLER, Traité élémentaire de droit commercial, 5ème éd., op. cit., p. 337, n° 580.

[1152] C. com., art. L. 228-84 et s.

[1153] Un rapprochement avec la situation de l'associé pris en sa qualité de prêteur de fonds peut être effectué car, en sa qualité de créancier, sa situation est meilleure qu'en qualité d'associé. V. à ce sujet : I. URBAIN-PARLÉANI, Les comptes courants d'associés, th., L.G.D.J., 1986, préf. Ch. GAVALDA, p. 250, n° 414 et s.

B. Le créancier non obligataire

678. L'associé est exposé au risque d'échec de l'activité sociale et non de sa propre activité, ce qui le distingue du simple entrepreneur. D'une manière plus générale, l'exposition au risque social distingue l'associé de toute autre personne juridique[1154]. Il est exposé à un risque auquel les participants à la vie sociale sont soustraits[1155]. Le risque de ne pas devoir contribuer aux pertes apparaît donc désormais caractéristique de la qualité du quasi associé. Le principe selon lequel les associés ne contribuent aux pertes qu'en fin de vie sociale trouve exception en présence d'une réduction du capital social justifiée par des pertes. Il s'agit néanmoins de la seule exception au principe « coutumier » de la contribution en fin de vie sociale. Aussi, nous semble-t-il possible de souscrire à l'analyse de la Cour de cassation, selon laquelle « *sauf application de dispositions particulières, c'est seulement en cas de dissolution de la société (…) que celle-ci peut agir contre ses membres en paiement de ses pertes* »[1156]. Quelques tiers sont dans une situation comparable à celle de l'associé. Leur sort dépend de la réussite des affaires sociales et, pourtant, ils n'ont pas la qualité d'associé. Cela infléchit-il la légitimité du critère du risque ? La réponse doit être négative.

679. Plusieurs auteurs dont le Professeur DERUPPE estiment que le critère du risque permet de distinguer l'associé et le créancier : « *l'opposition classique du prêteur et de l'associé est bien connue : le premier effectue un placement qui lui donne droit à un revenu fixe, son profit est certain, mais limité ; le second, au contraire, reçoit des dividendes essentiellement variables, son profit est théoriquement illimité, mais aléatoire* »[1157]. Cependant, nombreux sont ceux qui font appel à des critères complémentaires, ce qui sous-entend que le critère du risque serait insuffisant. Notamment, MM. les Professeurs DIDIER considèrent que le risque de l'associé est le critère principal qui permet de distinguer l'associé du prêteur de deniers car « si le stipulant entend participer aux bénéfices sans participer ni aux

[1154] Sur l'intérêt croissant porté à la notion de risque, en droit français, v. en premier lieu : « Le risque », in Rapp. annuel de la Cour de cassation, 2011, Troisième partie, Étude, p. 75, avant-propos J. MOURY, préc. V. égal. la chron. rédigée sous la direction de F. DEKEUWER-DÉFAUSSEZ, publiée aux Petites affiches, depuis septembre 2009.
[1155] C. BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, Presses Universitaires Aix-Marseille, Décembre 2017, 660 pages.
[1156] Cass. com., 3 mars 1975, n° 73-13.721, préc.
[1157] J. DERRUPPÉ, « La clause d'intérêts fixes », in Mél. J. Hamel, Dalloz, Paris, 1961, p. 179, n° 1.

pertes, ni au contrôle de la société, l'opération est, en réalité, un simple prêt (...) »[1158]. Pour démontrer que le critère de la contribution aux pertes permet de distinguer l'associé du créancier, ces auteurs s'appuient sur une jurisprudence ancienne[1159]. Cependant, ils ont recours, en plus de celui-ci, au critère du contrôle de la société. Toutefois, ce critère n'apparaît plus pertinent en raison des nombreuses situations dans lesquelles un associé est privé de l'exercice du droit de vote. M. le Professeur MERLE estime, pour sa part, que « *la participation aux pertes est l'un des indices qui doit permettre de distinguer l'associé du créancier* »[1160]. Il en est ainsi du quasi associé. Toutefois, il relève néanmoins que certains prêts accordés posent des difficultés, en particulier lorsque le prêteur « *est un créancier de dernier rang, n'étant remboursé qu'après désintéressement complet de tous les autres créanciers privilégiés ou chirographaires (...). Sa situation se rapproche ainsi de celle de l'associé* »[1161]. Le critère de la contribution aux pertes devrait donc, selon ces auteurs, être complété par d'autres pour permettre une distinction plus nette entre l'associé et le créancier (le quasi associé).

680. Dans cette perspective, des travaux récemment menés sous la direction de MM. les Professeurs Romain BOFFA et de M. Jean-Christophe DUHAMEL ont démontré que le critère de distinction entre l'associé et le créancier tenait au fait que seul le premier assume le risque social. Plus précisément, selon ces auteurs, l'assomption du risque par l'associé se manifesterait de trois manières : l'inexistence d'un droit subjectif de retrait, l'interdiction de convertir et de transformer un titre de capital en titre de créance et le principe de contribution aux pertes. La première manifestation est contestable car le droit de retrait existe dans un nombre important de sociétés. Mais les deux suivantes rejoignent notre analyse. Il a également été considéré que l'évolution de la jurisprudence relative à l'article 1843-4 du Code civil constituait une « *nouvelle illustration de l'assomption du*

[1158] P. DIDIER et Ph. DIDIER, Droit commercial, t. II, Les sociétés commerciales, op. cit., p. 87, n° 92.
[1159] Cass. civ., 16 juin 1863 : D. 1863, 1, p. 295 ; req., 8 janvier1872 : D.P. 1872, 1, p. 194 ; civ., 20 juin 1888 : S. 1889, 1, p. 8. V. égal. CA Paris, 11 mars 1967 : D. 1967, p. 474.
[1160] Ph. MERLE, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., p. 70, n° 54.
[1161] Ph. MERLE, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., p. 70, n° 54.

risque en droit des sociétés »[1162] au motif que « *la Cour de cassation, par l'invocation de la valeur réelle des droits sociaux, entend couper court aux anticipations financières des associés qui se départiraient trop des performances économiques objectives de la société (...)* »[1163]. Néanmoins, cette conception fait, semble-t-il, plutôt référence à l'investisseur (parce qu'elle porte sur la valeur de revente des titres), et non celui de l'associé, ce dernier étant caractérisé par la contribution aux pertes sociales, comme cela a été démontré. Pour cette raison, ce dernier aspect de leur réflexion nous semble moins persuasif.

681. D'une manière plus générale, il n'apparaît pas nécessaire de compléter le critère du risque par un autre élément pour distinguer l'associé du créancier prêteur. Et pour cause, le raisonnement qui permet de distinguer le quasi associé et l'associé paraît, ici, parfaitement transposable : le premier, y compris dans le prêt participatif[1164], est titulaire d'un droit actuel au remboursement, tandis que le second est titulaire d'un droit éventuel au remboursement. Il n'est donc pas exposé au risque que supporte l'associé, celui-ci étant caractérisé par l'existence d'un droit éventuel. Il s'ensuit que le prêteur de deniers est dans une situation enviable à celle de l'associé. En droit français ou en droit OHADA, cela se traduira par le fait qu'il peut être remboursé en cours de vie sociale, bénéficier de sûretés en garantie de son remboursement, déclarer sa créance au passif de la procédure en cas de procédure collective, et qu'il peut, d'une manière générale, en obtenir paiement en même temps que tous les autres créanciers puisque sa créance est née et actuelle. À l'inverse, l'associé ne peut exercer son droit à restitution qu'une fois l'ensemble des créanciers désintéressé, son droit ne prenant naissance que s'il existe un actif suffisant au terme des opérations de liquidation de la société.

682. Le critère du risque permet donc de distinguer l'associé et le créancier (ou plutôt dénommé le quasi associé). Et ceci confirme l'opportunité du critère car il apparaît

[1162] R. BOFFA et J.-C. DUHAMEL, « La distinction associé/créancier à l'épreuve du risque, Analyse juridique appliquée au private equity », op. cit., p. 43.
[1163] R. BOFFA et J.-C. DUHAMEL, « La distinction associé/créancier à l'épreuve du risque, Analyse juridique appliquée au private equity », op. cit., p. 44.
[1164] C. mon. et fin., art. L. 313-13 et s. V. à ce sujet, Ph. MERLE, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., p. 70, n° 54.

caractéristique de la qualité de quasi associé y compris lorsque celui-ci est confronté à une figure qui semblait très proche de lui.

Conclusion du chapitre 2

683. L'associé en puissance et l'associé de fait sont soumis au temps. En effet, ces situations correspondent à une durée déterminée. Cette situation souvent précaire prend fin lorsque le juge survient, ou lorsque la réalisation de l'investissement est atteinte. En effet, la temporalité peut prendre fin soit à la sortie de l'informel (il faut entendre ici une situation dans laquelle le donneur d'ordre sort de l'ombre), soit par l'intervention d'un juge sous la forme d'une sanction (dissolution ou liquidation).

684. Le critère temporel peut également être observé sous l'angle contractuel. Cet ajustement temporel permet à l'associé en puissance averti de gérer sa participation à la société. Il en découle que, pendant le temps de cette situation, ce dernier ne peut être soumis au risque. Cette insoumission au risque est couverte soit par le législateur, soit par le champs contractuel. Si l'on considère l'associé en puissance comme le détenteur de valeurs mobilière donnant accès au capital, il n'existe pas pour celui-ci d'obligation de rembourser. Il en va de même pour les associés de fait que sont l'usufruitier ou l'indivision. Il en résulte des dispositions similaires pour le risque social. Toutefois, il n'existe pas de risque zéro. L'associé en puissance ne peut s'affranchir totalement de la notion de risque. Il est soumis à des risques étrangers, tels que la force majeure ou la faillite.

685. Il semble difficile d'appliquer à l'associé en puissance le régime de l'associé. Il faut apprécier davantage l'associé en puissance comme un créancier, en ce sens qu'il investit dans la société à son profit ou pour celui d'un tiers.

Conclusion de la Partie II

686. Les insuffisances du critère apparent ont conduit à rechercher l'existence d'autres critères, dont la légitimité permettrait de palier aux griefs qui peuvent actuellement être opposés au critère de l'associé. Tout d'abord, cette recherche impose en droit français et en droit OHADA de laisser à l'écart les approches subjectives et objectives de la qualité d'associé, fondées sur des critères traditionnels, dès lors que celles-ci ne permettent pas de rendre compte de l'ensemble des formes d'associé existantes. Néanmoins, une étude comparée des modes d'acquisition de la qualité de quasi associé révèle que la considération du capital apportée est plus importante que la personne qui apporte ce capital. Cette idée se retrouve dans les outils juridiques et technologiques à la disposition du quasi associé. Les notions étudiées témoignent du fait qu'il n'est plus indispensable de devenir associé d'une société pour obtenir une rémunération ou pour la contrôler. Il existe une possibilité de participer à la gestion d'une société sans souscrire au contrat de société. En dépit du rôle sécuritaire que joue les organes sociaux, ils alourdissent parfois la structure ou le fonctionnement de la société et peuvent ainsi sembler parfois à l'associé en puissance et à l'associé de fait.

687. Il faut en déduire que l'évolution de la société à travers la jurisprudence et la doctrine nous amènent à considérer qu'il existe un cadre favorable à la reconnaissance de diverses variantes de l'associé. En droit français, l'associé en puissance correspondrait à tout sujet de droit ne pouvant être qualifié de tiers ou associé d'une société. Il est généralement bénéficiaire d'une émission de valeurs mobilières. En droit OHADA, la situation est similaire. L'associé de fait apparait comme un associé et peut parfois donner au tiers l'apparence d'un associé régulier. Toutefois, dans l'espace OHADA, une nouvelle dimension se dégage, en plus de celle empruntée au droit français. L'associé de fait dans l'espace OHADA est très fortement inspiré du secteur de l'informel. Ces formes sociétales sont aussi empreintes de notre culture. A titre d'exemples, nous pouvons citer les Nanas Benz[1165], les constituants du *Work and Pay* et la tontine. Ils répondent tous autant

[1165] C.TOULABOR, « Les Nana Benz de Lomé. Mutations d'une bourgeoisie compradore, entre heur et décadence », *Afrique contemporaine*, 2012/4 (n° 244), p. 69-80. DOI : 10.3917/afco.244.0069. URL : https://www.cairn-int.info/revue-afrique-contemporaine-2012-4-page-69.html.

aux critères que nous avons retenus, mais ils restent dans le factuel et non dans le matériel c'est-à-dire dans l'informel.

688. L'associé en puissance et l'associé de fait n'intègrent pas pleinement la notion d'associé. En effet, ni l'associé en puissance, ni l'associé de fait ne peuvent réunir entre leurs mains le titre et la finance. Il peut y avoir tantôt une absence de finance, tantôt une absence de titre, en fonction de l'hypothèse d'étude. Cette dualité permet de protéger à la fois ces variantes de l'associé et le tiers. Dans le prolongement de cette dualité, le droit de vote est exercé non pas par le détenteur du titre, mais par le bénéficiaire final. En effet, c'est lui qui accepte l'aléa. Le droit de vote est alors contractualisé. Nous pouvons en déduire que le donneur d'ordre agit à travers un tiers. Il est comme un associé par personne interposée. Il peut, malgré une convention extrastatutaire, être qualifié d'associé de fait ou d'associé par personne interposée.

689. Enfin, il semble difficile de concevoir un cas où la responsabilité qui découle de l'associé de fait, de l'associé en puissance et de l'associé par personne interposée ne s'aligne entièrement sur celle de l'associé. En effet, l'ensemble de ces qualifications ne sont que temporaires. L'associé en puissance ayant souscrit un contrat d'investissement, il semble naturel que son engagement se limite à son investissement. N'étant pas associé, il faut alors placer le quasi associé sous le régime du créancier de la société. L'associé de fait agit, lui, soit par personne interposée, soit dans l'informel. Il est légitime de le considérer comme un associé et de lui appliquer la responsabilité qui incombe à l'associé.

CONCLUSION GENERALE

690. Abandonnée par le législateur français comme par le législateur OHADA, la qualité d'associé a été l'objet d'analyses successives. Celles-ci ont tenté de déterminer le critère qui permettrait de distinguer l'associé au sein de la société. Deux courants majeurs s'évincent de cette évolution. Ils témoignent eux-mêmes du renouveau de la conception de la qualité d'associé. Aussi bien en droit OHADA qu'en droit français, l'associé était à l'origine uniquement conçu comme un contractant. Étant partie au contrat de société, le critère de la qualité d'associé était donc confondu *de facto* au contrat de société. Cette analyse a cependant été abandonnée au cours du XXème siècle, l'associé étant désormais avant tout perçu comme un apporteur investi dans les affaires sociales. La pensée de Mr. le Professeur VIANDIER a été déterminante dans ce changement d'approche. Au fil du temps, plusieurs formes nouvelles d'acquisition de parts sociales ou d'actions mettent en doute cette théorie. En particulier, l'existence de modes dérivés d'acquisition des parts sociales ou d'actions invite à discuter de l'opportunité du critère de l'apport. La mutation progressive du droit de vote a aussi modifié les contours de la participation aux affaires sociales. Ces évolutions ont conduit les praticiens et certains auteurs, de plus en plus nombreux, à analyser la qualité d'associé à travers le droit de propriété que celui-ci exerce sur ses parts sociales ou sur ses actions[1166]. Cette dernière analyse, malgré de meilleures apparences et l'avantage de la simplicité, présente des insuffisances substantielles. Ainsi, s'il est exact que tout associé a la qualité de propriétaire, il est erroné de défendre que tout propriétaire dispose de la qualité d'associé. Ce constat légitime une nouvelle approche.

691. **L'échec du retour aux critères traditionnels**. Dans les droits étudiés, il aurait pu être fait référence aux éléments classiquement attachés à la qualité d'associé pour proposer un critère pertinent pour le quasi associé. Cependant, ni l'approche

[1166] C. BARRILLON, Le critère de la qualité d'associé. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2017.

subjective, au moyen de l'*affectio societatis*, ni l'approche objective, au moyen du critère de l'apport ou bien encore des principaux droits d'associé, ne permettent de déterminer un critère fiable pour le quasi associé. Plus généralement, ces critères ne permettent pas de rendre compte de la démarche qui est celle de l'associé. En effet, l'acquisition de la qualité d'associé semble reposer sur l'idée de risque, s'inscrivant elle-même dans un calcul subtil : « *chacun se donnant à tous ne se donne à personne ; et comme il n'y a pas un associé sur lequel on n'acquière le même droit qu'on lui cède sur soi, on gagne l'équivalent de tout ce qu'on perd, et plus de force pour conserver ce qu'on a* »[1167]. Certes, le développement des sociétés unipersonnelles a modifié l'analyse dominante au moment de la rédaction des Actes Uniformes et du Code civil, mais l'idée demeure intacte : à partir du moment où il acquiert cette qualité, le sort de l'associé est lié à celui de la société. Il n'importe nullement que cette dernière soit unipersonnelle ou pluripersonnelle. Plus précisément, tandis que la société court le risque de perte, l'associé supporte le risque d'y contribuer. La démarche de l'associé est donc une prise de risque se manifestant, *in fine*, par la contribution aux pertes sociales. Ériger le risque en critère de la qualité d'associé suppose cependant d'évincer les formes de risque qui ne seraient pas spécifiques à la qualité d'associé. En droits OHADA et français, les formes de risque parfois supportées par l'associé, mais qui ne sont pas propres à cette qualité, ont donc été exclues du critère. En particulier, le risque lié à l'obligation aux dettes est un risque éprouvé par tout débiteur coobligé[1168] et n'est pas commun à toutes les formes d'associé, puisqu'il n'existe que dans les sociétés à risque illimité. Dans les sociétés de capitaux, l'associé n'est pas obligé aux dettes. Pour ces deux raisons, ce risque ne peut pas être considéré comme inhérent à la qualité d'associé. Par ailleurs, il est souvent affirmé que l'associé supporte le risque de dépréciation de la valeur de ses titres. Néanmoins, même si ce risque est réel, il n'apparaît pas non plus caractéristique de la qualité d'associé, car il s'agit d'un risque supporté par tous les investisseurs et, plus généralement, par toute personne qui acquiert un bien déterminé en vue de

[1167] J.-J. ROUSSEAU, Du contrat social ou Principes du droit politique, op. cit., chap. 1.6.

[1168] Et, en droit des sociétés français, par le dirigeant ayant commis une faute de gestion (c. com., art. L. 651-2) ou une personne, physique ou morale, en situation de confusion des patrimoines (c. com., art. L. 621-2, al. 2). En droit des sociétés OHADA ; les articles 276 al. 2 de l'AUS prévoit que « ses dirigeants sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'ils étaient gérants en leur propre nom, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent ».

sa revente. Considérer que le risque de dépréciation de la valeur des titres participe du critère de la qualité d'associé, est une idée qui ne peut donc être accueillie, *a fortiori* parce qu'elle ne permettrait pas de différencier un associé d'un obligataire (voire même de tout autre porteur de valeur mobilière autre qu'un titre de capital), ce dernier étant assujetti au même risque. Le caractère distinctif du critère, condition de sa qualification, ferait alors défaut. Le retour au critère traditionnel semble difficile.

692. **L'avènement des critères nouveaux, tentative de détermination du quasi associé.** Il apparait ainsi nécessaire d'identifier ce participant à la société et les critères qui peuvent l'illustrer. Il faut tout d'abord dire qu'il y a un contexte favorable à l'avènement du quasi associé. Les évolutions aussi bien juridiques que technologiques constituent un terreau favorable à cette forme de participation à la société. Cette distanciation permet un essoufflement de l'*affectio societatis,* mais un regain de l'*intuitu pecuniae*. Le quasi associé semble davantage intéressé par l'*intuitue pecunae*. Depuis les travaux de Mr. le professeur VIANDIER, la doctrine a tenté de poursuivre sur cette voie[1169]. Selon l'opinion commune, le quasi associé était celui qui réalisait des quasi apports. En particulier, selon M. le Professeur VIANDIER, le quasi associé n'est pas associé, puisqu'il n'a pas d'obligation d'apport, mais ayant la possibilité ou non d'intervenir, il a une relation privilégiée avec la société (cela inclut le droit d'information ou le droit de contrôle). La jurisprudence s'est contentée de dire qui était associé et qui ne l'était pas. De manière timide ou épisodique, elle a toutefois qualifié certains participants à la société d'« *associé en puissance* »[1170]. Elle n'utilise pas encore le terme de quasi associé.

693. Le profil du quasi associé en droit français et en droit OHADA est identique. Le droit OHADA étant fortement inspiré du droit français, le mimétisme législatif permet d'affirmer que les hypothèses sélectionnées sont les mêmes et permettent une étude comparative, similaire dans les deux espaces. L'espace OHADA dispose cependant d'une particularité : le secteur informel. Il ouvre les champs de nos hypothèses et permet l'étude de participant à des formes de sociétés typiques

[1169] Il s'agit principalement de M. GENINET, F.-X. LUCAS, A. TADROS.
[1170] Cour d'appel de d'Aix-en-Provence - ch. 01 B, 4 mars 2010 / n° 08/23023.

de l'espace OHADA[1171]. Ces quasis associés réaffirment, chacun en ce qui le concerne, un attachement à l'*intuitu pecuniae*. Le quasi associé est davantage intéressé par le retour sur investissement de sa contribution que par l'idée d'effectuer l'apport réalisé par l'associé. En parallèle, le traitement que la société et que le tiers réservent au quasi associé dépend également de la manière dont il injecte de l'actif dans la société.

694. **Les droits du quasi associé sur sa qualité.** En conséquence, les droits qui découlent de la qualité de quasi associé doivent être déterminés. La jurisprudence a créé une catégorie reposant sur la distinction du titre et de la finance[1172]. Au départ, cette distinction était appliquée dans le cadre d'un régime matrimonial. La jurisprudence en a fait une application extensive qui concerne les droits sociaux non négociables[1173]. Il existe une forme de démembrement. La situation du quasi associé traduit un parallèle avec celle du couple marié. La situation du quasi associé étant celle de « l'entre-deux », il ne peut, à ce stade, y avoir une réunion du titre et de la finance. Il est donc naturel de constater tantôt une absence de titre, tantôt une absence de finance. Cette situation permet un mécanisme de protection du patrimoine, aussi bien pour le quasi associé que pour le tiers, et ce à juste titre, car le quasi associé présente l'apparence d'un associé régulier de la société. Cet apparat tend à donner l'impression, à lui-même et aux tiers, qu'il est un associé de la société.

695. **Les droits politiques du quasi associé.** L'étude du quasi associé amène à s'interroger sur sa qualité de citoyen de la société. En effet, le droit de vote suppose d'être un associé de la société. Il apparait que ce droit peut faire l'objet d'une contractualisation. Le donneur d'ordre donne ainsi des consignes de votes au propriétaire du titre social. Cela semble logique, car c'est lui qui supporte l'aléa *in fine*. Il y aussi des situations créées par le législateur qui privent une personne du droit de vote. Il peut s'agir de l'usufruitier comme de l'actionnaire. Un autre corollaire du droit politique est le droit de participer à l'avenir de la société. La participation aux organes sociaux démontre leurs limites face au quasi associé. Cette nouvelle situation répond tant aux hypothèses de l'informel, qu'aux

[1171] V. not. La Nana Benz, le *Work and Pay*, la tontine.
[1172] Civ. 1ère, 16 avril 2008, n° 07-16.105 ; Civ. 1ère, 12 janvier1994, n° 91-18.104 et n° 91-15.562
[1173] Civ. 1ère, 9 juillet 1991, n° 90-12.503.

nouvelles techniques juridiques de prises de participations dans une société. Ils n'ont plus besoin des organes sociaux pour faire entendre leur voix ou leur position par rapport à la société. A titre d'exemple, une fois les valeurs mobilières donnant accès au capital émises, les titulaires n'ont plus besoin de participer pour empêcher un certain nombre de décisions. Les actionnaires doivent au préalable recueillir leur consentement.

696. **L'assujettissement du quasi associé à la temporalité.** En droit, l'assujettissement, désigne l'obligation faite à une personne de se conformer à une norme. Il semble exister un critère sous-jacent, l'assujettissement au temps, permettant d'identifier avec certitude la qualité de quasi associé. Ce critère est évincé tant des actes qui sont à l'origine de l'acquisition de cette qualité, que de ceux qui en conditionnent la perte. Il semble répondre aux exigences attendues : non seulement il permet de rendre compte de la singularité du quasi associé au sein de l'ordre juridique, mais, en outre, il s'impose par rapport aux tiers ou aux autres participants à la vie sociale. Le quasi associé peut, pendant la durée d'émission de la valeur mobilière composée, rester un détenteur du titre, un conjoint, un simple héritier ou un usufruitier. Une situation mérite également d'être rappelée : celle dans laquelle le quasi associé devient associé. Il devient alors un associé en puissance. Concrètement, il s'agit du moment où la valeur mobilière composée se transforme en action, dans le cadre où le donneur d'ordre devient associé, ou encore dans une situation plus naturelle où les héritiers deviennent associés.

697. L'assujettissement au risque social permet d'identifier avec certitude la qualité d'associé. Toute acquisition de la qualité d'associé soumet l'associé au risque inhérent à l'activité sociale, car celui-ci expose une partie de son patrimoine à un sort incertain. Et si cette perte survient, l'associé est dans l'obligation d'y contribuer. Il faut cependant apporter une précision. Le quasi associé ne court pas le même risque que l'associé, bien qu'il soit soumis à un risque, celui de ne pas voir son investissement remboursé. En revanche, l'assujettissement au risque est plus important dans l'espace OHADA, car de nombreux quasi associé exercent dans l'informel. Il y a donc une possibilité de voir le risque réparti de manière illimitée.

698. Il est difficile d'appliquer au quasi associé et à son sous-jacent, l'associé en puissance, le régime de l'associé. Il faut apprécier davantage ces personnes comme un créancier, au sens que celui-ci investit dans la société à son profit ou pour celui d'un tiers et précède la qualité d'associé.

Bibliographie

I. TRAITÉS, MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

1. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, 4ème éd., t. I, Éd. ImProfesseur et libr. gén. de jurisProfesseur, Paris, 1869.

2. F. ARTHUYS, *Traité des sociétés commerciales*, 3ème éd., Sirey, Paris, 1916.

3. H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de Droit international privé*, 2ème éd., L.G.D.J., 1955.

4. A. BÉNABENT
   - *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, in La bonne foi, Litec, Trav. Assoc. Capitant, 1994.
   - *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11ème éd., L.G.D.J., 2015.

5. R. BOFFA et J.-C. DUHAMEL, *La distinction associé/créancier à l'épreuve du risque, Analyse juridique appliquée au private equity*, CRDPD, Univ. Lille II, Mission de recherche droit et justice, juillet 2013.

6. H. CAUSSE, *Les titres négociables*, Litec,1993.

7. Y. CHARTIER, *Droit des affaires*, 3 ème éd., t. 2, *Sociétés commerciales*, P.U.F., coll. Thémis, 1992.

8. L.J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t.II, Méthode comparative, LGDJ, 1974.

9. G. CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse*, P.U.F., 1998.

10. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Presses Universitaires de France, 12eme édition 2018.

11. C. COUPET, *l'attribution du droit de vote dans les sociétés*, LGDJ, Paris, 2015.

12. A. COURET, A. CHARVÉRIAT et B. ZABALA, *Mémento Sociétés commerciales*, Éd. Francis Lefebvre, 2016.

13. M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28ème éd., LexisNexis, 2015.

14. C. DARWIN, *L'origine des espèces au moyen de la sélection naturelle ou la lutte pour l'existence dans la nature*, trad. par E. Barbier, Paris, Éd. A. Costes, 1921.

15. M. DE JUGLART et B. IPPOLITO
- *Droit commercial*, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, Montchrestien, Paris, 1970.
- *Cours de droit commercial*, 2 ème éd., vol. 2, *Les sociétés commerciales*, Montchrestien, Paris, 1975.

16. E. DU PONTAVICE et J. DUPICHOT, *Traité de droit commercial*, Montchrestien, Paris, vol. 11, 1982.

17. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, É. BLARY-CLÉMENT, *Droit commercial*, Lextenso 2019.

18. P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, Economica, 2011.

19. J. DIFFO TCHUNKAM, *Droit des activités économiques et du commerce électronique*, l'esprit de la réforme du droit commercial général issu de la réforme du 15 décembre 2010, l'Harmattan, Paris, 2011.

20. B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 4ème éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2015.

21. J. DUFAU, *Les concessions de service public*, éd. du Moniteur, 1979.

22. J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT
- *Traité théorique et pratique de droit commercial*, Les sociétés commerciales, t. I, Principes généraux, Sirey, Paris, 1950.
- *Traité théorique et pratique de droit commercial*, Les sociétés commerciales, t. II, Sociétés par actions, Société anonyme, Sirey, Paris, 1951.
- *Traité théorique et pratique de droit commercial*, Les sociétés commerciales, t. III, Sociétés par actions, L'action, Sirey, Paris, 1955.

23. A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique* (OHADA), Issy-les-Moulineaux (Hauts-de-Seine), LGDJ, 2015.

24. J. FASSI-FEHRI, *Guide juridique du capital-investissement dans l'espace OHADA*, LexisNexis, 2018.

25. J.-P. GASTAUD, *L'associé de passage ou l'intéressement du créateur d'entreprise et des salariés (stocks options et bons de croissance),* Mél. Honorat P. BLOCH, 2019.

26. M. GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés », in *Mél. F. Terré*, Dalloz, P.U.F., J.-Cl., 1999, p. 401.

27. M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, Lextenso, 2017.

28. P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2ème éd., Éd. Libr. nouv. de droit et de jur., Paris, 1898.

29. E. GRIMAUX, *L'influence du droit anglo-américain sur les valeurs mobilières émises par les sociétés anonymes en droit français*, coll. Bibl. dr. Entreprise, Litec 2004.

30. Y. GUYON
- *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 4ème éd., L.G.D.J., 1997.
- *Traité des contrats*, Les sociétés, 5ème éd., L.G.D.J., 2002. Droit des affaires, 12ème éd., t. I, Droit commercial général et Sociétés, Economica, 2003.

31. J. HAMEL, *Droit civil approfondi, Recherches sur la théorie juridique de la monnaie*, Éd. Les cours de droit, Paris, 1940-1941.

32. J. HAMEL et G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Dalloz, Paris, 1954.

33. J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Droit commercial*, 2ème éd., t. I, Sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques, Dalloz, Paris, 1980.

34. J. HÉMARD, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait,* 1ère éd., Sirey, Paris, 1912, n° 29.

35. C. HOUPIN et H. BOSVIEUX,
- *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 7ème éd., t. I et t. II, Sirey, Paris, 1935.
- *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 7ème éd., Supplément, Sirey, Paris, 1937.

36. M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, 3ème éd., Montchrestien, 1994.

37. M. JEANTIN et A. SAYAG (dir. sous) *L'endettement, mode de financement des entreprises, Études du CREDA*., éd. Litec, 1996, n°140, pp. 87 et 88.

38. Ph. JESTAZ, *Droit civil, Les obligations*, t. II, Le régime, 2ème éd., Sirey, Paris, 1989.

39. S. KWEMO, *L'OHADA et le secteur informel, L'exemple du Cameroun*, éd. Larcier, Col. Droit - Economie - International, 2012.

40. A. LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, T. I, 1983.

41. F. LEFEBVRE, *Mémento concurrence consommation 2022*, Collection : Mémento pratique Francis Lefebvre, 2021.

42. P. LE CANNU et B. DONDERO, Droit des sociétés, 6ème éd., L.G.D.J., 2015.

43. L. LEVENEUR, Situations de fait et droit privé, 1990, LGDJ.

44. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS Les biens, 6ème éd., L.G.D.J., 2015. Droit des régimes matrimoniaux, 5ème éd., L.G.D.J., 2015.

45. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS., M. JULIENNE, Droit des biens, 9e ed. septembre 2021, Lextenso.

46. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7ème éd., L.G.D.J., 2014.

47. Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions. Les libéralités*, 7e éd., 2016, Defrénois, nos 298 s.

48. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. 2, Les biens, Les droits réels principaux, Sirey, Paris, 1965.

49. H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, *Obligations. Théorie générale*, 1955.

50. D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC, *Dictionnaire du contrat*, coll. Les dictionnaires LGDJ, Lextenso, 2018.

51. B. MERCADAL et Ph. JANIN,

- *Mémento pratique des Sociétés commerciales*, éd. Juridiques Lefebvre, préf. R. Rodière, 1970.
- *Mémento pratique Sociétés commerciales*, éd. Juridiques Lefebvre, préf. R. Rodière, 1977.

52. Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial*, Sociétés commerciales, 19ème éd., Dalloz, Coll. Précis, 2016.

53. J. MESTRE et D. VELARDOCCHIO (dir.), *Lamy Sociétés commerciales*, éd. Wolters Kluwer, 2016.

54. H. D. Modi Koko Bebey, *Droit communautaire des affaires* (OHADA CEMAC), tome 1, *Droit commercial général et droit de la concurrence*, édition Dianoia, Chènevières-sur- Marne, 2008.

55. D. NDIAW, *Les sociétés de personnes*, in Sociétés commerciales et G.I.E., Bruxelles, Bruylant, 2002.

56. OHADA, *Traité et acte uniformes commentés*, Juriscope, 2016.

57. A. Pedro Santos, J. Yado Toé, *Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

58. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat,* th. préf. G. Couturier, L.G.D.J., 1989.

59. R.-J. POTHIER
- *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur,* éd. Debures, Paris,1774.

- *Traité du contrat de société, Œuvres de Pothier*, éd. Letellier, Garnery, Nicolle et Mde Dufresne, Paris, 1807.

60. O. RAYMUNDIE, *Gestion déléguée des services publics*, éd. Le Moniteur, 1995.

61. B. REMICHE, *Propos introductifs dans Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA*, sous la dir. de Loïc CADIET, IRJS éd., 2013.

62. G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J., 1948 et, 3ème éd., 1954.

63. R. RODIÈRE, *Groupements commerciaux*, 8ème éd., Dalloz, Paris, 1972.

64. N. ROULAND, *L'anthropologie juridique*, éd., Presses Universitaires de France, 1995.

65. P. SERLOOTEN, « L'affectio societatis, une notion à revisiter », *Mel. Y. Guyon*, Dalloz, 2003.

66. R. SALEILLES, *La déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, éd. Pichon, Paris, 1901.

67. J. SLOMAN et A. WRIDE, *Principes d'économie*, 7e éd., Person, 2011.

68. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil*, *les obligations*, 11ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2013.

69. F. TERRÉ, « Remarques sur l'augmentation de capital par incorporation des créances », *in Mél. J. Hamel*, Dalloz, 1961.

70. R.-T., TROPLONG,
- *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code depuis et y compris le titre de la vente*, Du contrat de société civile et commerciale ou commentaire du titre IX du livre III du Code civil, t. I et t. II, Éd. ch. Hingray, Paris, 1843.

- *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code depuis et y compris le titre de la vente*, Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux, Commentaire du titre V, livre III, du Code civil, t. I, Éd. Ch. Hingray, Paris, 1850.

71. A. VIANDIER, la notion d'associé, LGDJ, Paris, 1978.

72. D. VIDAL, *Droit des sociétés*, 7ème éd., L.G.D.J., 2010.

73. A. WAHL, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Paris, Sirey, 1922.

II. OUVRAGES SPÉCIALISÉS, MONOGRAPHIES ET THÈSES

1. Afic, *Le livre blanc du capital investissement en Afrique*, Club Afrique de l'Afic, 2016.

2. L. ANDREU et N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, 6e ed., AMPHI LMD, 2021.

3. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, 2e ed., Dalloz, 2018.

4. E. AGOSTINI, *Droit comparé*, éd. Presses Universitaires de France,1988, n°11.

5. J.-M. ALBERTINI et A. SILEM, *Lexique d'Economie*, 13e éd., Dalloz, 2014.

6. Y. ALLAM, *le capital-investissement en droit OHADA*, Th. Université d'Aix en Provence, 2015.

7. C. BARRLLON, *le critère de la qualité d'associé*, th. Université Paris Ouest Nanterre, 2017.

8. H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, th. Presses Universitaires Aix-Marseille, 2011.

9. U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, (trad.) Flammarion, 2008.

10. M. BUCHBERGER, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Université Panthéon-Assas- Paris II, 2009.

11. J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *l'usager du service public administratif*, th. Paris, LGDJ, 1974.

12. G. BROUILLOU. *La gestion du risque de contrepartie en matière des dérivés de gré à gré : approche juridique*, Th. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018.

13. G. CAMERLYNCK, *De l'intuitus personae dans la société anonyme*, th. Paris, Pédone, 1929.

14. J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, th. Montpellier, 1959.

15. A. CONSTANTIN, *Réflexions sur la validité des conventions de vote, in Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001.

16. O. COISPEAU, *Dictionnaire de la bourse*, 7e édition, France, Canada, Séfi, 2013, p.693, (ISBN 978-2-89509-141-7).

17. B. CORDIER, *Le renforcement des fonds propres dans les sociétés anonymes*, Bibliothèque de droit privé, Tome CCIV, LGDJ, 1989.

18. M.-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz Hypercours, 2017.

19. J. DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, th., éd. Les Presses modernes, 1937.

20. J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT
- *Traité théorique et pratique de droit commercial*, *Les sociétés commerciales*, t. I, Principes généraux, Sirey, Paris, 1950.

- *Traité théorique et pratique de droit commercial*, *Les sociétés commerciales*, t. II, Sociétés par actions, Société anonyme, Sirey, Paris, 1951.

- *Traité théorique et pratique de droit commercial*, *Les sociétés commerciales*, t. III, Sociétés par actions, L'action, Sirey, Paris, 1955.

21. D. ESKINAZI, *La qualité d'associé*, th., dir. A.-S. Barthez, Université Cergy-Pontoise 2005.

22. FRANCE INVEST, *Investir dans la croissance des entreprises en Afrique*, France Invest, 2019.

23. L. GALBOIS, *Régimes matrimoniaux et droits des sociétés : les sociétés entre époux*. Droit. 2017.

24. P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2eme éd., Éd. Libr. nouv. de droit et de jur., Paris, 1898.

25. B. GOUTHIERE, *Memento Patrimoine 2019-2020*, Editions Francis Lefebvre, 2020.

26. R. KADDOUCH, *le droit de vote de l'associé*, th., Université Aix-Marseille, 2001.

27. Fl. KUITCHE et Ph. MANKESSI, *l'évolution de la notion d'associé*, Université Sophia Antipolis, 2007.

28. H. LECHNER, *Des droits propres des actionnaires*, th., Université de Nancy, 1932.

29. Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile pour faute*, éd. Presses Universitaires de France, 2003.

30. J.-L. LOTTHÉ, *La situation des intéressés avant l'accomplissement des formalités de la cession de créance*, th. Paris, 1947.

31. Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. II, 2e partie, Des sociétés, 4e éd., LGDJ. 1908-1909.

32. J. MESTRE, F. BUY, J.-C. RODA, M. LAMOUREUX, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, 2018.

33. J. MÉRIC, Y. PESQUEUX et A. SOLÉ, *La société du risque : analyse et critique*, Economica, 2009, p.119.

34. M. MICHINEAU. *Régime juridique des droits d'accès au capital. La protection des droits des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016.

35. J. NOIREL, *La société anonyme devant la jurisprudence moderne,* th., éd.Libr. techniques, 1958.

36. J. PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, éd. Rousseau, 8ème éd., 1938, n° 248.

37. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, 3e éd., n°947.

38. M. PICHARD, *Le droit à, Étude de législation française*, th. 2004.

39. A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, thèse dactyl., Université Panthéon-Assas Paris II, 2001.

40. Rolland Berger, *Women in entrepreneurship in Africa : at the heart of a promising hive of activity*, Rolland Berger 2019.

41. A. ROBYN, *Du croupier d'associé*, th., Université de Lille, 1904.

42. A. SARRADIN, *L'associé et son croupier*, th., Paris, 1970.

43. A. RABREAU, *L'usufruit des droits sociaux*, Université de Poitiers, 2001.

44. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 9ème éd. t. 1, *Les sociétés commerciales*, L.G.D.J. 1977.

45. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., Paris, L.G.D.J., 1949.

46. J. SAPIR, *La fin de l'eurolibéralisme*, éd. Le seuil, 2006, p.82.

47. J. SCHUMPETER, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, éd. Bibl. hist. Payot, 1990, p.113 et s.

48. P. SCREPEL, *Les sociétés de fait*, th. Strasbourg, 1963, n° 45.

49. A. SCHWING, « La nature juridique du droit de croupier », Revue des Sociétés 1935, p.152.

50. D. R. SOH FOGNO et C. TALLA, « l'apport en industrie en droit des sociétés commerciales de l'OHADA : réflexion sur un vide juridique », *Annales de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang* T.13, 2009, pp199-226.

51. D. SOLOU, *Etude comparé de la Fiducie en Droit français et en Droit OHADA*, Th, Université Paris-Saclay, 2020.

52. A. TADROS, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, th., nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2013.

53. H. TEMPLE, *Les sociétés de fait*, th., L.G.D.J. 1975, préf. J. Calais-Auloy.

54. F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris II, L.G.D.J., 1957, préf. R. Le Balle.

55. J. VALLANSAN et É. DESMORIEUX, *Société en participation et société créée de fait : aspects juridiques et fiscaux,* Coll. Pratique des affaires, Paris, GLN-Joly, 1996.

III. ARTICLES

1. A. AKAM AKAM, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit Ohada », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxi,2, no. 2, 2007, pp. 211-243.

2. M. AZAVANT, « La sanction civile en droit des sociétés », *Rev. sociétés* 2003, p.441.

3. N. ALAOUI M'HAMMDI, « le pouvoir commercial des Nanas Benz », Economia, *HEM Research Center*, 2019.

4. J.-F. ARTZ, « Nature juridique de l'action », *Rép. des sociétés*, Dalloz, 2019.

5. X. BACHELLIER, « Le pouvoir souverain des juges du fond », *B.I.C.C.* n° 702, 15 mai 2009, p.18.

6. C. BAILLY-MASSON, « La fictivité, une épée de Damoclès ? », *LPA* 2000, n° 16, p.8.

7. M. BAKHOUM, « Perspectives africaines d'une politique de la concurrence dans l'espace OHADA », *Revue internationale de droit économique*, 2011/3 (t.XXV), p.351-378.

8. J.-E. BAKATUINAMINA « L'exigence de présence physique aux réunions du conseil d'administration dans l'espace OHADA à l'heure de la pandémie Covid-19 », *RDAA*, Juillet 2020 N° 1.

9. B. BARRAUD, « La science et la doctrine juridiques à l'épreuve de la polysémie des concepts ». *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016 p.76, pp.5-47.

10. J.-F. BARBIÉRI, « *Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive*, » in Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, p.41.

11. J.-F. BARBIÉRI, *Rev. sociétés* 1995, p.33.

12. F. BIBOUM BIKAY, « l'entreprenant OHADA et les procédures collectives », *Penant* 1 juillet 2017, n° PENA2017-900-357, p.357.

13. S. BISSALOUÉ, « l'entreprenant un statut prometteur », *Wolters Kluwer*, 10 septembre 2017.

14. G. BOURCART, « De l'*intuitus personae* dans les sociétés », *journal des sociétés*, 1927, p.513 et s.

15. B. BRIGNON et Th. GRANIER, « Actions de préférence », *JCl. Société Traité*, Fasc. 1803.

16. Cl. CHAMPAUD et D. DANET, RTD com. 1995, p.426.

17. C. BENDO, « Le conjoint commerçant et la nécessité d'un régime matrimonial dans l'espace OHADA », *Revue communautaire de droit des affaires* n°1, 2013.

18. M. BERTREL, « La société, contrat d'investissement ? » *RTD com*. 30 octobre 2013, p.403.

19. A. BILLONG BILLONG, « l'apport en industrie en droit OHADA : une nouvelle approche », *Penant,* 1 janvier 2015, n° PENA2015-889-508, p.508.

20. B. BRICOUT-MALLET. « Fiducie et propriété ». S. BROS et B. BRICOUT-MALLET. *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2009, p.297-327.

21. M. BLANCK DAP, « L'usufruitier de droits sociaux peut-il être considéré comme un associé ? », *Option finance* 2 mai 2011, n° 1123, p.23.X.

22. X. BOUCOBZA, « La loi de la majorité dans les sociétés de capitaux », *Mélanges AEDBF*, t. III, 2001, éd. Banque, p.45.

23. B. BOULOC, « Les nouvelles valeurs mobilières : les certificats d'investissement et les titres participatifs », *Rev. soc*. 1983, p.501.

24. G. BOURCART, « De l' intuitus personae dans les sociétés », *journal des sociétés*, 1927, p.513 et s.

25. F.BUY, « Sociétés créées de fait », *Études Joly Sociétés*, 2018.

26. E. BIDZOGO, « Vers un véritable autofinancement de l'investissement en Afrique ? Témoignage en forme de projet, de souhait, de suggestion sur les tontines au Cameroun », *La Revue des Sciences de Gestion*, 2012/3-4 (n° 255-256), p.167-170.

27. J. CHEVALLIER. « Doctrine juridique et science juridique ». *Droit et Société*, L.G.D.J., 2002, pp.103-119.

28. B. CHEYSSON, « la représentation de la masse des obligataires dans la procédure collective de l'emprunteur », *Fusions-Acquisitions Magazine*, septembre-octobre 2018, p.31.

29. E. CEVAËR, P.-E. PERROT, « la location de part sociale et actions : un moyen astucieux d'acquérir une entreprise » *BJS* avril 2011, n° JBS-2011-0139, p.344.

30. J. B. CLARK, « Insurance and business profit », *Quaterly Journal of Economics* 1892, vol. 7, n° 1, p.40, spéc. p. 46 : « Nom man can carry a risk who has nothing to lose ».

31. C. HANDY, « Trust and the virtual organization », *Harvard Business Review*, Boston,1995/3, n°73, p.40.

32. A. COURET, « Les nouveaux titres représentatifs de fonds propres », *Bull. mens. Joly* 1986.

33. A. COURET, J.-L. GUILLOT, F. PELTIER, « Les emprunts obligataires assortis d'un mécanisme d'accès au capital d'un filiale de l'émetteur », *RDBB janvier-février* 1993, n°8, p.1.

34. M. COZIAN, « Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? », *JCP E* 1994, p.374.

35. A. DALION et A. TADROS, « La catégorisation des actionnaires, un pas de plus ou un pas de trop ? Libre propos sur les perspectives d'évolution du droit des sociétés », *BJB* 2009, p.406, § 57.

36. F. DANOS, « Propriété, possession et opposabilité », *Economica, Recherches juridiques*, 2007, p.52-53.

37. J-M. DARROIS, A. VIANDIER, « L'intérêt social prime l'intérêt des actionnaires », *Les Échos*, 27 juin 2003.

38. R. DAUBIE, « la responsabilité du dirigeant d'entreprise », *Village Justice*, 14 octobre 2019.

39. J. DERRUPPÉ, « Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions », *LPA* 13 juillet 1994, n° 83, p.15.

40. J. DERRUPPÉ, « Les avatars de l'associé unique », in *Mél. G. Daublon*, Defrénois, 2001, p.99.

41. E. DOCKÈS, « Essai sur la notion d'usufruit », *RTD civ.* 1995, p. 479.

42. A.D. EYANGO DJOMBI, « La prise en compte du statut d'époux par le droit des affaires de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires », *Penant* 1 avril 2015, n° PENA2015-891-229, p.229.

43. A. DIALLO, « Administration des sociétés anonymes en droit de l'Ohada à l'aune du droit marocain *», Ohadata*, 2018.

44. A. DULOT, « Ce que penser veut dire », L'Harmattan, coll. *Pour comprendre*, 2013, p.86.

45. B. DONDERO, « La faute séparable de l'associé et la concurrence déloyale », *Rev. sociétés* 2014, p.491.

46. S. DRABCZUK, P. RIVIÈRE et M. VIGIER, « L'évaluation des titres participatifs et des obligations avec bons de souscription d'action : une collaboration entre actuaires et analystes financiers », *Analyse financière* 1985, n°60, p.45.

47. G. ELIET et A. GAUVIN, « Paris Europlace tente une classification rationnelle des instruments financiers », *RDBF* mai-juin 2004, n° 149.

48. Y. FAVIER, « Rupture volontaire du concubinage », *Action droit de la famille*, *Dalloz* 2020-2021.

49. T. FAVARIO, « La rémunération excessive du dirigeant, faute de gestion typique », *BJE* septembre 2016, n° 113t1, p.340.

50. A. FENEON, « L'influence de la CVIM sur le nouveau droit de la vente commerciale », *Penant* n° 853, p.464.

51. H. de FEYDEAU et J.-L. PIERRE, « Titres participatifs : possibilités de suppression et choix de substitution d'autres valeurs mobilières », *Banque* 1987, p.348.

52. O. FILLE-LAMBIE et A. BERTHOUD, « Quand le droit OHADA inspire le droit français : l'exemple de l'agent des sûretés », *Hogan Lovells Publication*, 16 mai 2017.

53. M. H. FISHER, « Indirect Rule in the British Empire: The Foundations of the Residency System in India (1764–1858). » Modern Asian Studies [en ligne]. Cambridge University Press, 1984, Vol. 18, no. 3, pp.393-428, DOI 10.1017/S0026749X00009033.

54. A. GAKOUE. « La fiducie en droit ivoirien ». International Journal of Current Research, T. Manikandan, 2018, 10 (1), pp.6.

55. E. GAILLARD, « Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », in *Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle*. En Hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard, Textes Réunies par Jean-Marc Sorel 18, Pédone. 2009.

56. D. GALLOIS-COCHET, « Associé », *Joly sociétés* 2015, n° 400.

57. D. GALLOIS-COCHET et R. LE GUIDEC, « Entrée en société et qualité d'associé », *Defrénois* 2015, n° 20, p. 1035, spéc. p.1038.

58. M. de GAUDEMARIS, « Théorie de l'apparence et sociétés », *Revue des sociétés*, 1991, p.465.

59. M. GENINET, « Les quasi-apports en société », *Rev. sociétés*, 1987, p.25.

60. G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « La définition de l'intérêt social », *RTD Com*. 2004, p.35.

61. G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « la convention de portage » *Rép. Sociétés*, Dalloz, 2018.

62. D. GRÉGORY, « Faut-il rejeter le principe de maximisation de la valeur actionnariale ? », *Revue française de gestion*, 2008/4 (n° 184), p.71-88.

63. G. GRUNDELER, F-D POINTRINAL, « Le capital-investissement », 5ed. RB Edition, p. 834, p.420.

64. D. GUEYE, « Les femmes entrepreneures : avenir du continent africain », *La Banque Mondiale*, 29 novembre 2018.

65. Y. GUYON, « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. sociétés* 1989, p.439.

66. Y. GUYON, « La société anonyme, une démocratie parfaite ! », *Mélanges in C. Gavalda*, 2001, Dalloz, p.133.

67. S. HELOT, « La place de l' intuitus personae dans la société de capitaux », *Penant* 1 janvier 2015, D. 1991, Chron. 143 et s.

68. J.-L. HÉRIN, « Les exclus du droit de vote », *Pouvoirs,* 2007/1 (n° 120), p.95-107.

69. J. ISSA-SAYEGH, « Aspects techniques de l'intégration juridique des États africains de zone franc », communication à la session de formation du CFJ

de Dakar du 27 au 30 avril 1998, sur le thème : « L'OHADA, un droit régional en gestation ».

70. N. IVALDI et C. MANARA, « vers la société en réseau » *LPA* 2 juin 2000, n° PA200011002, p.10.

71. M. JEANTIN, « Conventions de portage et droit des sociétés », *RD bancaire et de la Bourse* 1991 p.122.

72. L. JOBERT, « La notion d'augmentation des engagements des associés », *BJS* 2004, n° 5, p.627.

73. L. H. KAOSSIRI, « La théorie classique du patrimoine à l'épreuve du droit OHADA », *Lexbase Afrique-OHADA*, mars 2020.

74. L.-R. KEMAYOU, F. GUEBOU TADJUIDJE, M.-S. MADIBA, « Tontine et banque en contexte camerounais », *La Revue des Sciences de Gestion*, 2011/3 (n°249-250), p.163-170.

75. W. LE BRAS, « les promesses de cession de droits sociaux et l'interdiction des clauses léonines », Bull. Joly 1986. N°5, p.587.

76. J.-P. LANGLAIS, L. GHESQUIERES, Le droit de vote, droit fondamental de l'associé ? *LPA* 14 décembre 2007, n° PA200725001, p.3.

77. D. LAMETHE, « L'intuitus personae des sociétés anonymes », Gaz. Pal. 1979, p.262.

78. J. LAFOURCADE, « L'originalité des titres participatifs », *Gaz. Pal.* 1985, p.220.

79. D. LAMETHE, « L' intuitus personae des sociétés anonymes », *Gaz. Pal.* 1979, p.262.

80. M. de LATTRE-GASQUET. « Le développement des espaces ruraux en Afrique de l'ouest. » *Futuribles: Analyse et Prospective*, 2021, pp.1-31.

81. P. LE CANNU, « Les procédures applicables aux dirigeants de l'entreprise en redressement judiciaire », *Petites affiches*, 5 février 1986.

82. B. LECOURT « Conditions de formation de l'acte de cession », *Rép. Sociétés*, Cession de droits sociaux, Dalloz Avril 2017.

83. P. LEGRAND, « Notes inspirées par une gêne persistante à l'égard de la fascination exercée par l'habitude, l'autorité, la loi et l'État dans les facultés de droit françaises *», RTD civ.,* 1998, p.285.

84. J.-B. LENHOF, « Perte de la qualité d'associé et remboursement des droits sociaux dans les sociétés civiles », *La lettre juridique*, juillet 2008.

85. D. LEPELTIER, « Promesse de cession d'action et inscription en compte », *Bull. Joly,* 1989, p.135 s.

86. P. LE VEY, « L'évolution du droit des sociétés coopératives de production ouvrière [SCOP] », *Dr. Sociétés*, octobre 2006, Étude 18.

87. G-A LIKILIMBA, « L'Agent des sûretés OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, N°6 Janvier 2016.

88. F.-X. LUCAS, « Les actionnaires ont-ils toute la qualité d'associé ? » *RD banc. fin*. 2002, n° 4, p.216.

89. F.-X. LUCAS, « l'exécution forcée des conventions de vote », *BJS* juillet 2011, n° *JBS*-2011-0321, p.625.

90. F.-X. LUCAS, « Théorie des bénéfices et des pertes », *J.-Cl. Sociétés Traité*, 2008 préc., n° 16.

91. F. X. LUCAS, « Refus de la qualité d'associé à l'usufruitier de parts sociale », *Droit des sociétés*, n° 2, février 2007, commentaire 25.

92. F.-X. LUCAS « La distinction des titres de capital et des titres de créance », in *Quel avenir pour le capital social*, Dalloz, p.23.

93. J.-M. MARMAYOU, « Apports », *Etudes Joly Sociétés*, Dalloz, 05 décembre 2016.

94. D. MARTIN et L. FAUGÉROLAS, « Les pactes d'actionnaires », *JCP G* 1989.

95. A. MARTIN, « Definition of 'Investment': Could a Persistent Objector to the Salini Tests Be Found in ICSID Arbitral Practice? », *Global Jurist*, 2011.

96. L. BURGER, «The trouble with Salini (Criticism of and Alternatives to the Famous Test) », Volume 31, Issue 3 *ASA Bulletin* (2013) pp.521 – 536.

97. B. MARTOR, « Covid-19, un casse-tête pour les sociétés de droit OHADA », *La Tribune Afrique*, 6 Mai 2020.

98. H. MARTIN-SISTERON, » L'agent des sûretés OHADA : figure tutélaire du nouvel agent des sûretés français ? », *Revue Banque* n°812, 25 septembre 2017.

99. J. MESTRE, « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », *RLDC*, mars 2009, p. 9, n° 58.

100. C.-A. MICHALET, « L'évolution de la législation sur les investissements directs étrangers de la dynamique de la mondialisation », in Mélanges Ph. Kahn, cité par : M.-M.-M. SALAH, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *RIDE*, n° 3-2001, p.263.

101. V. MIKALEF-TOUDIC, « Clause de tontine ou clause d'accroissement : une nouvelle jeunesse », *LPA* 27 mai 2016, n° 116a8, p.76. Pp.114.

102. M. LELART, « L'épargne Informelle En Afrique Les Tontines Béninoises. » *Revue Tiers Monde*, vol. 30, no. 118, 1989, pp.271–298.

103. M.-A. MOUTHIEU, « L'appréhension de l'affectio societatis à l'aune des articles 4 et 5 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », Actualités du Droit OHADA, *Wolters Kluwer*, 4 mai 2018.

104. B. MOR, « Perspectives africaines d'une politique de la concurrence dans l'espace OHADA », *Revue internationale de droit économique*, 2011/3 (t.XXV), p.351-378.

105. M. MOUIZINA et J. CHALLOUB, « SAS et options donnant accès au capital : quelles opportunités pour les startups dans l'espace OHADA, » *Lexbase Afrique-OHADA* n°36 du 10 septembre 2020.

106. D. MARTIN et L. FAUGÉROLAS, « Les pactes d'actionnaires » : *JCP G* 1989.

107. Th. MASSART, « Société (Contrat de) », *Rép. Sociétés*, Dalloz, 2006, n° 93.

108. J.-L. MEDUS, « le salarié ou dirigeant-actionnaires réflexion sur la fiscalité des managements packages », *BJS* mai 2012, n°JBS-2012-0215, p.453.

109. A. NGWANZA, Cahiers de l'arbitrage - n°4 - page 1141, 1er octobre 2013.

110. D. OHL, « Valeurs mobilières », *Droit spécial des valeurs mobilières*, Septembre 2005, actualisation : Janvier 2019.

111. É. PANIER, « Une approche des relations de travail en Afrique en termes de mobilisations du droit. L'exemple du contrat de travail au Togo ». *Droit et société*, p.373-392.

112. I. PARACHKÉVOVA, « L'associé responsable », *BJS* 2015, n° 4, p.165.

113. I. PASCUAL, « La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés », *RTD com*. 1998, p.274, spéc. n° 43 et s.

114. F. PELTIER, « La nature juridique des obligations remboursables en actions », *JCP*, 1992.

115. V. PERRUCHOT-TRIBOULET, *LPA* 7 septembre 2007, n° PA200718001, p.3.

116. P. PÉLISSIER, « Les interactions rurales urbaines en Afrique de l'Ouest et Centrale », *Bulletin de l'APAD*, en ligne depuis le 12 Juillet 2006, connexion le 09 November 2021.

117. F. POLLAUD-DULIAN, « l'actionnaire dans les opérations de portage », *Rev. Sociétés* 1999, p.765.

118. L. POSOCCO, G. KESSLER, « L'associé, investisseur », *Droit des sociétés* n° 3, Mars 2016, dossier 5.

119. A. ROBIDEL, « Les titres participatifs », *Analyse financière* 1985, n°60, p.38.

120. N. ROBERTSON, A. DESSI-FOULON, « Le cadre juridique embryonnaire du capital investissement dans l'espace OHADA », *La Tribune Afrique*, 24 novembre 2017.

121. P. RODMACQ, « Comment utiliser le financement participatif sur internet », *Entreprendre en Afrique Financement*, p.1.

122. M. 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 : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, N° Spécial - Novembre-Décembre 2011, Législation.

123. R. SAVATIER, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui », 1ère série, *Panorama des mutations*, 3ème éd., Dalloz, 1964, p.14.

124. A. SCHWING, « La nature juridique du droit de croupier », *Revue des Sociétés* 1935 p.152.

125. J. SCHUMPETER, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Éd. Bibl. hist. Payot, 1990, p.113 et s.

126. M. SIGNOURET, « Le crépuscule des Nana Benz », *Jeune Afrique*, 17 janvier 2005.

127. A. K. SIMMO, Observations sous Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, arrêt du 24 avril 2003, arrêt n°008/2003, A.K. c/ H.M., in P.-G. POUGOUE et S. S.

128. KUATE TAMEGHE, Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, Paris, L'Harmattan, 2010, pp.192-193.

129. A. REBÉRIOUX, « Les fondements microéconomiques de la valeur actionnariale. Une revue critique de littérature », *Rev. Économique*, 2005, n° 1, p.51.

130. A. ROBIDEL, « Les titres participatifs », *Analyse financière* 1985, n°60, p.38.

131. A. SÉRIAUX, « Propriété », *Répertoire de droit immobilier*, Juin 2016.

132. J. STOUFFLET, « Les capitaux propres », *Rev. soc*. 1986.

133. W. TADJUDJE, « le cautionnement mutuel et l'inclusion financière en Afrique », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires – Pratique Professionnelle*, N° 6 – Janvier 2016.

134. F. VELLAS, « Les titres participatifs », *Les petites affiches* 30 octobre 1985.

135. M. VICHET, « Peut-on apprécier un titre participatif sans estimer sa probabilité de remboursement ? », *Banque* 1983. p.439.

136. A. REYGROBELLET, « Exploitation directe du fonds de commerce », Action Fonds de commerce, Dalloz, 2012.

137. J. SCHUMPETER, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Éd. Bibl. hist. Payot, 1990, p.113 et s.

138. A. SÉRIAUX, « Propriété », *Répertoire de droit immobilier*, Juin 2016.

139. J. STOUFFLET, « Les capitaux propres », *Rev. soc*. 1986.

140. N. THOMASSIN, « Si la société m'était comptée », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin, Liber Amicorum, Lextenso*, 2015, p.613.

141. D. de TCHAGUINE-SEGURET et H. FRANCOIS-MARSAL, « Portage : la clarification nécessaire », *Gaz. Pal.* 1989, 1, chron. p.245.

142. C. TOULABOR, « Les Nana Benz de Lomé. Mutations d'une bourgeoisie compradore, entre heur et décadence », *Afrique contemporaine*, 2012/4 (n° 244), p.69-80.

143. D. S. Trask, «England's Indirect Rule in Its African Colonies», *American Historical Association.*

144. Lord M. HAILEY, Native Administration and Political Development in British West Africa, London, Part III, H.M.S.O. 1943.

145. B. TREILLE, « Les conventions de portage *», Rev. soc*. 1997, p.721.

146. J.-P. VALUET, L'identification des actionnaires des sociétés cotées, Rev. Sociétés, 1996. p.707.

147. F. VELLAS, « Les titres participatifs », *Les petites affiches* 30 octobre 1985.

148. M. VICHET, « Peut-on apprécier un titre participatif sans estimer sa probabilité de remboursement ? » *Banque* 1983. p.439.

149. F. ZENATI-CASTAING, « usufruit des droits sociaux », *Répertoire des sociétés*, Septembre 2019.

IV. COLLOQUES PUBLIÉS

1. Ph. BISSARA, « Rapport de synthèse » *in* « Quel avenir pour le capital social ? », Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p.217.

2. E. DEZEUZE, « La réparation du préjudice devant la juridiction pénale », *Rev. Sociétés,* 2003, p. 261 (actes du colloque sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux, 16 décembre 2002, Université René Descartes).

3. F. NAGNE, « La sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone : Le droit OHADA », compte rendu du colloque organisé par le Centre de Droit Économique le 20 mars 2009, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2010.

4. D. SCHMIDT : « Les opérations de portage de titres de sociétés » in Les opérations fiduciaires ; Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984. Ed. Feduci. L.G.D.J. 1985 pref. B. OPPETIT, p.30.

V. DÉCISIONS CITÉES

1. Cass. req., 7 avril 1873. D.P. 1873.
2. Cass. civ., 15 avril 1873.
3. Cass. civ., 8 juillet 1887 D.P. 1887.
4. CA Orléans, 25 mai 1888 S. 1889.
5. Cass. req. 24 juin 1903, DP 1904.1.591.
6. CA Grenoble, 19 juillet 1905.
7. Cass. req., 31 juillet 1906.
8. Cons. d'État, 30 mars 1916, req. N°59928.
9. S. S. « I'm Alone » (Canada, United States) 30 Juin 1933 and 5 Janvier 1935.
10. CA Paris, 5 juin 1950, Gaz. Pal. N°1950.2.96.
11. Cass. civ., 27 févr. 1951.
12. Cass. Com., 23 décembre 1957 N°374.
13. Cass. civ. 1ère, 20 juillet 1964 N°403.
14. Arret Kwarteng v Sei, GLR 42-50, Djabanor J, Accra. 1966.
15. Barcelona Traction, Light, and Power Company, Ltd, CIJ, 1970.
16. Cass. Civ 2ème, 25 avril 1972 n°70-11.005.
17. CA Basse-Terre, 14 mai 1973.
18. Cass. Com. 30 juin 1975 n°73-14.754.
19. CA Paris, 3 mars 1978.
20. CA Paris, 19 février 1979.

21. CA Paris, 8 mars 1979.

22. Cass. Com. 9 mai 1978 n°77-10.104.

23. Cass. Com. 20 février 1979 n°77-15.475.

24. Cass. Civ. 1ère, 30 janvier 1980, n°78-14.577.

25. Cass. 1ère civ., 6 février 1980, n° 78-12.513.

26. Cass. Com. 24 avril 1981 n°79-14.500.

27. Cass. Com. 15 juillet 1982 n°78-11.936.

28. Cass. Civ. 1ère, 26 janvier 1988 n°85-14.737.

29. Cass. Civ. 1ère, 9 juillet 1991, n° 90-12.503.

30. Cass. Com. 28 mai 1991, n°89-21.116.

31. Cass. Com. 6 octobre 1992.n° 90-19.803.

32. CA Lyon 13 août 1993.

33. Cass. Com. 14 décembre 1993, n°91-20.839.

34. Cass. Com., 4 janvier 1994 n°91-20.256.

35. Cass. Civ. 1ère, 12 janvier 1994, n° 91-18.104.

36. Cass. Civ. 1ère, 12 janvier 1994, n° 91-15.562.

37. Cass. Civ. 1ère, 6 janvier 1994, n° 91-22.117.

38. Cass. Com. 25 janvier 1994 n° 91-20.007.

39. Cass. Civ 1ère, 8 juillet 1994, Bull. civ. I, n° 235.

40. Com. 15 novembre 1994, n°93-12.835, Bull. civ. IV, n°332.

41. Cass. Civ. 3e, 18 juillet 1995, n°93-17.278.

42. CA Paris, 17 avril 1996.

43. Cass. Civ. 1ère, 9 janvier 1996, n°93-20.460.

44. CA Paris, 17 avril 1996.

45. CA Paris, 18 octobre 1996.

46. CA Paris, 4 avril 1997.

47. Cass. Com., 21 octobre 1997, n° 2082.

48. Cass. Com., 19 mai 1998, n°95-18.557.

49. Cass. Com., 15 décembre 1998 n°97-15-897.

50. Cass. Com., 19 octobre 1999 n°96-20.687.

51. Cass com., 19 octobre. 1999 n°97-15.795.

52. Cass. Ass. Plen., du 25 février 2000, 97-17.378 97-20.152.

53. CA Daloa n° 195/2000 du 24 mai 2000.

54. CA Niamey, arrêt n°240 du 8 décembre 2000 : Ohadata J-02-33.

56. Cass. Com., 16 novembre 2004 n°00-22.713.

57. Cass. Com. 17 janvier 2006, n°04-14.157.

58. TGI Ouagadougou, Jugement commercial n° 215 du 21 février 2001, STTP Sarl c/ Société africaine de services SA et SOFITEX.

59. TGI de Ouagadougou, Jugement n° 984 du 12 décembre 2001, OK-RAIDS c/ LATIL.

60. Cass. 1ère civ., 10 juillet 2002, n° 00-22.199.

61. CA Ouagadougou, ch. Civ. & com., n° 86, 21 avril 2006.

62. Cass. Com. 20 mai 2003 n°99-17.092.

63. Cass. Com. 24 juin 2003 n° 00-17.700.

64. Cass. Com. 12 mai 2004, n°00-15.618.

65. Cass. Com. 16 novembre 2004, 00-22.713.

66. Cass. Com. 16 novembre 2004, 02-12.636.

67. Cass. Com. 22 février 2005, n°03-17.421.

68. Cass. Com. 27 septembre 2005 n°02-14.009.

69. TRHC Dakar Jugement n°139 du 8 avril 2005 Ohadata j-06-173.

70. Cass. Crim 3 novembre 2005.

71. Cass.Com. 17 janvier 2006, n°04-14157.

72. Cour d'appel d'Orléans, 8 septembre 2006 n° 05/01101.

74. Cass. Civ. 1ère, 16 avril 2008, n° 07-16.105.

75. Cass. Com., 17 juin 2008, n° 06-15.045.

76. Cass. Com., 17 juin 2008, n° 07-14.965.

76. Cass, Civ. 3e, 29 novembre 2006, n°05-17009.

77. CA de Lomé, arrêt n°044/09 du 26 mars 2009, HOUNKPEDJI KASSIA / SOCIÉTÉ RAINER AUTOMOBILE, Ohadata J-10-155.

78. CCJA, 29 novembre 2011, République de Guinée équatoriale et la Communauté des États d'Afrique centrale c/ la Commercial Bank of Guinea Ecuatorial.

79. Cass. Civ. 3e, 6 septembre 2011, n° 10-20.412.

80. Cass. Civ. 3e, 6 septembre 2011, n° 10-21.318.

80. CA Versailles – ch. 13, 10 mai 2012, n° 11/08757.

81. Cass. 1ère civ., 4 juillet 2012, n°11-133.84.

82. Cass. Com. 19 mars 2013, n°12-14.213.

83. CA Basse-Terre, 2ème civ., 27 janvier 2014.

84. Cass. Com., 18 février 2014, n° 12-29.752.

85. Cass. Civ.1ère, 12 juin 2014, n°13-16309.

86. CA, Saint-Denis de la Réunion, Chambre civile, 7 Avril 2015 – n° 13/00184.

87. Cass. Com., 23 juin 2015, n° 14-18.291.

88. Cass. Com., 12 mai 2015, n° 13-27.716.

89. Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, Arrêt du 23/12/2015 N° 186/2015, N° 113/2012/PC DU 10/09/2012.

90. Cass. Civ. 3ème 10 mars 2016, n°14-15.326.

91. Cass. Com., 31 mai 2016, n°14-24779.

92. Cass. Com. 21 juin 2016, n°14-23.370.

94. Banahene v Shell Ghana Limited GHACA, 06 avril 2017.

95. CCJA, 2e ch., 27 juillet 2017, n°187/2017.

96. CA. Aix en Provence, 05 Juillet 2018, n°2018/304.

97. Cass. Civ. 1re, 4 juillet 2019, n° 18-10.139.

99. Cass. com., 27 mars 2019, n°17-23.886.

100. Cass. com., 27 mars 2019, n°17-23.886.

101. T. com. Brazzaville, 3 mai 2019, F° 080/26, n°1 288.

102. Cass. 1ère civ., 2 septembre. 2020, n°19-14.604.

103. Cass. com. 02 juin 2021 n° 20-13.735.

105. Cass. com. 1er décembre 2021 n° 20-15.164.

VI. NOTES DE JURISPRUDENCE, OBSERVATIONS ET CONCLUSION

1. E. THALLER,
   Note ss. Cass. civ., 30 mai 1892, D. 1893, I, p.105.

2. R. RODIÈRE,
   Note ss. T. civ. Alger, 14 décembre1933 in Rev. alg., 1936, p.61.

3. Cl. CHAMPAUD et D. DANET
   Note sous Cass. Com. 16 novembre 2004, obs. Rev. Dr. des banc. janvier-février 2005.

4. J.-J. DAIGRE
   Note sous Cass. com. 6 octobre 1992, Bull. Joly 1992, p.1228.

5. Ph. DELEBECQUE
   Obs. in Civ. 1ère, 6 janvier 1994, n°91-22.117, D. 1994, p.208.

6. B. DONDERO
   Notes sous cour de Cassation, 3e ch. Civ. 29 novembre 2006, revue des sociétés 2007, p.319. « du possible refus par la cour de cassation de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux ».

7. P. FANGAIN
   Note sous Cass. com. 20 février. 1979, Gaz. Pal. 1979, p.539.

8. Th. FAVARIO
   Obs. Cass. com., 18 févr. 2014, n° 12-29.752: D. 2014, p.764.

9. A.HONORAT
   Note sous Cass. com. 24 avril 1981, Rev. sociétés 1981, p.637.

10. M. LE GALCHER-BARON
    Note sous Cass. com., 23 décembre. 1957 : D. 1958, jur. 267.

11. H. LE NABASQUE
    Note sous Cass. com., 16 novembre 2004, Rev. sociétés 2005, p.593.
    Note sous Cass. com., 22 févr. 2005, Rev. sociétés 2005, p.593.
    Note sous Cass. civ. 1ère, 9 novembre 2011, BJS 2012, p.112.
    Note sous Cass. com., 18 déc. 2012, Rev. sociétés 2013, p.203.

12. F.-X. LUCAS
Note sous Cass. civ. 3ème, 29 novembre 2006, n°05-17.009 : Dr. sociétés 2007, comm. 25.
Note sous Cass. civ. 3ème, 25 avril 2007, Dr. sociétés 2007, comm. 111.
Note sous Cass. civ. 3ème, 23 mai 2007, Dr. sociétés 2007, comm. 131. Note sous Cass. com., 17 juin 2008, BJS 2008, p.967.
Note sous Cass. com., 3 mars 2009, BJS 2009, p.583.
Note sous Cass. com., 15 novembre 2011, BJS 2012, p.13.
Note sous CA Paris, 7 févr. 2013, BJS 2013, p. 394, § 192.
Note sous Cass. com., 19 mars 2013, BJS 2013, p.402.
Note sous Cass. com., 5 mai 2015, L'EDED juin 2015, n° 6, p.3.

13. A. LIENHARD
Note sous Cass. Com. 16 novembre 2004, Bull. Joly 2005.

14. F.- N. MATHEY
Note sous Cass. com 16 novembre 2004, Bull. Joly 2005.
Obs. in Cass. com 23 novembre 2003, Rev. sociétés 2004, p.325.

15. M.- H. MONSERIE-BON
Note sous Cass. civ. 3ème, 12 mai 2010, RTD com. 2010, p. 570.
Note sous Cass. com., 20 septembre 2011, RTD com. 2011, p.771.
Note sous Cass. com., 19 mars 2013, RTD com. 2013, p.530.
Note sous Cass. com., 14 mai 2013, RTD com. 2013, p.527.
Note sous Cass. civ. 1ère, 16 octobre 2013, RTD com. 2014, p.147.

16. D. PORACCHIA
Note sous Cass. civ. 2ème, 13 juillet 2005, Dr. et patr. 2005, n° 143, p.89.
Note sous Cass. com., 27 septembre 2005, Dr. et patr. Décembre 2005, p.86.
Note sous Cass. com. 17 janvier 2006, Dr. et patr. juin 2006, p.107.
Note sous Cass. com., 4 décembre 2007, Dr. et patr. juin 2008, p. 00.
Note sous Cass. com., 20 septembre 2011, Dr. et patr. 2012, n° 214.

17. M. VASSEUR
Note sous Cass. com. 9 mai 1978, D. 1978. p.419.

18. N. RONTCHEVSKY
Note sous CA Paris, 18 octobre 1996 : BJS 1997, p.11.

19. M. ROUSSILLE,
« Agir en responsabilité contre l'associé », note ss. CA Basse-Terre, 2ème civ., 27 janvier 2014, Dr. sociétés 2014, comm. 147.

20. P. SCHOLER

Obs. in Cass. com., 19 mai 1998, n°95-18.557 : BJS 1998, p.1060.

21. J.-P. SORTAIS
Note sous Com. 15 juillet 1982, Rev. sociétés 1983. p.75.

22. E. SCHLUMBERGER
Note sous Cass. com., 23 juin 2015, n° 14-18.291, BJS 2015.

23. B. TALCHI
Obs.in CA Niamey, arrêt n°240 du 8 décembre 2000 : Ohadata J-02-33.

24. A. TADROS
Note sous Cass. com., 21 janvier 2014, Gaz. Pal. 26 févr. 2014, n° 57-58, p.5.
Note sous Cass. civ. 3ème, 24 septembre 2014, RDC 2015, p.314.
Note sous Cass. com., 27 mai 2015, JCP G 2015, 767.
Note sous Cass. Com., 4 novembre 2021, Receuil Dalloz 2022, p.103.

VII. SOURCES ELECTRONIQUES

1. Le portail web du droit des affaires en Afrique avec une base jurisprudentielle de plus de 1300 décisions : http://www.ohada.com/

2. Le site Ohada Legis: http://www.ohadalegis.com/

2. Les pages ohada du site Juriscope : http://www.juriscope.org/index.htm/

3. Les pages ohada du site Juris international : https://www.jurisint.org/ohada/index_fr.html

4. Les pages ohada du site IZF.net (Zone Franc)

5. Le portail Internet officiel de l'OHADA : http://www.ohada.com/

6. Le portail de l'école régionale supérieure de la magistrature (ERSUMA) à Porto-Novo au Benin : http://www.ohada.org/

7. Le portail du Droit des Affaires en Afrique Francophone : http://www.droit-afrique.com

8. L'Union Africaine (UA) : http://www.africa-union.org

9. Portail de l'Institut international de Droit d'Expression et d'inspiration Françaises (IDEF) : http://www.institut-idef.org/

10. Bibliothèque numérique de l'OHADA : http://biblio.ohada.org

11. Catalogue en ligne du Centre de Documentation et de Recherche de l'OHADA : http://catalogue.ohada.org

12. Revue africaine de l'intégration : http://www.africaunion.org/root/UA/Newsletter/EA/RAI1fr.htm

13. Institut international de Droit d'Expression et d'inspiration Françaises : http://www.institut-idef.org

14. Le portail web qui constitue plus de 330 000 articles de revues : https://www.cairn.info/disc-droit.htm

Table des matières

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS 9

INTRODUCTION GENERALE 13

Partie I - La critique de la qualité d'associé..... 38

Titre 1. L'insuffisance des critères financiers et sociaux.....41

Chapitre 1. La critique du critère de l'apport.....42

Section 1. L'étude de la contribution à la société.....43

I. La discussion de la contribution au capital de la société 43

A. Le débat autour de l'apport 43

1 – La discussion du critère de l'apport au sein des hypothèses du secteur formel 45

2 – L'étude de l'apport à la lumière des hypothèses du secteur de l'informel dans l'espace OHADA.....52

a – Cas de la Nana Benz.....52

b – Cas du *Work and Pay* 55

c – Cas de la société créée de fait.....56

B. L'opposition entre la notion d'investissement et la notion d'apport ..58

a – Cas des valeurs mobilières composées.....62

b – Cas de l'usufruitier 63

c – Application de la qualification d'investissement aux hypothèses du secteur informel dans l'espace OHADA 64

d – Cas d'un portage de titres sociaux.....66

e – Cas de la fiducie en droit français et en droit OHADA.....67

II. La qualité du contributeur au capital de la société 70

A. L'étude de la qualité d'associé de l'investisseur 70

a – Cas du porteur 71

b – Cas du locataire de droit sociaux.....72

c – Cas de la tontine 74

d – Cas de la détention d'obligations et des valeurs mobilières... 75

B. La distinction entre associé et créancier 77

Section 2. Les insuffisances de l'associé.....83

I. La fongibilité de l'apport 83

A. Un cadre législatif propice à la mutation de l'apport vers l'investissement 83
B. L'instabilité de l'apport 89
II. La critique de la notion d'associé 91
A. L'associé, une notion mal définie 92
1 – L'approche de la vocation au résultat 93
2 – L'approche de l'*affectio societatis* 94
3 – L'approche de l'apport 96
B. Une notion désuète 97
1 – L'analyse des hypothèses du secteur formel contribuant à la désuétude de la notion d'associé 98
2 – L'analyse des hypothèses du secteur informel contribuant à la désuétude de la notion d'associé de l'espace OHADA 100
Chapitre 2. La discussion de la volonté de contribuer aux pertes 104
Section 1. L'étude de la vocation à contribuer aux pertes 105
I. Une volonté de rejet du passif de la société 105
A. Un affaiblissement récent de la contribution aux pertes 105
B. L'application de la discussion de la contribution aux pertes à nos hypothèses 110
a – Cas de la tontine 110
b – Cas du *Work and Pay* 111
c – Cas de la Nana Benz 112
d – Cas du titulaire de valeurs mobilières composées 114
e – Cas de l'usufruitier 116
f – Cas du porteur dans le cadre d'une convention de portage . 119
II. La pratique du rejet des pertes 119
A. Les hypothèses de l'informel et le rejet des pertes 119
a – Cas de la Nana Benz 120
b – Cas du *Work and Pay* 121
B. Les hypothèses du formel et le rejet des pertes 122
Section 2. La désuétude du critère de l'affectio societatis 127
I. L'incertitude sur le caractère nécessaire de l'*affectio societatis* 127
A. Une notion originale 127
B. L'évanescence de l'*affectio societatis* 133
II. La constatation d'un affaiblissement de l'*affectio societatis* 140

A. L'affaiblissement de l'*affectio societatis* en raison des innovations technologiques 140

B. L'affaiblissement de l'*affectio societatis* en raison des innovations juridiques 143

Titre 2. L'absence d'unification du régime de l'associé 151

Chapitre 1. L'inconstance du régime de l'associé 152

Section 1. L'étude de la responsabilité des acteurs de la société 153

I. La responsabilité civile 153

A. La responsabilité pour faute en droit français 153

B. La responsabilité pour faute en droit OHADA 154

II. La responsabilité illimitée 158

A. La responsabilité illimitée en droit français 158

B. La responsabilité illimitée en droit OHADA 159

Section 2. L'étude du régime des acteurs de la société issue du secteur formel 160

I. La responsabilité des dirigeants 161

A. La responsabilité des dirigeants en droit français 161

B. La responsabilité des dirigeants en droit OHADA 164

II. L'étude de la responsabilité de l'associé 166

A. La responsabilité de l'associé en droit français 166

B. La responsabilité de l'associé en droit OHADA 168

Chapitre 2. Les modes de preuves et de sanctions 172

Section 1. Les mécanismes de preuves 173

I. L'administration de la preuve écrite 173

A. L'administration de la preuve écrite en droit français 173

B. L'administration de la preuve écrite en droit OHADA 175

II. L'administration de la preuve orale 178

A. L'administration de la preuve orale en droit français 178

B. L'administration de la preuve orale en droit OHADA 179

Section 2. Les mécanismes de sanctions 181

I. Les discordances des mécanismes de sanctions 181

A. Cas des acteurs de la société formelle 181

B. Cas dans la société informelle 184

II. La réparation du préjudice 186

A. Cas dans la société informelle 187
B. La réparation du préjudice 188

Partie II - L'émergence du quasi associé 196

Titre 1. L'identification de nouveaux critères financiers et sociaux 200

Chapitre 1. Le renouvellement de l'*intuitu pecuniae* 202

Section 1. L'étude de l'intuitu pecuniae du Quasi Associé 202

I. La conceptualisation de l'*intuitu pecuniae* 202
A. La notion d'*intuitu pecuniae* 202
B. L'application de l'*intuitu pecuniae* aux hypothèses 205
a – Cas du porteur dans le cadre d'une convention de portage . 206
b – Cas du titulaire de valeurs mobilières 208
c – Cas du salarié 210
d – Cas de l'usufruitier 211
e – Cas du tontinier 212
f – Cas du *Work and Pay* 213
g – Cas de la Nana Benz 213
h – Cas du fiduciaire 214
II. La variabilité du titre et de la finance 214
A. La constatation d'une absence de titre 215
B. La constatation d'une absence de finance 217
a – Cas du porteur 217
b – Cas du fiduciaire 218
c – Cas de l'agent des sûretés 218

Section 2. Le refus d'assujettissement au risque social 219

I. L'étude des risques inhérents 220
A. L'absence d'obligation de remboursement 220
a – Cas du détenteur de valeurs mobilières composées 220
b – Cas de l'usufruitier 221
c – Cas des héritiers et de l'indivision 221
B. Le refus de soumission au risque social 222
a – Cas du créancier 223
b – Cas du titulaire de valeurs mobilières composées 223
c – Cas du croupier 224
II. L'étude des risques étrangers 225

A. La notion de risques étrangers 225
B. Le rôle du juge 228
Chapitre 2. Le critère du droit de vote 234
Section 1. Le caractère politique du droit de vote 235
I. La discussion relative au droit de vote 235
A. Un droit intéressé 235
B. L'acceptation de l'aléa 239
II. La tentative de classification du nouvel acteur 241
A. La base normative du quasi associé 241
B. Les quasis associés reconnus selon une base conventionnelle 244
Section 2. La discussion autour des organes sociaux 246
I. L'importance des organes sociaux 246
A. La participation aux organes sociaux 246
a – Cas de la tontine 248
b – Cas de la société de fait 249
c – Cas des valeurs mobilières composées 249
B. L'application de la participation aux organes sociaux à nos hypothèses 250
a – Cas du porteur 250
b – Cas du fiduciaire 251
c – Cas du locataire de titres sociaux 251
II. L'importance relative des organes sociaux 253
A. Les organes sociaux en désuétude 253
B. L'application de la désuétude des organes sociaux à nos hypothèses 256
a – Cas des détenteurs de valeurs mobilières composées 256
b – Cas du porteur 258
c – Cas de la Nana Benz 259
Titre 2. L'identification du régime du quasi associé 261
Chapitre 1. L'assujettissement aux temps du quasi associé 262
Section 1. L'étude de la temporalité 263
I. La temporalité entre les individus 263
A. L'approche jurisprudentielle de la temporalité 263
1 – Les hypothèses issues du formel 264
2 – Les hypothèses issues de l'informel 265

B. L'acceptation de l'aléa 265
a – Cas des valeurs mobilières composées 265
b – Cas du fiduciaire 266
II. La temporalité entre les individus et la loi 267
A. Le droit de la famille 267
a – Cas du conjoint 267
b – Cas des héritiers ou de la succession 268
B. L'approche du droit des sociétés 268
a – Cas des titulaires de valeurs mobilières composées 268
b – Cas du porteur 269
c – Cas de la fiducie et de l'agent des sûretés 270
Section 2. L'application de la théorie de l'apparence au quasi associé 270
I. La théorie de l'apparence et le droit civil 271
A. La théorie de l'apparence en droit français 271
B. La théorie de l'apparence en droit OHADA 275
II. La théorie de l'apparence et le droit des sociétés 277
A. La théorie de l'apparence en droit français 277
B. La théorie de l'apparence en droit OHADA 280
Chapitre 2. Le quasi associé, créancier de la société 284
Section 1. L'étude de la temporalité 284
I. La temporalité entre les individus 284
A. L'approche jurisprudentielle de l'associé de fait 284
1 – Les hypothèses issues du formel 284
a – Cas du conjoint 284
b – Cas des héritiers 285
c – Cas de l'usufruitier 286
d – Cas du fiduciaire 286
2 – Les hypothèses issues de l'informel 287
B. L'approche doctrinale de l'associé de fait 288
a – Cas de l'usufruitier 288
b – Cas du détenteur de valeurs mobilières 289
c – Cas du porteur dans le cadre d'une convention de portage . 289
d – Cas du fiduciaire 290
II. Le profil de l'associé en puissance 290
A. Le profil en droit français 291

B. Le profil dans l'espace OHADA 294
Section 2. La protection du quasi associé *296*
I. L'étude de la distinction du titre et de la finance 296
A. Nos hypothèses du secteur formel 296
a – Cas de l'agent des sûretés 297
b – Cas du fiduciaire 298
B. Nos hypothèses du secteur informel 298
a – Cas de la Nana Benz 298
b – Cas des Tontiniers 299
c – Cas du *Work and Pay* 299
II. L'étude de la qualité de créancier 300
A. Le créancier obligataire 300
B. Le créancier non obligataire 304
CONCLUSION GENERALE 312
I. TRAITÉS, MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX 318
II. OUVRAGES SPÉCIALISÉS, MONOGRAPHIES ET THÈSES 324
III. ARTICLES 328
IV. COLLOQUES PUBLIÉS 340
V. DÉCISIONS CITÉES 342
VI. NOTES DE JURISPRUDENCE, OBSERVATIONS ET CONCLUSION 348
VII. SOURCES ELECTRONIQUES 352