



HAL
open science

La mobilité des sociétés de l'espace OHADA : étude à la lumière du droit européen et international des sociétés.

Claude Michel Sane

► To cite this version:

Claude Michel Sane. La mobilité des sociétés de l'espace OHADA : étude à la lumière du droit européen et international des sociétés.. Droit. Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2017. Français. NNT : 2017PAUU2019 . tel-04324705

HAL Id: tel-04324705

<https://theses.hal.science/tel-04324705v1>

Submitted on 5 Dec 2023

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.

THÈSE
UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
École doctorale 481 Sciences sociales et Humanités

**LA MOBILITÉ DES SOCIÉTÉS DE L'ESPACE
OHADA :**
étude à la lumière du droit européen et international des
sociétés

Thèse présentée et soutenue publiquement
pour l'obtention du grade de docteur en droit
le 15 décembre 2017 par

Claude Michel SANE

MEMBRES DU JURY

• **Virginie LARRIBAU-TERNEYRE**

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

• **Gérard NGOUMTSA ANOU**

Professeur à l'Université de Perpignan Via Domitia, *rapporteur*

• **Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO**

Conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation, Professeur à L'Université de Toulouse I Capitole

• **Bernard SAINTOURENS**

Professeur à l'Université de Bordeaux, *rapporteur*

• **Arnaud LECOURT**

Maître de conférences HDR à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

• **Monique LUBY-GAUCHER**

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, *Directeur de la recherche*



RESUME : À coté de l'objectif immédiat d'uniformiser les législations des États membres, l'OHADA s'est fixée un objectif médiat, celui de créer un vaste marché sans frontière. Or au regard des difficultés pour les sociétés commerciales de déplacer leurs sièges sociaux d'un État membre à un autre, nous ne pouvons que constater que l'existence de ce marché intégré n'est pas encore une réalité pour elles. Il apparaît alors que la seule uniformisation du droit des sociétés commerciales par l'OHADA ne suffit pas à leur permettre de réaliser des opérations de restructuration transfrontalière. Cette thèse a ainsi montré que l'OHADA a besoin d'évoluer et de se transformer pour mettre en place un véritable droit à la mobilité pour les sociétés commerciales au sein son espace communautaire. Elle doit pour cela compléter son intégration juridique par une intégration économique consacrant un libre établissement dont les opérations de mobilité seraient des modalités d'exercice, comme l'a fait l'Union européenne. Ce droit à la mobilité ne devra toutefois pas s'exercer de manière abusive. L'OHADA devra donc trouver un équilibre entre une mobilité fluidifiée et une protection efficace des actionnaires, salariés et tiers. De même il conviendra de rechercher un équilibre dans la gestion de la coexistence des normes communautaires qui ne manquera pas de se présenter dans le régime des opérations de mobilité puisqu'il s'agit d'un problème récurrent dans l'espace OHADA.

Mots clés : conflit de normes communautaires, droit international des sociétés, droit communautaire africain et européen, fusion transfrontalière, intégration juridique, intégration économique, libre établissement des sociétés, nationalité des sociétés, Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, restructuration transfrontalière, transfert transfrontalier de siège social.

Abstract: Apart from the direct objective of the Organization for the Harmonization of Business Law in Africa (OHADA) to standardize the law, its indirect objective relates to the creation of a large common market. However, regarding the difficulties for companies to transfer their registered office from one Member State to another, we can see that the existence of such market is still not a reality for them. Therefore, it appears that the only standardizing of the corporate law by OHADA is not sufficient to allow them to perform their cross-border mergers. This research shows thus that OHADA needs to change and to transform itself to put in place a real right to mobility in the community area for the companies. Like the European Union, it should complete the legal integration by an economic integration setting up a freedom of establishment, including border restructuring operations. But this right to mobility should not be abused. OHADA will have to find a balance between facilitating the mobility and protecting efficiently minority shareholders, employees and third parties rights. Similarly a balance must be struck to solve the conflict of community norms in the restructuring operations legal regime, since it is a recurrent problem for OHADA space.

Keywords: border reorganization, border transfer of registered office, conflict of community norms, cross-border mergers, economic integration, European and African community law, companies freedom of establishment, international corporate law, legal integration, nationality of companies, Organization for the Harmonization of Business Law in Africa (OHADA)

L'Université de Pau et des Pays de l'Adour n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mes grands-parents décédés (RIP).

REMERCIEMENTS

J'adresse mes remerciements à Mme le Professeur Monique LUBY-GAUCHER pour avoir accepté de diriger cette thèse. Je tiens particulièrement à la remercier pour m'avoir accordé sa confiance et soutenu jusqu'à l'aboutissement de ce travail. Qu'elle reçoive l'expression de ma sincère reconnaissance.

J'exprime ma gratitude aux membres du jury qui ont accepté de sacrifier du temps pour lire cette thèse, leurs observations pertinentes sauront enrichir ma réflexion.

Mes remerciements s'adressent également au Centre de recherche et d'analyse juridiques (CRAJ) de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour.

Je tiens aussi à remercier Messieurs Laurent ABADIE et Sidi Yaya TRAORÉ pour le temps passé à relire des parties de mes écrits et pour les précieux conseils prodigués. Les fautes qui auraient survécu à leurs regards attentifs ne leur sont en aucun cas imputables.

Enfin, je souhaite exprimer ici ma plus profonde gratitude à ma famille, à mes amis, ainsi qu'à mes collègues de l'UPPA, qui n'ont cessé de m'encourager durant toutes ces années de thèse.

PRINCIPAUX SIGLES ET ABBREVIATIONS

AGE : Assemblée générale extraordinaire

Art. : Article

AU : Actes uniformes

AUDCG : Acte uniforme portant sur le droit commercial général

AUS : Acte uniforme portant organisation des sûretés

AUSCGIE : Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du
Groupement d'intérêt économique

Bull. : Bulletins

Bull. Joly Sociétés : Bulletin Joly Sociétés

Cah. dr. eur. : Cahiers de droit européen

Cass. : Cour de cassation

CCJA : Cour commune de justice et d'arbitrage (OHADA)

CEDEAO : Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CEMAC : Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale

Cf. : Confère

Chron. : Chronique

CIMA : Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'union européenne

Concl. : Conclusions

C. civ. : Code civil

C. com. : Code de commerce

CGI : Code général des impôts

COCC : Code des obligations civiles et commerciales (Sénégal)

D. : Recueil Dalloz

Dr. et patr. : Droit et patrimoine

Dr. Fisc. : Droit fiscal

Dr. Sociétés : Revue droit des sociétés

Ed. : Editions

Et al. : *Et alii* (et autres)

Fasc. : Fascicule

Gaz. Pal. : La Gazette du Palais

GIE : Groupement d'intérêt économique

GIEE : Groupement européen d'intérêt économique

Ibid. : Ibidem, Au même endroit

Gr. arrêts jurisp. Civ. : Grands arrêts de la jurisprudence civile

Gr. arrêts jurisp. DIP : Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé

Infra : Ci-dessous

IR : Impôt sur le revenu

IS : Impôt sur les sociétés

JCl. : Jurisclasseur

JCP E : La Semaine Juridique Édition Entreprise

JCP G : La Semaine Juridique Édition Générale

JCP N : La Semaine Juridique Édition Notariale

JCP S : La Semaine Juridique Édition Social

JDI : Journal du droit international (Clunet)

JOCE : Journal officiel des communautés européennes

JORF : Journal Officiel de la République française

JOUE : Journal officiel de l'Union européenne

LPA : Les Petites Affiches

N° : Numéro

Obs. : Observations

OHADA : Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires

Op. cit. : Ouvrage cité

Ord. : Ordonnance

p. : page(s)

préc. : Précité(e)

PUAM : Presse universitaire Aix Marseille

PUF : Presse universitaire de France

RCADI : Recueil des cours de l'académie de droit international

RDC : Revue de droit civil

Rep. Defrénois : Répertoire Defrénois

RIDC : Revue internationale de droit comparé

- RIDE** : Revue internationale de droit économique
- Rev. africaine sc. jur.** : Revue africaine de science juridique
- Rev. crit. DIP** : Revue critique de droit international privé
- Rev. dr. Unif** : Revue de droit uniforme
- Rev. prat. Soc.** : Revue pratique des sociétés civiles et commerciales
- Rev. trim. Dr. Africain** : Revue trimestrielle de droit africain (Recueil Penant)
- Rev. sociétés** : Revue de sociétés Dalloz
- RLDA** : Revue Lamy droit des affaires
- RLDC** : Revue Lamy droit civil
- RRJ** : Revue de la recherche juridique (PUAM)
- RTD Civ.** : Revue trimestrielle de droit civil
- RTD Com.** : Revue trimestrielle de droit commercial
- RTD eur.** : Revue trimestrielle de droit européen
- Et s.** : Et suivant(s).
- SA** : Société anonyme
- SARL** : Société à responsabilité limitée
- SAS** : Société par action simplifiée
- SCE** : Société coopérative européenne
- SCS** : Société en commandite simple
- SE** : Société européenne
- SNC** : Société en nom collectif
- spéc.** : Spécialement
- supra* : Ci-dessus
- TFUE** : Traité de fonctionnement de l'Union européenne
- Trav. Com. Fr. DIP** : Travaux du Comité français de droit international privé
- UDEAC** : Union Douanière et Economique de l'Afrique Centrale
- UE** : Union européenne
- UEMOA** : Union Economique et Monétaire Ouest africain
- v.** : Voir

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	12
PREMIÈRE PARTIE :	37
UNE MOBILITÉ À LA RECHERCHE D'UNE FLUIDITÉ.....	37
Titre 1 : La quête infructueuse de fluidité de la mobilité extracommunautaire	40
Chapitre 1 : L'obstacle lié au règlement du conflit mobile	41
Chapitre 2 : L'obstacle lié à l'absence de maintien de l'existence de la société et de son activité	79
Conclusion du Titre 1 :	112
Titre 2 : La quête déficiente de fluidité de la mobilité intracommunautaire.....	113
Chapitre 1 : Vers une levée des obstacles juridiques.....	116
Chapitre 2 : Pour un franchissement de l'obstacle fiscal.....	171
Conclusion du Titre 2 :	209
Conclusion de la partie 1 :	210
SECONDE PARTIE :	212
UNE MOBILITÉ À LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE	212
Titre 1 : La quête déficiente d'équilibre dans la gestion de la pluralité des intérêts	215
Chapitre 1 : Un équilibre totalement déficient dans la prise en compte des intérêts des parties prenantes internes à la société.....	217
Chapitre 2 : Un équilibre partiellement déficient dans la prise en compte des intérêts des parties prenantes externes à la société	249
Conclusion du Titre 1 :	288
Titre 2 : La quête fructueuse d'équilibre dans la gestion de la pluralité normative.....	289
Chapitre 1 : L'existence d'autres normes communautaires coexistant avec le droit ohada.....	291
Chapitre 2 : L'existence d'un traitement équilibré du conflit de normes communautaires portant sur les opérations de mobilité	307
Conclusion du Titre 2 :	329
Conclusion de la Partie 2 :	330
CONCLUSION GÉNÉRALE :	331

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. L'uniformisation de leurs législations a été l'objectif des États africains de la zone franc lorsqu'ils ont décidé d'être partie au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Ce traité fut signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Ile Maurice) et a été modifié le 17 octobre 2008 au Québec (Canada). Il a ainsi donné naissance à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)¹. Cette dernière a eu pour but premier « *l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées* » aux économies des États parties². En cela l'OHADA est une organisation d'intégration juridique. Nous pouvons même préciser qu'elle « *n'est ni une union politique ni une communauté économique* »³. L'intégration économique par la création d'un marché intégré même si elle est visée par le préambule du traité révisé, n'est pas l'objectif direct mais plutôt indirect de l'OHADA. C'est d'ailleurs pourquoi un auteur a pu à juste titre affirmer que « *le but de l'OHADA est une intégration juridique dont on espère qu'elle facilitera ensuite l'intégration économique des États membres, but médiate de l'organisation* »⁴. L'intégration économique ne se fera là qu'indirectement par l'intermédiaire de l'intégration juridique. C'est dans ce contexte qu'il a pu être dit que, pour cette organisation, l'intégration juridique serait le levier de l'intégration économique⁵. Au regard de ces observations, il apparaît clairement que l'OHADA n'étant pas une communauté économique, elle se différencie alors du modèle d'intégration existant au sein de l'Union européenne (UE)⁶. Car cette dernière a pour but initial une intégration économique. Elle utilise pour cela des moyens directs pour créer un marché sans frontières.

¹ Au sein de cette organisation sont actuellement regroupés 17 États africains ((Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, République Centrafricaine, République démocratique du Congo, Sénégal, Tchad, Togo) qui ont entendu unifier leur droit des affaires dans le but faciliter les échanges et les investissements, de garantir la sécurité juridique et judiciaire des activités des entreprises.

² Cf. article 1^{er} du traité.

³ P.-G. POUGOUE, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », in *Encyclopédie du droit OHADA*, P.-G. POUGOUE (sous la direction de), Lamy, 2011, p. 1328, n° 35.

⁴ G. NGOUMTSA ANOU, « Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) », LexisNexis, *Jurisclasseur Droit international*, fasc. 170, 2014, n°6.

⁵ P.-G. POUGOUE, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », in *Encyclopédie du droit OHADA*, op. cit., p. 1321, n° 16.

⁶ En ce sens, voir également G. NGOUMTSA ANOU, « Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) », *ibid.*

C'est à ce titre qu'elle a consacré un principe de libre établissement dans son traité fondateur⁷. Par ce fondement du libre établissement, l'UE a pu limiter ou lever des obstacles à la circulation des personnes physiques et morales au sein du marché intégré créé. Quant à l'OHADA peut-elle par le seul biais de l'uniformisation du droit faciliter les activités transfrontalières des entreprises ? N'étant pas à proprement parler une organisation d'intégration économique, l'OHADA pourra-t-elle réussir malgré tout à mettre en place ce marché intégré tant espéré ? Peut-elle se priver du principe de libre établissement pour faciliter la circulation des entreprises ? C'est donc l'efficacité de l'intégration juridique pour mettre en place indirectement un marché intégré au sein duquel pourraient circuler les sociétés commerciales que nous sommes amenés à examiner dans le cadre de cette thèse.

2. En effet, alors que les personnes physiques pouvaient circuler, et ce parfois très librement⁸, les personnes morales et plus précisément les sociétés commerciales étaient souvent restées « *captives* »⁹ de l'État de leur naissance c'est-à-dire celui de leur constitution. Ce traitement différencié a été bien résumé par un auteur qui affirme que « *les sociétés ont bien une nationalité¹⁰ mais ne disposent pas de passeport leur permettant de se déplacer librement d'un pays à l'autre* »¹¹. On peut aussi noter qu'il régnait même « *un certain pessimisme* »¹² à propos de la possibilité qu'elles puissent circuler un jour. Cette

⁷ Cf. les articles 49 et 54 du traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

⁸ C'est notamment le cas lorsqu'on se trouve dans le cadre d'une communauté économique leur donnant droit à un libre établissement comme c'est le cas dans l'espace CEDEAO (Communauté Economique des États d'Afrique de l'Ouest) en Afrique ou de l'Union européenne.

⁹ Expression empruntée à H. SYNDET, « La société européenne et les fusions transfrontalières, technique de concentration d'entreprises », in *L'entreprise dans le marché unique européen*, La documentation française, 1995, p. 293.

¹⁰ Comme les personnes physiques.

¹¹ S. PALMER, « Transfert de siège social », *Bull. Joly Sociétés*, 01 avril 2010 n° 4, p. 426.

¹² P. LECANNU, Préface de la Thèse de M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ, 1997, p. XV

situation pouvait pourtant paraître paradoxale au regard des intérêts¹³ que peut avoir une société commerciale à se mouvoir pour s'établir dans un État autre que celui de sa constitution. Il fallait donc sortir de ce paradoxe et lever les obstacles entravant la circulation des sociétés commerciales. Or il a été développé que la levée des entraves à la mobilité des sociétés passait par une intégration juridique et l'harmonisation ou l'unification des législations qui l'accompagne¹⁴. À ce propos un auteur a pu par exemple dire en parlant de l'opération de mobilité que constitue la fusion transfrontalière qu'elle est « irrémédiablement liée à la communauté et s'appuie sur les acquis de l'harmonisation »¹⁵. D'ailleurs l'auteur précité aura même eu recours à une métaphore pour affirmer que « la communauté apparaît être la source à laquelle s'abreuve la fusion transfrontalière »¹⁶. Il est rejoint dans cette idée par un autre auteur qui estime que seul « le cadre communautaire réunit les conditions relatives à l'harmonisation des droits des sociétés nécessaires à la mobilité des sociétés »¹⁷. C'est ainsi que pour cet auteur « la mobilité des sociétés ne se justifie qu'au sein d'un espace intégré d'États car seule une telle organisation autorise la limitation des abus résultant d'une possible concurrence juridique et sociale entre États »¹⁸. Cette position est cependant discutée par une partie de la doctrine qui estime notamment que l'espace intégré dont il s'agit n'est pas « le seul domaine de prédilection »¹⁹ des fusions transfrontalières. La discussion ne porte pas sur l'existence d'un lien entre la création d'une communauté juridique et la levée des obstacles à la mobilité, elle porte plutôt sur l'exclusivité de ce lien. Ce qui est ici nié ce n'est donc pas le fait que l'existence d'une communauté facilite la levée des obstacles à la mobilité,

¹³ Ces intérêts sont notamment exposés dans sa thèse par M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ, 1997, p. 8, n° 8. L'auteur y identifie d'une part l'intérêt des opérations de fusion et scission qui sont des instruments de concentration communautaire des entreprises afin de les emmener à atteindre une taille qui leur permettra de faire face à une concurrence désormais mondialisée. D'autre part celui du transfert de siège qui permet notamment à une société dont le centre de gravité économique a été modifié depuis sa constitution de le faire coïncider avec son centre juridique.

¹⁴ En ce sens M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse précitée, p. 4, n° 4 ; P. DESSAINT, *Les fusions transfrontalières dans l'UE : l'exemple franco-belge*, thèse, Lille 2, 1999, p.376.

¹⁵ P. DESSAINT, *Les fusions transfrontalières dans l'UE : l'exemple franco-belge*, op. cit.

¹⁶ P. DESSAINT, *ibid.*

¹⁷ M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse précitée, p. 11, n° 13.

¹⁸ M. MENJUCQ, *ibid.*, p. 4, n° 4.

¹⁹ M.N. MBAYE, *Fusions, scissions et apports partiels d'actif transfrontaliers en Afrique*, Thèse Paris 10 Nanterre, 2006, p. 9, n° 13.

mais plutôt le fait que cette dernière soit totalement injustifiée voire impossible en dehors d'un espace communautaire. Nous conviendrons avec cette doctrine que la mobilité puisse être envisagée au-delà d'un simple espace communautaire. En effet, avec la mondialisation de l'économie, les activités des sociétés commerciales ne sont pas limitées au sein d'une communauté. Par conséquent, le besoin de se restructurer grâce à une opération de mobilité telle que la fusion transfrontalière existe au-delà même d'un espace communautaire²⁰. Il est donc pertinent et justifié de rechercher un moyen de rendre réalisable une mobilité extracommunautaire. Pour cela, il faut certainement un minimum de coordination entre les législations concernées. Toutefois, nous ne pourrions pas nier que l'existence d'une communauté juridique est un facilitateur ou un accélérateur de la mobilité des sociétés. Car elle met déjà sur pied une coordination des législations de l'État d'accueil et d'origine qui est importante pour franchir les obstacles à la mobilité.

L'idée qu'il existe un lien entre la simplification de la mobilité des sociétés et l'existence d'une harmonisation du droit ne peut donc pas être remise en cause. Par conséquent, en s'appuyant sur celle-ci, nous pouvons être amenés à croire que l'OHADA qui a mis en place une intégration juridique et qui a réalisé ce rêve pouvant paraître impossible²¹, c'est-à-dire l'unification²² du droit, aurait par la même occasion réussi à garantir aux sociétés commerciales une mobilité sans barrières au moins au sein de l'espace communautaire. Or

²⁰ En ce sens également voir S. PALMER, « Transfert de siège social », *Bull. Joly Sociétés*, 01 avril 2010 n° 4, p. 426.

²¹ En référence à l'ouvrage de L. VOGEL, *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, Paris, LGDJ, coll. « Droit global », 2001.

²² Parce que s'agissant de l'OHADA il s'agit bien d'une unification et non d'une harmonisation comme le laisserait entendre le nom de l'organisation. En effet comme cela a été déjà relevé par la doctrine, l'OHADA a uniformisé le droit des affaires parce qu'elle substitue aux législations nationales divergentes une réglementation identique et unique applicable dans tous les États membres. L'OHADA va donc au-delà d'une harmonisation puisqu'elle ne se contente pas d'atténuer les divergences entre les législations nationales des États membres. Par conséquent, dans le cadre de l'OHADA, nous sommes bien en présence d'une véritable œuvre d'unification du droit. C'est d'ailleurs ce que confirme l'expression « *Acte uniforme* » utilisée par l'article 5 du Traité pour qualifier les actes pris pour l'adoption des règles communes. (En ce sens voir notamment : G. NGOUMTSA ANOU, « Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) », *LexisNexis, Jurisclasseur Droit international*, fasc. 170, 2014, n°4 ; J. ISSA-SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », *Rev. dr. unif.*, 1999-1, p. 6 ; J. ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, OHADA, *Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit uniforme africain, 2002, n° 198, p. 93 ; P.-G. POUGOUÉ, « OHADA, Instrument d'intégration juridique », *Rev. africaine sc. jur.*, 2001, vol. 2, n° 2, p. 11 s. ; A. P. SANTOS et J. Y. TOE, OHADA, *Droit commercial général*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit uniforme africain, 2002, n° 7, p. 5. – F.-M. SAWADOGO, OHADA, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit uniforme africain, 2002, p. 16.)

ce n'est pas tout à fait le constat qui pourra être fait. En effet, malgré l'existence d'une communauté juridique, nous ne pourrions que constater la survivance d'entraves à la mobilité des sociétés commerciales de l'espace OHADA. L'existence d'un régime juridique unifié applicable aux sociétés commerciales n'a pas dans ce cas précis fait disparaître tous les freins à leur mobilité même lorsqu'elle est intracommunautaire. À tel point qu'il reste encore pertinent d'étudier le régime juridique des opérations de mobilité intracommunautaire et extracommunautaire dans l'espace OHADA afin d'identifier les obstacles subsistants, et de poursuivre la recherche des moyens d'y remédier efficacement. Ainsi, en comparant l'OHADA à l'Union européenne qui n'a pourtant pas unifié tout le droit des sociétés applicable dans les différents États membres, nous verrons que la mobilité intracommunautaire y est malgré tout plus simple à réaliser. C'est pourquoi l'OHADA, qui était en avance par rapport à l'Europe en matière d'unification du droit au point de l'inspirer²³, devra pourtant s'inspirer à son tour du droit européen pour faciliter la mobilité intracommunautaire de ses sociétés commerciales. Par conséquent, nous ne pourrions qu'en déduire que l'unification du seul droit des sociétés commerciales ne suffit pas à leur garantir une mobilité sans barrières au sein même de la communauté OHADA. Autrement dit, l'intégration juridique sous l'égide de l'OHADA n'a pas réussi sa mission indirecte de création d'un marché intégré profitable aux activités internationales des entreprises. La communauté juridique n'a pas fait de la mobilité une réalité pour les sociétés commerciales.

3. Pourtant la levée des obstacles à la mobilité colle parfaitement aux objectifs que s'est fixés l'OHADA. Elle colle notamment à son objectif indirect de créer un vaste marché

²³ En effet, plusieurs projets d'unification du droit des affaires émergent en Europe. Ils ont été impulsés par des travaux de la doctrine. En France, des travaux se font notamment sous l'égide l'association Henri Capitant et de la Fondation pour le droit continental. À la suite de ces travaux doctrinaux le Livre Blanc sur l'avenir de l'Europe - Réflexions et scénarios pour l'UE27 à l'horizon 2025, publié par la Commission européenne le 1er mars 2017 - indique à sa page 21 qu' "*Un groupe de pays travaille en collaboration et convient d'un «code de droit des affaires» commun **unifiant le droit des sociétés, le droit commercial et des domaines connexes**, qui aide les entreprises de toutes tailles à exercer facilement leurs activités au-delà des frontières* ». Par ailleurs, ces travaux doctrinaux ont eu un écho auprès des dirigeants politiques. C'est dans ce contexte que Monsieur Emmanuel MACRON, Président de la République française, a proposé une unification des règles de droit des affaires de la France et de l'Allemagne. Dans son discours consacré à l'Europe le 26 septembre 2017 à la Sorbonne il a fait cette suggestion : « *Sur tous les sujets que j'ai évoqués, nous pouvons donner une impulsion franco-allemande décisive et concrète. Pourquoi ne pas commencer ensemble l'Agence de l'innovation de rupture, lancer un programme commun d'intelligence artificielle qui ferait de l'Europe le moteur de la croissance mondiale ? **Pourquoi ne pas se donner d'ici à 2024 l'objectif d'intégrer totalement nos marchés en appliquant les mêmes règles à nos entreprises, du droit des affaires au droit des faillites** ?* »

décloisonné. En effet, on s'accorde généralement à affirmer que l'intégration juridique sous l'égide de l'OHADA a été réalisée dans le but d'attirer des investissements d'où qu'ils proviennent²⁴. Car en adhérant à cette organisation les États africains espèrent leur développement économique et social. Celui-ci passe par un cadre juridique adapté et incitatif²⁵. Il leur permettra aussi d'atteindre l'objectif général d'amélioration de l'attractivité économique de l'espace communautaire africain. En réalité pour attirer des investisseurs, il a fallu que l'OHADA se fixe cet objectif commun à bien des traités fondateurs et des organes légiférant d'une communauté : « *agir au bénéfice des opérateurs privés, singulièrement les personnes physiques ou morales établies sur le territoire des États membres* »²⁶. Il faut donc que l'organisation favorise la compétitivité de ses sociétés commerciales face à la concurrence extracommunautaire. Or pour répondre à cette attente des opérateurs économiques, il faut leur permettre de mener leur activité dans toute une communauté, d'internationaliser leurs activités en créant un vaste marché intégré²⁷. C'est-à-dire de réaliser, comme cela a pu être dit au sujet de l'espace communautaire européen, le rêve de les accompagner « *dans leur développement naturel par la création du marché commun* »²⁸. Dans l'esprit des pères fondateurs de l'OHADA, l'unification du droit doit jouer pour cela un rôle important. Elle doit « *servir l'intégration économique et la croissance* »²⁹. C'est aussi dans cet ordre qu'un auteur affirme que la « *marche rapide vers un droit régional unifié, qui participe de la mondialisation, devrait entraîner des répercussions économiques bénéfiques à travers le décloisonnement des marchés* »³⁰. En

²⁴ De l'intérieur des États membres ou de l'étranger

²⁵ En ce sens voir notamment F. M. SAWADOGO, « Les 20 ans de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) : bilan et perspectives », in *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA*, L. CADIET (sous la coordination scientifique), IRJS Editions, 2013, p. 35.

²⁶ L. D'AVOUT et I. TREMEAU, « L'avenir européen du droit des affaires », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LexisNexis, 2015, p. 46, n°4.

²⁷ P.-G. POUGOUE, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 1321, n° 16.

²⁸ S. POILLOT PERUZZETTO, « L'Europe et le droit : entre rêve et crise ? », in *Des liens et des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde*, Dalloz, 2015, p. 183.

²⁹ Selon la formule de K. MBAYE sur les prospectus de l'OHADA.

³⁰ F. M. SAWADOGO, « Les 20 ans de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) : bilan et perspectives », in *Droit et attractivité économique : le cas OHADA, Travaux de l'association pour l'Efficacité du Droit et de la Justice dans l'espace OHADA (AEDJ)*, L. CADIET (Coord. Scientifique), éd. IRJS, Collection de l'IRJS-André Tunc, 2013, p. 32

outre, il faut rappeler que la dernière réforme de l'AUSCGIE³¹, qui est l'instrument de l'unification du droit des sociétés des États membres de l'OHADA, a eu dans ses objectifs celui d'accroître le nombre de groupes de sociétés à caractère régional³². C'est dire que l'espace OHADA entend attirer les créateurs d'entreprises en leur faisant espérer la possibilité d'étendre leurs activités au-delà du territoire d'un seul État membre. Or pour atteindre une taille régionale, voire après l'avoir atteint, l'entreprise peut avoir besoin de passer par la case restructuration. En réalité, l'accès à une taille régionale peut nécessiter de passer par une concentration en absorbant des sociétés implantées dans d'autres États. De même, après avoir accédé à cette taille, la société peut aussi avoir intérêt à se restructurer en absorbant des filiales étrangères pour recentrer ses activités. Nous observons alors que la réponse aux attentes des entreprises en permettant leur croissance passe également par le fait de leur permettre de se restructurer lorsque l'agissement dans des marchés décloisonnés l'exige. Pour cela, les opérations telle que la fusion transfrontalière par exemple, qui permettent à des sociétés indépendantes de se concentrer afin de faire face à la mondialisation des affaires³³, doivent être réalisables. Par conséquent, en plus de vouloir attirer des investisseurs en leur faisant espérer un marché décloisonné, il faut que l'OHADA leur donne les moyens d'agir efficacement sur une part importante dudit marché. De même, il faut leur donner les moyens juridiques d'atteindre une taille qui leur permettra de faire face à la concurrence mondialisée. Par ailleurs, en ayant la possibilité d'agir sur un marché regroupant plusieurs États, les sociétés doivent pouvoir ajuster leur centre de gravité juridique grâce à un transfert de leur siège social. Car en intervenant dans un marché décloisonné, les entreprises peuvent voir le centre de leur gravité économique se déplacer et se retrouver dans un État autre que celui de leur constitution. Dans cette hypothèse, il serait logique qu'elles puissent transférer leur siège social, ce qui leur permettra de faire « *coïncider leur centre juridique et leur centre*

³¹ L'Acte Uniforme relatif au droit des Sociétés Commerciales et Groupement d'Intérêts Economique a été adopté le 17 avril 1997 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998. Il a fait l'objet d'une révision le 30 janvier 2014 par le Conseil des ministres de l'OHADA réuni à Ouagadougou (Burkina-Faso). Cet Acte uniforme met fin aux différences législatives entre États membres sur le droit des sociétés. Ainsi est adopté un droit des sociétés identique pour tous les États partie. Sur la révision de cet Acte uniforme cf. P. S. A. BADJI, *Réforme du droit des sociétés commerciales OHADA*, éd. L'Harmattan, Sénégal, 2016.

³² L. YONDO BLACK et A. T. TRAORÉ, « Les enjeux de la réforme de l'AUSCGIE », *Droit et Patrimoine*, n° 239, sept. 2014, p. 48.

³³ F. BLANQUET, « Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *Rev. sociétés*, 2000. 115.

économique »³⁴. Au regard de ce qui précède, nous voyons que les intérêts des opérations de mobilité des sociétés commerciales sont encore plus présents au sein même de cet espace communautaire qui vise indirectement à leur permettre d'agir dans un marché décloisonné.

4. Cette mobilité des sociétés commerciales se concrétisera alors par les opérations de fusion et scission transfrontalières ainsi que par le transfert transfrontalier de siège social. En effet la mobilité, lorsqu'elle concerne une société commerciale, peut être définie assez classiquement comme étant le déplacement des structures juridiques de l'exploitation de celle-ci. Elle se différencie en cela de la délocalisation qui elle ne concerne que le déplacement des structures matérielles de l'exploitation³⁵. La mobilité désigne le déplacement du siège social de la société d'un État à un autre dans une perspective de continuité de la vie sociale³⁶. Au regard de cette définition, s'agissant de l'opération de transfert transfrontalier de siège social, l'existence d'une mobilité par sa réalisation ne fait guère de doute. Cette opération permet à la société de modifier son siège tout en conservant la personnalité juridique acquise au moment de sa constitution. La société conserve alors son identité ainsi que sa personnalité morale d'origine, la continuité de sa vie sociale ne fait alors guère de doute. De la réalisation d'un transfert transfrontalier siège on ne pourra que constater la circulation de la société commerciale. Cependant, s'agissant des fusions et scissions, le fait qu'elles puissent être conçues comme des modalités d'une mobilité des sociétés est moins évident. Car la personnalité juridique de la société absorbée, qui est pourtant considérée comme émigrante, n'est pas maintenue. Cette société étant dissoute nous pouvons donc douter de la continuité de la vie sociale au bout du compte. Nous devrions plutôt en déduire que celle-ci disparaît aussi ce qui devrait différencier les fusions et scissions transfrontalières du transfert de siège social. D'ailleurs, un auteur critique l'assimilation de ces opérations de fusion et scission au transfert de siège social. Il estime ainsi que « *la société apporteuse n'a plus de personnalité morale, n'a en conséquence ni changé de nationalité, ni changé de siège social ; elle est purement et*

³⁴ M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse précitée, p. 8, n° 9.

³⁵ M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, op. cit., n° 1; *Droit international et européen des sociétés*, LGDJ-Lextenso, 4ème éd., 2016 ; p. 352, n° 466.

³⁶ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 467.

simplement inexistante juridiquement dès la réalisation de l'opération »³⁷. De l'avis de cet auteur « *la fusion transfrontalière ne saurait donc être confondue avec une modification de structure similaire à une transformation sociale ou encore avec un transfert du siège social de la société apporteuse* »³⁸. Il est incontestable que la personnalité morale de la société absorbée n'est pas maintenue après la réalisation des opérations de fusion ou scission. Ces opérations entraînent la dissolution de la société apporteuse. En cela, ces dernières se distinguent du transfert de siège social auquel survit la personnalité morale. Cependant, on ne peut pas nier la similitude de certains effets de ces opérations et plus particulièrement ceux à l'égard des associés. Pour ces derniers, la fusion ou la scission transfrontalière, comme le transfert transfrontalier de siège social, soumet leur rapport à une autre *lex societatis*, qui désigne la loi applicable à la société, mais ne met pas fin à la vie sociale³⁹. En réalité, cette dernière est plutôt maintenue et poursuivie, elle sera seulement régie par une autre loi. C'est pourquoi au regard des engagements des associés nous ne pouvons que considérer que les opérations de fusion ou scission, d'un côté, et celle de transfert de siège social, d'un autre côté, sont interchangeables⁴⁰. La fusion et la scission, tout comme le transfert de siège social, ne rompent pas le pacte social qui lie les associés en dépit de l'absence de survie de la personnalité morale de la société apporteuse. Le pacte social est ici maintenu à travers et dans la société bénéficiaire de même que la volonté d'y participer (*affectio societatis*). C'est la raison pour laquelle, lorsqu'elles sont transfrontalières la fusion et la scission, à l'image du transfert de siège, soumettent le pacte social liant les associés de la société apporteuse à une nouvelle *lex societatis*. C'est ainsi que nous serons plutôt d'avis que, malgré l'absence de survie de sa personnalité morale initiale, la société absorbée continue non pas juridiquement mais fictivement son existence. Car son pacte social reste maintenu. Par conséquent, nous dirons que l'existence de la société absorbée ne cesse pas avec la disparition de sa personnalité morale. En réalité,

³⁷ M. N. MBAYE, *Fusions, scissions et apports partiels d'actifs transfrontaliers en Afrique*, thèse précitée, n° 893

³⁸ M. N. MBAYE, *ibid.*

³⁹ En ce sens voir notamment M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, coll. Domat Droit privé, LGDJ-Lextenso, 2^{ème} éd., 2016, p. 69, n° 76 ; voir également M. MENJUCQ, thèse précitée, p. 7, n° 6.

⁴⁰ En ce sens, H. SYNDET, *L'organisation juridique du groupe international des sociétés (Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale)*, thèse Rennes, 1979, p. 108, n° 80.

comme l'écrit un auteur, « *la société absorbée ne meurt pas dans la fusion, elle perd seulement sa personnalité juridique à l'égard des tiers, mais la conserve dans ses rapports avec la société absorbante dans la mesure des droits qui lui demeurent propres* »⁴¹. La fusion peut donc à juste titre être qualifiée de « *contrat de vie* » au lieu de « *contrat de mort* »⁴². En effet, la poursuite de l'existence de la société absorbée se fait à travers société bénéficiaire⁴³. Il en résulte que les fusions et scissions peuvent être considérées comme étant des modalités de la mobilité des sociétés contrairement à l'apport partiel d'actif. En effet, même si ce dernier leur est voisin, il n'entraîne pas la modification du rattachement de la société apporteuse, qui conserve sa personnalité juridique ainsi que son siège et par conséquent sa *lex societatis* d'origine.

5. Selon chacune des modalités⁴⁴ qu'elle peut donc emprunter, la mobilité des sociétés aboutit à un changement de la *lex societatis* si les lois des États concernés sont différentes. En effet la mobilité, si elle peut coïncider « *avec l'existence même d'un conflit de lois* »⁴⁵ en introduisant un élément d'extranéité mettant en cause une loi étrangère, est dans notre hypothèse surtout la source d'un conflit mobile⁴⁶. Autrement dit, elle soumet la société successivement à deux systèmes juridiques différents, celui des États d'origine et d'accueil. Le conflit mobile est dû à la concrétisation du facteur de rattachement dans des ordres juridiques différents⁴⁷. Il faut rappeler que le facteur de rattachement est l'élément localisateur retenu par la règle de conflit de lois. Or concernant le régime juridique des sociétés, le facteur de rattachement retenu par le législateur de l'OHADA est le siège social. En effet, l'article premier de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales qui

⁴¹ Y. CHEMINADE, « La nature juridique de la fusion des sociétés anonymes », *RTD com.* 1970, p. 38.

⁴² M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse précitée, p. 7, n° 6 ; en ce sens également G. COTTINO, *Diritto commerciale*, CEDAM, 1976, t. I, p. 832.

⁴³ En ce sens, voir M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse précitée, p. 6, n° 6.

⁴⁴ Fusion, scission ou alors transfert de siège social

⁴⁵ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome 1, 3^e éd., PUF, 2014, p. 498, n° 433.

⁴⁶ Pour une étude complète de cette notion, voir M. SOULEAU-BERTRAND, *Le conflit mobile*, préf. P. LAGARDE, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2005 ; voir aussi J.-P. LABORDE, *La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit*, thèse Bordeaux, 1981 ; F. RIGAUX, « Le conflit mobile en droit international privé », *RCADI*, 1966, t. 117

⁴⁷ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, op.cit., p. 487, n° 419.

pose une règle de conflit unilatérale⁴⁸ a retenu le critère du siège social en lieu et place de la nationalité comme cela aurait pu être le cas. Les sociétés étant régies par la loi du lieu où se situe leur siège, il en résulte que son changement entraîne la modification de la loi qui leur est applicable. En cela, la mobilité représente un danger pour non seulement les associés de la société émigrante mais aussi pour les tiers notamment ses créanciers et ses salariés. Car la nouvelle loi peut être moins protectrice des associés minoritaires qui peuvent se retrouver privés de la protection prévue par la loi d'origine sur laquelle ils s'étaient appuyés pour s'engager dans la société⁴⁹. De plus, le changement de loi applicable peut être périlleux pour les intérêts de certains tiers qui peuvent voir disparaître les mécanismes destinés à les protéger⁵⁰. C'est pourquoi beaucoup d'États d'origine, par leur réglementation juridique ou fiscale, sont hostiles à la mobilité des sociétés. Ainsi, s'ils ne l'interdisent purement et simplement pas, ils la soumettent à des exigences tellement lourdes qu'elles deviennent dissuasives. En outre, les États d'accueil, contrairement à ce que l'on pourrait croire, ne simplifient pas toujours la réalisation de l'opération. Lorsque la mobilité s'opère par un transfert de siège social, par exemple, rien ne garantit à la société émigrante qu'elle sera bien reçue et introduite dans l'ordre juridique de l'État d'accueil tout en conservant sa personnalité juridique acquise dans l'État d'origine. Cela place donc la société qui s'aventurerait sur le terrain de la mobilité dans une situation incertaine quant à la reconnaissance de sa personnalité morale antérieure dans l'ordre juridique d'accueil. Pour les sociétés, la mobilité peut donc ainsi être entravée aussi bien au départ qu'à l'arrivée. Cela a d'ailleurs pu expliquer la rareté des opérations de mobilité dans le commerce international⁵¹. Les acteurs ont préféré contourner les obstacles en ayant plutôt

⁴⁸ Règle de conflit qui part d'une loi afin de déterminer son champ d'application dans l'espace. C'est la méthode utilisée par législateur OHADA qui définit le champ d'application de l'Acte uniforme en disposant que ses dispositions s'applique à : « *Toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un État ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des États parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique* ». Cette règle de conflit unilatérale s'oppose à la règle de conflit dite bilatérale ou Savignienne qui part du rapport privé international pour déterminer son centre de gravité et à partir de ce dernier désigner la loi qui semble pouvoir la régir de la façon la plus appropriée. Sur cette opposition méthodologique en droit international privé voir notamment D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, op.cit., p. 399, n° 346 est s.

⁴⁹ M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, op. cit., n° 74.

⁵⁰ M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, *ibid.*

⁵¹ J. BEGUIN, « La difficile harmonisation du droit des fusions transfrontalières », in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gavaldà*, Dalloz, 2001, p. 19, n° 19 et s. ; en ce sens également H. LE NABASQUE, « Le droit des sociétés et les opérations transfrontalières », in *Le droit de*

recours à des procédés plus faciles à mettre en œuvre mais qui ne permettent d'obtenir des résultats qui ne sont que relativement comparables⁵².

6. Pour lever ces obstacles, on peut utiliser diverses voies. Nous pourrions le remarquer en observant la méthode du droit européen que nous pouvons confronter à celui droit OHADA. La première voie avait été celle de l'espace communautaire européen. Il s'agissait de lever les obstacles à la mobilité en s'appuyant principalement sur le principe de libre établissement⁵³ des personnes. Cette notion a d'ailleurs été définie par la CJCE comme renvoyant à l'implantation matérielle pour une durée indéterminée dans un État membre en vue d'y exercer une activité économique⁵⁴. Ainsi en Europe, la réalisation d'une opération de mobilité a été considérée comme une modalité d'exercice du libre établissement. Cela fut clairement affirmé par la CJCE qui a posé que « *les opérations fusions transfrontalières constituent des modalités particulières d'exercice de la liberté d'établissement* »⁵⁵. De même dans l'arrêt *Cartesio*⁵⁶, la CJCE a considéré que l'opération de transfert intracommunautaire de siège social relève de la liberté d'établissement. Ainsi tout obstacle juridique ou fiscal à la mobilité intracommunautaire en Europe ne peut être consécutivement qu'une entrave au libre établissement. Cette solution de lier la mobilité au principe du libre établissement afin de lever ses obstacles a bien été efficace, notamment lorsqu'il s'est agi de lever l'obstacle juridique lié à la reconnaissance des sociétés. Car elle a permis à la CJCE dans plusieurs décisions⁵⁷ de lever des barrières du transfert de siège en

l'entreprise dans ses relations externes à la fin du 20^e siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Dalloz, 1997, p. 432

⁵² M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, op. cit., n° 76.

⁵³ Concernant les sociétés, le droit d'établissement renvoie à la possibilité qu'elles ont de s'implanter à titre principal ou secondaire pour une durée indéterminée dans un État membre afin d'y exercer une activité économique. Dans l'espace communautaire il est consacré par les articles 49 et 54 du traité de fonctionnement de l'Union européenne.

⁵⁴ CJCE, 25 juillet 1991, *C-221/89 et C-242/89*, *JDI* 1992, p. 450.

⁵⁵ Voir CJCE, 13 décembre 2005, *aff. Sevic System AG*, *C-411/03*, *D.* 2006, p. 451, note M. LUBY ; *JCP G* 2006, II, 10077, note R. DAMMANN.

⁵⁶ *Cartesio*, *JCP G* 2009, II, 10027, note M. MENJUCQ ; *JCP E* 2009, 1208, note F. MELIN ; *Gaz. Pal.* 22-24 mars 2009, p. 12 et s., note T. MASTRULLO ; *D.* 2009, p. 465 et s. note R. KOVAR ; *Europe*, 2009, comm. N° 82, obs. L. IDOT.

⁵⁷ CJCE, 9 mars 1999, *aff. C-212/97, Centros*, *JDI* 2000, p. 484, obs. M. LUBY ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, P. 705, note J.-Ph. DOM ; *D.* 1999, *Cahier droit des affaires*, jurisp., p. 550, note M. MENJUCQ ; CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, *aff. C-208/00*, *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 452, note M. LUBY ; *JCP E* 2003, n° 448, note M. MENJUCQ ; *Rev. Crit. DIP* 2003, p. 508 et s., note P. LAGARDE ; *Rev. Soc.* 2003, p. 315,

Europe, malgré les divergences des législations sur le critère de rattachement des sociétés⁵⁸. Le principe du libre établissement a aussi permis dans une certaine mesure de lever l'obstacle fiscal puisque la Grande chambre de la Cour de justice s'est appuyé sur lui pour condamner l'imposition immédiate à la sortie des plus-values latentes afférentes aux actifs transférés⁵⁹.

Cependant l'inconvénient de la méthode précédemment décrite qui s'appuie uniquement sur le principe du libre établissement est qu'elle laisse souvent subsister les divergences entre les législations des États concernés. Or la mobilité serait à certains égards encore plus simplifiée si les régimes juridiques qui lui sont applicables étaient harmonisés voire unifiés. Si nous prenons l'exemple de la protection des créanciers ou actionnaires minoritaires en cas de mobilité, le principe du libre établissement n'a pas jusque là imposé aux États européens d'harmoniser leurs législations sur cette question. Ainsi, il subsiste des différences plus ou moins importantes entre les régimes juridiques des États membres sur ce point. C'est notamment le cas des conséquences d'une opposition des créanciers en cas de mobilité par fusion. Pour certains États européens comme la France l'existence de l'opposition n'empêche pas la réalisation de l'opération et la sanction encourue si la société émigrante ne leur octroie pas des garanties suffisantes n'est qu'une inopposabilité⁶⁰. Pour d'autres États européens, comme l'Espagne⁶¹, en cas d'opposition des créanciers le paiement ou l'octroi de garanties suffisantes sont des conditions *sine qua*

note J.-Ph. DOM ; *Gaz. Pal.* 25 et 26 juin 2003, p. 27, obs. M.-L. NIBOYET ; CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, C-167/01, *JCP G* 2004, II, 10002, note M. LUBY ; *D.* 2004, jurispr., p. 491, note E. PATAUT, *JCP E* 2004, p. 252, note V. MAGNIER ; *Rev. Crit. DIP* 2004, p. 151, note H. MUIR WATT ; *Rev. Sociétés* 2004, p. 135, note J.-Ph. DOM ; CJCE, 16 décembre 2008, *aff. C-210/06, Cartesio*, *JCP G* 2009, II, 10027, note M. MENJUCQ ; *JCP E* 2009, 1208, note F. MELIN ; *Gaz. Pal.* 22-24 mars 2009, p. 12 et s., note T. MASTRULLO ; *D.* 2009, p. 465 et s. note R. KOVAR ; *Europe*, 2009, comm. N° 82, obs. L. IDOT.

⁵⁸ Divergence entre les législations qui consacrent le siège social comme facteur de rattachement de la *lex societatis* et celles qui consacrent plutôt le lieu de l'immatriculation.

⁵⁹ CJUE, 29 Novembre 2011, *aff. C-371/10, National Grid Indus BV*, *Dr. Fisc.* 2012. 125, note G. BLANLUET ; *Bull. fiscal Francis Lefèbvre* n° 48/11, n°9, obs. D. GUTMANN.

⁶⁰ Art. L. 216-14 du code de commerce français. C'est système de protection dit « a posteriori ». Voir sur ce système B. LECOURT, « Fusions transfrontalières : rapport sur l'application de la directive », *Rev. sociétés* 2014. 135 ; M. LOY « Les fusions transfrontalières : entre présent et avenir », *JCPE* 2007, p. 1987 et s.

⁶¹ Pour voir la liste des 13 États européens appliquant ce système de protection dit « a priori » cf. Study on the application of the cross-border mergers directive, Bech-Bruun/Lexidale, for the directorate general, the internal market and services and the european Union, sept. 2013 ; site Internet de la Commission européenne/Marché intérieur/Droit des sociétés/Modernisation/Fusions transfrontalières, oct. 2013

non de la réalisation de la mobilité par fusion ou scission⁶². Toujours au rang des différences sur le régime de l'opposition des créanciers, nous pouvons compter celle liée au moment où elle peut être formulée. Celui-ci peut varier en effet d'un État membre à l'autre. Alors qu'en France l'opposition doit être formulée avant l'assemblée générale ratifiant l'opération, en Espagne et en Italie elle doit être exercée après ladite assemblée générale⁶³. En outre, même le délai durant laquelle les créanciers peuvent s'opposer varie en fonction des États européens⁶⁴. Ainsi alors que l'opposition doit se faire dans un délai de 30 jours en France, elle pourra l'être dans un délai de 6 mois en République Tchèque. Cette diversité risque d'avoir des conséquences négatives en constituant un blocage ou en rallongeant le temps de la réalisation des opérations intracommunautaires en Europe⁶⁵. Elle est donc une source de complications que l'on peut rencontrer dans la réalisation de la mobilité intracommunautaire dans l'espace européen. Ce sera le cas lorsque les sociétés participantes sont rattachées à des États membres qui ont des régimes de protection qui diffèrent sur les conséquences de l'opposition. Nous pouvons donc considérer au regard de ces quelques exemples que les divergences législatives, que ne fait pas disparaître le principe de libre établissement, sans rendre la mobilité intracommunautaire impossible en Europe la complexifient. Nous pouvons donc identifier des lacunes dans cette première méthode consistant à s'appuyer uniquement sur le principe de libre établissement pour lever les barrières à la mobilité intracommunautaire des sociétés commerciales.

7. La deuxième voie qui est celle utilisée par l'OHADA consiste à lever les obstacles à la mobilité intracommunautaire en unifiant les législations des États membres en matière de droit des sociétés commerciales. Dans l'espace OHADA, la mobilité n'est pas une modalité d'exercice du droit d'établissement puisque celui-ci n'est pas expressément

⁶² Voir à ce propos C. CATHIARD et A.-S. POIRIER, « Fusion transfrontalière », *D., Répertoire de droit des sociétés*, 2016, n° 103.

⁶³ C. CATHIARD et A.-S. POIRIER, « Fusion transfrontalière », *Dalloz, Répertoire de droit des sociétés*, op. cit., n° 102.

⁶⁴ Pour plus de précision sur cette diversité de la durée durant laquelle les créanciers peuvent exercer leur droit, B. LECOURT, « Fusions transfrontalières : rapport sur l'application de la directive », *Rev. sociétés* 2014, p. 135 et s.

⁶⁵ Voir M. LUBY, « Impromptu sur la directive n° 2005/56 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux », *Dr. Sociétés*, juin 2006, p. 5 et s.; B. LECOURT, « Fusions transfrontalières : rapport sur l'application de la directive », *Rev. sociétés* 2014. 135 ; B. Lecourt, « Droit des sociétés de l'Union européenne », *Dalloz, Répertoire de droit européen*, op. cit., n° 203 ; M. LOY « Les fusions transfrontalières : entre présent et avenir », op.cit.

consacré par le traité. Il faut rappeler que l'OHADA n'est pas une communauté économique⁶⁶. Elle n'a donc pas consacré des mécanismes favorisant directement l'intégration économique comme le principe de libre établissement. Par conséquent, la simplification de la mobilité ne peut ici découler que de l'intégration juridique. C'est elle qui indirectement mettrait en place ce marché sans frontière favorable à la mobilité. En effet, l'unification du régime juridique applicable aux sociétés effectuée dans l'espace communautaire africain présente l'avantage non négligeable de faire disparaître le conflit mobile. Car le régime juridique applicable dans l'État d'origine est identique à celui applicable dans l'État d'accueil. Par conséquent, lorsque la société se meut au sein de l'espace communautaire africain, il n'y aura pas de modification de la *lex societatis*. L'opération n'appellera pas application de deux lois différentes dont il faut déterminer le domaine d'application et qu'il faut coordonner lorsqu'elles se contredisent. Elle est donc simplifiée puisque nous savons déjà que c'est la modification de la loi applicable à la société en cas de mobilité qui soulève l'une des difficultés les plus sérieuses⁶⁷. Car la résolution de ce conflit mobile conduit souvent à déterminer de façon distributive le domaine d'application des lois des États d'origine et d'accueil, ce qui n'est pas toujours simple. De même, l'unification du régime juridique facilitera la reconnaissance de la société émigrante dans l'État d'accueil, même si le législateur communautaire de l'OHADA n'a pas expressément posé un principe de reconnaissance mutuelle par chaque État membre des sociétés constituées dans un autre État membre⁶⁸. L'unification du régime juridique des sociétés commerciales par l'OHADA constitue alors incontestablement une méthode efficace qui permet de lever certains obstacles à la mobilité des sociétés.

Cependant, cette deuxième méthode s'appuyant sur l'unification du seul régime juridique applicable aux sociétés présente aussi des lacunes. En effet, au-delà des seules règles de droit des sociétés, la réalisation d'une opération mobilité appelle application d'autres règles de droit. Elle n'est pas seulement régie par les règles de droit des sociétés. D'autres dispositions en dehors de celles édictées par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés

⁶⁶ cf. supra n° 1.

⁶⁷ M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, op. cit., n° 73.

⁶⁸ Sur l'absence du principe de reconnaissance mutuelle des sociétés dans l'espace OHADA voir G. NGOUMTSA ANOU, *Droit OHADA et conflits de lois*, LGDJ, 2012, n° 140 et s. ; N. M. NCHANKOU MOUANSIE, *La liberté d'établissement des sociétés en Europe et en Afrique*, thèse Cergy-Pontoise, 2009, p. 164 et s.

commerciales sont susceptibles de s'appliquer. Nous pouvons notamment citer les règles de droit du travail pour traiter de certaines questions liées à la protection des salariés, des règles de droit de la concurrence pour traiter du contrôle des concentrations découlant des fusions ou scissions et bien évidemment des règles de droit fiscal. Ainsi l'unification du seul régime juridique des sociétés commerciales laisse subsister des divergences en droit social et en droit fiscal qui sont des domaines intéressant la mobilité où l'OHADA n'a pas encore légiféré et qu'elle n'a donc pas unifiés. L'unification du seul régime juridique des sociétés est donc à elle seule insuffisante pour permettre d'aboutir à une mobilité intracommunautaire sans barrières des sociétés de l'espace OHADA. Elle est insuffisante pour faire de ce marché sans frontière une réalité pour les sociétés commerciales. Car en unifiant uniquement les règles de droit des sociétés l'OHADA laisse subsister un obstacle aussi important que la fiscalité. Il apparaît alors que si la mobilité intracommunautaire des sociétés de l'espace OHADA n'est plus entravée par le conflit mobile ou encore par la reconnaissance, elle demeure toujours entravée par une fiscalité dissuasive. C'est la raison pour laquelle un auteur a pu valablement affirmer « *que l'OHADA n'est pas un espace de mobilité achevé, favorisant le droit d'établissement principal* »⁶⁹. Il apparaît alors que la méthode employée par l'OHADA comporte elle aussi une lacune.

8. Nous sommes amenés à constater que les méthodes précitées et basées sur l'utilisation exclusive du libre établissement ou de l'unification du droit des sociétés pour faire disparaître les obstacles à la mobilité intracommunautaire comportent chacune des lacunes. Une troisième voie nous paraît être à privilégier. Celle-ci consiste à combiner les deux premières méthodes. Il s'agira alors de consacrer un principe de libre établissement sans se priver d'harmoniser ou d'unifier, si nécessaire, un pan du régime juridique et du régime fiscal. C'est d'ailleurs vers cette direction que s'est orienté le législateur communautaire européen. En plus du libre établissement qui a permis de lever la plupart des obstacles juridiques, le législateur européen ne s'est pas privé d'harmoniser notamment la fiscalité des opérations de mobilité intracommunautaire⁷⁰. En effet, il ne faut pas toujours succomber à la tentation de vouloir tout harmoniser. Comme nous l'avons évoqué, la

⁶⁹ N. M. NCHANKOU MOUANSIE, *ibid*, p. 164.

⁷⁰ Directive 2009/133/CE du Conseil concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre. Cette directive remplace la directive n° 90/434, dite directive fusion, relative au régime fiscal applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents.

réalisation d'une opération de mobilité des sociétés appelle application de tellement de règles⁷¹ qu'il est bien difficile de vouloir toutes les harmoniser ou les unifier. L'OHADA est elle-même consciente de la difficulté de tout unifier c'est pourquoi elle a limité les domaines concernés par l'harmonisation à une liste dressé par le traité⁷². Ne figure pas dans cette liste le droit de la concurrence et le droit fiscal, par exemple, alors qu'ils s'appliquent à la mobilité des sociétés. L'unification de tous les domaines du droit potentiellement applicables à la mobilité n'est donc pas encore à l'ordre du jour au sein de l'OHADA. Il subsistera donc quelques divergences législatives entre les États. Par conséquent, ce qu'il faut éviter c'est que ces derniers s'appuient sur les différences législatives pour bloquer de manière disproportionnée la réalisation des opérations de mobilité. C'est là que peut intervenir le libre établissement. Il permet d'imposer aux États de ne pouvoir invoquer que des raisons impérieuses d'intérêt général comme la protection des intérêts des minoritaires, des créanciers ou l'efficacité du contrôle fiscal, pour empêcher la réalisation d'une opération de mobilité. Pour cela il faudra faire des opérations de mobilité des modalités d'exercice de ce libre établissement. Il ne s'agira donc pas d'un principe de libre établissement tel que consacré par les communautés sous-régionales que sont l'UEMOA⁷³ ou la CEDEAO⁷⁴ en Afrique de l'ouest et la CEMAC⁷⁵ en Afrique centrale. Ce principe de libre établissement⁷⁶ ainsi consacré par ces différentes communautés ne profite pas encore réellement à la mobilité intracommunautaire au sein de

⁷¹ Droit des sociétés, droit fiscal, droit économique, ou encore droit social.

⁷² Article 2 du traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires adopté le 17 novembre 1993 à Port-Louis (Ile Maurice).

⁷³ Union Economique et Monétaire ouest Africain : Organisation sous-régionale qui regroupe huit pays d'Afrique de l'ouest : Benin, Burkina Faso, Cote d'Ivoire, Guinée Bissau, Mali, Niger, Sénégal, Togo. Elle a entre autres objectifs de créer entre Etats membres un marché commun basé sur la libre circulation des personnes, des biens, des services, des capitaux et le droit d'établissement des personnes exerçant une activité indépendante ou salariée, ainsi que sur un tarif extérieur commun et une politique commerciale.

⁷⁴ Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest regroupant parmi les États membres de l'OHADA : le Benin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée, la Guinée-Bissau, le mali, le Niger, le Sénégal et le TOGO. À la différence de la CEMAC elle compte dans ses rangs des États non membres de l'espace OHADA tel le Ghana ou encore le Nigeria.

⁷⁵ Communauté Economique et Monétaire d'Afrique Centrale regroupant 6 États aussi membres de l'OHADA que sont : le Cameroun, le Congo, le Gabon, la Guinée Équatoriale, la République de Centrafrique et le Tchad.

⁷⁶ Sur la question du libre établissement dans ces États africains voir N. M. NCHANKOU MOUANSIE, *La liberté d'établissement des sociétés en Europe et en Afrique*, thèse Cergy-Pontoise, 2009.

l'espace OHADA. Les opérations comme la fusion ou la scission n'ont pas été déclarées ni par le législateur ni par la jurisprudence comme modalité de son exercice. Il n'assimile donc pas vraiment les personnes physiques et les personnes morales. De plus, le principe de libre établissement consacré par ces organisations sous-régionales divise l'espace OHADA de telle sorte qu'il ne permet pas aux sociétés de circuler simplement dans tout cet espace communautaire. Car les États membres de l'OHADA sont parties à des organisations sous-régionales différentes. Par conséquent, la mobilité n'est possible que tant que les États concernés sont membres de la même organisation qu'elle soit l'UEMOA ou la CEMAC. Dans ce contexte de défaillance, le principe de libre établissement doit être consacré par l'OHADA elle-même pour profiter à la mobilité intracommunautaire de ses sociétés. C'est à travers cette consécration que l'OHADA reconnaîtra que les opérations de mobilité « *répondent aux nécessités de coopération et de regroupement entre sociétés établies dans des États membres différents* »⁷⁷. De même, elle fera de la mobilité un droit pour les sociétés commerciales. L'OHADA doit faire de l'intégration économique un objectif clair et direct. Pour que le marché sans frontières soit une réalité pour les sociétés commerciales, l'OHADA doit donc devenir une communauté économique en plus d'être une communauté juridique. Cela lui permettra de pouvoir recourir à la méthode cumulant le principe de libre établissement et l'unification du droit afin de lever les barrières à la mobilité des sociétés. La seule intégration juridique montre là ses limites pour créer un marché sans frontière bénéficiant aux sociétés commerciales.

Par ailleurs, nous pouvons constater que l'efficacité de la combinaison de l'harmonisation et du libre établissement ressort bien en observant la mobilité intracommunautaire de la société européenne (SE)⁷⁸. En réalité, cette dernière est la structure sociale dont la mobilité intracommunautaire est plus simple à réaliser en Europe. Car elle bénéficie des avantages de ce cumul de méthode. En effet, comme les sociétés de droit national, elle peut invoquer

⁷⁷ M. LUBY, note sous CJCE, 13 décembre 2005, *aff. Sevic System AG*, C-411/03, D. 2006, p. 451.

⁷⁸ Il s'agit d'une structure juridique supranationale qui a vu le jour après gestation longue grâce à l'accord intervenu lors du conseil européen de Nice en décembre 2000. Cet accord a abouti à un règlement n° 2157/2001 relatif au statut de la société européenne, il est complété par la directive n° 2001/86/CE complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des salariés. La société européenne a fait l'objet d'une abondante littérature. Nous ne renverrons à ce stade qu'à une liste indicative des monographies qui lui ont été consacrées : J.-L. COLOMBANI et M. FAVERO, *Societas Europaea*, éd. Joly, 2002 ; K. J. HOPT, M. MENJUCQ et E. WYMEERSCH (ss. dir.), *La société européenne, organisation juridique et fiscale*, Dalloz, 2003 ; N. LENOIR et M. MENJUCQ, *La société européenne*, Dalloz, 2^e édition 2009 ; A. LECOURT, *La société européenne*, Traité des sociétés Joly, EA 130.

le droit au libre établissement et donc le droit de se mouvoir dans l'espace communautaire européen en transférant son siège sans que sa personnalité morale ne soit remise en cause. De plus, alors que le transfert de siège des sociétés de droit national reste difficile à réaliser en l'absence d'harmonisation malgré le fait qu'il est reconnu comme une modalité du libre établissement par la CJCE⁷⁹, celui de la SE est facilité parce que l'article 8 du règlement 2157/2001⁸⁰ en détaille et harmonise les modalités. Ainsi il apparaît clairement que si le transfert intracommunautaire du siège de la SE est facilité par rapport à ceux des sociétés de droit national c'est parce qu'elle bénéficie du principe de libre établissement au sein de l'Union européenne, mais aussi parce que le régime dudit transfert est harmonisé. Par ailleurs, la même combinaison des méthodes a permis de faciliter la réalisation de fusions transfrontalières par la société européenne, ainsi est-elle devenue un instrument de concentration intracommunautaire d'entreprises⁸¹. De même, s'agissant des sociétés de droit national en Europe, leur mobilité par fusion intracommunautaire est aussi simplifiée. Car elle bénéficie du libre établissement⁸² et qu'il y a une harmonisation de ses modalités par la directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005⁸³ sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux. Il apparaît alors que pour faciliter leur mobilité intracommunautaire au point d'en faire un droit, les sociétés de l'espace OHADA, à l'image de la société européenne, doivent bénéficier en plus de l'unification du régime juridique des opérations transfrontalières d'un principe de libre établissement.

9. L'OHADA, qui n'a pas fait usage de ce cumul des méthodes, est donc en retard par rapport au droit européen. La mobilité intracommunautaire est en effet plus simple à réaliser dans l'espace européen que dans l'espace communautaire africain. Car dans l'espace OHADA, si des obstacles juridiques peuvent être franchis grâce à l'unification du droit des sociétés, l'obstacle fiscal, qui est l'un des plus significatifs, demeure très présent. Or en Europe, en dehors de quelques divergences législatives qui ne font que complexifier

⁷⁹ 16 décembre 2008, *aff. C-210/06, Cartesio*, précité.

⁸⁰ JOCE 2001 L 294 et JOUE 2003 L 302.

⁸¹ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., p. 220, n° 196.

⁸² Nous rappelons que l'arrêt *Sevic* de la CJCE en date du 13 décembre 2005 avait considéré que les fusions transfrontalières étaient des modalités d'exercice du libre établissement. Voir supra n° 6.

⁸³ JOUE 2005 L 310/1

ou ralentir la réalisation de l'opération dans certaines hypothèses⁸⁴, on peut considérer que l'obstacle juridique peut être franchi avec plus ou moins de facilité. De plus, l'obstacle fiscal peut lui aussi être franchi puisque la fiscalité des opérations de mobilité est harmonisée. Ces deux obstacles n'ont pu être franchis qu'en s'appuyant aussi bien sur le principe de libre établissement que sur l'harmonisation du droit. Par conséquent le droit européen doit sur ce point servir d'exemple au droit OHADA. *In fine*, on en arrive à déduire que le réel moteur de la mobilité des sociétés au sein d'un espace communautaire pourrait être la combinaison entre le libre établissement et l'harmonisation ou l'unification du droit. C'est elle qui permet, comme en Europe, d'obliger les États membres à rendre réalisable la mobilité intracommunautaire des sociétés. Par conséquent, pour accélérer le processus de levée des barrières classiques, juridiques et fiscales, à la mobilité intracommunautaire, nous estimons que le principe de libre établissement pourrait être expressément consacré dans l'espace OHADA afin de compléter l'unification du droit des sociétés. L'instauration du principe libre établissement serait donc un excellent complément à l'uniformisation afin de fluidifier la mobilité intracommunautaire des sociétés dans l'espace OHADA. Toutefois, sa consécration implique que l'OHADA, en plus d'être un espace d'intégration juridique, devienne aussi une organisation d'intégration économique. Des mécanismes permettant d'aller plus directement vers une intégration économique doivent être consacrés. Il ne s'agira plus d'attendre que cette intégration économique débouche seulement et indirectement de l'intégration juridique.

10. La levée des obstacles ne doit cependant pas être le seul objectif du droit OHADA. Car l'unification du régime juridique des sociétés ne fait pas non plus disparaître tous les risques de la mobilité pour les associés minoritaires ainsi que pour les tiers. Ces derniers doivent donc être protégés lorsque la société décide de se mouvoir même au sein de l'espace communautaire. En effet, cela paraît très réducteur de considérer que ce qui intéresse les associés minoritaires ce n'est que la protection qui résulte de la *lex societatis*⁸⁵. Et que tant que cette dernière ne change pas, les minoritaires n'auraient aucun

⁸⁴ Notamment lorsqu'il s'agit de sociétés de droit national, puisque la mobilité de la société européenne est bien plus simple.

⁸⁵ En effet les droits et obligations des associés en tant qu'élément du fonctionnement de la société entre dans le domaine de la *lex societatis* (voir en ce sens M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., p. 110, n° 106 ets. ; A. COURET « L'entreprise privée face au commerce international », in *Traité Droit du commerce international*, J. BEGUIN et M. MENJUCQ (sous la direction de), Lexis Nexis, 2011, n° 313 et s.,

intérêt à s'opposer à la mobilité. Au-delà de la question de leur protection, la mobilité intracommunautaire peut menacer d'autres intérêts des minoritaires. Par exemple, en cas de mobilité par fusion-absorption intracommunautaire par une société nouvelle, les associés d'une société cotée absorbée peuvent perdre la liquidité de leurs actions pendant le temps de l'inscription de la nouvelle société absorbante à la cote officielle⁸⁶. Or cela peut être considéré comme un désagrément pour eux. C'est ce qui fait que la question de la protection des minoritaires comme celle des tiers créanciers notamment, qui n'ont pas forcément intérêt à ce que leur débiteur s'établisse à l'étranger, ne doit pas être négligée même si la mobilité n'est qu'intracommunautaire. Toutefois, cette protection, sauf si elle relève d'une raison impérieuse et proportionnée, ne doit pas constituer un frein à la mobilité. Le travail de l'OHADA consistera ici à rechercher un subtil équilibre entre la simplification de la mobilité et la préservation des droits tiers et minoritaires. Ainsi le souci de simplification de la mobilité ne doit-il pas aller au détriment de celui d'une protection efficace des tiers et minoritaires et vice-versa.

11. Par ailleurs, dans l'espace OHADA, une autre problématique est à prendre en considération dans la réalisation de la mobilité des sociétés. Il s'agit de la coexistence de normes supranationales⁸⁷. En effet, comme nous l'avons déjà dit, les États membres de l'OHADA sont aussi adhérents à d'autres communautés économiques sous-régionales (CEDEAO, UEMOA, CEMAC). Or ces organisations ont aussi légiféré dans des domaines qui peuvent s'appliquer aux opérations de mobilité. C'est ainsi que l'UEMOA et la CEMAC, par exemple, ont posé un régime juridique applicable aux établissements bancaires. Ces derniers sont donc au cœur d'une pluralité normative puisque régis dans chaque État membre par les dispositions supranationales de l'Acte uniforme de l'OHADA, parce qu'elles sont des sociétés commerciales, et par des dispositions supranationales de l'UEMOA ou de la CEMAC, en raison de l'activité spécifique qu'ils exercent. Or ce

⁸⁶ Voir sur ce désagrément B. LECOURT, « L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? », *Rev. sociétés* 2004, p. 228 et s.

⁸⁷ Cette coexistence normative a donné lieu à une abondante littérature juridique nous nous limiterons à ne citer à ce niveau que les monographies et thèses qui ont été consacrées au phénomène. Voir donc : A. Y. SARR, *L'intégration juridique dans l'Union Économique et Monétaire Ouest Africain (UEMOA) et dans l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)*, Avant-propos J. MESTRE, PUAM, 2008 ; S. DIENG, *Procédure de sauvetage et coexistence de normes dans l'espace OHADA : le cas des établissements de crédit*, thèse Toulouse 1, 2014 ; E. KAGISYE, *Les conflits de normes dans l'espace OHADA*, Editions Universitaires Européennes (EUE), 2016 ; M. FAU-NOUGARET (sous la direction de), *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, L'Harmattan, 2012.

conflit de normes supranationales ne peut se résoudre aussi simplement en invoquant la primauté de l'Acte uniforme comme lorsqu'il se trouve en conflit avec les dispositions nationales d'un État partie⁸⁸. Car les dispositions émanant des organisations sous-régionales ont un caractère supranational comme l'Acte uniforme. Il est donc difficile de trouver un fondement à une hiérarchisation en faveur de l'une ou de l'autre. Or fort heureusement, en s'intéressant au contenu de ces normes communautaires qui coexistent, il apparaîtra que celles relatives aux opérations de mobilité ne sont pas vraiment contradictoires. Chacune peut vraisemblablement laisser place à l'application de l'autre. Ainsi nous appuierons nous sur une approche qui met en « *exergue la nécessité de la concertation* »⁸⁹ entre l'OHADA et ces communautés sous-régionales pour privilégier l'application cumulative de ces normes. C'est ainsi qu'un équilibre laissant place à chacune de ces communautés peut être trouvé.

12. Au regard de ce qui précède, malgré les avancées qu'il reste à faire et qui pourrait provenir de la combinaison de l'unification du droit avec le principe de libre établissement dans l'espace communautaire OHADA, le sens de notre démonstration consistera à rester dans l'optimisme en montrant que la mobilité intracommunautaire se réalise avec beaucoup d'obstacles juridiques importants en moins. C'est ce qui nous conduira à démontrer non pas qu'elle est totalement simplifiée mais qu'elle est en voie de l'être. Elle le sera pleinement si le législateur de l'OHADA se décide à résoudre la question de la fiscalité par le libre établissement et par l'unification des dispositions fiscales relatives aux opérations de mobilité. Cette résolution appelle l'évolution de l'OHADA directement vers une intégration économique en plus de l'intégration juridique. L'OHADA ne peut plus se contenter d'attendre que le marché décloisonné qu'elle espère soit indirectement mis en place par la seule uniformisation du droit. Cette dernière a en effet montré ses limites lorsqu'il s'agit de garantir aux sociétés une mobilité sans barrières au sein de toute la communauté OHADA. Cela ne remet pas en cause la levée de certains obstacles à la mobilité intracommunautaire. En effet, si sa combinaison avec le libre établissement n'est pas encore effective, l'uniformisation permet de lever beaucoup de barrières notamment juridique. L'uniformisation du droit est donc seulement insuffisante ou déficiente mais pas totalement inefficace. D'ailleurs, le principe de libre établissement ne viendra pas ici la

⁸⁸ Article 10 du Traité de l'OHADA.

⁸⁹ P.-G. POUGOUE, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », in *Encyclopédie du droit OHADA*, P.-G. POUGOUE (sous la direction de), Lamy, 2011, p. 1333, n° 48.

remplacer mais plutôt la compléter. Ainsi en s'appuyant seulement sur les effets, sur ce point bénéfiques, de l'uniformisation, il apparaît que la simplification est en cours. Car la mobilité intracommunautaire évite le conflit mobile ainsi que les difficultés de son règlement. De même, elle ne sera plus entravée par les questions liées à la reconnaissance de la société. C'est ainsi qu'une simplification en cours ressort plus clairement en comparant la mobilité intracommunautaire avec la mobilité extracommunautaire. Nous ne pourrions que constater que l'une demeure avec tous ses obstacles alors que l'autre se réalise juridiquement avec moins de difficultés. De plus, même la difficulté liée à la fiscalité commence à connaître un début de résolution pour la mobilité intracommunautaire des sociétés de l'espace OHADA. Car certains États⁹⁰ ont entendu la lever de manière solitaire sans attendre l'intervention du législateur communautaire de l'OHADA. Ils ont accordé à la fusion intracommunautaire une neutralité fiscale qui permet de ne pas taxer immédiatement les plus-values. Cette avancée est importante et mérite d'être signalée. Car si un effort a été fait par quelques États membres nous pouvons espérer qu'ils puissent inspirer les autres États membres à aller dans le même sens. C'est grâce à ces avancées que la comparaison de la mobilité intracommunautaire avec la mobilité extracommunautaire nous permettra de constater qu'elles se réalisent à double vitesse. L'une étant malgré tout plus fluide ou du moins plus envisageable que l'autre. Cependant, si la comparaison avec la mobilité extracommunautaire est plutôt à l'avantage de la mobilité intracommunautaire, celle de cette dernière avec la mobilité au sein de l'espace européen révélera des efforts restant à fournir du côté de l'OHADA.

En outre, face au défi de la prise en compte des différents intérêts et normes supranationales qui coexistent, nous montrerons que le droit OHADA doit faire des efforts plus ou moins importants afin de trouver un équilibre. La protection des salariés tout comme celle des actionnaires minoritaires et créanciers est encore lacunaire. En effet, l'Acte uniforme ne contraint pas la société à leur fournir des garanties suffisantes face au risque que la réalisation de l'opération leur fait encourir. La protection légale est ainsi déficiente. Seule la protection des concurrents échappe à cette déficience. C'est pourquoi nous proposerons des mécanismes de protection plus efficaces. Quant à la coexistence des normes supranationales, elle peut être gérée de manière équilibrée en cumulant leur application puisqu'elles ne sont pas contradictoires. Car il ne faut pas une mobilité

⁹⁰ Cameroun (art. 9 CGI) et Togo (art. 143 CGI) par exemple. Cf. infra n° 178.

intracommunautaire qui se réalise à une vitesse excessive. Elle doit se faire en recherchant un équilibre tant entre les intérêts ainsi qu'entre les normes supranationales qui coexistent. Ainsi la mobilité des sociétés de l'espace OHADA doit-elle être analysée au regard de ses deux défis : celui de sa fluidité et celui de son équilibre.

Ces deux défis structureront alors cette thèse en correspondant chacun à une partie.

PREMIÈRE PARTIE : UNE MOBILITÉ À LA RECHERCHE D'UNE FLUIDITÉ

DEUXIÈME PARTIE : UNE MOBILITÉ À LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE

PREMIÈRE PARTIE :
UNE MOBILITÉ À LA RECHERCHE D'UNE FLUIDITÉ

13. Grâce à l'uniformisation du droit applicable, la mobilité des sociétés au sein de la communauté juridique OHADA est régie dans les États d'accueil et d'origine par les mêmes dispositions. L'Acte uniforme étant le droit applicable à la société aussi bien dans l'État de départ que dans l'État d'arrivée, il en ressort que c'est lui seul qui régira toute l'opération de mobilité. C'est pourquoi nous pouvons dire que les fusions scissions et transferts de siège intracommunautaires dans l'espace OHADA sont soumis à un régime unitaire. Ils sont à ce titre traités comme des opérations purement domestiques⁹¹. Cela est expliqué par le fait que la mobilité intracommunautaire ne crée pas de conflit mobile dans l'espace OHADA. La société commerciale qui quitte l'État membre d'origine pour s'installer dans un État membre d'accueil aura toujours comme *lex societatis* l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés de l'OHADA. Ainsi le régime des fusions, par exemple, est le même qu'il s'agisse de sociétés localisées sur le territoire d'un seul et même État que de sociétés rattachées à des États membres de la communauté OHADA différents. Ce régime unitaire, qui permet à l'opération d'être soumise à la même *lex societatis*, constitue incontestablement une simplification de la mobilité intracommunautaire au plan juridique. Il donne une prévisibilité dans la réalisation des opérations de mobilité. Car il leur évite d'être soumises à des lois différentes et qu'on pourrait avoir des difficultés à coordonner. De plus, la société émigrante sera reconnue dans son État d'accueil grâce à son rattachement principal à l'ordre juridique communautaire de l'OHADA. Cependant, si une simplification existe au plan juridique, la mobilité intracommunautaire reste encore entravée par une fiscalité dissuasive. L'absence d'uniformisation dans ce domaine fait que très peu d'États membres ont entendu lever cette barrière. La majorité des législations fiscales États membres continue de la traiter comme une opération entraînant la cessation d'activité de la société émigrante.

Cela dit, la mobilité intracommunautaire est malgré tout plus envisageable que la mobilité extracommunautaire. Car lorsque le déplacement du rattachement se fait vers un État non membre de la communauté OHADA le régime n'est plus unitaire. L'opération appellera alors application de la loi de l'État d'accueil et celle de l'État d'origine qui sont cette fois-

⁹¹ C'est-à-dire des opérations de restructuration qui se déroulent au sein du territoire d'un seul et même État.

ci certainement différentes sur plusieurs points. Ainsi, en utilisant les solutions du droit international privé, il faudra définir le champ d'application de chacune de ces deux lois puisqu'aucune d'entre elles ne peut régir seule l'opération de bout en bout. Lesdites solutions conduiraient à appliquer, sur des aspects différents ou identiques de l'opération, la loi de l'État d'accueil et celle de l'État d'origine. Or cette solution révèle des insuffisances à cause de l'absence de coordination entre ces deux lois. Par ailleurs aucune garantie de reconnaissance n'est accordée à la société émigrante. En outre, sur ce point aussi, la fiscalité extrêmement couteuse de l'opération finit par dissuader dirigeants et associés à envisager une opération qui entraînerait le transfert du rattachement de la société hors de l'espace OHADA.

Au regard de ce qui précède, il apparaît que le sort de la mobilité intracommunautaire est meilleur que celui de la mobilité extracommunautaire. Cette dernière reste entravée par tous les obstacles, juridiques et fiscaux, alors que la mobilité intracommunautaire des sociétés de l'espace OHADA commence à se départir de certains d'entre eux. Nous en déduisons donc que la quête de la fluidité de la mobilité extracommunautaire des sociétés de l'espace OHADA est clairement infructueuse (**Titre 1**), alors que celle de la mobilité intracommunautaire n'est que déficiente (**Titre 2**).

TITRE 1 : LA QUETE INFRUCTUEUSE DE FLUIDITE DE LA MOBILITE

EXTRACOMMUNAUTAIRE

14. Parce qu'elle entraîne quasi systématiquement la modification de la loi applicable à la société, la mobilité extracommunautaire rencontre de très sérieux obstacles. D'abord dans l'État de départ il y a une hostilité et une méfiance vis-à-vis de l'opération. Elles conduisent ledit État à exiger des conditions prohibitives pour la prise de décision de procéder à une opération qui soustrait la société de sa compétence législative⁹². C'est dans ce contexte qu'il peut, par exemple, être exigé que la décision soit prise à l'unanimité. De même l'État d'accueil, dont la loi ne doit pas être ignorée puisqu'elle sera applicable à la société à l'issue de l'opération, peut ne pas assurer une reconnaissance de l'opération ou de la société émigrante elle-même. En plus de ces obstacles qui sont posés séparément par le régime juridique des États concernés, la mobilité peut aussi être freinée par leur manque de coordination. Ce défaut de coordination crée une imprévisibilité qui dissuade la société d'emprunter les chemins de cette aventure incertaine. Par ailleurs, dans le traitement fiscal qu'ils réservent à l'opération, l'État d'origine tout comme l'État d'accueil freinent la réalisation de la mobilité. L'un lui applique le régime fiscal dissuasif de la cessation d'activité. L'autre lui applique le régime fiscal de la constitution d'une société nouvelle⁹³ ou d'une augmentation de capital⁹⁴.

Ainsi la mobilité extracommunautaire est-elle entravée par, d'une part, des difficultés liées au règlement du conflit mobile qu'elle entraîne (**Chapitre 1**). D'autre part, elle est entravée par le fait qu'aussi bien l'État d'origine que l'État d'accueil considèrent que juridiquement mais surtout fiscalement la société ne survit pas à cette opération (**Chapitre 2**).

⁹² En ce sens v. M. AUDIT, S. BOLLÉE, et P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, op. cit., n°74.

⁹³ Lorsqu'il s'agit d'une opération de transfert transfrontalier du siège social.

⁹⁴ Lorsqu'il s'agit d'une opération de fusion ou scission transfrontalière.

CHAPITRE 1 : L'OBSTACLE LIE AU REGLEMENT DU CONFLIT MOBILE

15. La première raison qui crée la méfiance à l'égard à l'égard d'une mobilité extracommunautaire c'est le changement de la loi applicable à la société. En effet, cette opération soustrait la société de la compétence législative de son État d'origine. Ce changement risque de priver les associés minoritaires de certaines protections prévues par la *lex societatis* alors qu'ils les avaient prises en considération au moment de s'engager dans la société. Le même risque pèse sur les tiers créanciers et salariés notamment. C'est la raison pour laquelle l'État d'origine, par ces dispositions législatives contraignantes, n'entend en aucun cas simplifier la réalisation de cette opération transfrontalière (**Section 1**).

Par ailleurs, cette mobilité extracommunautaire n'est pas seulement régie par les dispositions contraignantes posées par l'État de départ. En provoquant le conflit mobile, elle entre alors dans la compétence de la loi de l'État d'arrivée puisque c'est à elle que sera soumise la société à l'issue de l'opération. Cela exige de déterminer le domaine de compétence de chacune de ces deux lois. Il faut donc recourir à la méthode du conflit de lois. Or les solutions auxquelles on aboutit ne sont pas toujours satisfaisantes puisqu'elles ne préconisent pas la coordination, pourtant nécessaire, entre les lois concernées. Cela constitue aussi un obstacle pour cette mobilité extracommunautaire (**Section 2**).

Section 1 : Les difficultés liées au changement de la *lex societatis*

16. Nous rappelons que la mobilité se réalise par la modification du critère de rattachement retenu par le droit international privé pour déterminer la loi applicable à la société⁹⁵. La modification du rattachement entraîne consécutivement le changement de loi applicable à la société ou *lex societatis*. Identifions alors le critère de rattachement dont le changement est la cause principale des entraves à la mobilité (**Paragraphe 1**). En effet, la *lex societatis* désigné grâce au facteur de rattachement est le socle de plusieurs protections notamment ceux des créanciers et associés. C'est la raison pour laquelle sa modification sera soumise à des conditions sévères qui entravent incontestablement la mobilité extracommunautaire (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'identification du critère de rattachement de la *lex Societatis* dans l'espace OHADA

17. Plusieurs critères sont régulièrement en concurrence pour la détermination de la *lex societatis* : la nationalité, le siège social, l'incorporation. Dans le droit OHADA, du reste fortement inspiré du droit français, une hésitation ne saurait exister qu'entre le critère du siège social et celui de la nationalité⁹⁶. Nous verrons que cette dernière, dont l'attribution n'a pas été réglementée par l'AUSCGIE, n'a donc pas été retenue (**A**) au profit du critère plus adapté du siège social (**B**).

⁹⁵ cf. supra n° 4.

⁹⁶ Le critère de l'incorporation étant généralement utilisé par les pays de tradition anglophone.

A- La nationalité, facteur de rattachement non retenu par l'Acte uniforme

18. Avant d'aborder le rôle en définitive limité de nationalité des sociétés en droit OHADA, puisqu'elle n'est pas le facteur de rattachement de la *lex societatis* dans ce droit (2), il convient de préciser d'abord les critères de sa détermination qui emmène à confondre son rôle avec celui du siège social (1).

1. La détermination non uniforme de la nationalité des sociétés dans l'espace OHADA

19. L'AUSCGIE n'aborde pas les questions liées à l'attribution de la nationalité des sociétés dans l'espace OHADA. Il ne retient même pas ce critère comme facteur de rattachement. En effet, sous la forme d'une règle de conflit unilatérale, son article premier pose que les sociétés soumises à ses dispositions sont celles qui ont « *leur siège social situé sur le territoire d'un État partie* ». L'Acte uniforme détache donc la question de la nationalité des sociétés de celle de la loi applicable à ces dernières. Ainsi pouvons nous estimer, comme un auteur, que « *ce n'est pas parce qu'une société a la nationalité d'un État partie qu'elle est soumise aux dispositions communautaires issues de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales ; c'est seulement parce que son siège social est situé sur le territoire d'un État partie, peu importe qu'elle remplisse ou non les conditions requises pour avoir la nationalité de cet État partie* »⁹⁷. L'Acte uniforme laisse la question de la nationalité à la souveraineté de chaque État. Ainsi les conditions de la détermination de la nationalité sont-elles logiquement posées par les législations nationales des différents États membres. Or il apparaît que ni ces dispositions et ni les critères qu'elles consacrent ne sont totalement uniformes. Ils peuvent ainsi varier d'un État membre à un autre.

⁹⁷ M.N. MBAYE, *Fusions, scissions et apports partiels d'actif transfrontaliers en Afrique*, Thèse Paris 10 Nanterre, 2006, p. 100, n° 176

L'existence d'une nationalité des sociétés est certes admise par la totalité des États membres de l'espace OHADA, il existe cependant plusieurs critères propres à chaque État membre et en concurrence pour la déterminer⁹⁸. Il y a d'abord celui du siège social selon lequel la société a la nationalité de l'État où se situerait son siège social. Ce critère se confond ainsi à celui du rattachement de la *lex societatis*. Un courant doctrinal préconisera d'ailleurs que soit privilégié le siège réel en lieu et place du siège statutaire qui ne dépend que de la volonté des fondateurs⁹⁹. C'est le critère le plus usité et est même considéré dans l'ordre juridique français, par exemple, comme le critère de principe dans un souci de hiérarchisation des critères¹⁰⁰. L'article 24 de l'AUSCGIE définit le siège social comme étant le lieu du principal établissement de la société ou encore le centre de sa direction administrative ou financière. Cette définition sera certainement retenue dans les États partie au moment de statuer sur l'attribution de leur propre nationalité, même si elle n'a pas été donnée par l'Acte uniforme pour déterminer la nationalité des sociétés. Car c'est une définition provenant de l'ordre juridique communautaire, elle abrogera donc les dispositions nationales qui lui sont contraires en raison de la primauté du droit communautaire sur le droit national¹⁰¹. À ce titre, l'Acte uniforme, dont on avait dit qu'il ne régirait pas les questions liées à la nationalité des sociétés, le ferait au moins indirectement en définissant un des principaux critères de détermination de la nationalité.

20. L'autre critère d'octroi de la nationalité des sociétés que l'on peut retrouver dans l'espace OHADA est celui du contrôle¹⁰². Il reprend la nationalité des principaux dirigeants ou associés pour la conférer à la société. Ce critère peut sembler intéressant pour les pays de l'espace OHADA. Car il permettrait de laisser une place importante pour certaines activités au secteur privé local qui peine à concurrencer les multinationales. Cependant il présente plusieurs inconvénients relevés par la doctrine. D'abord il remet en

⁹⁸ Sur la concurrence des critères de détermination de la nationalité des sociétés, cf. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., 29 n° 16 ; J. BEGUIN et M. MENJUCQ (sous la direction de), *Traité Droit du commerce international*, Lexis Nexis 2011, n° 287, par A. COURET.

⁹⁹ Y. LOUSOUARN et J. D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n° 266

¹⁰⁰ En ce sens M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 18 ; M. AUDIT, S. BOLLÉE, et P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, op. cit., n° 80

¹⁰¹ Cf. article 10 du Traité OHADA.

¹⁰² Sur ce critère V. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 17 ; J. BEGUIN et M. MENJUCQ (sous la direction de), *Traité Droit du commerce international*, Lexis Nexis 2011, n°287

cause la réalité de la personnalité morale en lui refusant une nationalité autonome ou indépendante de celle de ses créateurs¹⁰³. Ensuite sa précarité a été mise en évidence notamment pour les sociétés de capitaux. Car la participation au capital est appelée souvent à varier. Ainsi la nationalité de la société est-elle amenée à changer au gré des fluctuations du capital. Cela risque alors de créer une insécurité juridique. Ce critère est surtout économiquement intenable dans l'espace OHADA. Car dans ces États la plupart des investisseurs, et donc associés des sociétés, sont des étrangers. Les nationaux n'ont pas toujours les moyens d'exercer des activités ou n'ont pas la culture de l'investissement, comme le fait remarquer à juste titre un auteur¹⁰⁴. Or, par le critère du contrôle, on peut exclure de l'exercice des activités réservées aux nationaux des sociétés contrôlées par les investisseurs étrangers même si elles ont leurs sièges dans l'État réticent. Ce qui est d'autant plus dommageable que ces activités interdites ne pourront probablement pas être exercé par des nationaux. C'est pourquoi nous pouvons rejoindre un auteur et affirmer qu' « établir la nationalité la nationalité des sociétés en fonction du contrôle apparaît tout à la fois faux, difficile et injuste »¹⁰⁵.

C'est ainsi que dans le contexte africain, le critère du contrôle, pris tout seul, n'a semble-t-il été consacré à notre connaissance que par la République de Guinée. Dans ce dit État l'article 10 de l'ordonnance 119 du 17 mai 1985 dispose que seul le contrôle cumulatif du capital social et de la direction peut conférer la nationalité guinéenne à une société.

21. Cependant dans la majorité des pays de l'espace OHADA, le législateur national n'a pas choisi un seul critère parmi les deux premiers cités, mais il les a plutôt combinés pour déterminer la nationalité des sociétés. C'est ainsi que les législations nationales d'États comme le Sénégal procèdent à une combinaison des critères du contrôle et du siège social. En effet, l'ancien article 1165 du Code des obligations civiles et commerciales disposait qu' « est sénégalaise, lorsqu'elle a effectivement son siège social sur le territoire sénégalais :

¹⁰³ A. COURET, in *Traité Droit du commerce international*, J. BEGUIN et M. MENJUCQ (sous la direction de), ouvrage précit., n° 287.

¹⁰⁴ M. N. MBAYE, « Le transfert intracommunautaire de siège social dans l'espace OHADA », *Rev. Penant (Rev. trim. Dr. Africain)*, 2006, p. 416 et s.

¹⁰⁵ L. LEVY, *La nationalité des sociétés*, LGDJ, 1984, n° 155, p. 204

1) *La société en nom collectif dont plus de la moitié des parts sociales appartient à des personnes de nationalité sénégalaise ;*

2) *La société à responsabilité limitée dont plus de la moitié des parts sociales appartient à des personnes de nationalité sénégalaise ;*

3) *La société anonyme dont les actions sont nominatives et appartiennent pour plus de la moitié à des personnes de nationalité sénégalaise (...) ».*

De même, en Côte d'Ivoire, l'option a été faite en faveur d'une combinaison des critères du contrôle et du siège social. L'article 8 de la loi 1^{er} Avril 1964 dispose : « *les compagnies de transport public ne peuvent être gérées que par des citoyens ivoiriens ou des sociétés régies par les lois ivoiriennes et possédant la nationalité ivoirienne du fait du lieu d'implantation de leur siège et de la nationalité de leurs dirigeants* »¹⁰⁶. Ici le contrôle résulte de la nationalité des dirigeants. Les conditions diffèrent donc de la législation sénégalaise où le contrôle résulte plutôt de la nationalité des associés

Cela dit, les législateurs sénégalais et ivoirien exigent donc ces deux conditions pour octroyer leurs nationalités aux sociétés. Le siège social est certes la condition première mais il reste tout de même insuffisant. Il apparaît ici que le siège social n'est pas le critère de principe tandis que le contrôle ne serait qu'un critère complémentaire utilisé ponctuellement, comme en droit français¹⁰⁷. On est plutôt en présence de critères cumulatifs aucun des deux n'étant plus essentiel que l'autre.

22. Or tous ces critères cumulatifs ou uniques ne sont pas jugés appropriés pour le contexte africain. Car ils ne colleraient pas à la réalité économique des pays en voie de développement¹⁰⁸. C'est ainsi qu'un auteur a proposé un critère qu'il juge idéal pour les pays émergents. Il s'agit du critère qu'il appelle « *contrôle-participation* »¹⁰⁹, qui tiendrait compte du rattachement économique prioritaire de la société avec l'État africain. Aura ainsi la nationalité d'un État africain toute société qui « *participe activement au*

¹⁰⁶Journal Officiel de la République de cote d'ivoire (JORCI) 1964

¹⁰⁷ Sur l'utilisation ponctuelle du critère de contrôle par le législateur français v. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit. ; p. 21 n° 19 et s.

¹⁰⁸ D. POHE, *La nationalité des sociétés dans les pays en voie de développement*, thèse Bordeaux, 1989.

¹⁰⁹ D. POHE, « La nationalité des sociétés », in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 1358 et s.

développement qui investit sur place les plus-values de son investissement »¹¹⁰. Il est vrai que dans le contexte actuel africain, de sous développement, un critère économique ne peut être qu'approprié et mériterait d'être examiné.

D'ailleurs, il fait échos au-delà du continent africain puisqu'en Europe un auteur a déjà défendu l'idée que la nationalité juridique des sociétés concorde avec leur nationalité économique¹¹¹. Cet auteur déplore le fait qu'avec un critère comme le siège social les sociétés aient une « *nationalité de localisation géographique* ». Cette situation, qu'il juge contraire à la réalité sociale, doit inciter le législateur à se fonder sur un rattachement économique pour déterminer la nationalité. Nous voyons, par ces deux auteurs, que l'idée d'un critère économique, qui nous semble approprié, trouve de plus en plus échos au sein même de la doctrine sans toutefois avoir été consacré jusque là par un État membre de l'OHADA.

Par ailleurs, au-delà des difficultés de détermination d'un critère, l'autre problème que nous pouvons rencontrer dans l'espace OHADA depuis l'avènement des Actes uniformes, c'est purement et simplement l'abrogation maladroite des dispositions relatives à la nationalité des sociétés dans certains États. À titre d'exemple, au Sénégal le constat est qu'il y a un vide juridique concernant les critères de détermination de la nationalité des sociétés. Car après l'adoption des Actes uniformes, le législateur a fait passer une loi¹¹² qui abroge la quatrième partie du Code des obligations civiles et commerciales. Or c'est cette partie du Code qui contenait les dispositions relatives à la nationalité des sociétés, notamment les articles 1164 et 1165. Cette abrogation serait justifiée par la volonté de faciliter la mise en œuvre du droit communautaire. Cette omission ou erreur du législateur sénégalais n'est pas à exclure dans d'autres États membres qui, comme le Sénégal, ont procédé à une abrogation pure et simple de toutes leurs dispositions régissant les sociétés commerciales après l'entrée en vigueur de l'AUSCGIE. Ces lois étaient d'autant plus inutiles que les Actes uniformes ne sont censés abroger que les dispositions nationales qui

¹¹⁰ D. POHE, *ibid.*

¹¹¹ J. BEGUIN, « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p.859 et s.

¹¹² Loi n° 98-21 du 26 mars 1998 portant abrogation et modification de certains articles du COCC. Cette loi a abrogé la loi n° 85-40 du 29 juillet 1985 portant quatrième partie du COCC et les GIE et la loi n° 93-07 du 10 février 1993 modificative.

ne leur sont contraires ou identiques¹¹³. Or ce n'est pas le cas de des dispositions relatives à la nationalité des sociétés puisque l'Acte uniforme ne la régit pas. Cela montre encore une fois le caractère superfétatoire¹¹⁴ des textes d'abrogation expresse du droit interne des États parties. Il met aussi en évidence les dangers d'une abrogation expresse, pourtant non nécessaire, lorsqu'elle est effectuée sans précaution. Le risque qu'elle entraîne la disparition de certaines dispositions non seulement très utiles mais aussi censées compléter les Actes uniformes est très élevé.

En attendant, dans ce cas du Sénégal, à défaut du juge, pas encore saisi d'un litige sur cette question, il faudrait attendre que le législateur national se rende compte de son omission, aidé en cela par la doctrine qui ne cesse de relever ce vide juridique¹¹⁵. Ainsi reposera-t-il enfin les critères de détermination de la nationalité des sociétés commerciales. Nous ne doutons pas qu'il s'inspirera certainement des dispositions de l'ancien article 1165 du Code des obligations civiles et commerciales maladroitement abrogées. La combinaison du critère du contrôle et du siège serait à nouveau consacrée.

23. Au regard de la diversité des critères, nous aurions pu attendre que le législateur communautaire ne se décide à compléter l'AUSCGIE pour uniformiser le droit de la nationalité des sociétés commerciales des États membres. Car la question de la nationalité est une part tout aussi importante que ne l'est tout autre aspect dans le régime juridique d'une société. Cependant il est à craindre qu'il ne puisse pas le faire. Car l'attribution de la nationalité est très liée à la souveraineté d'un État. C'est une question de souveraineté au sujet de laquelle les États rechignent à admettre qu'un autre organe, même s'il est communautaire, puisse à leur place déterminer les conditions et critères d'octroi.

Cela dit, si la nationalité des sociétés n'est ni utilisée par le droit OHADA pour déterminer la loi applicable à la société ni même directement régie par l'Acte uniforme, un rôle, même

¹¹³ Cf. CCJA son Avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001 fondé sur l'interprétation des dispositions de l'article 10 du Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires. Les dispositions internes des États parties portant sur la nationalité des sociétés ne sont donc pas impacté par l'effet abrogatoire des Actes uniformes puisqu'elles ne leur sont ni identiques ni contraires.

¹¹⁴ Comme le rappelle d'ailleurs la CCJA dans son avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001.

¹¹⁵ M. N. MBAYE, « Le transfert intracommunautaire de siège social dans l'espace OHADA », *Rev. Penant (Rev. trim. Dr. Africain)*, 2006, p. 416 et s.

s'il est minimale¹¹⁶, peut lui être assigné. Et c'est par le biais de ce rôle minimale qu'elle peut devenir un obstacle à la mobilité des sociétés commerciales.

2. La nationalité un obstacle à la mobilité malgré son rôle limité dans l'espace OHADA

24. Si nationalité des sociétés n'a pas été retenue comme facteur de rattachement c'est surtout parce qu'elle ne convient pas **(2-a)**. Il en résultera alors que son rôle devra rester cantonné. Pourtant malgré le cantonnement de son rôle la nationalité peut être un obstacle à la mobilité des sociétés **(2-b)**.

a. Les raisons du rejet de la nationalité comme critère rattachement de la *lex societatis*

25. L'hypothèse de la nationalité comme facteur de rattachement de la *lex societatis* n'est pas automatiquement à exclure en droit OHADA. Car les dispositions communautaires de l'OHADA sont identiques à celles posées par le législateur français aux articles 210-3 du Code de commerce et 1837 du Code civil. En effet l'article premier de l'AUSCGIE pose une règle de conflit unilatérale en disposant que « *toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un État ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des États parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme* ». Or cet article, même s'il ne mentionne à aucun moment la nationalité, peut être interprété, comme ses correspondants français, en considérant qu'elle consacre implicitement la nationalité comme facteur de rattachement de la *lex societatis*. C'est cette interprétation qui a été faite par une doctrine classique. Cette dernière a défendu cette

¹¹⁶ En comparaison avec celui qui aurait été le sien si la nationalité était considérée comme étant le facteur de rattachement de la *lex societatis*

consécration implicite de la nationalité comme facteur de rattachement de la *lex societatis* « en raison du lien qui a toujours existé en droit français entre détermination de la nationalité des sociétés et loi applicable »¹¹⁷. On ne peut pas dire que ce lien soit totalement inexistant dans les législations nationales des États membres de l'OHADA parce que, comme nous l'avons vu, certaines législations retiennent tout aussi le siège social comme critère de détermination de la nationalité des sociétés¹¹⁸, et parce qu'elles sont pour la plupart très influencées par le droit français. Cependant ce lien semble inexistant avec le droit communautaire dans la mesure où l'Acte uniforme ignore toutes les questions relatives à la détermination et au rôle de la nationalité des sociétés. Il ne le régit pas directement dans ses dispositions. C'est le premier argument qui permet de dire que ce n'est pas le critère retenu par le droit OHADA.

26. Ensuite, selon toute vraisemblance, l'inconvenance de la nationalité comme rattachement de la *lex societatis* a été démontrée par une doctrine majoritaire avec des arguments suffisamment convaincants¹¹⁹. Ces auteurs estiment que la nationalité des personnes morales ne peut pas avoir un rôle aussi étendu que celle des personnes physiques qui est elle désignée comme rattachement pour ce qui est du statut personnel. À ce titre, un auteur fait remarquer que la loi nationale des personnes physiques ne régit d'ailleurs pas tous les aspects du statut personnel¹²⁰ puisque la dissolution du mariage, selon la jurisprudence, n'est pas gouvernée par la loi nationale des époux, s'ils sont de nationalités différentes, mais par la loi de leur domicile¹²¹. C'est ainsi qu'il estime qu'il n'y a « aucune contradiction à accorder une nationalité aux sociétés et à choisir un autre critère de

¹¹⁷ B. GOLDMAN, *Cours de droit du commerce international*, 1972-1973, p. 98 ; Sur cette conception classique V. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 33.

¹¹⁸ Cf. supra n° 19.

¹¹⁹ P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, Montchrestien, 9^e éd., n° 1031 ; LEVY (L.), *La nationalité des sociétés*, LGDJ, 1984, p. 104 et s. ; Ph. FRANCESKAKIS, « Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux-L'arrêt 'Barcelona' de la Cour internationale de Justice », *RCDIP*, 1970, p. 609 ; H. SYNVEY, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés (Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale)*, thèse Rennes, 1979, p.154 et s. ; J. FROSSARD, « Un vide législatif : la nationalité des sociétés », *D.* 1969, chron., p. 9 ; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 35 et s.

¹²⁰ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 36.

¹²¹ Civ. 1^{ère}, 17 avril 1953, Rivière, *Rev. Critit. DIP* 1953, p. 412, note Battifol.

détermination de la lex societatis »¹²². C'est pourquoi nous rejoignons cet auteur pour affirmer que « *la détermination de la nationalité des sociétés et celle de la loi applicable constitue deux problèmes distincts* »¹²³ malgré le fait qu'elles aient en commun un même critère.

De même un auteur a eu raison d'écrire, à ce sujet, que le lien entre nationalité des sociétés et loi applicable ne se justifiait pas¹²⁴. Car selon ce dit auteur « *la détermination de la loi applicable à une société est essentiellement technique et ne met en cause que des intérêts privés* »¹²⁵. Ce qui n'est pas le cas de la nationalité qui met en jeu un État et donc une personne publique et ses intérêts.

Au regard de ces arguments, suffisamment convaincants à notre sens, il nous paraît que le siège social doit donc être le rattachement de la *lex societatis*. La nationalité, quant à elle, se verra confier un autre rôle moins étendu qu'il n'aurait pu l'être. C'est cette interprétation qui s'impose à la lecture des dispositions de l'Acte uniforme qui font référence au siège social et non à la nationalité.

¹²² M. MENJUCQ, *ibid.*

¹²³ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 36.

¹²⁴ J. BEGUIN, « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », op. cit.

¹²⁵ J. BEGUIN, *ibid.*

b. Le rôle cantonné de la nationalité, un obstacle à la mobilité des sociétés

27. La nationalité de la société a certes pendant un moment été considérée comme étant le facteur de rattachement de la *lex societatis*, il est aujourd'hui communément admis que ce rôle appartient plutôt au siège social. On peut alors dire actuellement que, comme en France, la nationalité des sociétés dans l'espace OHADA va avoir un rôle cantonné puisque ce n'est pas le rattachement retenu pour la détermination de la *lex societatis* par l'AUSCGIE. Faut-il rappeler que l'article premier de l'Acte uniforme consacre plutôt le siège social.

Le rôle de la nationalité sera donc déterminé par les lois nationales de chaque État partie. Il ne peut qu'être axé principalement sur la protection diplomatique comme il résulte de la jurisprudence de la cour internationale de justice de la Haye¹²⁶. Cette jurisprudence est applicable à tous les États de l'espace OHADA qui sont tous membres de l'ONU et par conséquent soumis à l'autorité de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice. Ainsi pouvons-nous dire que les sociétés commerciales de l'espace OHADA bénéficieront de la protection diplomatique de l'État membre dont elles ont la nationalité.

28. En outre, la société bénéficiant de la nationalité d'un État bénéficie tout aussi des traités conclus par ledit pays. À cet effet, la nationalité peut permettre à la société de bénéficier d'une convention bilatérale ou plurilatérale, instituant un libre établissement ou une reconnaissance mutuelle des sociétés, conclue par l'État dont elle a la nationalité. Dans l'espace OHADA, ce rôle pourrait cependant rester très limité concernant certaines conventions internationales relatives au libre établissement des sociétés. Car les exemples de traités internationaux qui ont été conclus par certains États citent comme bénéficiaires les « *ressortissants* » des États et non leurs nationaux. C'est le cas du Traité signé à Dakar (Sénégal) le 10 janvier 1994 par huit États de l'Afrique de l'ouest instituant l'Union Economique et Monétaire ouest Africain¹²⁷. En son article 92 modifié le traité dispose que

¹²⁶ CIJ, 5 février 1970, Barcelona Traction, Rec., p. 42 ; Ph. FRANCESKAKIS, « Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux : l'arrêt « Barcelona » de la Cour internationale de justice », Rev. Crit. DIP, 1970. 609.

¹²⁷ Organisation sous-régionale qui regroupe huit pays d'Afrique de l'ouest : Benin, Burkina Faso, Cote d'Ivoire, Guinée Bissau, Mali, Niger, Sénégal, Togo. Elle a entre autres objectifs de créer entre Etats membres un marché commun basé sur la libre circulation des personnes, des biens, des services, des capitaux

« Les ressortissants d'un État membre bénéficient du droit d'établissement dans l'ensemble du territoire de l'union ». Or la définition qui est donnée à la notion de « ressortissant », pour ce qui est des personnes morales, ne renvoie pas forcément aux sociétés ayant la nationalité d'un État membre mais plutôt aux sociétés qui sont sous l'emprise de la loi d'un État membre. En effet l'alinéa 2 de l'article précité dispose « Sont assimilés aux ressortissants des États membres, les sociétés et personnes morales constituées conformément à la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'union ». Ce qui aboutit à ce qu'une société ayant son siège dans un pays membre de l'union puisse bénéficier de ce libre établissement même si elle n'a pas la nationalité de ce dit pays. Ce sera probablement le cas de la Côte d'Ivoire dont les ressortissants ne seront pas forcément des sociétés ayant la nationalité ivoirienne puisque le terme « ressortissant » tel que défini par le traité n'exige pas comme la nationalité que la société ait comme dirigeants des ivoiriens.

29. Par ailleurs, la nationalité pourrait ouvrir à la société un certain nombre d'activités réservées aux nationaux d'un État donné. Il en est ainsi en Côte d'Ivoire de l'activité de transport public¹²⁸. C'est aussi le cas pour l'exercice de l'activité de transport routier public de personnes ou de marchandises au Sénégal. Car l'article 7 du Décret n° 2008-533 du 22 mai 2008 fixant les règles d'application de la loi n° 2003-04 du 27 mai 2003 portant orientation et organisation des transports terrestres dispose : « toute personne morale candidate à un agrément de transporteur routier public de personne ou de marchandises doit justifier : qu'elle est de droit sénégalais ou de celui d'un pays membres de l'UEMOA ou d'un pays tiers accordant la réciprocité aux personnes morales sénégalaises ; que son capital est souscrit pour plus de 50 % par des nationaux sénégalais ». Or les sociétés de droit sénégalais sont celles qui ont leur siège social au Sénégal selon la règle de conflit posée par l'article premier de l'AUSCGIE. De même les sociétés dont le capital est souscrit pour plus de 50% par des nationaux sont considérées comme étant contrôlées par des sénégalais. Il en ressort que les deux critères d'obtention de la nationalité sénégalaise pour une personne morale sont exigés¹²⁹. Il est donc clair que cette activité de transporteur

et le droit d'établissement des personnes exerçant une activité indépendante ou salariée, ainsi que sur un tarif extérieur commun et une politique commerciale.

¹²⁸ En vertu de l'art. 8 de la loi du 1^{er} août 1964, JORCI 1964.

¹²⁹ Critères posés par l'article 1165 du COCC

routier public est réservée aux entreprises sénégalaises. Ce qui fait que les sociétés n'ayant pas la nationalité sénégalaise ou qui ne sont pas ressortissantes d'un État membre de l'UEMOA ne peuvent pas exercer cette activité de transport routier de marchandises ou de personnes. Or c'est l'une des activités de transport les plus importantes du pays au regard de la faiblesse du niveau de développement des réseaux maritimes ou aériens et surtout ferroviaires. Cependant, comme le précise la disposition précitée, toutes les sociétés étrangères et notamment celle ressortissant d'un État membre de l'UEMOA ne sont pas visées par la restriction grâce au principe de libre établissement consacré par cette communauté économique. C'est ainsi que la nationalité permet aussi de connaître l'étendue des droits dont peut jouir une société dans un État étranger. Car le principe de réciprocité veut que les sociétés étrangères puissent jouir des mêmes droits que les sociétés commerciales nationales en ont dans le pays étrangers de la société. En cela, la nationalité peut être un obstacle à la mobilité des sociétés. En effet une société émigrante n'acquière pas automatiquement la nationalité de son État d'accueil. L'absence de contrôle par des nationaux de l'État d'accueil peut justifier le refus de l'attribution de sa nationalité. Par exemple, une société de droit français qui transfère son siège social en Côte d'Ivoire n'acquiert pas pour autant la nationalité ivoirienne si elle n'est pas contrôlée par des ivoiriens. Ainsi ne pourra-t-elle pas obtenir un agrément pour exercer une activité de transport public. Il apparaît alors que la nationalité, sans être le critère de rattachement de la *lex societatis*, n'en demeure pas moins un obstacle potentiel à la mobilité des sociétés commerciales. Car elle détermine l'étendue des droits dont peut jouir la société étrangère dans son État d'accueil. C'est donc un facteur pris en considération par les sociétés au moment d'envisager une mobilité. Elle peut les en dissuader si elles ne peuvent pas exercer l'activité envisagée dans l'État d'accueil.

30. En définitive la nationalité des sociétés, n'étant pas l'élément retenu par l'AUSCGIE comme facteur de rattachement de la *lex societatis*, il en résulte qu'elle peut en soi ne pas être un obstacle à la mobilité des sociétés lié au conflit mobile. En effet, il peut y avoir une mobilité sans changement de la nationalité de la société. Ce sera le cas en Guinée s'il y a un transfert de siège d'une société guinéenne sans que le contrôle cumulatif du capital social et de la direction ne soit perdu par des citoyens guinéens. Dans les autres États cette hypothèse sera plus difficile à imaginer étant donné que le siège social est aussi un critère de détermination de la nationalité.

Cela dit, en toute hypothèse la nationalité peut souvent être un obstacle lié à la jouissance des droits. Car si la société ne peut exercer son activité au sein de l'État d'accueil parce qu'elle n'aurait pas sa nationalité, il va de soi qu'elle renoncera à se mouvoir. Toutefois, il convient de noter que le principal obstacle à la mobilité reste malgré tout le changement du siège social, facteur de rattachement de la *lex societatis*, parce que c'est lui qui crée le conflit mobile.

B- Le siège social statutaire, facteur de rattachement de principe en droit OHADA

31. L'article premier de l'AUSCGIE retient clairement le siège social comme facteur de rattachement. Dans cette disposition le législateur communautaire pose que toute société dont le siège se situe dans un État partie tombe dans le champ d'application de l'Acte uniforme. C'est donc par le siège social que l'AUSCGIE détermine son domaine d'application. Le siège social est donc son facteur de rattachement. Cependant cette disposition ne précise pas de manière non équivoque quel siège social il faudrait retenir. Il peut donc y avoir une interrogation entre le siège réel et le siège statutaire. Le débat se pose d'autant plus que l'Acte uniforme a, comme nous avons eu à le signaler, repris les mêmes termes que l'article 1837 du Code civil. En effet, tout comme le Code civil, il laisse la prérogative de déterminer le siège social aux associés¹³⁰. Mais l'article 25 AUSCGIE dispose que « *les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est en un autre lieu* ». Or, malgré l'absence de précision du législateur, ces articles ont pu être interprétés, en droit français, comme consacrant la primauté du siège réel.

Cependant les limites de cette interprétation en faveur du siège réel ont été démontrées en droit français par la doctrine¹³¹. Les auteurs soulignent entre autres arguments, pour

¹³⁰ Art. 24 AUSCGIE

¹³¹ Voir H. SYNDET, *L'organisation juridique du groupe international de société*, thèse Rennes 1979, n° 94 ; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 99.

conclure à la consécration du siège statutaire comme critère de principe, le défaut de logique syntaxique¹³² qui figurerait dans la rédaction de l'article 1837 du code civil. Car comme l'écrit un auteur « *l'on comprendrait difficilement l'utilité de l'alinéa 2 permettant aux tiers d'invoquer le siège réel si ce critère était le facteur de rattachement de principe* »¹³³. Cette même remarque peut être faite sur la rédaction de l'article 25 de l'AUSCGIE.

32. En outre, en procédant à une interprétation combinée de plusieurs articles de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales un auteur conclut qu'il y a une prépondérance du siège statutaire en droit OHADA¹³⁴. En combinant notamment les dispositions des articles 24, 25 et 27 de l'Acte uniforme, il fait remarquer que seul le transfert du siège statutaire entraîne une obligation de modifier les statuts. Le transfert du siège réel, qui peut se situer en un lieu différent du siège statutaire, peut être décidé par les organes de gérance ou d'administration car il s'agirait d'un « *transfert de fait* ». Cela justifierait la prépondérance du rattachement par le siège statutaire¹³⁵.

33. Le rattachement de principe par le siège statutaire est d'autant plus une réalité en droit OHADA que l'appréciation de sa fictivité, ouvrant le droit d'opposer le siège réel, est très restrictive¹³⁶. Ainsi une décision de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) en date du 21 mars 2002 l'a retenu comme rattachement de la *lex societatis* opposable aux tiers alors même que ces derniers invoquaient le siège réel¹³⁷. En l'espèce, les requérants contestaient la décision de la Cour d'appel d'Abidjan qui avait reconnu nulle la signification d'une ordonnance d'injonction de payer faite à un lieu autre que le siège statutaire. Mais la haute juridiction communautaire a donné raison au juge d'appel, malgré la réalité d'une adresse opérationnelle autre que le lieu mentionné dans les statuts. Elle a

¹³² Incohérence notamment relevée par H. SYNVET, *L'organisation juridique du groupe international de société*, *ibid.*

¹³³ H. SYNVET, *ibid.*

¹³⁴ M.N. MBAYE, *Fusions, scissions et apports partiels d'actifs transfrontaliers en Afrique*, thèse Paris 10 Nanterre, 2006, n°133

¹³⁵ En ce sens, M.N. MBAYE, *ibid.*

¹³⁶ M. N. MBAYE, *Fusions, scissions et apports partiels d'actifs transfrontaliers en Afrique*, thèse précitée, n° 136

¹³⁷ CCJA, 21 mars 2002, arrêt n° 009/2002, affaire Société Ivoire Coton, www.ohada.com/jurisprudence

estimé que l'appréciation de la fictivité du siège statutaire dépend de manière souveraine des juges du fond, et donc qu'une dualité d'adresse postale n'était pas suffisante pour rendre fictif le siège statutaire et permettre aux tiers d'invoquer un siège réel. Par cette décision les juges nous indiquent que c'est le siège social statutaire qui est le facteur de rattachement de principe dans l'espace OHADA. Le siège réel n'est exceptionnellement retenu que si la fictivité du siège statutaire ne fait guère de doute.

34. Ce rattachement par le siège statutaire posé par l'Acte uniforme ne serait que logique. Car dans un contexte communautaire il est plus que convenable comme l'a bien démontré un auteur¹³⁸. En effet le siège réel est peu adapté dans son principe. C'est pourquoi cet auteur a pu estimer, à juste titre, que le souci qui le guide de protéger les États contre les fraudes à leur loi ne convient pas à l'objectif d'un droit communautaire. Celui-ci a pour but d'encourager les sociétés à poursuivre leur objet dans la totalité d'un espace régional au-delà du strict cadre national « *sans considération des fraudes aux droits des États membres qui peuvent être réalisées à cette occasion* »¹³⁹. Cette assertion est d'autant plus vraie dans l'espace OHADA qui, contrairement à l'espace régional européen, a un droit des sociétés unifié qui préserve donc de toute idée de fraude à la loi dans le cadre purement intracommunautaire. En considération de cette absence d'intérêt d'une fraude à la loi, il est bien logique de considérer que le siège social statutaire est le rattachement consacré par le législateur communautaire de l'OHADA. Il serait ainsi valable aussi bien pour les situations internes, intracommunautaires de même qu'extracommunautaires. Car on ne peut pas retenir un critère différent pour les situations intracommunautaires et extracommunautaires. Par conséquent, en consacrant un le critère du siège statutaire, parce que plus adapté à une communauté juridique, l'OHADA le consacre aussi pour les situations extracommunautaires.

35. Le rattachement de principe des sociétés dans l'espace OHADA doit donc être défini par le siège statutaire. Concernant le rattachement par le siège réel, nous sommes d'avis que ce n'est qu'une exception posée d'abord implicitement en cas de fraude au profit de tout intéressé (même les associés) et ensuite de manière explicite aux tiers¹⁴⁰. Quant à la

¹³⁸ Th. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, PUAM, 2009, n° 589.

¹³⁹ Th. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, op. cit., n° 589.

¹⁴⁰ En ce sens, M. MENJUCQ, note sous, Civ. 1^{ère} 8 décembre 1998, *Rev. crit. dip* 1999, p. 284 et s.

nationalité elle perd tout rôle dans la détermination de la loi applicable mais préservera ses prérogatives traditionnelles notamment au sujet de la protection diplomatique. Ce qui ne l'empêche pas de pouvoir être un obstacle dans ce rôle limité. Car elle détermine la situation de la société immigrante dans l'État d'accueil. En effet, en tant que société étrangère, elle peut se voir privée de la jouissance de certains droits. Dans ce contexte, elle sera tenue de renoncer à une mobilité si l'exercice de son activité est réservé aux nationaux dans l'État d'accueil.

Toutefois, c'est le conflit mobile qui découle du changement de rattachement qui sera malgré tout l'obstacle le plus sérieux à la mobilité. Or il est lié simplement au déplacement du siège social vers un État étranger mais non au changement de la nationalité stricto sensu. Cet obstacle découle du fait que la *lex societatis* régit le fonctionnement de la société, ses rapports avec les tiers (pouvoirs des dirigeants sociaux) mais surtout les rapports entre la société et les associés¹⁴¹. Il en résulte que sa modification entraîne un changement de leur engagement initial. C'est pourquoi il y a une forte rigueur législative autour de l'organisation du changement de la *lex societatis*. C'est dans cette logique que l'unanimité est exigée par exemple. Ces contraintes sévères à l'égard de la mobilité finissent par en devenir des obstacles.

¹⁴¹ Pour voir le domaine de la *lex societatis* cf. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 108 et s. ; A. COURET, « Les sociétés en droit international et européen », in *Traité du droit du commerce international*, o. cit., n° 302 et s.

Paragraphe 2 : L'obstacle lié aux dispositions contraignantes encadrant le changement de la *lex societatis*

36. La mobilité extracommunautaire des sociétés subit des blocages dès le départ au moment de la prise de décision par les associés. Car les règles encadrant l'assemblée générale extraordinaire chargée exclusivement de l'approuver sont plus que sévères. La décision de réaliser une opération de mobilité ne peut être par les seuls dirigeants de la société. C'est le moyen utilisé par l'État d'origine pour éviter que la société ne se soustraie à sa compétence. Ces contraintes se matérialisent à travers les conditions de convocation de l'assemblée générale ratifiant l'opération **(A)**. Elles se matérialisent aussi, de manière particulière, à travers l'exigence de l'accord unanime des associés, ce qui finit souvent par rendre l'opération quasi impossible **(B)**.

A- L'exigence de ratification de l'opération par une assemblée collective extraordinaire

37. La mobilité des sociétés implique un changement de leur rattachement qu'est le siège social. Ce dernier étant fixé par les statuts, il est alors nécessaire de les modifier afin de rendre possible la mobilité. Or les conditions de la modification des statuts sont précisément fixées et encadrées par l'Acte uniforme¹⁴². Il est donc indispensable que les dirigeants de la société s'y conforment afin que l'assemblée générale la décidant ne soit pas frappée de nullité. En effet les règles édictées par l'Acte uniforme sont, en la matière, pour la plupart impératives¹⁴³. L'Acte uniforme en son article 72 donne une possibilité de

¹⁴² Sur les règles régissant les décisions des assemblées cf. R. NJEUFACK TEMGWA, « Assemblées de société et décisions collectives », in *Encyclopédie du droit OHADA*, ouvrage précité, p. 321 et s.

¹⁴³ A titre d'exemple le non respect d'un quorum a pu entraîner la nullité d'une assemblée (Tribunal régional hors classe de Dakar-ordonnance de référé n° 583 du 28 avril 2003, ohada J-05-124)

modifier les statuts mais les règles à respecter pour convoquer une assemblée collective varient en fonction du type de société.

À ce propos, concernant les SARL, ce sont les dispositions de l'article 357 de l'AUSCGIE qui donnent compétence exclusive aux assemblées extraordinaires pour les décisions visant à modifier les statuts. Pour ce qui est du quorum, l'article 358 AUSCGIE dispose qu'il faut la présence des associés représentant au moins les trois quarts du capital social. Cette disposition est d'ordre public parce que le législateur communautaire souligne en outre que toute clause contraire est réputée non écrite. Aucune possibilité de réduire le quorum sur deuxième convocation n'est donc prévue comme ce sera le cas pour les SA.

38. Dans les SA, c'est l'assemblée générale extraordinaire qui est seule habilitée à modifier les statuts en vertu de l'article 551 de l'AUSCGIE qui rajoute que toute clause contraire est réputée non écrite. Cette compétence exclusive connaît une limite lorsque la modification des statuts est dictée par une augmentation du capital. Dans cette hypothèse, l'article 568 AUSCGIE dispose que l'assemblée générale peut déléguer au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, les pouvoirs nécessaires à l'effet de réaliser l'augmentation de capital en une ou plusieurs fois, d'en fixer tout ou partie des modalités, d'en constater la réalisation et de procéder à la modification corrélative des statuts. Par conséquent, cette exception ne joue pas pour la décision de procéder à une mobilité de la société.

Une autre disposition d'ordre public permet à tous les actionnaires de participer à l'assemblée extraordinaire décidant de modifier le rattachement de la société sans qu'une limitation de voix ne puisse leur être opposable¹⁴⁴. C'est ainsi que pour le quorum il est exigé pour la première convocation que les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins la moitié des actions. Lorsque le quorum n'est pas atteint sur deuxième convocation il sera réduit au quart des actions et il y reste pour la troisième convocation dans un délai qui ne peut excéder deux mois à compter de la date fixée par la deuxième convocation¹⁴⁵. Le droit OHADA est ainsi, sur cet aspect, moins souple que le droit français, par exemple, qui n'impose que le quart des actions sur première convocation et le

¹⁴⁴ Article 552 AUSCGIE.

¹⁴⁵ Article 553 AUSCGIE.

cinquième des actions ayant un droit de vote sur deuxième convocation en vertu de l'article L. 225-96 alinéa 2 du Code commerce.

39. Concernant les SNC et les SCS, aucune distinction n'est faite entre décisions ordinaires et décisions extraordinaires. Il est jute précisé, pour ce qui est des SNC, que les décisions excédant les pouvoirs des gérants sont prises à l'unanimité des associés¹⁴⁶. Or parmi ces décisions que ne peuvent prendre seul les dirigeants figure celle de modification des statuts. La décision de mobilité pour ce type de société doit alors être prise par une assemblée qui requiert, en principe, la présence de tous les associés. Cependant, face à l'absence de précision de l'Acte uniforme, la doctrine estime que la réunion en assemblée n'est pas la seule option puisqu'on devrait pouvoir recourir à une autre formule qui serait la réunion par correspondance écrite¹⁴⁷. Malgré tout il est suggéré que cette dernière soit réservée aux décisions moins graves tandis que celles qui sont plus graves, tel que le transfert de siège vers un État extracommunautaire, la décision en assemblée générale serait de rigueur.

Par ailleurs, pour ce qui est des SCS, c'est l'article 302 AUSCGIE qui exigent comme pour les SNC que les décisions que les décisions qui excèdent les pouvoirs des gérants soient prises « *par la collectivité des associés* ».

40. Enfin s'agissant des SAS, ce sont les statuts qui doivent organiser les conditions d'une assemblée générale. En effet, la seule exigence de l'Acte uniforme c'est que certaines décisions, parmi lesquelles celle d'opérer une fusion ou une scission et un transfert de siège, soient prises en assemblée par l'ensemble des associés¹⁴⁸. Toutefois, les règles régissant les assemblées, tel que le quorum ou la majorité requise, doivent être fixées par les statuts. C'est ainsi qu'elle aurait pu être la seule société où la liberté contractuelle permet aux associés d'échapper à des contraintes fixées par des dispositions impératives pouvant constituer une entrave à la mobilité. Cependant l'Acte uniforme exige l'accord unanime de tous les associés pour toute décision augmentant leurs engagements¹⁴⁹. Cela

¹⁴⁶ Article 283 AUSCGIE.

¹⁴⁷ NJEUFACK TEMGWA (R.), « Assemblées de société et décisions collectives », in *Encyclopédie du droit OHADA*, op. cit., n° 129.

¹⁴⁸ Voir art. 853-11 AUSC.

¹⁴⁹ Cf. article 197 al. 2 AUSC.

limitera donc la liberté contractuelle des associés de la SAS au sujet de l'organisation d'une assemblée collective pouvant ratifier l'opération de mobilité. Ainsi, par exemple, les clauses statutaires ne permettront pas à la SAS d'échapper à l'exigence d'unanimité. Car il est fort probable que la mobilité extracommunautaire soit considérée comme une opération augmentant les engagements des associés en modifiant *la lex societatis*.

Le traitement d'exception qui est accordée à la mobilité extracommunautaire des sociétés ne résulte donc pas seulement de sa soumission aux règles particulièrement contraignante de l'assemblée générale extraordinaire qui reste malgré tout surmontable. En réalité l'obstacle majeur à la prise de décision de procéder à une mobilité pour la société relève de l'exigence particulière qu'est l'accord unanime des associés.

B- L'unanimité, une exigence particulière difficilement accessible

41. En principe, dans les SA, la modification des statuts doit être décidée par une majorité d'au moins deux tiers des voix exprimées selon les dispositions de l'article 554 alinéa 1 AUSCGIE. Tandis que dans les SARL cette majorité est portée aux trois quarts en vertu de l'article 358 AUSCGIE. Cependant exceptionnellement les articles 554 alinéa 3 et 359 exige respectivement pour ces sociétés que la décision soit prise par tous les associés à l'unanimité quand elle entraîne le transfert du siège de la société dans « *un État autre qu'un État partie* ». C'est donc le cas pour toute décision de transfert extracommunautaire de siège social ou de fusion entraînant l'absorption de la société de droit OHADA par une société rattachée à un État non membre de l'espace communautaire africain. Au final ce sera une exigence à respecter pour toute opération de mobilité extracommunautaire des sociétés de droit OHADA.

Concernant les SNC, le législateur n'a pas eu besoin d'apporter cette précision, pour la mobilité extracommunautaire des sociétés, puisqu'il est déjà exigé que toutes les décisions

importantes, notamment la modification des statuts, soient prises à l'unanimité des associés¹⁵⁰.

De même pour ce qui est des SCS, l'absence de précision de l'article 305 AUSGIE laisse déjà entendre que la décision de transfert du siège social hors de l'espace OHADA devra être prise par l'unanimité des associés commandités (ceux dont la responsabilité n'est pas limitée aux apports) et la majorité des associés commanditaires (ceux dont la responsabilité est limitée aux apports). Cependant une simple exigence de l'accord de seulement la majorité des associés commanditaires serait critiquable. En effet il n'y a aucune raison qu'ils soient moins protégés que les associés de la SARL par exemple qui comme eux ont une responsabilité réduite à leurs apports. Pour garder une certaine logique il devrait être clair qu'il sera exigé aussi l'accord unanime des commanditaires tout comme on le fait déjà pour les commandités. En outre, il faut rappeler qu'en modifiant la *lex societatis*, autrement dit la loi applicable à la protection des associés, la mobilité extracommunautaire sera vraisemblablement considérée comme une opération entraînant l'augmentation de l'engagement de ces derniers. À ce titre elle ne peut être décidée sans l'accord unanime de tous les associés¹⁵¹. C'est cette règle qui justifiera l'exigence de l'unanimité pour une mobilité extracommunautaire des SAS.

42. En tout état de cause, il est à remarquer que l'unanimité chaque fois qu'elle est exigée est difficilement surmontable¹⁵², et ce même s'il permet de protéger les associés particulièrement les minoritaires. En effet dans une société malgré l'intérêt social, qui est censé rassembler tous les associés, il est à constater que ces derniers conservent toujours des intérêts divergents. Or la divergence des intérêts est généralement un frein à l'unanimité. Il en résulte qu'il est très difficile de recouvrer un accord unanime pour une opération ayant trait à la société. Cette difficulté est d'autant plus grande lorsqu'il y a plusieurs associés comme c'est souvent cas dans les grandes SA. C'est ainsi qu'on peut rejoindre un auteur et affirmer que l'exigence de l'unanimité « *empêche toutes les sociétés importantes d'opérer des restructurations souhaitables en raison du nombre de leurs*

¹⁵⁰ Art. 283 AUSCGIE.

¹⁵¹ Cf. art. 197 alinéa 2 AUSCGIE.

¹⁵² En ce sens, M. PARIENTE, « Les obstacles à la libre mobilité des entreprises européennes à l'intérieur de l'Union », Bull. Joly sociétés, janvier 2002, spéc. p. 27 ; M. N. MBAYE, « Le transfert intracommunautaire de siège social dans l'espace OHADA », op. cit., n° 6

associés et de la divergence de leurs intérêts »¹⁵³. En revanche nous pouvons, sur ce point, signaler que lorsqu'il y a un associé unique la difficulté sera plus qu'inexistante.

43. Cela dit, nous constatons qu'en pratique les opérations transfrontalières concernent surtout, pour ne pas dire exclusivement, les grandes sociétés avec plusieurs associés. Dans ces cas il est toujours difficile de rassembler l'ensemble des associés sur un même objectif qui serait celui de procéder à une mobilité. En effet, une fusion transfrontalière ainsi qu'un transfert international de siège social impliquent tellement de changement qu'il est évident que certains associés seront réticents face à cette idée. Aller vers l'inconnu avec tous les risques que cela comporte ne les motivera certainement pas. De même devoir être régis par une nouvelle loi plus contraignante ou moins protectrice peut rebuter certains actionnaires qui bloqueront la décision de procéder à une mobilité extracommunautaire de la société. D'autant plus qu'il leur sera assez aisé d'échapper à une sanction par l'abus de minorité. Car ils pourront toujours se fonder sur le changement de loi applicable pour justifier leur vote. D'où l'obstacle que représente l'exigence de l'unanimité contrairement à la simple nécessité que la décision soit prise par la majorité des associés pour les opérations internes et la mobilité intracommunautaire¹⁵⁴. Car il empêchera très probablement toutes les sociétés de taille importante d'opérer des restructurations souhaitables en raison du nombre de leurs associés et de la divergence de leurs intérêts.

44. En définitive, on peut dire que la mobilité extracommunautaire des sociétés de l'espace OHADA découle du changement de leur rattachement, c'est-à-dire le déplacement du siège social vers un État non membre. Ainsi puisqu'il a été retenu par l'Acte uniforme comme facteur de rattachement de la *lex societatis*, la modification du siège social statutaire entraîne un conflit mobile. C'est pourquoi dans un souci de protection des associés, face au risque de la modification de loi applicable à la société, la mobilité extracommunautaire est encadrée par des règles assez rigoureuses qui l'entravent. C'est le cas notamment de l'exigence que la décision obtienne l'accord unanime des associés.

Par ailleurs, l'autre difficulté que rencontrent les sociétés au moment de transférer leur siège, de procéder à une fusion ou scission transfrontalière c'est que l'ensemble de l'opération n'est pas régi par une seule et même loi de bout en bout. Ce qui va poser des

¹⁵³ M. PARIENTE, « Les obstacles à la libre mobilité des entreprises européennes à l'intérieur de l'Union », *ibid.*

¹⁵⁴ Cf. *infra* n° 111 et s.

problèmes de coordination en vue de la survie de la personnalité morale de la société émigrante.

Section 2 : Les difficultés liées à la multiplicité de régimes juridiques applicables : l'absence de coordination des lois des États d'origine et d'accueil

45. Toutes les opérations de mobilité des sociétés (transfert international de siège social, fusion ou scission internationale) doivent suivre un régime juridique spécifique. Ce régime devrait, dans le meilleur des cas, n'émaner que d'une seule et même loi, autrement une même *lex societatis* ou loi applicable à la société qui est déterminée, comme nous l'avons vu¹⁵⁵, par le siège social statutaire. Cependant la mobilité entraîne le remplacement de la *lex societatis* d'origine par une nouvelle loi, celle de l'État d'accueil, qui sera désormais applicable à la société. C'est l'effet du conflit mobile. Il en ressort que toute l'opération de mobilité internationale ne peut être régie de bout en bout par la seule loi de l'État d'origine. Il faut donc prendre en compte les dispositions législatives de l'État d'accueil pour que l'opération y soit validée, que la société puisse y être reconnue et que sa personnalité morale survive par sa nouvelle inscription si cela est nécessaire. La prise en compte des dispositions législatives des deux lois en conflit, celle de l'État d'origine et celle de l'État d'accueil peut se faire par leur application de manière cumulative ou distributive. Il convient alors de noter qu'il y a un cumul des méthodes permettant de départager la compétence législative des États concernés (**Paragraphe 1**). Cette solution, au-delà de ne pas être totalement satisfaisante, ne peut par ailleurs être efficace que si les différentes lois se coordonnent bien notamment le temps de la radiation et de l'inscription dans leurs différents registres. Or ce n'est pas souvent le cas (**Paragraphe 2**).

¹⁵⁵ Cf. supra n° 31 et s.

Paragraphe 1 : Les insuffisances des méthodes de répartition de la compétence législative

46. Le conflit mobile, comme nous l'avons déjà évoqué, est une conséquence de la mobilité de la société qui par la modification du facteur de rattachement aboutit à deux étapes simultanées. C'est-à-dire la perte du siège social et l'acquisition d'un nouveau dans l'État d'accueil. Cela se manifeste par la décision de se mouvoir et l'adaptation des statuts pour une nouvelle immatriculation si nécessaire. Le conflit mobile a aussi une autre conséquence c'est que plusieurs lois ont vocation à s'appliquer à l'opération de mobilité. Une question se pose alors : selon quelle méthode faut-il déterminer la compétence de chacune de ces lois ? Faut-il en appliquer une seule et ignorer l'autre, ou bien faudrait-il plutôt appliquer les deux en les combinant ? Deux méthodes se dégagent et sont appliquées en fonction de la nature de la question à trancher. L'une est la méthode de la répartition distributive des compétences entre les lois en conflit (**A**), tandis que l'autre est l'application cumulative des régimes des lois en conflit (**B**). Ces deux méthodes n'appellent pas vraiment à une réelle coordination entre ces deux lois, d'où leurs insuffisances.

A- Les insuffisances de la méthode de l'application distributive des lois en conflit

47. C'est la méthode qui veut que chacune des lois en conflit ait son domaine de compétence réservé pour régir la mobilité. Autrement dit la loi de l'État d'accueil et la loi de l'État d'origine se partagent, dans leur application, le régime de l'opération de mobilité de la société. Ainsi un auteur disait-il, à ce propos, que : *« quand une société passe de l'empire d'une loi sous celui d'une autre, il faut déterminer l'applicabilité respective de celles-ci aux conditions et aux effets de ce changement. Le droit de l'ancien siège social régit seul la décision de déplacement : les associés prennent celle-ci avant que le droit nouveau puisse avoir la moindre vocation à recevoir application. En revanche, les*

conséquences du changement de localisation doivent s'analyser en fonction des deux lois, ce qui justifie une répartition distributive ». ¹⁵⁶ L'auteur rejoint sur ce point la doctrine ¹⁵⁷ favorable à cette règle de l'application distributive des régimes juridiques en conflit : une première étape de l'opération (fusion ou transfert de siège social) suit le régime de la loi de l'État d'origine, alors que la dernière étape doit respecter le régime de la loi de l'État d'accueil.

Nous pouvons rejoindre cette doctrine estimant que la réalisation de l'opération de mobilité, en raison du conflit mobile qu'il entraîne, doit se faire par l'application plusieurs lois. En cas de fusion, par exemple, il s'agira de celle de la société absorbante, loi de l'État d'arrivée, et celle de la société absorbée, loi de l'État de départ. Il appartiendra alors à la loi de l'État d'origine de déterminer si l'opération de mobilité est réalisable et de fixer les conditions de sa ratification. Quant à la loi l'État d'accueil, elle ne saurait être complètement ignorée puisque c'est elle qui régira la société à l'issue de l'opération. Ainsi pourra-t-elle régir les conséquences d'un transfert de siège social par exemple. De même, pour les fusions transfrontalières, la compétence des lois en conflit devraient pouvoir faire l'objet d'une répartition distributive. Il suffirait, à titre d'exemple, que la société absorbante observe les règles de son propre statut personnel qui traitent de l'augmentation de capital tandis que la société absorbée ne devrait respecter que les règles de son statut personnel sur l'extinction des sociétés ¹⁵⁸.

En effet, dans ces hypothèses, il n'est nécessaire d'appliquer qu'une seule loi pour résoudre un aspect de l'opération. C'est ainsi que sur l'aspect augmentation de capital consécutive à la fusion, les règles qui la gouvernent ne pourront émaner que de l'État de la société absorbante ¹⁵⁹. Ce n'est que de son point de vue qu'il existe cette augmentation de capital. C'est aussi le cas en matière de transfert de siège social puisque les règles de l'assemblée générale ratifiant la réalisation l'opération sont déterminées seulement par la loi de l'État d'origine. Car cette question ne peut être envisagée que sous l'emprise de cette

¹⁵⁶ L. LEVY, *La nationalité des sociétés*, LGDJ, 1984, n° 124

¹⁵⁷ Notamment Günther BEITZKE, « Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé) », *RCDIP* 1967, p. 1 et s.

¹⁵⁸ En ce sens, G. BEITZKE, « Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé) », *op. cit.*, p. 7, n° 4

¹⁵⁹ En ce sens notamment H. LE NABASQUE, « Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières », *Mélanges Champaud*, D. 1997, p. 434

seule loi puisque la société émigrante n'est pas encore à ce niveau sous l'emprise de la loi de l'État d'accueil. L'application distributive se fait donc naturellement pour certains aspects de la mobilité, étant clair que l'une ou l'autre des lois en conflit n'a pas vocation à régir toute l'opération de bout en bout. Il serait curieux de devoir appliquer la loi de l'État d'accueil pour dissoudre la société dans l'État d'origine. Idem il ne serait pas cohérent que la loi de l'État d'origine puisse se déclarer compétente pour fixer les conditions de la nouvelle immatriculation de la société dans l'État d'accueil. Il n'y a là pas vraiment de tiraillement entre les ordres juridiques concernés quant à leur compétence. Par conséquent, sur ce point quand chaque aspect de l'opération ne peut être appréhendé que par une seule loi l'application distributive est donc pertinente.

48. Un auteur estime, toutefois, que parfois cette application distributive n'est en réalité qu'une application cumulative. Il estime, en donnant l'exemple du transfert de siège social, que la loi d'origine étant appliquée en premier lieu c'est alors elle qui conditionne la faisabilité du transfert parce que si elle le prohibe l'opération est tout simplement impossible. Il en conclut que « *l'application des lois de départ et d'arrivée aux conditions du transfert semble dès lors cumulative puisque l'interdiction posée par la loi de l'État de départ, quand bien même la loi de l'État d'accueil autoriserait le transfert, empêche que l'opération se réalise* »¹⁶⁰ et que idem « *lorsque le transfert est possible selon le droit de l'État de départ, le succès de l'opération est également soumis au respect des dispositions de l'État d'accueil* »¹⁶¹. Nous convenons avec cet auteur qu'il est nécessaire de prendre en compte les différents régimes des lois en conflit pour la validité de la mobilité de la société. Mais lorsque nous parlons de la méthode distributive nous évoquons l'hypothèse où les deux lois sont certes appliquées pour que l'opération aboutisse *in fine*. Cependant chacune est appliquée sur une question différente. D'ailleurs l'auteur lui-même reconnaît, à la suite de son argumentation, que les deux lois qu'elle estime cumulativement appliquée « *régissent des questions différentes : la loi de l'État de départ gouverne les conditions de sortie de son territoire, la loi de l'État d'accueil régit les conditions d'entrée sur son territoire* »¹⁶². Il s'agit certes d'une application cumulée des deux lois, ce qui est naturellement exigé par le conflit mobile, mais par une répartition distributive des

¹⁶⁰ C. KLEINER, « Le transfert de siège social en droit international privé », *JDI (Clunet)*, N° 2, Avril 2010, n°18 et s.

¹⁶¹ C. KLEINER, *ibid.*

¹⁶² C. KLEINER, *ibid.*

compétences sur les questions à trancher. On applique bien évidemment chacune des lois, mais sur des aspects différents de l'opération. En effet, en raison du caractère international de l'opération, une seule loi ne peut être appliquée de bout en bout. On peut donc dire qu'il y a bien là répartition distributive des compétences entre les lois en conflit sur les différentes questions qui se posent, d'où le nom de méthode d'application distributive. Le caractère distributif réside sur la différence des aspects de l'opération qu'ont vocation à régir chacune des lois en conflit.

49. Cependant cette méthode distributive ne peut pas toujours être aussi simplement appliquée. En réalité cette application distributive préconisée ne pourra se faire qu'à chaque fois qu'une question n'intéresse, par nature, qu'une seule des lois en conflit. C'est-à-dire que la loi de l'État d'accueil ou que celle de l'État de départ. En d'autres termes lorsqu'il s'agit d'une fusion absorption quand la question n'intéresse par nature que la loi de la société absorbante ou que celle de la société absorbée. Il est d'autres questions qui intéressent communément aussi bien l'une que l'autre loi qui ont toutes deux vocations à s'appliquer. C'est dire qu'une fusion transfrontalière par exemple ne peut pas toujours être réalisée par une application exclusive de la règle du « *chacun chez soi* »¹⁶³, qui conduit chaque société participante à n'appliquer que sa propre *lex societatis*. Prenons l'exemple du traité de fusion, sa forme et son contenu intéresse nécessairement les deux lois en conflit. Nous ne pouvons pas là dire que chacune des sociétés devra respecter seulement les exigences posées par sa *lex societatis*. En effet, ce traité de fusion est une convention qui se réalise à deux, il en résulte que les exigences posées par chaque loi doivent être respectées par les deux sociétés. Dans cette hypothèse, nous ne pouvons plus faire application de la méthode distributive telle que nous l'avons décrite puisque la validité du traité devra être examinée aussi bien par l'une que l'autre loi. Il en résulte que la méthode distributive comporte quelques limites. C'est ainsi qu'il a fallu envisager une méthode de l'application cumulative.

¹⁶³ H. LE NABASQUE, « les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 », *Rev. des Sociétés*, 2008, p. 501.

B- Les insuffisances de la méthode de l'application cumulative des lois en conflit

50. Comme nous venons de le voir, la méthode de l'application distributive ne convient pas lorsqu'on est en présence d'un véritable conflit de lois¹⁶⁴. Autrement dit lorsque les lois de l'État d'accueil et de l'État d'origine ont, toutes les deux, vocation à s'appliquer sur la même question, le même aspect de l'opération. C'est le cas de la question telle que la date de prise d'effet de la fusion lorsque les différentes lois en conflit ne laissent pas place à des dérogations contractuelles¹⁶⁵. C'est aussi le cas de la question de la forme ou la nécessité d'un traité de fusion (comme préalable exigé par les deux lois en conflit). C'est enfin le cas de la question liée à l'effet suspensif ou pas du droit d'opposition des créanciers. En effet si on considère, par exemple, la date de prise d'effet de la fusion transfrontalière, c'est une question qui intéresse aussi bien la loi de la société absorbante que celle de la société absorbée parce qu'elle détermine les conséquences de la mobilité. Autrement dit, elle fixe le moment de la transmission universelle du patrimoine et celui de la réception dudit patrimoine par la société bénéficiaire. De la même manière concernant le traité de fusion, il peut être exigé par les deux lois applicables. Alors s'il y a disparité sur le contenu et la forme voire le régime de la publicité du document, il faudra cumuler l'application des lois pour répondre à cette question pour que l'opération soit valide aussi bien dans l'un que l'autre État.

Cependant, une interrogation subsiste. Comment peut-on procéder au cumul si les deux lois sont contradictoires ou bien ont une réponse différente face à la même question ? Cette situation peut se présenter de manière plus fréquente qu'on pourrait le croire. Car il y a souvent une des deux lois qui est plus sévère, plus prohibitive ou moins souple que l'autre.

¹⁶⁴ En ce sens, H. LE NABASQUE, « Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières », op. cit., p. 434

¹⁶⁵ Il arrive en effet que les deux législations en conflit ou seulement l'une d'entre elles permettent à titre dérogatoire aux sociétés de fixer contractuellement la date de prise d'effet de la fusion. C'est d'ailleurs le cas du droit OHADA lorsqu'il ne s'agit pas d'une fusion avec création d'une personne morale nouvelle (art. 192 AUSC). Dans cette hypothèse, les sociétés parties à la fusion pourront franchir l'obstacle des dates de prise d'effet différentes via une clause contractuelle qui retiendrait une date acceptable par toutes les lois en conflit (par exemple en retenant la date de la loi la plus stricte). Voir à ce propos M. MENJUCQ, *Droit international et européens des sociétés*, op. cit., n°321, p. 352.

L'illustration¹⁶⁶ qui en est faite, en matière de fusion, c'est qu'on peut avoir une loi qui exige que le traité de fusion soit rédigé sous une forme authentique, alors que l'autre admet valablement tout écrit même sous seing privé. Dans ce cas on peut considérer que l'application cumulative serait de respecter la loi la plus sévère. Car, en appliquant cette dernière, on respecte aussi les dispositions de la loi la plus tolérante qui ne s'oppose concrètement pas à l'écrit authentique.

En revanche, pour d'autres questions, la méthode cumulative ne peut pas se résumer à l'application de la loi la plus sévère. C'est le cas notamment de l'effet suspensif ou pas du droit d'opposition des créanciers lors d'une fusion. On ne peut pas considérer qu'on appliquera uniquement le seul régime qui suspend la mobilité lorsque des créanciers usent de leur droit d'opposition. À titre d'exemple, si la suspension est un effet posé seulement par la loi de l'État étranger au profit des créanciers de la société étrangère participante on ne peut pas l'appliquer et conclure que même si l'opposition émane des créanciers de la société de l'espace OHADA¹⁶⁷ elle suspendra la mobilité. Car comme l'indique, à juste titre, un auteur « *une telle règle de conflit aboutirait à appliquer, contra legem, une règle de droit étranger au droit d'opposition des créanciers de la société « OHADA »¹⁶⁸, ce qui ne peut guère se concevoir¹⁶⁹* ». Ainsi est-on obligé de consentir que dans cette hypothèse seule l'opposition émanant uniquement des créanciers de la société étrangère participante suspendra la mobilité.

51. En définitive, il ressort qu'il n'y a pas une règle définissant la manière de cumuler des lois en conflit. La technique de cumul varie donc en fonction du type de question à trancher. L'insuffisance de cette méthode est donc révélée par le fait qu'elle est muette ou imprécise sur la manière dont elle entend cumuler l'application des lois en conflit. La résolution des hypothèses de vrais conflits de lois demeure alors complexe. D'où la nécessité d'établir des conventions internationales de droit international privé afin d'établir des règles de conflit en la matière. On peut aussi établir des conventions internationales de

¹⁶⁶ H. LE NABASQUE, « Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières », op. cit.,

¹⁶⁷ Sachant que le droit OHADA n'accorde pas un effet suspensif à l'opposition des créanciers. cf. infra n° 249 et s.

¹⁶⁸ En réalité l'auteur vise les sociétés françaises. Cependant l'observation est valable pour les sociétés de l'espace OHADA.

¹⁶⁹ H. LE NABASQUE, ibid.

droit matériel spécifiques qui permettront d'éviter que ces questions continuent à constituer un obstacle pour la mobilité des sociétés¹⁷⁰. De toute évidence ces difficultés font état de la nécessaire coordination entre le système juridique de l'État d'accueil et celui de l'État d'origine. Or pour les traiter au niveau extracommunautaire, il apparaît clairement que l'adoption de règles matérielles est dans la tendance actuelle une des techniques de réglementation qui soit la plus apte à favoriser la mobilité internationales des sociétés¹⁷¹. D'ailleurs la nécessité des règles émanant de conventions internationales se manifestera tout aussi en observant les difficultés de coordination des écritures dans les registres des États concernés.

¹⁷⁰ En ce sens H. LE NABASQUE, *ibid.*

¹⁷¹ À propos de ces techniques législatives voir X. BOUCOBZA, « Les techniques de réglementation favorisant la mobilité des sociétés », *in La mobilité internationale des sociétés*, Cahiers de droit de l'entreprise, 2006, n° 2, p. 23 et s.

Paragraphe 2 : L'obstacle lié à la transcription dans les registres d'immatriculation : l'absence de coordination des écritures

52. Comme nous avons pu le voir la mobilité de la société, notamment par transfert de siège social, doit généralement aboutir à deux étapes au mieux simultanées. Il s'agit d'une part de la radiation de l'inscription dans les registres de l'État d'origine, et d'autre part d'une nouvelle immatriculation dans l'État d'accueil. On retrouve ces phases dans le transfert de siège social parce qu'une nouvelle inscription de la même société qui se déplace dans les registres de l'État d'accueil est nécessaire. Ce n'est pas le cas quand il s'agit d'une fusion absorption car la société absorbante ayant déjà été immatriculée dans l'État d'accueil il n'est plus nécessaire d'inscrire la société absorbée qui se meurt. Car elle ne fait que continuer son existence à travers la société absorbante. *Idem*, dans la scission, la société scindée circule parce qu'elle continue son existence à travers les sociétés bénéficiaire étrangères qui recueillent juste son patrimoine¹⁷². Dans l'hypothèse du transfert transfrontalier de siège, qui requiert un nouvel enregistrement, les deux étapes doivent se faire simultanément. Car s'il y a décalage entre le temps de la radiation et celui de l'immatriculation on sera, à un moment plus ou moins long de l'opération, en face d'une société qui n'existe plus juridiquement et qui ne poursuit pas non plus son existence à travers une autre société.

53. En réalité, la logique appliquée est celle qui fait précéder la radiation à la nouvelle immatriculation afin d'éviter un double enregistrement dans des registres différents. Or si la société est radiée elle perd sa personnalité morale, elle n'existe plus juridiquement. Par conséquent, pendant le temps des formalités de l'immatriculation dans l'État d'accueil, qui peut parfois être long puisqu'il n'y a pas de coordination, elle n'a plus de personnalité juridique avec comme inconvénient, entre autres, la cessation des contrats conclus ou l'impossibilité d'intenter une action en justice. Par ailleurs, autre obstacle, certains États de départ refusent de procéder à la radiation tant qu'ils n'ont pas l'assurance de l'inscription dans un nouveau registre pour se prémunir du risque d'un refus d'immatriculation dans

¹⁷² Cf. supra n° 4.

l'État d'accueil qui ferait disparaître la société¹⁷³ sans avoir été liquidée au préalable. De même, les autorités de l'État d'accueil peuvent rejeter la demande d'inscription dans leur registre tant que la radiation n'a pas été effectuée afin d'éviter un conflit de compétence pendant le laps de temps de la double immatriculation si les délais de radiation sont longs notamment. Tout comme la radiation pour cause de mobilité ne peut se faire qu'une fois obtenue la preuve que la société continue d'exister par ailleurs¹⁷⁴, nous pouvons rajouter que l'immatriculation aussi ne peut se faire qu'une fois obtenue la preuve que la société a cessé d'exister par ailleurs. On en arrive à une situation regrettable où la société après avoir surmonté tous les obstacles (décision unanime des associés, fiscalité, conflit mobile...) est bloquée en raison de formalités administratives aussi importantes soient-elles.

54. Pour résoudre ce problème, il faudrait une coopération des autorités des États concernés qui doit se manifester par une coordination des écritures dans les différents registres afin de permettre à la société de transférer son siège sans perdre sa personnalité juridique à un moment donné. Il serait plus simple de considérer que la nouvelle inscription est l'acte par lequel l'ancienne immatriculation prend fin. Mais cette solution est difficile à envisager dans une mobilité extracommunautaire, on ne peut pas considérer que la radiation sert aussi d'immatriculation et vice versa que l'immatriculation joue le rôle de radiation parce que ces deux écritures ne sont pas sollicitées auprès des mêmes autorités. Nous estimons malgré tout qu'il serait envisageable que par un acte unique, établi par une seule autorité, s'il y a coopération, qu'on puisse radier ainsi qu'immatriculer la société qui se meut. Pour cela les autorités de l'État d'origine doivent, par exemple, accepter que l'inscription dans le registre de l'État d'accueil entraîne automatiquement radiation dans leur registre. Pour régler le problème de la preuve, il pourrait être établi un « certificat de pré-radiation » qui ne retirerait pas automatiquement la personnalité juridique mais servirait juste à justifier que toutes les conditions sont réunies pour une radiation définitive et automatique si la nouvelle immatriculation est enregistrée. La société sera donc définitivement radiée dès réception du certificat d'immatriculation par les autorités de l'État d'origine. En revanche si elle n'est pas reconnue et inscrite dans les registres de l'État d'accueil la « pré-radiation » sera caduque. Ainsi est-on sûr que la

¹⁷³ Définitivement si ses dirigeants sont négligents.

¹⁷⁴ C. KLEINER, « Le transfert de siège social en droit international privé », *JDI (Clunet)*, N° 2, Avril 2010, p. 4 et s., n°21.

société préservera sans discontinu sa personnalité juridique et que la radiation sera effective plus rapidement, les formalités ayant été faites au moment de la « pré-radiation ».

55. Cependant toute solution de coordination posée doit être consacrée dans une convention internationale pour être effective. En réalité, il faut que la coopération entre l'État d'accueil et l'État d'origine soit garantie par un socle que représente une convention bilatérale ou multilatérale régissant la mobilité. Ce n'est pas pour rien, à titre de comparaison, que l'article 225-97 du Code de commerce français, dispose que « *L'assemblée générale extraordinaire peut changer la nationalité de la société, à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité morale* ». Pour dire que la convention internationale est là une garantie de la coopération du droit étranger et de ses autorités. Or, en la matière, il n'y a aucune convention internationale régissant les questions de mobilité extracommunautaire encore moins sur la coopération des autorités dans la tenue de leurs registres. Par conséquent, la question n'est pas encore tranchée par des dispositions satisfaisantes et une coordination garantie. En réalité, tout comme en droit français, en droit OHADA, sur la base d'une convention internationale ou pas, « *aucun texte n'organise l'insertion de la société initialement de droit étranger dans notre ordre juridique* »¹⁷⁵. Une fois de plus la multiplicité des régimes applicables sans coordination se trouve être un frein à la mobilité des sociétés dans son immatriculation. Et pourtant cette difficulté n'est pas insurmontable. Car même si les régimes d'immatriculation en droit interne ne sont pas « *conçus pour accueillir des sociétés déjà constituées sous l'empire d'une législation étrangère* »¹⁷⁶, rien n'empêche de les adapter aux spécificités soulevées par la mobilité. C'est-à-dire que l'immatriculation ne joue plus seulement le rôle d'acte octroyant la personnalité morale à la société, mais aussi d'acte reconnaissant que la personnalité morale existait déjà.

56. Au bout du compte, il apparaît que le traitement non unitaire des opérations de mobilité, manifesté par l'application combinée de lois différentes peut constituer un frein. En effet appliquer même de manière cumulative et distributive les lois des États d'accueil

¹⁷⁵ H. SYNDET, L'organisation juridique du groupe international de sociétés (Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale), thèse Rennes, 1979, n°73.

¹⁷⁶ M. AUDIT, S. BOLLÉE, et P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, op. cit., n°75.

et d'origine ne règle pas toutes les questions. D'où une nécessité de préciser et de compléter ces méthodes. De plus, le défaut de coordination des écritures, lorsqu'une nouvelle inscription est nécessaire comme dans l'hypothèse d'un transfert de siège social, ne garantit pas à la société de continuer d'exister sans discontinuer le temps de sa radiation des registres de l'État d'origine et de sa nouvelle inscription dans les registres de l'État d'accueil. Cela met en évidence le besoin de conventions internationales pour fixer un régime unitaire et mener à la coopération des États et de leurs autorités.

Conclusion du Chapitre 1 :

57. En conclusion de ce chapitre, nous avons pu voir que la mobilité de la société découle du transfert de son rattachement qui est dans l'espace OHADA le siège social statutaire. Cette modification du facteur de rattachement de la *lex societatis* crée un conflit mobile. Car la même entité ou le même pacte social va être soumis successivement à deux lois différentes. Il en résulte que, parce qu'elle modifie le droit applicable au pacte social, la mobilité est très encadrée par des règles d'assemblée générale rigoureuse. Parmi les contraintes les plus marquantes nous pouvons citer l'unanimité exigée qui est devenu un de ses principaux obstacles. De même la mobilité souffre de l'absence d'un régime unique. Elle ne fait pas l'objet d'un traitement unitaire alors qu'elle devrait être considérée comme une « opération d'ensemble qui a une unité et une finalité »¹⁷⁷ et non comme « une juxtaposition d'opérations isolées »¹⁷⁸ soumises à plusieurs lois. Or ces lois en conflit ne sont pas coordonnées surtout pour ce qui est des écritures à transposer dans les registres. Par ailleurs, la méthode de leur application cumulative ou distributive doit être précisée et compléter pour régler de manière satisfaisante tous les aspects du conflit de lois qui restent en suspens. Ces obstacles restent vigoureux parce que la ratification de conventions internationales en la matière par les États membres de l'OHADA fait défaut. En outre, une fois cet obstacle du conflit mobile franchi, avec un peu de chance au demeurant, il reste celui encore plus essentiel de la reconnaissance de la société à l'issue de l'opération. C'est-à-dire le maintien de son existence du point de vue juridique mais aussi et surtout du point de vue fiscal.

¹⁷⁷ J. BEGUIN, « La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières », in *Propos impertinent du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 19 et s., n° 20.

¹⁷⁸ J. BEGUIN, « La difficile harmonisation européenne... », *ibid*, n°20.

CHAPITRE 2 : L'OBSTACLE LIÉ À L'ABSENCE DE MAINTIEN DE L'EXISTENCE DE LA SOCIÉTÉ ET DE SON ACTIVITÉ

58. Pour que l'on puisse parler de mobilité il faut normalement que ce soit la même société (personne morale) existant dans l'État d'origine qui poursuit son existence au sein de l'État d'accueil. Il ne devrait donc pas y avoir de mobilité lorsque la personnalité morale de la société ne survit pas à la traversée de la frontière de l'État d'origine. Lorsque ce n'est pas cette même personne morale qui se retrouve dans l'État d'accueil. La mobilité de la société suppose certes une dissolution sans liquidation de la société dans l'État d'origine, mais il devrait y avoir, en outre, une survie de la personnalité morale dans l'État d'accueil par l'effet d'une reconnaissance.

Cependant, il peut parfois y avoir une circulation de la société sans qu'on lui reconnaisse formellement une personnalité morale dans l'État d'accueil par le biais de la nouvelle inscription dans ses registres. La reconnaissance formelle de la personnalité morale par l'État d'accueil n'est nécessaire que pour le transfert international de siège social. Car, dans les autres hypothèses, la société peut continuer d'exister après une opération de mobilité en l'absence de reconnaissance formelle de sa personnalité morale initiale par l'État d'accueil. C'est notamment le cas lorsqu'elle poursuit ses activités par la transmission universelle de son patrimoine à une autre société à laquelle l'État d'accueil a déjà accordé une personnalité morale. C'est l'hypothèse de la mobilité par fusion ou scission¹⁷⁹. Toutefois, dans ces opérations une reconnaissance sera toujours nécessaire. C'est celle préalable de la personnalité morale de la société absorbante par l'État de la société absorbée, donc l'État d'origine cette fois-ci. Car elle doit s'assurer que la société absorbée, qui quitte son territoire, pourra poursuivre son existence et son activité par l'intermédiaire d'une personne morale bien constituée dans l'État d'accueil. La reconnaissance préalable de la société absorbée par l'État d'accueil est aussi nécessaire même si cette dernière ne sollicitera pas une inscription sur les registres dudit État. Pour

¹⁷⁹ Cf. supra n° 4.

une réussite de la mobilité la reconnaissance doit donc être mutuelle et réciproque. Il apparaît alors que les obstacles juridiques qui freinent encore cette reconnaissance doivent être levés pour fluidifier la mobilité extracommunautaire (**section 2**).

En revanche, la survie la poursuite de l'existence et de l'activité de la société n'est pas seulement un obstacle juridique à surmonter, elle est aussi et surtout une entrave fiscale bien ancrée. En effet du point de vue fiscal le sort qui est réservé à la société en cas de mobilité est, indépendamment de la solution juridique, celle d'une perte de personnalité morale, un défaut survie. Elle est tout simplement dissoute et liquidée car elle cesserait son activité. Cela entraîne des conséquences onéreuses et dissuasives du fait, d'une part, d'une imposition de la dissolution-liquidation dans l'État d'origine, et d'autre part d'une imposition de la reconstitution nécessaire dans l'État d'accueil ou de l'augmentation du capital de la société bénéficiaire lorsqu'il s'agit d'une fusion ou d'une scission (**Section 1**).

Section 1 : Un traitement fiscal dissuasif de la mobilité considérée comme une cessation de l'activité

59. La conséquence fiscale des opérations de mobilité extracommunautaire peut être résumée de manière assez simple : c'est une cessation d'activité. Ce traitement dissuasif, car couteux pour la société et pour ses actionnaires, n'est pas toujours justifié parce que la mobilité juridique n'entraîne pas toujours une mobilité fiscale. Une société ne paie pas toujours ses impôts dans l'État où elle a son siège social statutaire. C'est pourquoi dans un premier temps nous déterminerons d'abord le rattachement fiscal des sociétés dans l'espace OHADA pour montrer son lien et surtout son absence de lien systématique avec le rattachement de la *lex societatis*, afin de démontrer au final qu'il n'y a pas toujours un rapport entre la mobilité juridique à la mobilité fiscale (**Paragraphe 1**). Démonstration qui devrait inciter le fisc de l'État de départ à ne pas toujours voir d'un mauvais œil la mobilité des sociétés. Cependant, nous constaterons dans un second temps que cela n'a pourtant pas fait sauter l'obstacle qu'est le traitement fiscal dissuasif réservé à la mobilité extracommunautaire des sociétés. Car dans cette hypothèse la société ainsi que les associés continuent d'être dissuadés de se mouvoir en raison d'une taxation de la dissolution-liquidation d'une part, et d'autre part d'une taxation de la reconstitution ou de l'augmentation du capital (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La détermination du rattachement fiscal des sociétés¹⁸⁰ : une absence de coïncidence systématique entre le siège social statutaire et la résidence fiscale

60. Contrairement au rattachement juridique, la résidence fiscale des sociétés dans l'espace communautaire africain est déterminée par la législation nationale de chaque État membre de l'OHADA. En effet, il n'y a pas d'Acte uniforme sur la fiscalité générale ou même sur la fiscalité des sociétés. Or au regard de ces dispositions nationales, nous remarquons que ce rattachement dépend du type d'imposition à laquelle est soumise la société. Car toutes les sociétés ne sont pas soumises à l'impôt sur les sociétés, certaines peuvent opter pour le régime de l'impôt sur les revenus. Or le rattachement peut varier en fonction du régime d'imposition. C'est pourquoi nous déterminerons d'une part le rattachement des sociétés soumises à l'impôt sur le revenu (**A**), avant de faire pareil pour celle soumise à l'impôt sur les sociétés (**B**).

A- Le rattachement des sociétés soumises à l'impôt sur les revenus

61. Même s'il est assez rare, il demeure possible qu'une société soumise à l'impôt sur les revenus se livre à des opérations internationales¹⁸¹. Ce sont généralement les sociétés de personnes et certaines sociétés de capitaux qui, parce qu'elles en ont la possibilité, ont opté

¹⁸⁰ La fiscalité n'étant pas uniformisée dans l'espace OHADA, l'objet de ce paragraphe ne sera pas une étude exhaustive des règles fiscales de l'ensemble des 17 États membres de l'OHADA. Cela nous était matériellement impossible étant entendu qu'il aurait fallu pour cela examiner les différentes conventions fiscales signées par les États concernés. L'étude sera faite en s'appuyant principalement sur les modèles consacrés par l'OCDE dont sont également membres les États de l'OHADA.

¹⁸¹ P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, Précis Dalloz, 16^e édition, 2017/2018, n° 690.

pour l'impôt sur les revenus en lieu et place de l'impôt sur les sociétés. Concernant les sociétés de personnes, il s'agit dans les pays de droit OHADA des SNC et des SCS. S'agissant des sociétés de capitaux, on note surtout les sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée dont l'associé unique est une personne physique qui peuvent être soumises à l'impôt sur les revenus¹⁸². La détermination de leurs résidences fiscales pose souvent problème parce que leur situation fiscale elle-même n'est pas clairement définie.

62. En effet, pour ces sociétés qui sont soumises à l'impôt sur les revenus, la question se pose de savoir s'il faut appliquer les règles de territorialité de l'impôt à la société ou aux associés eux-mêmes. Il s'agit concrètement de savoir si la société a automatiquement la même résidence fiscale que ses associés, ou bien si elle a sa propre résidence fiscale indépendante de celle des associés. Si c'est la société elle-même qui est réputée avoir réalisé les revenus ou si ce sont plutôt les associés. L'intérêt est de savoir qui est redevable de l'impôt si c'est la société c'est sa résidence fiscale qui compte alors que si ce sont les associés il faut alors considérer leurs résidences fiscales et déterminer celle de la société n'aurait aucune utilité.

63. Une première théorie dite de la semi-transparence¹⁸³ considère que la société est le véritable redevable de l'impôt les associés n'en étant que les débiteurs. Dans cette théorie la résidence fiscale à prendre en compte est celle de la société. Le rattachement fiscal de la société est alors son le siège social puisque le domaine d'application territoriale de l'impôt sur les revenus est déterminé par le critère personnel qu'est le domicile¹⁸⁴. Dans ce cas la société a une véritable personnalité fiscale indépendante de celle de ses associés. La société doit payer l'impôt sur les revenus dans l'État où se situe son siège social et où elle exerce son activité. Dans cette hypothèse la mobilité juridique de la société peut entraîner aussi la mobilité fiscale en raison du rattachement commun qu'est le siège social. L'État de départ a dès lors un motif d'être réticent et de préserver ses intérêts fiscaux face à la mobilité des sociétés soumises à l'impôt sur les revenus pour conserver un résident fiscal.

¹⁸² Au Sénégal les articles 4 et 51 du CGI consacrent la possibilité que ces sociétés ont d'opter soit pour l'IR soit pour l'IS. Au Cameroun une règle identique figure dans les dispositions de l'article 3 du CGI.

¹⁸³ P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, op. cit., n° 692 ; J. LAMARQUE, O. NEGRIN, L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2016, n° 1096

¹⁸⁴ P. SERLOOTEN, *ibid.*

64. Une deuxième théorie dite de la transparence ou de la translucidité pose que les bénéfices sont réalisés directement par les associés¹⁸⁵, ce sont eux qui sont considérés comme ceux qui perçoivent les revenus. En effet les bénéfices réalisés par la société sont inclus dans les revenus imposables des associés. Les associés doivent donc payer l'impôt sur les revenus pour la part de bénéfices sociaux correspondant à leurs droits dans la société. La société n'a alors pas comme rattachement fiscal son siège social mais plutôt la résidence fiscale de ses associés. Dans cette hypothèse la mobilité juridique n'a aucune incidence sur la mobilité fiscale. C'est la mobilité des associés qui constitue plus une perte d'un résident fiscal que celle de la société.

65. Le choix entre ces deux théories n'est pas clairement établi et il n'est pas unanime. Il peut y avoir des États qui consacrent la théorie de la transparence tandis que d'autres opteront plutôt pour la théorie de la semi-transparence. Il semblerait que la théorie la plus couramment consacrée soit celle de la transparence. On considère que les associés sont les véritables redevables de l'impôt sur les revenus. En France par exemple, la jurisprudence a tranché dans le sens de la reconnaissance de la personnalité fiscale des sociétés de personnes et valide donc la thèse de la semi-transparence¹⁸⁶. Les sociétés de personnes sans être contribuable sont des sujets de droit fiscal¹⁸⁷. Cependant il semblerait que la France soit assez isolée dans cette position dans l'espace OCDE dont sont également membre les États de la communauté OHADA.

Cela dit, il convient de retenir que l'incidence de la mobilité juridique des sociétés soumises à l'impôt sur les revenus sur le rattachement fiscal dépendra de la théorie qui aura été consacrée par la jurisprudence ou la législation du pays concerné.

¹⁸⁵ D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, Précis Domat Montchrestien, 7^e édition, 2016, n° 250.

¹⁸⁶ CE 1^{er} Octobre 2001, n° 214463, 3^e et 8^e s. sect., de Solages, RJF 12/01, n° 1588.

¹⁸⁷ P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, op. cit., p. 409, n° 693.

B- Le rattachement fiscal des sociétés soumises à l'Impôt sur les sociétés

66. Contrairement à celui de l'impôt sur les revenus, le domaine d'application territoriale de l'impôt sur les sociétés peut ne pas être déterminé selon un critère personnel (le domicile) mais dépendre de «*la réalité de la matière imposable*»¹⁸⁸. En effet le rattachement fiscal est le lieu de réalisation des bénéfices, le lieu d'exploitation de l'entreprise¹⁸⁹. À ce titre, par exemple, l'article 5 du CGI du Cameroun dispose : «*les bénéfices passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminées en tenant compte uniquement des bénéfices obtenus dans les entreprises exploitées ou sur les opérations réalisées au Cameroun, sous réserve des dispositions des conventions internationales*». Cette disposition est reprise dans son esprit par la quasi-totalité des États membre de l'OHADA¹⁹⁰. Mais elle est susceptible de plusieurs interprétations. On peut l'interpréter comme consacrant le principe de territorialité «*à la française*»¹⁹¹. C'est-à-dire que les sociétés soumises à l'IS ont une obligation fiscale limitée à la différence des personnes physiques. Seuls leurs bénéfices trouvant leurs sources dans une exploitation de l'entreprise sur le territoire de l'État concerné sont imposés. On peut aussi estimer qu'il s'agit plutôt de la consécration de la mondialité¹⁹² de l'impôt sur les sociétés. Ce principe est basé sur l'idée qu'il n'y aurait pas de raison de distinguer les personnes physiques des sociétés qui doivent elles aussi être imposées sur la base de leur revenu mondial. Autrement dit, la règle est qu'il doit être pris compte de l'ensemble des revenus de la société pour dresser sa base d'imposition dans l'État de sa résidence, même si certains revenus étrangers peuvent être exemptés par le jeu des conventions fiscales.

¹⁸⁸ P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, op. cit., n° 695.

¹⁸⁹ Solutions applicables en l'absence de convention fiscale.

¹⁹⁰ Au Sénégal l'article 3 du CGI dispose «*Sous réserve des dispositions des conventions internationales relatives aux doubles impositions, l'impôt sur les sociétés est dû à raison des bénéfices réalisés au Sénégal. Sont réputés réalisés au Sénégal, les bénéfices provenant des entreprises exploitées au Sénégal*».

¹⁹¹ J. LAMARQUE, O. NEGRIN, L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2016, n° 1630 et s. ; P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, op. cit., n° 695 et s. ; D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, op. cit., n° 739 et s. ; B. CASTAGNÈDE, *Précis de fiscalité internationale*, Puf, 3^e éd., n° 210 et s.

¹⁹² D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, op. cit., n° 743.

67. Toutefois, nous notons que ni le principe de territorialité ni le principe de mondialité ne sont absolus dans leur application concrète. D'ailleurs, les conventions fiscales retiennent le modèle des conventions OCDE combinant les deux principes précédemment cités. Il est repris par la plupart des États membres de cette organisation notamment ceux de l'espace OHADA. L'article 5. 1 de ce modèle OCDE de convention fiscale dispose « *les bénéficiaires d'une entreprise d'un État contractant ne sont imposables que dans cet État, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé* ». La mondialité est là le principe sauf qu'il est écarté au profit de la territorialité lorsque l'entreprise s'implante à l'étranger de façon suffisamment stable¹⁹³. Le modèle OCDE donne des exemples d'« établissement stable ». En effet son article 5. 2 dispose « *L'expression « établissement stable » comprend notamment : a) un siège de direction, b) une succursale, c) un bureau, d) une usine, e) un atelier et f) une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une carrière ou tout autre lieu d'extraction de ressources naturelles* ». En définitive, quel que soit le critère retenu, on en arrive concrètement à la solution de principe que les États imposent les sociétés pour la part de bénéfice qu'elles réalisent sur leur territoire par une activité qu'elles y exploitent.

68. Sachant cela, la mobilité des sociétés ne devrait toujours pas être freinée par les États par des dispositions fiscales dissuasives. Car ce n'est pas parce qu'une société change de rattachement juridique qu'elle cesse toute activité dans son État d'origine. Il est assez courant qu'elle y continue certaines de ces activités qui sont source de bénéfice imposable pour elle. À titre d'exemple, si les actifs transmis par une société absorbée constitue un établissement stable la perte fiscale entraînée par sa mobilité sera très modérée en dehors de l'hypothèse où son actif serait essentiellement composé de titres¹⁹⁴. Ainsi une société qui s'est mue peut être redevable de l'IS dans son État d'origine. D'ailleurs, généralement quand il y a fusion absorption la société absorbante n'entend pas arrêter les activités de la société absorbée. Elle l'absorbe justement pour reprendre son activité dans son État. La fusion transfrontalière est souvent un moyen pour la société absorbante d'avoir accès au marché de la société absorbée. Par conséquent, elle n'échappe pas à l'imposition car la reprise de l'activité se fait généralement par le biais d'un établissement stable. Les plus values latentes peuvent alors être reportées sur cet établissement ce qui devrait être une

¹⁹³ D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, op. cit., n° 752

¹⁹⁴ D. GUTMANN, *ibid*, n° 716.

raison d'empêcher leur coûteuse et dissuasive taxation immédiate en cas de mobilité extracommunautaire comme nous le verrons¹⁹⁵.

69. En définitive, nous pouvons remarquer que le siège social qui est déplacée par les opérations de mobilité n'est pas systématiquement le facteur de rattachement du régime fiscal des sociétés. Ne se plaint-on pas en France par exemple qu'une société comme TOTAL ne paie pas d'impôts sur les sociétés au fisc français alors qu'elle y a son siège social. Ainsi tout comme elle ne lui permet pas de payer systématiquement ses impôts dans l'État d'accueil, la mobilité n'exempte-t-elle pas toujours la société d'une imposition dans son État d'origine. Il est donc vraiment des hypothèses où il n'y a pas de raison de réserver le traitement fiscal dissuasif qui va pourtant être appliqué aux opérations de mobilité extracommunautaire des sociétés.

¹⁹⁵ Cf. infra n° 71.

Paragraphe 2 : Le traitement fiscal dissuasif de la mobilité extracommunautaire des sociétés

70. Du point de vue fiscal, la mobilité extracommunautaire des sociétés est traitée comme une opération entraînant la cessation de l'activité de la société émigrante. Car « *pour le fisc, il s'agit d'un acte de trahison passible de la peine de mort* »¹⁹⁶. C'est ainsi qu'au regard de la législation fiscale, l'opération entraînerait la cessation de l'entreprise avant la création d'une nouvelle entité ou encore de l'augmentation du capital pour la société absorbante ou bénéficiaire. Il en résulte qu'en application de ce régime fiscal dit de « droit commun »¹⁹⁷ chaque étape de l'opération donnera lieu à une imposition distincte¹⁹⁸. La société va être alors imposée non seulement dans l'État d'origine au titre de sa dissolution, mais elle sera en plus imposée dans l'État d'accueil au titre des droits d'enregistrement ou des frais d'augmentation du capital notamment. Les associés non plus ne sont pas épargnés car le boni de liquidation résultant de la cessation de l'activité, au regard du droit fiscal, peut être considéré comme un revenu imposable tout comme la plus-value réalisée par l'échange ou l'obtention des titres de la société absorbante dans une fusion. C'est donc pourquoi la fiscalité constitue actuellement le frein majeur à la mobilité extracommunautaire parce que les différentes personnes concernées sont distinctement et lourdement imposées. Ainsi aborderons-nous d'abord le caractère dissuasif de la forte taxation subie par la société elle-même **(A)**, puis celle subie par les associés **(B)**.

¹⁹⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, LexisNexis, 29^{ème} éd., 2016, n° 265.

¹⁹⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, op. cit. n° 1799.

¹⁹⁸ Aucun État d'origine ou d'accueil n'appliquant le régime de faveur lorsque la mobilité est extracommunautaire.

A- Des conséquences fiscales onéreuses et dissuasives pour la société elle-même

71. Par crainte d'une perte budgétaire pour les États d'origine particulièrement, le traitement fiscal d'une mobilité extracommunautaire des sociétés est celui réservé à la cessation de l'entreprise. En effet le problème vient d'abord de la législation fiscale de l'État d'origine. Car elle voit en la mobilité de la société sa disparition de sa scène juridique sans s'être acquittée des impôts afférents aux revenus ou aux plus-values qui pourtant ont trouvé leur source dans son territoire¹⁹⁹. Aucune faveur n'est alors faite à cette société qui est considérée comme un « traître »²⁰⁰. D'ailleurs l'article 34 du CGI du Sénégal aborde le traitement fiscal de la fusion et du transfert de siège social vers l'étranger en même temps qu'il n'aborde la dissolution des sociétés ou sa transformation entraînant la création d'une personne morale nouvelle. Pour dire que ces opérations sont assimilées du point de vue de leur traitement fiscal.

72. Ainsi, dans l'État d'origine, la société doit s'acquitter immédiatement d' « *un impôt dû à raison de tous les bénéfiques pas encore été taxés* »²⁰¹. Sont alors concernés par cette imposition immédiate le résultat d'exploitation de l'exercice, les provisions antérieures n'ayant plus d'objet, les autres bénéfiques en sursis d'imposition et surtout les plus-values réalisées ou constatées à l'occasion de la cessation²⁰². En réalité pour ces dernières si elles sont taxées immédiatement « *ce ne serait même pas la peine de continuer : cela plomberait immédiatement l'opération* » comme le relève à juste titre un auteur²⁰³. Cette méfiance ou sévérité de l'administration fiscale viendrait de la crainte qu'une fois la mobilité opérée, que la société vende ses actifs faisant ainsi perdre la recette à l'État de départ²⁰⁴. Quoiqu'il

¹⁹⁹ D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, op. cit., n° 716

²⁰⁰ Cf. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, op. cit., n° 265.

²⁰¹ Article 260 CGI du Sénégal.

²⁰² J. LAMARQUE, O. NEGRIN, L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2016 n° 1695.

²⁰³ J. BEGUIN, « La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières », in *Propos impertinent du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 19 et s.

²⁰⁴ J. BEGUIN, « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », in *Aspects organisationnels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, Dalloz, 2003, p. 43 et s., n° 20.

en soit, il résulte que les nombreuses taxes dont il faut s'acquitter immédiatement dans l'État d'origine rendent la mobilité onéreuse et non souhaitable, tandis que le traitement n'est pas très différent dans l'État d'accueil.

73. La société qui vient de subir un onéreux traitement fiscal dans l'État d'origine va devoir supporter de nouvelles taxes dans l'État d'accueil si jamais la mobilité va jusqu'à son terme, ce qui n'est pas garanti en raison du coût déjà élevé dans l'État d'origine. En effet, si une nouvelle immatriculation est nécessaire pour reprendre une activité, comme c'est le cas lorsqu'il y a transfert de siège social, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit tenue de s'acquitter des taxes de constitution et d'enregistrement dans l'État d'accueil. Car d'un côté l'État d'origine voit en la mobilité le départ d'une société le poussant à exiger l'acquittement de toutes ses impositions. De l'autre côté l'État d'accueil est lui aussi tenté de considérer qu'il s'agit purement et simplement de la constitution d'une nouvelle société. Par conséquent, elle doit payer ses taxes de constitution puis qu'on ne considère pas qu'il s'agit simplement de l'arrivée d'une société déjà constituée ou existante²⁰⁵.

De même, s'il s'agit d'une fusion ou d'une scission, les sociétés absorbantes et bénéficiaires pourront être amenées à payer des taxes au titre de l'augmentation du capital. Cependant il faut noter que l'État d'accueil est généralement très clément parce que ses intérêts ne sont pas là menacés. En réalité, s'agissant des fusions notamment, puisque la société bénéficiaire a son siège sur leurs territoires, la plupart des États d'accueil sont très enclin à lui faire bénéficier d'un régime de faveur lui permettant de ne pas à avoir à payer des taxes au titre de l'augmentation du capital ou des droits d'enregistrement si une nouvelle société est créée à l'issue de la fusion ou scission.

74. En définitive, en raison de l'absence d'application du régime de faveur ni dans l'État d'origine et parfois ni dans l'État d'accueil, la mobilité extracommunautaire des sociétés entraînent à ce titre de multiples frais fiscaux qui la rendent si onéreuse pour la société elle-même qu'elle en arrive à y renoncer. La fiscalité est en cela devenue le principal obstacle à la mobilité extracommunautaire des sociétés, surtout lorsqu'on sait que les taxes ne pèsent pas seulement sur la société. Car pour enfoncer le clou des taxes peuvent être directement et personnellement supportées par les associés de la société.

²⁰⁵ J. BEGUIN, *ibid*, n° 19.

B- Des conséquences fiscales onéreuses pour les associés de la société

75. Une autre conséquence de la liquidation et dissolution de la société par le traitement fiscal de la mobilité est ressentie par les associés. Car la cessation de l'activité de la société, décrétée par le fisc, peut entraîner leur imposition au titre du boni de liquidation²⁰⁶. En effet les associés sont considérés comme des héritiers de la personne morale « défunte » (dissoute), ils sont pour cela appelés à se répartir ses biens²⁰⁷. Dans cette répartition ils peuvent reprendre, d'une part, leurs apports à l'exception des apports en industrie qu'on ne peut ni reprendre ni rembourser. D'autre part, s'il y a encore un solde disponible après la reprise des apports, il sera redistribué aux associés, c'est le boni de liquidation. Si la reprise d'apports ne peut être imposée parce qu'elle n'enrichit pas les associés, le boni de liquidation est lui imposable à leur nom comme un revenu mobilier²⁰⁸.

76. Par ailleurs, dans le cadre d'une fusion, les actionnaires de la société absorbée, en échangeant leurs titres contre les actions de la société absorbante, peuvent réaliser une plus-value latente mais constatable du côté de la société absorbante²⁰⁹. La taxation immédiate de ces plus-values rendrait l'opération onéreuse et impossible. Les titres reçus par les actionnaires de la société absorbée sont aussi considérés comme une distribution de revenus mobiliers ou boni de fusion, donc à ce titre imposable.

Ainsi les actionnaires de la société absorbée ou de la société transférant son siège social subissent doublement l'imposition, une première fois au nom de la société et une seconde fois en leur nom. En réalité ils risquent déjà de subir les pertes d'actifs de la société par sa forte imposition entraînant une baisse de valeur probable de leurs parts sociales dans l'optique de la fusion. L'imposition de surcroît du boni de liquidation, de fusion ou de la potentielle plus-value, qu'ils ne perçoivent nullement en réalité, finira par les dissuader totalement de donner leur consentement au changement de rattachement de la société. En

²⁰⁶ J. LAMARQUE, O. NEGRIN, L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, op. cit., p. 1248.

²⁰⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 625.

²⁰⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *ibid*, n° 620.

²⁰⁹ J. BEGUIN, « La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières », in *Propos impertinent du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 19 et s.

effet, pour qu'il y ait une chance de se mouvoir pour les sociétés le boni de liquidation ne doit pas être taxé parce qu'il n'existe pas. En réalité la mobilité n'entraîne pas la dissolution-liquidation rien ne leur est redistribué concrètement. Aussi les plus-values, que peuvent réaliser les actionnaires, ne doivent pas être taxées immédiatement dans leur patrimoine même s'ils réalisent potentiellement une bonne affaire en recevant des parts de la société absorbante²¹⁰. Cette taxation doit être reportée.

77. Il faut garder à l'esprit que la mobilité est une technique de concentration pour renforcer les potentiels économiques des entreprises. Il en découle qu'il ne peut pas être concevable qu'elle devienne source de pertes économiques multiples. L'appauvrissement qu'encourent les associés et la société elle-même rend difficilement envisageable ou possible la mobilité pour une entreprise²¹¹. Car la mobilité s'apparenterait là à un « *suicide fiscal* »²¹². Par conséquent, l'application d'un régime de faveur devrait être étendue aux opérations transfrontalières extracommunautaires si on veut les favoriser. Si ce régime n'est pas toujours appliqué à la mobilité lorsqu'il s'agit d'une opération de mobilité intracommunautaire, comme nous le verrons²¹³, il n'y a pas de doute qu'elle le sera encore moins pour la mobilité extracommunautaire. Sachant que la consécration de ce régime de faveur au niveau extracommunautaire passera nécessairement par l'adoption de conventions fiscales. Nous mesurons bien l'obstacle que cela peut représenter pour encore longtemps. Car au regard des intérêts divergents des États il sera difficile d'aboutir à la consécration d'une fiscalité qui favorisera une mobilité extracommunautaire des sociétés.

78. En conclusion de cette section, il apparaît que la réticence des États face à la mobilité des sociétés se manifeste encore plus au regard des dispositions fiscales qui la régissent. En réalité même si la mobilité n'est pas forcément un moyen pour la société d'échapper à l'imposition dans son État d'origine puisque le rattachement fiscal ne coïncide pas systématiquement avec rattachement juridique qui est modifié, il apparaît que le régime fiscal de la mobilité est identique à celui de la cessation d'activité. Or ce régime est

²¹⁰ En ce sens J. BEGUIN, « La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières », op. cit.

²¹¹ M. MENJUCQ, « La mobilité des entreprises », *Rev. sociétés*, 2001, p. 210 et s.

²¹² Expression empruntée à M. PARIENTE, « Les obstacles à la libre mobilité des entreprises européennes à l'intérieur de l'Union », *Bull. Joly*, 2002, n° 2, p. 21 et s.

²¹³ Cf. infra n° 176.

dissuasif. Car il entraîne une imposition très lourde des sociétés au titre des plus values latentes notamment et de ses associés directement au titre du boni de liquidation ou du boni de fusion par exemple. L'application du régime de faveur, qui rendrait l'opération neutre n'entraînant pas la disparition couteuse de la société, est le moyen de dépasser cet obstacle de la fiscalité. Cependant, ce régime favorable n'est pas consacré par les dispositions nationales des États membres de l'espace OHADA pour ce qui est de la mobilité extracommunautaire. Ce qui fait que la fiscalité est encore l'un des obstacles principaux de cette mobilité. D'un autre côté, du point de vue juridique, la dissolution doit aussi être évitée grâce à la reconnaissance de la personnalité morale et de l'existence des sociétés émigrantes.

Section 2 : L'obstacle lié à la reconnaissance mutuelle des sociétés

79. La reconnaissance de la personnalité morale est une condition essentielle à la mobilité par transfert de siège. Si la société qui se déplace ne voit pas sa personnalité morale, acquise dans son État d'origine, être reconnue par l'État d'accueil, on ne saurait parler de mobilité par transfert de siège. On serait plutôt dans une hypothèse de dissolution puis reconstitution d'une personne morale nouvelle. Autrement dit un « *suicide juridique* »²¹⁴ avec toutes les conséquences de la perte de la personnalité morale. En revanche la reconnaissance formelle de la survie de la personnalité morale, comme nous l'avons déjà dit, n'est pas nécessaire lorsqu'il s'agit d'une scission ou d'une fusion absorption. Car la société absorbée survit à travers la société absorbante sans qu'il y ait besoin de lui reconnaître par une formalité d'inscription une personnalité morale propre²¹⁵. Cependant la reconnaissance est un préalable nécessaire à ces opérations. Car il est unanimement reconnu qu'une fusion ou une scission transfrontalière ne saurait être réalisées qu'à la condition que les États de chacune des sociétés participantes reconnaissent l'existence des autres sociétés. Autrement dit en préalable à la réalisation de l'opération transfrontalière de fusion ou scission, « *les sociétés participantes doivent être reconnues mutuellement comme personne morale par la lex societatis de leurs contractantes* »²¹⁶. Cela est logique parce qu'avant d'accepter qu'une société survit ou continue son existence à travers une société étrangère qui l'absorbe, il faudrait déjà reconnaître que cette dernière personne morale absorbante existe. Cela est une justification de l'intérêt d'aborder la reconnaissance des sociétés en matière de fusion et de scission.

²¹⁴ M. PARIENTE, « Les obstacles à la libre mobilité des entreprises européennes à l'intérieur de l'Union », *Bull. Joly*, 2002, n° 2, p. 21 et s.

²¹⁵ Cf. supra n° 4.

²¹⁶ M.N. MBAYE, *Fusions, scissions et apports partiels d'actif transfrontaliers en Afrique*, Thèse précitée, p. 322, n° 617.

La reconnaissance sera ici abordée d'abord du point de vue de son intérêt pour la mobilité des sociétés (**Paragraphe 1**). C'est cet intérêt qui permet de mesurer le frein que constitue l'absence de reconnaissance que nous aborderons ensuite (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 2 : L'intérêt de la reconnaissance pour la mobilité des sociétés

80. La reconnaissance a un rôle déterminant pour la réalisabilité des opérations de mobilité. Elle permet notamment de distinguer la mobilité de la dissolution reconstitution d'une personne morale nouvelle. Toutefois, le rôle de la reconnaissance n'est pas le même selon qu'il s'agisse d'une mobilité par transfert de siège social où elle doit découler d'une nouvelle immatriculation (**A**), ou alors qu'il s'agisse des fusions et scission où elle ne sert que de préalable sans exigence d'une formalité d'inscription (**B**).

A- Le rôle essentiel de la reconnaissance dans la mobilité par transfert de siège social

81. La survie de la personnalité morale de la société dans l'État d'accueil est une exigence du transfert international de siège social. Le transfert ne saurait être effectif si la personnalité juridique de la société n'est pas conservée après le franchissement des frontières de son État de constitution. Car, même s'il peut entraîner une modification des statuts, par la transformation parfois exigée, la mobilité par transfert de siège social ne doit jamais faire perdre sa personnalité morale à la société²¹⁷. Le défaut de reconnaissance obligerait la société, qui au passage va être radiée des registres de son État d'origine, à se reconstituer pour être une personne morale nouvelle dans l'ordre juridique d'accueil.

82. En effet, la réalité d'un transfert réside dans l'aptitude de la société à non seulement quitter son ordre juridique d'origine sans être liquidée ni dissoute, mais aussi à s'insérer dans un ordre juridique d'accueil où elle serait reconnue sans avoir eu besoin de s'y reconstituer. La survie de la personnalité morale dépend donc de ces deux exigences que sont le défaut de dissolution-liquidation d'une part et la reconnaissance sans reconstitution

²¹⁷ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, op. cit., n° 1056.

d'autre part. Dans l'hypothèse contraire on assisterait à un « *suicide juridique* »²¹⁸ de la société dans son ordre d'origine puis la constitution d'une entité nouvelle dans l'ordre juridique d'accueil. Or la perte de la personnalité morale du fait d'une défaillance d'un de ces ordres juridiques concernés aura de fâcheuses conséquences purement juridiques²¹⁹ notamment la cessation des contrats en cours conclus par la société.

83. La reconnaissance permet à la même société de s'établir sans écueil dans l'État d'accueil. En l'absence de reconnaissance nous ne serions pas en présence d'une opération de mobilité par transfert de siège social. L'opération ne peut qu'être une création d'une entité nouvelle. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la CJUE, pour favoriser le libre établissement et la mobilité dans l'espace communautaire européen, a exigé leur reconnaissance mutuelle par les États membres. En réalité, la recherche de la levée des obstacles à la mobilité doit se faire non seulement dans l'ordre juridique de départ, qui doit permettre la sortie sans liquidation de la société, mais aussi dans l'ordre juridique d'accueil qui doit reconnaître l'existence et les effets de la personnalité juridique de la société. La reconnaissance est donc ici l'étape ultime mais non moins importante parce que sans elle, en dépit de l'autorisation de la sortie sans dissolution, il ne saurait y avoir de transfert de siège social.

Par ailleurs, la reconnaissance a une autre fonction dans les fusions et scissions. Là il ne s'agira plus seulement de reconnaître la société qui se meut dans l'ordre juridique étranger. Il s'agira aussi et surtout à l'État de départ de reconnaître la société étrangère bénéficiaire, à travers laquelle survira la société qui se déplace.

²¹⁸ Cf. supra n° 79.

²¹⁹ Sans oublier les conséquences fiscales d'une dissolution-liquidation dans l'ordre juridique d'origine suivie d'une reconstitution dans l'ordre juridique d'accueil qui ont été abordées dans la section précédente de ce même chapitre. Cf. supra 70 et s.

B- Le rôle de préalable essentiel de la reconnaissance dans la mobilité par fusion ou scission

84. La reconnaissance formelle ou la survie de la personnalité morale par une immatriculation de la société qui se meut, c'est-à-dire celle qui est absorbée, dans l'État d'accueil n'est pas une nécessité dans le cadre d'une fusion ou d'une scission. Ce n'est pourtant pas pour autant que le pacte social de celle-ci va disparaître. Cette vision qui crée une ressemblance entre la fusion et le transfert de siège social du point de vue de leurs effets et qui en fait une modalité de la mobilité des sociétés n'est pourtant pas partagée par tous. Un auteur estime ainsi que « *la société apporteuse n'a plus de personnalité morale, n'a en conséquence ni changé de nationalité, ni changé de siège social ; elle est purement et simplement inexistante juridiquement dès la réalisation de l'opération* »²²⁰. De son avis « *la fusion transfrontalière ne saurait donc être confondue avec une modification de structure similaire à une transformation sociale ou encore avec un transfert du siège social de la société apporteuse* »²²¹. Toutefois, sur ce point, nous souscrivons plutôt à l'idée que « *la société absorbée ne meurt pas dans la fusion, elle perd seulement sa personnalité juridique à l'égard des tiers, mais la conserve dans ses rapports avec la société absorbante dans la mesure des droits qui lui demeurent propres* »²²². En effet par la transmission universelle du patrimoine la société absorbée survit à travers la société absorbante au point qu'elle n'a plus besoin d'être enregistrée dans l'ordre juridique de la société absorbante. Il en résulte que nous rejoignons l'idée selon laquelle la fusion, en ne liquidant pas la société absorbée mais lui permettant plutôt de poursuivre son existence sous une personnalité nouvelle, est une opération voisine de la transformation²²³. Ainsi tout comme la transformation ne fait pas perdre sa personnalité juridique à la société transformée, la fusion non plus ne fait pas cesser son existence. La même remarque doit être faite au sujet de la scission qui, comme la fusion, permet à la société scindée de

²²⁰ M. N. MBAYE, *Fusions, scissions et apports partiels d'actifs transfrontaliers en Afrique*, thèse précitée, n° 893.

²²¹ M. N. MBAYE, *ibid.*

²²² Y. CHEMINADE, « La nature juridique de la fusion des sociétés anonymes », *RTD com.* 1970, p. 38.

²²³ Y. CHEMINADE, *ibid.*

survivre en poursuivant son existence à travers les sociétés bénéficiaires. Par ailleurs, le pacte social liant les associés, qui avait été à l'origine de la constitution de la société, est maintenu. C'est donc la loi régissant ce pacte qui change par la fusion ou scission il y a donc bel et bien changement de la *lex societatis* dans ces opérations. Par conséquent ce sont des modalités de la mobilité des sociétés²²⁴.

85. De cette nature juridique de la fusion et de la scission, il apparaît clairement que la société qui se déplace, qui correspond à celle absorbée ou scindée, n'a pas besoin d'être enregistrée puis intégrée dans l'ordre juridique d'accueil pour que son existence se poursuive. La poursuite de son existence dépend, en réalité, de la personnalité morale des sociétés bénéficiaires. Par conséquent, la reconnaissance concerne là d'abord celle des sociétés bénéficiaires ou absorbantes. Il ne s'agira pas bien sûr d'une reconnaissance dans l'ordre juridique où elles ont déjà été constituées, mais plutôt d'une reconnaissance préalable par l'ordre juridique d'origine des sociétés absorbées ou scindées. Si cet ordre juridique ne reconnaît pas la personnalité morale des sociétés bénéficiaires elle ne pourra pas admettre la validité du transfert universel du patrimoine effectué à leur profit. En effet, le bénéficiaire d'un transfert universel de patrimoine ne peut qu'être une personne juridique. Il s'ensuit que l'admission d'une fusion ou d'une scission transfrontalière ne peut se faire, par l'ordre juridique de la société absorbée ou scindée, qu'à la condition que le futur récipiendaire du patrimoine transféré ait la capacité juridique d'en bénéficier. De plus, faut-il rappeler que les fusions et scissions sont des contrats. Par conséquent, il apparaît que pour pouvoir y participer il faut, comme toute partie à un contrat, justifier d'une personnalité juridique²²⁵. Il faut donc une reconnaissance de la capacité juridique de recevoir un patrimoine universel des sociétés bénéficiaires. C'est ainsi que la reconnaissance va jouer le rôle de préalable nécessaire s'agissant de ces opérations de mobilité.

86. La reconnaissance par l'ordre juridique d'accueil, celui de la société bénéficiaire, est aussi utile. Elle sert aussi de préalable parce qu'il s'agira pour l'ordre juridique d'accueil de reconnaître l'existence de la réception d'un nouveau patrimoine venant se greffer à celui de la société qu'il régit déjà. Or le patrimoine est un attribut de la personnalité juridique.

²²⁴ À ce propos cf. supra n° 4.

²²⁵ En ces sens notamment M. N. MBAYE, *Fusions, scissions et apports partiels d'actifs transfrontaliers en Afrique*, thèse précitée, note 620.

Admettre l'existence d'un patrimoine reçu c'est avant tout admettre l'existence et la personnalité juridique de son titulaire. Au total ce sera une reconnaissance mutuelle qui jouera le rôle de préalable dans les fusions et scissions. C'est là la différence avec le rôle de la reconnaissance dans le transfert de siège social. Car, dans cette dernière opération, il n'est pas nécessaire qu'elle y soit mutuelle, et surtout elle y est l'étape ultime qui intervient seulement après la réalisation d'une formalité auprès des autorités de l'État d'accueil. Dans le transfert de siège social la reconnaissance permet à la société de s'insérer de manière autonome dans l'ordre juridique d'accueil, tandis que dans la fusion et la scission cette insertion se fait de manière plutôt indirecte par le biais de la survivance à travers la société bénéficiaire qui existe déjà dans l'État d'accueil.

Au regard de son intérêt, il convient de noter le caractère essentielle de la reconnaissance pour la réalisabilité d'une opération de mobilité. Il est donc compréhensible qu'un défaut de reconnaissance ne peut qu'être un obstacle à la mobilité des sociétés.

Paragraphe 2 : L'obstacle constitué par le défaut de reconnaissance

87. L'entrave à la reconnaissance des sociétés émanent encore des oppositions théoriques, sur le caractère réel ou fictif de la personnalité morale ou sur les systèmes d'incorporation et ceux du siège social. Ces oppositions doivent être dépassées pour faire place à la survie de la personnalité morale de la société en cas de mobilité. Or au niveau extracommunautaire, ce n'est pas encore le cas **(A)**. de plus même si on arrive à admettre théoriquement que la personnalité morale peut être reconnue par un État autre que celui où la société avait été constituée, reste à organiser de manière pratique l'intégration de la société reconnue dans le système juridique de l'État de reconnaissance. Ce sera certainement par le biais de la transformation transfrontalière. Or celle-ci n'est pas non plus réglementée lorsqu'elle est extracommunautaire **(B)**.

A- Des oppositions théoriques justifiant le refus de reconnaissance

88. L'un des obstacles à la reconnaissance des sociétés vient du débat sous-jacent sur le fondement de la personnalité morale²²⁶. La question est de savoir si la personnalité morale octroyée à la société par son État d'origine peut être maintenue par l'ordre juridique de l'État d'accueil ? À cette question, la doctrine développant la thèse de la fiction de la personnalité morale, répond par la négative. Car elle estime que la personnalité morale n'est qu'une fiction juridique émanant de la volonté d'un État, et par conséquent, dont la reconnaissance est limitée au territoire et par les autorités de ce seul État. La personnalité

²²⁶ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, tome 2, PUF, 2^{ème} éd, n° 1055 ; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 55 .

morale de la société est ici considérée comme un « *bienfait de la loi cessant quant celle qui l'a accordée est écartée par les associés* »²²⁷. Appliquée à la mobilité, cette théorie bloque toute possibilité de transfert international de siège social valable. En effet étant donné que la personne morale disparaîtrait au franchissement des frontières de l'État d'origine on serait alors plutôt dans une opération de dissolution puis reconstitution d'une personne morale nouvelle. Cela serait en totale opposition avec la mobilité par transfert de siège qui exige la survie de la personnalité morale. Cet obstacle serait justifié en droit OHADA, tout comme en droit français, par le fait que le bénéfice de la personnalité morale est très liée à l'immatriculation²²⁸. En effet, les sociétés commerciales ne deviennent des personnes morales qu'à partir de leur immatriculation. Ce serait dès lors la preuve, selon cette doctrine, que leur existence juridique ne tient qu'à la volonté d'un État et n'est valable qu'aux yeux des autorités de ce dit État.

89. C'est précisément sur le rôle de l'immatriculation que la théorie de la fiction s'oppose à une autre thèse dite de la réalité de la personnalité morale. En effet, les tenants de cette doctrine défendent l'idée selon laquelle la personnalité morale des sociétés est bien une réalité. Car l'immatriculation n'a pas une fonction constitutive, comme développé par les tenants de la thèse de la fiction, mais seulement déclarative. L'application de cette deuxième conception, plus favorable à la mobilité, aboutirait à une reconnaissance automatique. Autrement dit à une survie systématique de la personnalité morale au-delà des frontières de l'État où la société a été constituée.

90. La jurisprudence de la Cour de cassation française a écarté la thèse de la fiction. Elle a affirmé que la personnalité morale n'était pas une création de la loi, mais qu'elle appartenait, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés²²⁹. Au vu de la forte influence du droit français sur le droit OHADA, nous pouvons sans doute croire que cette solution a de forte chance d'être appliquée par le juge

²²⁷ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, op. cit., n° 1055.

²²⁸ Article 210-6 du Code de commerce et article 98 AUSGIE.

²²⁹ Cass. Civ. 2^e, 28 janvier 1954, *JCP* 1954, II, 7958 ; *Gr. Arrêts jurisp. Civ.*, Dalloz, t. I, 12^e éd., 2007 par F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, n° 19.

africain qui serait saisi de la même question²³⁰. Dans cette hypothèse cet obstacle théorique ne frapperait plus la mobilité extracommunautaire des sociétés de l'espace OHADA.

91. Toutefois, concernant la mobilité le ralliement de la jurisprudence à la thèse de la réalité n'est pas, comme il aurait été logique, une consécration de la reconnaissance de plein droit des sociétés. Nous notons en droit international des sociétés plutôt l'application d'une solution intermédiaire qui n'est ni la thèse de la fiction, qui aurait empêché aux personnes morales de produire des effets en dehors du territoire de leur constitution, ni la thèse de la réalité qui aurait pour conséquence une reconnaissance automatique. Cette troisième solution ne crée pas de lien entre le fondement de la personnalité morale et la reconnaissance. Ainsi concrètement elle peut se résumer ainsi : *« d'une part, la théorie de la fiction ne devrait pas interdire aux personnes morales de produire des effets hors de leur territoire de naissance car dans les rapports internationaux, la reconnaissance de fictions juridiques est acceptée et d'autre part, la réalité ne postule pas l'automatisme car la reconnaissance est moins un problème juridique que politique »*²³¹. Cette solution pragmatique est donc celle du droit international des sociétés où la reconnaissance n'est ni automatiquement exclue et ni automatiquement accordée. Cela reste imprévisible pour les sociétés. Ainsi ce premier obstacle demeure sur le chemin de la mobilité extracommunautaire.

92. Un autre obstacle se dresse sur le chemin de la reconnaissance et de la mobilité consécutivement. C'est celui qui vient de l'opposition entre les systèmes d'incorporation et ceux du siège social. L'enjeu se situe dans la régularité de l'immatriculation ou de la constitution de la société dans son État d'origine, sachant qu'une immatriculation irrégulière peut être un frein à la reconnaissance. Dans les systèmes d'incorporation il est admis que la société est valablement créée lorsque sa constitution est régulière selon le droit d'un État même si elle n'y exerce pas principalement son activité. Cependant dans les systèmes du siège social il ne suffit pas que la société soit constituée selon les règles de l'État de constitution pour être valablement immatriculée. Car il faut en outre que ce dit État soit compétent, autrement dit que la société y ait son siège social réel, le centre de direction de son activité. Par conséquent, dans ce dernier système la personnalité morale

²³⁰ En ce sens, D. POHE, « Personnalité morale », in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 1348, n° 10.

²³¹ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 56.

d'une société ne peut être reconnue qu'à la double condition qu'elle ait non seulement été constituée et immatriculée dans l'État étranger où elle a son siège réel, mais aussi qu'elle y ait été constituée en respectant les règles de droit de ce dit État d'origine. C'est ainsi que l'on peut arriver à ne pas reconnaître une société valablement constituée par incorporation dans un État étranger parce que son siège réel se situe dans un autre État. Cette position avait été celle de certaines dispositions nationales européennes avant l'affirmation par la CJCE de leur contrariété au droit d'établissement communautaire dans les arrêts *Centros*²³², *Überseering*²³³ et *Inspire Art*²³⁴. Nous ne connaissons par pour le moment la position du droit OHADA, la CCJA n'ayant pas encore été saisie sur cette question, mais nous savons qu'un certains nombres d'États ayant opté pour système du siège réel ont infléchi leurs positions, ce qui les amène à dépasser ce blocage en reconnaissant la personnalité juridique aux sociétés créées par incorporation dans un État où elles n'ont pas leur siège effectif. C'est notamment le cas du droit français qui, hormis l'hypothèse de fraude manifeste, reconnaît la personnalité de la société qui a été régulièrement constituée selon la loi de l'État d'immatriculation même si son siège social effectif ne s'y situe pas²³⁵. Toutefois, le dépassement de cet obstacle théorique est limité à la communauté économique qu'est l'UE. Il n'est pas dit que dans le cadre d'une mobilité extracommunautaire l'opposition entre le système d'incorporation et celui du siège réel ne constituera pas une entrave à la mobilité. Car le libre établissement n'imposera plus de le lever.

Cela dit, le juge communautaire africain n'ayant pas encore tranché cette question, il nous est impossible d'affirmer qu'une société incorporée dans un État étranger sera reconnu au sein de l'espace OHADA. Par conséquent l'opposition entre la théorie du siège et celle de

²³² CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Centros*, *JDI* 2000, p. 484, obs. M. LUBY ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 705, note J.-Ph. DOM ; *D.* 1999, *Cahier droit des affaires*, jurisp., p. 550, note M. MENJUCQ.

²³³ CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 452, note M. LUBY ; *JCP E* 2003, n° 448, note M. MENJUCQ ; *Rev. Crit. DIP* 2003, p. 508 et s., note P. LAGARDE ; *Rev. Soc.* 2003, p. 315, note J.-Ph. DOM ; *Gaz. Pal.* 25 et 26 juin 2003, p. 27, obs. M.-L. NIBOYET.

²³⁴ CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, C-167/01, *JCP G* 2004, II, 10002, note M. LUBY ; *D.* 2004, jurisp., p. 491, note E. PATAUT, *JCP E* 2004, p. 252, note V. MAGNIER ; *Rev. Crit. DIP* 2004, p. 151, note H. MUIR WATT ; *Rev. Sociétés* 2004, p. 135, note J.-Ph. DOM.

²³⁵ À ce propos cf. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n°56 ; M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ, 1997, n° 178 et s.

l'incorporation sera encore considérée comme un obstacle potentiel à la reconnaissance ainsi qu'à la mobilité extracommunautaire.

93. En définitive, il apparaît que ces obstacles théoriques ont encore une certaine vigueur. Ils ne permettent pas de garantir la reconnaissance d'une société étrangère au sein de l'OHADA ainsi que celle d'une société OHADA au niveau extracommunautaire. Pour favoriser la mobilité extracommunautaire des sociétés il aurait fallu que « *les réalités de la vie économique pratique aient davantage de poids que les aspects théoriques du droit des personnes morales* » comme le faisait à juste titre remarquer l'avocat général JÄÄSKINEN dans ses conclusions dans l'arrêt *Vale*²³⁶. Par conséquent il serait bienvenu que les oppositions théoriques, en dépit de leur richesse, ne soient plus des barrières infranchissables à la mobilité. Encore faut-il que la société qui sollicite reconnaissance respecte le régime juridique de l'État étranger pour pouvoir s'y insérer sans heurts.

B- L'absence de réglementation de la transformation transfrontalière, un obstacle pratique à la reconnaissance

94. Si elle est admise théoriquement, la reconnaissance est soumise, d'un point de vue pratique, à l'obligation pour la société de se fondre parfaitement dans l'ordre juridique de l'État d'accueil. Il faut pour cela qu'elle s'adapte aux exigences du droit de l'État qui la reconnaît. À ce propos, l'article premier de l'AUSCGIE dispose que « *toutes personnes, quelle que soit leur nationalité, désirant exercer en société, une activité commerciale sur le territoire de l'un des États parties, doivent choisir l'une des formes de société qui convient à l'activité envisagée, parmi celles prévues par le présent Acte uniforme* ». De là nous voyons bien que l'une des adaptations qui peut se révéler inévitable et récurrente a trait à la forme juridique de la société, en sachant que d'une part malgré les similarités de noms les

²³⁶ CJUE 12 juill. 2012, *Vale Epitési*, C-378/10, Concl. Point 46. Sur les faits de cet arrêt cf. infra n° 96.

formes sociales ne sont pas toujours strictement identiques²³⁷. D'autre part la forme sociale d'origine peut ne pas être connue ou consacrée par l'ordre juridique d'accueil. À titre d'exemple, la société par action simplifiée (SAS), avant la dernière révision l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et GIE²³⁸, n'était pas une forme sociale connue par le droit OHADA. Cela, avant l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme révisé, aurait pu être un frein à la reconnaissance comme telle d'une SAS française dans l'ordre juridique communautaire africain. De même, la reconnaissance d'une société en commandite par action, qui est une forme sociale inconnue du droit OHADA²³⁹, va poser problème. La solution est alors la transformation de la société qui se meut pour adopter une forme sociale admise par l'État d'accueil et conforme aux exigences de son droit.

95. Par ailleurs, il arrive que, quand bien même la société est sous une forme connue de nom par le droit de l'État d'accueil, d'autres exigences la conduisent à devoir se transformer pour s'intégrer dans cet ordre juridique. C'est le cas, par exemple, d'une SA de droit OHADA qui désirerait se mouvoir vers un pays comme la France. Dans cette hypothèse même si sa forme sociale ne sera pas un obstacle, puisque cette forme de société est connue en droit français, il reste que les conditions de constitution d'une SA ne sont pas forcément les mêmes. En effet le capital social minimum d'une SA en droit OHADA est de 10 000 000 de FCFA soit environ 15500 euros²⁴⁰. Or le capital minimum d'une société de cette forme en droit français est de 37 000 euros²⁴¹. Une différence qui peut s'expliquer facilement par l'inégalité entre les États concernés sur le plan économique. Ainsi une SA de droit OHADA constituée avec un capital minimum ne peut pas être reconnue tout en gardant cette forme sociale dans l'ordre juridique français. Il lui faudra augmenter son capital ou alors se transformer en SARL ou en SAS, qui n'exigent aucun montant minimum pour leur constitution, avant d'être reconnue.

²³⁷ C. KLEINER, « Le transfert de siège social en droit international privé », op. cit., n°51.

²³⁸ Adopté le 30/01/2014 à Ouagadougou (BURKINA FASO) ; Date d'entrée en vigueur : 05/05/2014.

²³⁹ Depuis la révision de l'AUSCGIE le 30 janvier 2014, cette forme de société a été supprimée.

²⁴⁰ Article 387 AUSC.

²⁴¹ Article L. 224-2 du Code de commerce

96. Cette transformation dans le but de s'adapter doit assez naturellement se faire conformément à la loi de l'État d'accueil qui la régit²⁴². En réalité c'est parce que cette transformation est motivée par l'objectif de se fondre dans l'ordre juridique de reconnaissance qu'il s'ensuit que ce dernier doit la régir ou s'appliquer à elle en fixant ses conditions. Or un autre problème peut survenir à ce niveau. Car comme le soulignent à juste titre des auteurs la loi de « l'État d'accueil risque de ne pas organiser clairement, voire pas du tout, l'introduction dans son ordre juridique d'une entité antérieurement constituée sous une forme sociale étrangère »²⁴³. Il arrive que ce droit de l'État d'accueil ne prévoit pas la transformation transfrontalière qu'il ne prévoit que la transformation d'une société qui est déjà sous son emprise passant d'une forme sociale qu'il connaît à une autre déjà consacrée par elle. Autrement dit, il ne reconnaît que la transformation purement interne des sociétés. Cela avait été le cas du droit hongrois dans l'arrêt dit *Vale*²⁴⁴. En effet, dans cette affaire une société de droit italien cherchait à transférer son siège social en Hongrie. Cependant les autorités de ce pays avaient refusé de l'enregistrer. Leurs motifs étaient que les seules hypothèses prévues par le droit hongrois, en matière de transformation, étaient celles d'une société hongroise d'une certaine forme en une société de droit hongrois d'une autre forme sociale. En réalité, ce n'était pas que le droit hongrois prohibait expressément la transformation transfrontalière, c'était juste qu'il ne la prévoyait pas. Il y avait tout simplement un vide juridique sur cette question. Ce vide juridique était la justification du refus de reconnaissance par les autorités hongroises. Parallèlement dans l'AUSCGIE aucun article n'aborde expressément la transformation transfrontalière ou même de manière plus générale l'insertion d'une société initialement de droit étranger dans l'ordre juridique communautaire africain. L'article 181 se contente de définir la transformation en général en disposant qu'elle « est l'opération par laquelle une société

²⁴² C. KLEINER, « Le transfert de siège social en droit international privé », op. cit., n°52.

²⁴³ M. AUDIT, S. BOLLÉE, et P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, op.cit., n°75.

²⁴⁴ CJUE 12 juill. 2012, *Vale Epítési*, C-378/10 ; D. 2012. 3009, note P.-H. CONAC; *ibid.* 2331, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLÉE ; *Rev. Sociétés* 2012. 645, note G. PARLEANI ; *RTD eur.* 2013. 181, note A.-L. SIBONY ; *Rev. Crit. DIP* 2013. 236, note J. HEYMANN; *RLDA*, 2012/76, n° 4294, note C. CATHIARD, D. PORACCHIA et T. BIERMAYER; *JCP E* 2012. 1547, note Th. MASTRULLO; *JCP G* 2012. 1089, note M. MENJUCQ ; *Bull. Joly sociétés*, n° 10, 2012. 735, note R. DAMMANN, L. WYNAENDTS et L. MARION ; *Europe*, oct. 2012. comm. 386, obs. L. IDOT ; A. TANGUY, « Le transfert transfrontalier du siège social sous le prisme de la transformation », *Rev. Droit des sociétés*, n° 12, Décembre 2012, étude 18 ; voir aussi M. MENJUCQ, « La transformation transfrontalière, nouvelle frontière de la mobilité des entreprises en Europe », in *Regards français et étrangers en hommage à Yves CHAPUT*, LexisNexis, 2014, p. 211 et s.

change de forme juridique par décision des associés ». Les articles suivants fixent quelques conditions qui semblent s'appliquer aux transformations internes ou du moins intracommunautaires. Ensuite d'autres dispositions spéciales²⁴⁵ fixent les conditions de la transformation pour chaque type de société de forme prévue par l'Acte uniforme. Puisqu'aucune disposition ne fixe les conditions de transformation des sociétés commerciales ayant une forme non prévue par l'Acte uniforme, nous pouvons légitimement penser que le régime mis en place ne concerne que la transformation des sociétés déjà régies et connues par le droit OHADA. Il ne s'applique donc qu'à la transformation interne ou intracommunautaire. Quelle règle appliquer par exemple si une société en commandite par action française veut se transformer en SARL de droit OHADA ? La question mérite d'être posée car la formulation de l'article 181 AUSCGIE, même si elle est assez large et pourrait englober la transformation internationale, il n'en demeure pas moins qu'il ne s'agit que d'une définition et les autres textes organisant le régime et posant les conditions semblent ne cibler que les sociétés de droit OHADA. Par ailleurs, comme nous l'avons déjà vu même s'il existe des sociétés avec une dénomination similaire elles ne sont pas forcément identiques à celles régies par l'Acte uniforme. On peut alors dire que tout comme le droit hongrois²⁴⁶ le droit OHADA ne régit pas l'hypothèse d'une transformation internationale ou extracommunautaire. Par conséquent, on peut se demander si le vide juridique sur le régime de la transformation internationale justifierait le refus d'un transfert international de siège vers l'espace OHADA ?

Concernant le droit le droit hongrois, la CJUE a estimé que le refus d'enregistrement ou de reconnaissance après un transfert fondé sur l'absence de dispositions relatives à la transformation internationale était constitutif d'une restriction à la liberté d'établissement des sociétés. En réalité, on ne peut pas admettre un transfert international de siège social tout en refusant la transformation internationale. Car le refus de la transformation internationale est un obstacle à la mobilité des sociétés par le transfert de leur siège

²⁴⁵ C'est l'exemple des articles 374 AUSCGIE et suivant pour les SARL, ou des articles 690 AUSCGIE et suivant pour les SA.

²⁴⁶ De même que le droit français d'ailleurs car comme le souligne un auteur « du point de vue français, aucun texte n'organise l'insertion de la société initialement de droit étranger dans notre ordre juridique », H. SYNDET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés : Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale*, thèse précitée, n° 73.

social²⁴⁷. Or à ce niveau nous nous situons pour le moment dans une hypothèse de mobilité extracommunautaire où la liberté d'établissement ou de circulation des personnes morales n'est pas consacrée. Elle n'est et ne peut donc pas être le fondement de la levée de cet obstacle. La solution doit donc venir du législateur pour être plus prévisible. Il faudrait compléter l'Acte uniforme par des dispositions sur la transformation internationale ou extracommunautaire des sociétés si le droit OHADA veut rendre possible cette mobilité. À cette occasion une autre question devra être tranchée. Celle de savoir si la transformation internationale, dans l'hypothèse où elle est admise, devra être limitée à une forme correspondant à celle que la société avait déjà empruntée. Autrement dit est ce qu'une société de personne peut, par la transformation internationale, devenir une société de capitaux ou à risque limité. Ou alors si elle est nécessairement tenue de se transformer tout demeurant une société de personne.

97. La jurisprudence de la CCJA n'est pas pour l'instant d'un grand apport sur ces questions puisque n'ayant pas été saisie à ce propos. Il faut dire qu'il est assez logique qu'avec tous les obstacles qui se dressent sur le chemin de la mobilité extracommunautaire des sociétés, qu'une question sur la transformation internationale, qui est l'une des étapes ultimes, n'aient pas encore pu atterrir sur la table de ces juges. Or la recherche de la reconnaissance des sociétés est justifiée par le rôle déterminant qu'elle joue dans leur mobilité. Ainsi, pour l'instant, elle reste théoriquement et techniquement non garantie. Elle demeure donc un obstacle à la mobilité extracommunautaire.

98. Au bout de cette section, nous notons que l'autre partie importante de la mobilité, à côté de la possibilité de quitter l'État d'origine sans être liquidée, est la reconnaissance de la société dans l'État d'accueil. Cette reconnaissance n'est théoriquement pas garantie. De même la barrière pratique en mettant en place un régime de transformation extracommunautaire des sociétés n'est pas encore levée. Or cette reconnaissance est essentielle. Car, d'une part, elle permet à la société transférant son siège social d'être inscrit dans les registres de l'État d'accueil sans qu'il soit nécessaire de s'y reconstituer. D'autre part, dans les fusions et scissions, sachant que l'inscription dans un registre de l'État d'accueil n'est pas nécessaire, la reconnaissance joue le rôle de préalable afin que

²⁴⁷ L. IDOT, « Transfert de siège social dans un autre État membre et inscription au registre », *Europe*, 2012, comm. 386, n° ; A-L. SIBONY, note précitée.

soit admis la transmission universelle de patrimoine. C'est ce qui permettra à la société scindée ou absorbée de survivre à travers la société absorbante ou bénéficiaire. Ainsi tant qu'elle n'est pas garantie elle demeurera un obstacle à la mobilité quelle que soit sa modalité.

Conclusion du Chapitre 2 :

99. La mobilité est le déplacement d'une société pour aller continuer son existence dans le territoire d'un autre État. Pour cela elle peut devoir conserver sa personnalité juridique, comme lorsqu'il s'agit d'un transfert de siège social. Dans ce cas de figure, la personnalité morale doit survivre au franchissement de la frontière de l'État d'origine de la société. La mobilité peut se faire sans survie de la personnalité juridique lorsque la société poursuit son existence à travers une autre société. Dans ce second cas de figure, la reconnaissance servira de préalable à la validité de l'opération. Dans toutes les hypothèses la reconnaissance demeure essentielle pour que la mobilité puisse se réaliser. Le refus de reconnaissance en est un obstacle. Cet obstacle doit être levé du point de vue juridique en ne considérant plus que la société perd systématiquement sa personnalité morale et son existence lorsqu'elle quitte l'État de sa constitution. Le cas échéant il faut aussi et surtout mettre en place le régime de son insertion dans l'ordre juridique d'accueil, autrement dit prévoir des dispositions sur la transformation transfrontalière.

Par ailleurs, du point de vue fiscal, il y a un obstacle lorsqu'on considère que la société qui se meut disparaît et cesse son activité. Pour le lever il faudrait appliquer le régime de faveur à la mobilité extracommunautaire en ne lui appliquant pas le traitement d'une cessation de l'activité. Or, pour le moment, ce n'est pas près d'être le cas dans les législations des États membres de l'espace OHADA qui pour certaines, comme nous aurons à le voir, ne l'ont même pas encore consacré pour la mobilité intracommunautaire²⁴⁸.

²⁴⁸ Cf. infra n° 176.

CONCLUSION DU TITRE 1 :

101.La réalisation d'une mobilité extracommunautaire relèverait quasiment du miracle, du « *mythe inaccessible* »²⁴⁹, en l'état actuel du droit des États membres de l'OHADA. Elle doit d'abord faire face au conflit mobile qui cause un traitement non unifié des opérations. Il y a ainsi une difficulté de coordination des lois, qui ne font que se juxtaposer, et des autorités des États concernés afin de régler toutes les questions qui se posent. En outre, ces États concernés, quand ils n'interdisent pas purement et simplement de telles opérations, les entravent dès la prise de décision exigeant l'unanimité. Elles sont aussi bloquées dans l'État d'accueil où leur reconnaissance n'est pas garantie. Or nous savons que les conséquences du défaut de survie de la personnalité morale et de maintien de l'existence de la société sont trop néfastes sur plan juridique et fiscal pour prendre le risque de les supporter.

Sur le plan juridique, une solution pourrait provenir de l'harmonisation du régime des opérations par l'adoption de conventions internationales relatives à la mobilité des sociétés. Ainsi pourrait-on régler par la même occasion la question de la reconnaissance mutuelle des sociétés. Sur le plan fiscal il faudrait accorder un régime de faveur aux opérations de mobilité, ne pas leur infliger les conséquences d'une cessation d'activité. Or cela s'avérera bien plus difficile face à la diversité des États du point de vue économique qui ne voient pas d'un bon œil l'aspiration de libre circulation internationale des sociétés. La mobilité extracommunautaire reste donc en recherche de sa fluidité sans être sûre de la trouver dans un futur proche.

Par ailleurs, si les obstacles sont tenaces au niveau extracommunautaire, nous noterons des avancées notables pour la mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA la rendant tout à fait envisageable, même si c'est dans des hypothèses assez rares. Ainsi nous ne pourrions que constater la déficience de sa quête de fluidité.

²⁴⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1801.

TITRE 2 : LA QUETE DEFICIENTE DE FLUIDITE DE LA MOBILITE

INTRACOMMUNAUTAIRE

102. Les États membres de l'espace OHADA ne se sont pas contentés d'harmoniser leurs législations relatives au droit des sociétés. Ils sont allés plus loin en uniformisant²⁵⁰ le régime juridique applicable aux sociétés commerciales. Par conséquent, lorsqu'une société commerciale se meut dans cet espace communautaire africain il n'y a pas de conflit de lois. En effet, puisque de l'État d'origine à l'État d'accueil les dispositions sont identiques à tout point, il n'y a en réalité pas de changement de la loi applicable à la société en cas de mobilité intracommunautaire. Il n'y a plus précisément pas de conflit mobile selon la définition qui en est donnée²⁵¹. Car le changement de rattachement n'entraîne aucune soumission de la société successivement à deux systèmes juridiques différents, elle reste plutôt sous l'emprise du même ordre juridique : l'ordre juridique communautaire de l'OHADA²⁵². Cela a l'avantage de conduire à un traitement unitaire des opérations de

²⁵⁰ Nous rappelons que l'harmonisation renvoie à l'atténuation des divergences entre les législations nationales des États membres. Or l'uniformisation est faite par l'OHADA parce qu'elle substitue aux législations nationales divergentes une réglementation identique et unique applicable dans tous les États membres. Cf. G. NGOUMTSA ANOU, « Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) », LexisNexis, Jurisclasseur Droit international, fasc. 170, 2014, n°4 ; J. ISSA-SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », *Rev. dr. unif.*, 1999-1, p. 6 ; J. ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, OHADA, *Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit uniforme africain, 2002, n° 198, p. 93 ; P.-G. POUGOUÉ, « OHADA, Instrument d'intégration juridique », *Rev. africaine sc. jur.*, 2001, vol. 2, n° 2, p. 11 s. ; A. P. SANTOS et J. Y. TOE, OHADA, *Droit commercial général*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit uniforme africain, 2002, n° 7, p. 5. – F.-M. SAWADOGO, OHADA, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit uniforme africain, 2002, p. 16.

²⁵¹ Notamment par H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, L.G.D.J., Tome 1 (8^e édition), Paris, 1993, p. 517, n° 318.

²⁵² Sur l'avènement d'un véritable ordre juridique de l'OHADA cf. P.-G. POUGOUE, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », in *Encyclopédie du droit OHADA*, op. cit., p. 1328, n° 36 et s. ; v. également J. ISSA-SAYEGH, « L'ordre juridique OHADA », Communication au Colloque ARPEJE/IDEF, ERSUMA, Porto Novo 3-5 juin 2004, www.ohada.com/doctrine, D-04-02.

mobilité. Il n'est plus questions d'appliquer plusieurs lois de manière distributive ou cumulative pour traiter une même opération²⁵³.

Cette absence de conflit de lois et de conflit mobile va déteindre sur ce régime juridique unitaire applicable à la mobilité intracommunautaire. En effet, la fusion, la scission et le transfert intracommunautaire de siège social, dans ce cadre, sont comparables à ces mêmes opérations mais limitées sur le territoire d'un seul et même État. C'est par ce biais que le législateur a dans une certaine mesure simplifié juridiquement la mobilité intracommunautaire. Il lui a étendu le régime des fusions et scissions internes ainsi que celui du transfert interne de siège social. De ce point de vue les obstacles juridiques sont pour la plupart en train d'être levés (**Chapitre 1**)²⁵⁴.

103. Par ailleurs, si l'absence de conflit mobile a une incidence favorable sur le traitement juridique de la mobilité intracommunautaire des sociétés, il n'en est pas toujours de même pour ce qui est de la fiscalité. En réalité, celle-ci ne fait aucune faveur à la mobilité intracommunautaire. Pas plus qu'elle n'en faisait d'ailleurs à la mobilité extracommunautaire. Dans ces conditions on pourrait penser que la mobilité intracommunautaire est tout aussi entravée ou freinée que la mobilité extracommunautaire. Car comme nous l'avons déjà dit la fiscalité est l'obstacle le plus insurmontable à la mobilité des sociétés parce qu'elle touche directement au portefeuille. Cependant on pourra constater que certains États membres de l'espace communautaire africain ont franchi le pas, de manière solitaire certes, d'accorder le régime fiscal de faveur aux opérations de mobilité intracommunautaire. Cela nous laisse croire qu'il est possible, dans un futur assez proche, que tous les États finissent par faire de même, en s'inspirant par exemple de la directive européenne sur la fiscalité des fusions²⁵⁵. Car même s'il apparaît que l'unification totale de la fiscalité est pour le moment utopique, celle de certains domaines comme les

²⁵³ Sur les difficultés soulevées par cette application de deux lois différentes cf. supra n° 45 et s.

²⁵⁴ Cette extension du régime des fusions internes aux fusions intracommunautaires existe aussi en droit français même si elle n'est que partielle contrairement au système mis en place dans les pays de l'espace OHADA. En effet, l'article L. 236-25 du Code de commerce dispose que les sociétés de capitaux immatriculées en France participent aux fusions transfrontalières dans les conditions prévues aux dispositions particulières aux fusions transfrontalières des articles L. 236-25 à 236-32 du même code, ainsi qu'à celles non contraires aux sections 1 et 2 du chapitre sur les fusions nationales.

²⁵⁵ Directive 2005/19/CE modifiant la directive 90/434/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports partiels d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents.

fusions ou transfert de siège social peut être envisageable au sein de l'espace OHADA. Par conséquent, nous pouvons cheminer là aussi vers la levée de l'obstacle fiscal (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : VERS UNE LEVEE DES OBSTACLES JURIDIQUES

104.La mobilité intracommunautaire des sociétés dans l'espace OHADA a été simplifiée pour être réalisable parce qu'elle a la même incidence sur la loi applicable que les opérations de fusion, scission ou transfert de siège purement internes. L'identité du régime juridique applicable entre l'État d'origine et l'État d'accueil neutralise l'obstacle du conflit mobile. C'est la raison pour laquelle l'Acte uniforme ne prohibe pas la possibilité de réaliser les fusions ou scissions intracommunautaires ainsi que le transfert dans l'espace OHADA du siège social. Il l'autorise expressément au contraire²⁵⁶. De plus l'Acte uniforme la simplifie par un traitement unitaire qui permet de régir l'ensemble de l'opération de mobilité par la même loi. Ainsi dispose-t-il en son article 199 que « *chaque société concernée est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme dans l'État partie de son siège social* ». Le régime juridique de la mobilité intracommunautaire découle donc exclusivement de l'Acte uniforme lui-même. La mobilité intracommunautaire suit de ce fait un régime juridique unitaire qui fait échos à l'unité même de l'opération. En effet elle devient cette « *opération d'ensemble qui a une unité et une finalité* »²⁵⁷ comme l'a souhaité un auteur, et non cette « *juxtaposition d'opérations isolées* »²⁵⁸ soumises à plusieurs lois.

En outre la simplification de la mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA découle aussi d'un régime juridique établi et donc prévisible. De plus, il n'est pas aussi contraignant que celui de la mobilité extracommunautaire, ce qui permet à l'assemblée générale de prendre la décision de changer le rattachement de la société dans l'espace communautaire sans trop d'entraves (**Section1**).

Par ailleurs du côté de l'État d'accueil, la survie de la personnalité juridique de la société ou sa reconnaissance est garantie sans qu'il soit systématiquement nécessaire de procéder à sa transformation. Car elle reste dans l'ordre juridique qui lui a accordé sa personnalité

²⁵⁶ Cf. article 27 AUSCGIE pour le transfert intracommunautaire de siège, et article 199 AUSCGIE pour les fusions et scissions intracommunautaires.

²⁵⁷ J. BEGUIN, « La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières », *in Propos impertinent du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 19 et s., n° 20.

²⁵⁸ J. BEGUIN, « La difficile harmonisation européenne... », *ibid*, n°20.

juridique. Surtout une bonne coordination des autorités lui permettra de s'installer dans l'État d'accueil d'être inscrite dans ses registres, si nécessaire, tout en préservant sa personnalité juridique tout au long de l'opération. Cependant, du côté de l'État membre d'accueil, même si la société sera reconnue, il ne lui est pas garanti qu'elle puisse y exercer toute activité. En effet sa nationalité peut être un obstacle. Car certaines activités dans l'État d'accueil seront susceptibles d'être réservées aux nationaux. Ainsi la société étrangère qui vient d'y migrer ne pourra jouir du droit de les exercer. En l'absence de principe libre établissement, qui aurait permis de faire cesser les discriminations liées à la nationalité, il y a donc là seulement une levée partielle des obstacles relatifs à l'accueil de la société au sein de l'État membre d'arrivée (**section 2**).

Section 1 : La levée des obstacles par l'extension du régime des opérations de restructuration internes à la mobilité intracommunautaire

105.Le régime juridique de la mobilité intracommunautaire est calqué sur celui des opérations internes de fusion, scission et transfert de siège purement internes. Il y a là une extension totale du régime des fusions et scissions internes de même que celui du transfert interne de siège social aux opérations intracommunautaires. Ce qui marque une différence avec la directive 2005/56/CE en droit européen, qui elle ne procède qu'à une extension partielle du régime des fusions internes aux fusions transfrontalières, puisqu'à coté des dispositions applicables aux fusions nationales qui leur sont aussi applicables il y a aussi des règles matérielles spécifiques prévues pour s'appliquer aux fusions transfrontalières²⁵⁹. Ainsi les conditions permettant aux associés de prendre la décision de déplacer le rattachement de la société dans un autre État membre de l'espace communautaire OHADA sont-elles les mêmes que s'ils avaient juste souhaité déplacer le siège social tout en restant sur le territoire d'un même État. Par conséquent, le régime juridique en place n'est pas un frein à la mobilité intracommunautaire. Il lui est plutôt aussi favorable qu'il ne l'est pour les opérations purement domestiques. C'est ainsi que d'une part nous pourrions constater qu'au niveau de l'État d'origine la prise de décision n'est pas entravée. L'unanimité n'est, par exemple, pas systématiquement exigée (**Paragraphe 1**). D'autre part, nous verrons que le processus de la mobilité intracommunautaire lui-même est aussi simplifié grâce à ce traitement juridique des opérations comme si elles se déroulaient dans le territoire d'un seul et même État membre. Elles n'appellent pas application de deux systèmes juridiques différents (**Paragraphe 2**).

²⁵⁹ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 357 et s.

Paragraphe 1 : Des exigences non contraignantes pour la ratification de la mobilité intracommunautaire

106.La prise de décision qui pouvait constituer le premier obstacle à la mobilité lorsqu'elle est extracommunautaire ne l'est plus vraiment lorsqu'il s'agit de migrer vers un État membre de l'espace communautaire africain. En effet, comme nous avons pu le voir, dans la mobilité extracommunautaire la prise de décision des associés est entravée par des règles d'assemblée générale très contraignante visant à protéger les associés des conséquences du conflit mobile²⁶⁰. En revanche, dans la mobilité intracommunautaire la prise de décision est soumise aux règles de la fusion, de la scission et du transfert de siège social internes, qui ne constituent pas un réel obstacle. D'abord la possibilité de réaliser cette mobilité intracommunautaire est ouverte de manière assez extensive à toutes les sociétés pourvu qu'elles aient la personnalité juridique **(A)**. Ensuite la contrainte majeure que constituait l'unanimité est souvent levée au profit d'une simple exigence de l'accord de la majorité des associés **(B)**.

A- L'éventail large des sociétés éligibles à la mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA : une mobilité généralisée à toute forme de sociétés

107.Il est établi, dans le droit de l'espace OHADA, qu'elles soient purement domestiques ou intracommunautaires les opérations de fusions, de scissions et de transferts de siège social ont le même régime juridique. Par conséquent, pour savoir quelles sociétés peuvent réaliser une opération de mobilité intracommunautaire, il suffit de se reporter à la liste des sociétés qui peuvent de manière domestique fusionner, se scinder ou encore transférer leur

²⁶⁰ Cf. supra n° 36 et s.

siège social. Or sur ce point, alors qu'aucune précision n'est apportée s'agissant de la mobilité extracommunautaire, nous constatons que le droit OHADA est assez permissif puisque toutes les sociétés qui ont la personnalité morale²⁶¹ sont éligibles à ces opérations au sein du territoire d'un seul et même État, et par conséquent elles le sont à la mobilité intracommunautaire. C'est ainsi que contrairement à la directive européenne n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005 relative aux fusions transfrontalières, qui limite son champ d'application aux sociétés de capitaux, le droit OHADA ne restreint pas la liste des sociétés éligibles à la mobilité intracommunautaire par transfert de siège de même que par fusion ou scission. C'est un des avantages de la transposition totale des règles applicables aux opérations de restructuration internes à la mobilité intracommunautaire dans le système communautaire africain. Car à l'inverse, s'agissant de la mobilité extracommunautaire, il arrive que certains États la prohibent à certaines sociétés commerciales si ce n'est à toutes. De même dans d'autres espaces communautaires comme celui européen, à titre d'exemple, il arrive aussi que la mobilité intracommunautaire soit impossible pour certaines sociétés. Toutefois, il faut souligner qu'en Europe, grâce encore une fois à la jurisprudence de la CJCE, la liste des sociétés pouvant s'adonner à une opération de fusion intracommunautaire a été élargie au-delà des sociétés de capitaux comme l'avait prévu la directive n° 2005/56/CE. En effet, dans son arrêt *Sevic*²⁶² la Cour de justice a généralisé les fusions transfrontalières à toutes formes de société estimant qu'elles « *constituent des modalités particulières d'exercice de la liberté d'établissement* » posée par les articles 43 et 48 du traité CE. Cette solution a pu être justifiée par le fait qu'« *à l'instar des autres opérations de transformation, les fusions transfrontalières répondent aux nécessités de coopération et de regroupement entre sociétés établies dans des États membres différents* »²⁶³. De toute évidence la décision rendue, qui fait fi de la directive européenne n° 2005/56/CE, rapproche la situation des sociétés de l'espace européen à celles de l'espace OHADA. Car s'agissant des fusions et des scissions, sont admises à se mouvoir dans l'espace communautaire africain, par ces mécanismes, aussi bien les sociétés de personnes que celles de capitaux. D'abord les sociétés de capitaux

²⁶¹ Sont donc exclues de facto les sociétés telle que la société en participation qui se caractérise par le fait qu'elle n'a pas la personnalité morale puisqu'elle n'est pas immatriculée (article 854 AUSCGIE) ainsi que les sociétés de fait et les sociétés créées de fait non reconnues.

²⁶² CJCE, 13 décembre 2005, aff. C-411/03, D. 2006.451, note M. LUBY; *Bull. Joly sociétés* 2006.771, note G. BARANGER ; *Rev. crit. DIP* 2006.662, note J. HEYMANN ; *JCPE* 2006.1272, obs. R. DAMMANN.

²⁶³ M. LUBY, CJCE, 13 décembre 2005, aff. C-411/03, note préc.

(société à responsabilité limitée, société anonyme et société par action simplifiée), qui sont plus enclines à réaliser ces opérations de regroupement, sont autorisées de manière naturelle et expresse par des dispositions spécifiques²⁶⁴ à faire des opérations de fusion et scission domestiques et donc par extension intracommunautaires. Ensuite les sociétés de personnes (société en nom collectif, société en commandite simple), qui ne sont quasi jamais parties à une opération de fusion ou de scission, n'ont aucun empêchement venant du législateur communautaire de réaliser ces opérations. En effet, même si aucune de leurs dispositions spéciales n'aborder la question de leur faculté à réaliser des fusions ou des scissions, les dispositions générales relatives à ces opérations, qui leur sont bien applicables, les autorisent par conséquent à se mouvoir au sein de l'espace communautaire par le biais de ces mécanismes sus évoqués.

S'agissant de la mobilité par transfert de siège social, le même constat peut être fait puisque l'Acte uniforme en son article 27 permet à toutes les formes de sociétés qu'il régit de transférer leur siège social non seulement au sein du territoire d'un même État voire de la même ville mais aussi vers un autre État membre. Il exige juste le respect de certaines conditions qui sont les mêmes notamment celles liées aux assemblées habilitées à prendre cette décision sur lesquelles nous reviendrons²⁶⁵.

108. Par ailleurs, l'Acte uniforme admet la possibilité pour les sociétés dissoutes ou en cours de liquidation à l'amiable de réaliser les opérations de fusion ou de scission. Par extension, on peut donc dire que les sociétés en cours de liquidation ou dissoute peuvent se mouvoir dans l'espace communautaire par le biais de ces mécanismes. Cette opération est possible parce que la société conserve encore sa personnalité morale pendant la période allant de la décision de dissolution à la clôture de la liquidation. C'est pourquoi deux conditions cumulatives sont posées. D'abord ces sociétés ne peuvent qu'être absorbées, ce qui est logique au regard de leur état de société en voie de dissolution ou liquidation. Elles ne peuvent donc pas absorber une autre société pour en suivant être dissoute avec elle. Ensuite les parts de la société ne doivent pas avoir déjà été redistribuées aux associés, autrement dit la liquidation ne doit pas avoir été clôturée. Sur ce point, on peut se demander si seulement un commencement de redistribution suffit à empêcher la possibilité

²⁶⁴ S'agissant des SA voir les articles 671 à 689 de l'AUSCGIE ces dispositions étant aussi applicables à la SAS en vertu de l'article 853-3 de l'AUSCGIE ; les articles 382 et 383 de l'AUSCGIE pour les SARL.

²⁶⁵ Cf. infra n° 123 et s.

de réaliser une opération de fusion ou de scission, ou bien faut-il considérer que tant que l'ensemble des actifs de la société en cours dissolution ne sont répartis aux associés l'opération reste permise. Contrairement au Code de commerce français²⁶⁶, l'Acte uniforme n'apporte aucune précision sur ce point. Ce défaut de précision peut être considéré comme pas nécessaire, puisque les fusions et scissions sont des techniques de transmission universelle du patrimoine par conséquent elles sont impossibles à réaliser dès lors qu'une partie du patrimoine a fait l'objet d'une redistribution. Cependant nous pouvons aussi estimer que le régime posé par l'Acte uniforme est juste moins prohibitif que celui du Code de commerce. Qu'il laisse plus de possibilité en acceptant la participation à une fusion intracommunautaire d'une société en liquidation dont une partie des actifs a déjà été répartie. Il faut souligner enfin que la liquidation dont il s'agit n'est pas celui qui émane d'une procédure collective comme le pose l'article 203 alinéa *in fine* de l'AUSCGIE.

109. Au-delà d'admettre la possibilité pour toute société ayant une personnalité juridique de se regrouper par le biais du mécanisme de la fusion ou de la scission intracommunautaire, le droit OHADA permet à des sociétés de formes différentes de fusionner procédant ainsi à une mobilité intracommunautaire²⁶⁷. En d'autres termes, si nous nous référons aux régimes juridiques de la fusion, par exemple, il apparaît qu'une mobilité peut être engendrée par l'absorption d'une société anonyme par une société en nom collectif. Or nous savons que ce type de fusion entre sociétés qui ne sont pas du même type pose des problèmes spécifiques que le législateur doit trancher²⁶⁸. Il doit notamment encadrer le risque existant de voir les associés de la société absorbée de subir une augmentation de leurs engagements. Or un examen des dispositions de l'Acte uniforme révisé relatif aux sociétés commerciales permet d'observer qu'il n'a posé que le régime des fusions entre SA et SARL, ainsi que celui de la fusion-absorption d'une autre société par une SAS²⁶⁹. La raison viendrait du fait qu'il est déjà très rare de voir les sociétés de personnes fusionner entre elles qu'il est d'autant plus lorsque l'opération doit impliquer une société de capitaux.

²⁶⁶ L'article 236-1 du Code de commerce ne permet pas à une société en liquidation dont la répartition des actifs a débuté d'être partie à une opération la fusion ou la scission.

²⁶⁷ Cf. art. 196 AUSCGIE.

²⁶⁸ P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Précis Domat, 6^e édition, 2015, n° 614.

²⁶⁹ Article 853-6 AUSCGIE

En outre, économie sera faite de l'hypothèse, qui n'est à priori pas prohibée, d'une fusion entre une société commerciale avec une société à objet social spécial telle qu'une société civile. Elle ferait naître un conflit de lois entre le droit OHADA qui ne régit que les sociétés commerciales et les dispositions nationales spéciales de la société à objet social spécial. Cependant ce conflit de lois existe aussi même lorsqu'il s'agit d'une fusion purement domestique.

110.En définitive, il ressort de l'examen des dispositions de l'Acte uniforme que sont éligibles à la mobilité intracommunautaire toutes les sociétés quelles que soient leurs formes, à la condition qu'elles aient la personnalité morale. De surcroît, même l'état de société en liquidation n'est pas un frein à la mobilité si la répartition des actifs n'est pas clôturée. Sur ce point, il n'y a donc pas de grandes restrictions quant à la possibilité pour les sociétés de circuler dans l'espace communautaire africain. Toutefois, la levée des obstacles ne s'arrête pas en si bon chemin puisqu'une barrière majeure, que représentait l'exigence systématique de l'unanimité, va aussi céder, dans certains cas de figure, au profit de la mobilité intracommunautaire des sociétés dans l'espace OHADA.

B- Une exigence d'unanimité assouplie au profit de la mobilité intracommunautaire

111.Comme nous avons eu à le rappeler, l'unanimité était une condition très difficile à remplir lorsqu'il s'agit de procéder à une mobilité des entreprises. De plus, la difficulté est accentuée dans les grandes sociétés qui comprennent plusieurs associés puisque leur nombre ainsi que les intérêts divergents de ces derniers sont un obstacle à l'unanimité elle-même²⁷⁰. De là, l'unanimité était l'une des premières entraves à la mobilité des sociétés puisqu'elle était liée à la première phase qu'est la prise de décision de transférer son siège social à l'étranger, de fusionner ou de se scinder au profit de sociétés localisées dans un autre État. Par conséquent, pour simplifier les opérations de mobilité il fallait réduire les

²⁷⁰ Cf. supra n° 41 et s.

exigences quant à la majorité nécessaire pour que l'assemblée générale puisse valablement entériner la décision de mouvoir la société.

112.Le droit OHADA, qui a étendu le régime des opérations de restructuration internes à la mobilité intracommunautaire, a ainsi repris les mêmes dispositions quant au quorum et au quantum nécessaire pour décider de réaliser une opération de mobilité des sociétés. C'est ainsi que l'article 27 de l'AUSCGIE dispose que « *Le siège social peut être modifié, pour chaque forme de société, dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme pour la modification des statuts* ». Ici la mobilité est traitée comme n'importe quelle autre modification des statuts sans aucune particularité. Il apparaît alors que ces conditions varient en fonction du type ou de la forme de la société.

113.S'agissant des SARL, on sait que l'unanimité n'est exigée que lorsqu'une décision de l'assemblée générale a pour incidence de transférer le rattachement juridique de la société dans un État tiers à l'espace communautaire OHADA. Or nous savons qu'une mobilité intracommunautaire ne transfère pas le rattachement juridique de la société vers un ordre juridique différent de l'OHADA. Par conséquent, il peut en être conclu que la mobilité intracommunautaire des SARL est soumise aux dispositions de l'article 358 de l'AUSCGIE. Celles-ci ne conditionnent la modification des statuts de cette forme de société qu'à une décision prise par les associés représentant au moins trois quarts (3/4) du capital social. Ce sera donc le cas lorsqu'il s'agit d'un transfert intracommunautaire de siège social tout comme lorsqu'il s'agit d'une fusion ou une scission entraînant le rattachement de la société à un autre État partie. Car ces dernières opérations doivent aussi être approuvées dans les mêmes conditions que toute autre opération entraînant un changement des statuts²⁷¹. Au bout du compte, nous pouvons dire qu'en principe toutes les opérations entraînant le changement du rattachement de la SARL au sein de l'espace communautaire OHADA tombent sous le coup de l'article 358 de l'Acte uniforme qui n'exige qu'une approbation de la décision par une majorité de 3/4 des associés. Cependant, concernant les opérations de fusion et de scission l'article 197 alinéa 2 de l'Acte uniforme précise qu'exceptionnellement elles doivent être décidées par l'unanimité des associés lorsqu'elles provoquent une augmentation des engagements des associés. Cette exigence d'unanimité vaut aussi pour le transfert de siège social sachant que dans toute hypothèse

²⁷¹ Art. 197 al. 1 AUSCGIE

les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans son consentement²⁷². L'augmentation des engagements peut résulter, dans l'hypothèse la plus simple, de l'absorption d'une SARL par une société de personne comme la SNC ou de la transformation internationale d'une société de capitaux qui transfère son siège en société de personne. Dans ces hypothèses, la mobilité intracommunautaire des SARL, par fusion, scission ou transfert de siège social, reste soumise à l'exigence de l'unanimité dès lors qu'elle alourdit l'engagement des associés. Cependant il est parfois très difficile d'apprécier l'augmentation de l'engagement des associés. Car elle ne résulte pas toujours du régime juridique des sociétés ou plus précisément de la forme sociale. Elle peut être liée à la fiscalité qui leur sera imposée dans l'État d'accueil voire à la législation sociale, qui sont des éléments qui varient d'un pays même de l'OHADA à un autre. Dans ce cas le champ des éléments d'appréciation est plus large, il sera par conséquent plus difficile de distinguer ce qui résulte de l'augmentation des engagements de ce qui ne l'est pas. Nous noterons toutefois que l'unanimité est reléguée ici au rang d'exception, là où elle était un principe totalement absolu dans la mobilité extracommunautaire. En cela il y a un assouplissement.

114. S'agissant des SAS, l'unanimité peut aussi ne pas être exigée. En effet, l'Acte uniforme laisse une grande liberté contractuelle aux associés pour organiser déterminer les décisions qui doivent être prises collectivement²⁷³. Il dresse cependant une liste de décisions qui doivent nécessairement être prises de manière collective par les associés dans l'article 853-11 de l'AUSCGIE. Figurent dans cette liste expressément citées les fusions et scissions. Le transfert de siège social n'est pas expressément mentionné par le texte, mais ce dernier cite la dissolution de la société. Or nous savons que le transfert international de siège social, comme la fusion et la scission d'ailleurs, est une opération qui entraîne la dissolution de la société dans l'État d'origine, même si cette dissolution n'est pas suivie d'une liquidation²⁷⁴. Par conséquent, le transfert intracommunautaire de siège est aussi soumis à une décision collective. Nous pouvons alors déduire que dans cette forme de société les décisions de transférer le siège social dans l'espace communautaire, d'opérer une fusion ou scission intracommunautaire doivent être prises en assemblée collective par

²⁷² Une exigence posée aussi en den droit français par l'article 1836 du Code civil.

²⁷³ Art. 853-11 AUSGIE.

²⁷⁴ Art 191 AUSCGIE

les associés, et non résulter de la seule volonté des dirigeants. Cependant, même si le législateur impose une assemblée collective pour ce type de décision, il laisse à charge des associés de déterminer dans les statuts s'ils exigent pour cela leur accord unanime ou une simple majorité qualifiée. Ces derniers peuvent alors, grâce cette faculté, écarter l'exigence de l'unanimité pour l'approbation d'une mobilité intracommunautaire.

115.En ce qui concerne les SA, les opérations de mobilité intracommunautaire y sont normalement traitées comme des opérations entraînant une modification des statuts sans entraîner le changement de la *lex societatis*. Par conséquent, la compétence pour prendre de telles décisions reste réservée à l'assemblée générale extraordinaire (AGE). Car elle a compétence exclusive et souveraine en matière de modification des statuts²⁷⁵. En principe, cette assemblée statue à la majorité des 2/3 des voix exprimées comme le dispose l'article 554 alinéa premier de l'AUSCGIE sauf, comme nous l'avons vu pour les SARL, si par la mobilité les actionnaires augmentent leurs engagements, auquel cas ils doivent statuer de manière unanime. Par conséquent, en application du principe, la présence de tous les associés n'est même pas forcément nécessaire pour que l'AGE puisse délibérer valablement. L'Acte uniforme exige un quorum qui est la présence ou la représentation des actionnaires possédant au moins la moitié des actions sur première convocation, et le quart des actions sur deuxième convocation²⁷⁶.

116.Cependant une ambiguïté est créée par le législateur communautaire lui-même²⁷⁷. En effet il exige dans l'article 554 alinéa *in fine* de l'AUSCGIE qu'en cas de transfert du siège social de la société sur le territoire d'un autre État, sans préciser s'il s'agit d'un État membre ou non, que la décision soit prise à l'unanimité des actionnaires présents ou représentés. Cela différencie de manière inexplicable les conditions de la mobilité des SA de celle des SARL. Car pour ces dernières l'article 359 de l'AUSCGIE limite expressément l'exigence de l'unanimité à la seule mobilité extracommunautaire et à la mobilité entraînant une augmentation des engagements par l'article 197 alinéa 2 de l'AUSCGIE. Faut-il espérer qu'il s'agisse d'une simple omission de la part du législateur et non d'une restriction de la possibilité pour les SA d'opérer une mobilité par la remise en

²⁷⁵ Art. 551 AUSCGIE.

²⁷⁶ Art. 553 AUSCGIE

²⁷⁷ M. N. MBAYE, « Le transfert intracommunautaire de siège social dans l'espace OHADA », *Rev. Penant (Rev. trim. Dr. Africain)*, 2006, n° 6, p. 418.

place de la barrière que représente l'unanimité. Car il n'y a aucune cohérence à n'exiger l'approbation de la mobilité que par une simple majorité de tous les associés dont la responsabilité est limitée aux apports (ceux de la SARL et même les commanditaires de la SCS) sauf aux actionnaires de la SA. Puisqu'il n'y a aucun changement de loi applicable, l'unanimité ne doit donc pas être le principe en cas de mobilité intracommunautaire des SA tout comme elle ne l'est pas pour les SARL. Autrement, la simplification de la mobilité des sociétés risque de n'être que théorique dans l'espace OHADA. Car les SA sont les sociétés qui ont le plus de propension à effectuer des opérations de mobilité. En effet ce sont les principales sociétés de capitaux et leur puissance financière plus importante leur permet d'avoir des activités internationales qui peuvent leur donner intérêt à se mouvoir dans le but de se restructurer. C'est d'ailleurs pourquoi en droit européen, par exemple, les opérations transfrontalières les concernent d'abord. La directive européenne n° 2005/56/CE n'a-t-elle pas réservé le champ d'application des fusions transfrontalières aux sociétés de capitaux, par conséquent principalement aux sociétés anonymes ? Pour dire que les sociétés qui méritent le plus de voir leurs possibilités de se mouvoir facilitées dans un espace communautaire ont principalement la forme d'une société anonyme ou équivalente. Par conséquent, nous estimons que la mobilité des SA ne doit être approuvée que par une simple majorité des associés tout comme ça l'est pour les SARL. À défaut de précision de l'article 554 alinéa *in fine* de l'AUSCGIE, nous estimons que le juge devrait interpréter cette disposition comme étant réservée à la mobilité entraînant un changement de *lex societatis*, autrement dit à la mobilité extracommunautaire. Il en résulte que la mobilité intracommunautaire des SA doit, en principe, être décidée à la majorité des 2/3 des voix exprimées. L'unanimité ne serait qu'exceptionnellement requise, tout comme pour les SARL, lorsqu'une augmentation des engagements des actionnaires découle des opérations de mobilité.

En revanche, s'agissant d'autres sociétés, aucune ambiguïté n'existe quand au maintien de l'exigence de l'unanimité parmi les conditions de la mobilité même intracommunautaire. En effet, dans les sociétés en nom collectif toutes les décisions collectives entraînant un changement des statuts sont déjà soumises à une exigence d'unanimité²⁷⁸. C'est ainsi que la mobilité intracommunautaire, en adoptant le régime des opérations internes, ne fait pas dérogation à la règle de l'unanimité requise. Il n'empêche qu'il n'est, pour cette forme de

²⁷⁸ Art. 283 AUSCGIE.

sociétés, toujours pas plus difficile de réaliser une fusion domestique qu'une fusion intracommunautaire par exemple.

117. De même, dans les sociétés en commandite simple l'unanimité reste partiellement requise. En effet, dans ces sociétés les changements des statuts nécessitent le consentement unanime des associés commandités, mais seulement la majorité en nombre et en capital des associés commanditaires²⁷⁹. La mobilité intracommunautaire, tout comme les opérations domestiques de fusion, scission et transfert de siège d'ailleurs, reste soumise à cette règle.

118. Par ailleurs, pour la mobilité émanant, par exemple, d'une fusion entre des sociétés de forme différentes l'unanimité peut être requise lorsque le régime est prévu par l'Acte uniforme. C'est bien le cas lorsque la mobilité intracommunautaire est le fruit d'une fusion absorption d'une autre forme de société par une société par action simplifiée²⁸⁰. Le législateur garde là le souci de préserver les associés contre les risques liés à l'augmentation de leurs engagements du fait de l'absorption de leur société par une SAS. D'autant que pour cette dernière forme de société la grande liberté contractuelle laissée dans l'adoption des statuts peut défavoriser certains associés en limitant leur protection par des règles impératives fixées par le législateur.

119. Dans toutes les hypothèses où l'unanimité est requise, si la mobilité est essentielle pour la société et si elle est bien justifiée par un motif économique de gestion sociale, il peut être fait fi du vote des associés minoritaires. En effet si ces derniers s'opposent à la ratification de l'opération de mobilité alors qu'elle est nécessitée par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime à leur opposition, ils engageront leur responsabilité à l'égard de la majorité pour abus de minorité. Sachant que contrairement à la mobilité extracommunautaire il n'y a plus de conflit mobile dans la mobilité intracommunautaire des sociétés de l'espace OHADA, ils ne peuvent plus se fonder sur les incertitudes que provoque le changement de *lex societatis* pour s'opposer légitimement à la réalisation de la mobilité. Le changement de la loi applicable à la société qui était le principal risque juridique pour les actionnaires minoritaires a disparu. Par conséquent, les associés minoritaires essayant d'empêcher la mobilité par leur vote lorsque l'unanimité est requise devront donc trouver des motifs légitimes ailleurs que dans le changement de loi

²⁷⁹ Art. 305 AUSCGIE.

²⁸⁰ Art. 853-6 AUSCGIE.

applicable. Autrement, ils seront sanctionnés par la désignation d'un mandataire ad hoc aux fins de les représenter à la prochaine AGE destinée à ratifier la mobilité. Ce dernier pourra ainsi voter en leur nom dans le sens d'autoriser la mobilité de la société²⁸¹. Il en résulte que même dans les cas où elle reste requise pour la mobilité intracommunautaire le verrou de l'unanimité peut plus facilement sauter que dans le cas d'une mobilité extracommunautaire.

120.En définitive, lorsqu'elle n'est tout simplement plus exigée, l'unanimité n'est plus un obstacle aux opérations de fusions, de scissions et de transfert de siège social qu'elles soient domestiques ou intracommunautaires. En réalité, l'exigence de l'unanimité ne reste maintenue que dans les hypothèses où toute modification des statuts y est soumise, autrement dit pour les sociétés de personne particulièrement. Par conséquent, on ne peut plus la considérer comme un obstacle à la mobilité intracommunautaire au risque de devoir estimer qu'elle est une entrave à tout changement des statuts dans les hypothèses considérées. De plus, les sociétés de personnes s'adonnent rarement à des opérations de mobilité même intracommunautaire au point qu'il n'est pas bien significatif de leur fixer des conditions contraignantes. En outre, si l'exigence du vote à l'unanimité se révèle être un blocage à cause de l'opposition de certains associés minoritaires, il peut leur être reproché un abus de minorité. Dans le cas où ils s'opposeraient sans motif légitime à la réalisation d'une opération de mobilité essentielle pour la société, la nomination d'un mandataire ad hoc peut permettre de franchir l'obstacle de l'opposition de ces quelques associés minoritaires. Car ledit mandataire voterait au nom des minoritaires en faveur de la mobilité en conformité avec l'intérêt social.

Il reste le cas spécifique et non moins important des SA. Car la formulation peu claire de l'article 554 alinéa *in fine* de l'AUSCGIE peut faire craindre le maintien de l'exigence d'unanimité. Cependant, nous estimons que la cohérence voudrait que cette disposition soit interprétée comme ne soumettant l'approbation unanime de l'AGE qu'à la mobilité extracommunautaire, tout comme l'a fait expressément l'article 359 AUSCGIE pour la SARL. En plus de la neutralisation de la contrainte de l'unanimité, la simplification de la

²⁸¹ Cf. art. 131 AUSCGIE.

mobilité intracommunautaire peut découler du régime unitaire qui va la régir au lieu d'une application cumulative ou distributive des lois de l'État d'accueil et celui d'origine.

Paragraphe 2 : La simplification du processus de mobilité par un régime unitaire

122. Contrairement à la mobilité extracommunautaire dont le régime juridique n'est pas unitaire, la mobilité intracommunautaire des sociétés dans l'espace OHADA est régie de bout en bout par une seule et même loi. C'est-à-dire l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales. Cela vient du fait qu'il n'y a ni de vrai conflit de lois, et donc ni de conflit mobile dans une hypothèse de mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA. En effet, les lois de l'État d'origine et celle de l'État d'accueil sont identiques grâce à l'unification du régime juridique applicable aux sociétés dans l'espace communautaire OHADA. Cela la différencie de la mobilité extracommunautaire qui doit se faire sous l'égide de deux lois au minimum celle de l'État d'accueil et celle de l'État d'origine appliquée selon la méthode cumulative ou distributive²⁸². Ce traitement unitaire de l'opération de mobilité ne peut qu'être bénéfique. Car nous estimons, comme un auteur, que la mobilité doit être considérée comme une « *opération d'ensemble qui a une unité et une finalité* » et non comme « *une juxtaposition d'opérations isolées* »²⁸³ soumises à plusieurs lois. Sur ce point, le droit OHADA a donc fait une avancée comme nous le verrons en examinant tour à tour le régime unitaire du transfert intracommunautaire de siège social **(A)**, puis celui de la fusion et de la scission intracommunautaire **(B)**.

²⁸² Cf. supra n° 47 et s.

²⁸³ J. BEGUIN, « La difficile harmonisation européenne... », op. cit., n° 20.

A- Le processus unitaire du transfert intracommunautaire de siège social

123. Nous rappellerons ici que le transfert de siège social exige toujours une modification des statuts puisqu'il doit toujours y être mentionné²⁸⁴. C'est pour cette raison que pour réaliser cette opération la société doit suivre la procédure indiquée pour modifier ses statuts. Or ce processus, notamment les règles de convocation, de tenue d'une assemblée générale ainsi que la publication de la délibération, varie souvent en fonction du type de société²⁸⁵. C'est ainsi que dans les sociétés anonymes avec conseil d'administration le pouvoir de convoquer l'assemblée générale extraordinaire, qui a compétence exclusive en matière de modification des statuts, est en principe dévolu au conseil d'administration²⁸⁶. Il en résulte que la décision de convoquer l'assemblée générale extraordinaire à des fins de transférer le siège social doit au préalable avoir été prise dans le respect des conditions exigées pour toutes les décisions du conseil d'administration lui-même. Autrement dit une réunion du conseil, en la présence d'au moins la moitié de ses membres, doit avoir été tenue pour décider valablement d'inscrire à l'ordre du jour de la prochaine assemblée générale à convoquer la volonté de transférer le siège social. Cet ordre du jour doit être indiqué dans la convocation de l'assemblée générale. Par ailleurs dans les SA avec administrateur général le pouvoir de convoquer une assemblée générale extraordinaire ratifiant l'opération de mobilité appartient à l'administrateur général²⁸⁷.

De même dans les SAS, la convocation de l'assemblée collective est faite par le ou les dirigeants de la société dans les conditions qui seront prévues par les statuts.

S'agissant des SARL, le pouvoir de convocation de l'assemblée générale extraordinaire, qui est compétente pour prendre les décisions les plus graves comme le transfert intracommunautaire de siège social, appartient normalement au gérant. Ce dernier peut la

²⁸⁴ Art. 23 AUSCGIE.

²⁸⁵ Pour plus de précision sur les décisions collectives dans les sociétés cf. NJEUFACK TEMGWA (R.), « Assemblées de société et décisions collectives », in *Encyclopédie du droit OHADA*, POUGOUE (P. G.) (Sous la direction de), Lamy, 2011, p. 321 et s.

²⁸⁶ Art. 516 de l'AUSCGIE.

²⁸⁷ Art. 498 de l'AUSCGIE.

convoquer de sa propre initiative si c'est de lui qu'émane la volonté de transférer le siège, ou à la demande d'un ou plusieurs associés détenant la moitié des parts sociales ou alors le quart s'ils représentent le quart des associés.

En ce qui concerne les SCS et les SNC, distinction n'étant pas faite entre assemblée ordinaire et extraordinaire, il reste que c'est le ou l'un des gérants qui dispose du pouvoir de convoquer tous les associés en assemblée collective afin de statuer sur la décision de transférer le siège social.

124.À l'image de ce qu'exige le règlement européen n° 2157/2001²⁸⁸, cette décision de convoquer l'assemblée générale aux fins de décider du transfert intracommunautaire de siège social dans l'espace OHADA se fera après l'établissement d'un projet de transfert par les organes d'administration ou de direction. Celui-ci aura notamment pour but d'indiquer le futur lieu d'accueil du siège transféré et de déterminer le calendrier de l'opération et les mesures visant à protéger les droits des créanciers et actionnaires. En complément, ce projet devra ainsi être accompagné d'un rapport faisant état des aspects juridiques et économiques de l'opération tout comme de ses conséquences sur actionnaires et tiers. En réalité, il s'agirait là de répondre au droit pour tout actionnaire d'obtenir une information préalable à la tenue de l'assemblée générale extraordinaire prévue par l'AUSCGIE²⁸⁹ comme le droit européen. L'Acte uniforme exige ainsi à l'organe d'administration ou de direction de fournir tout document ou rapport qui porte sur le texte des résolutions proposées. Nous notons alors que ce dossier sera le document de base qui devra être remis aux actionnaires afin de préparer aux mieux la tenue de l'assemblée générale durant laquelle ils devront se prononcer pour autoriser le transfert. De même, il fera l'objet d'une publicité dans l'État d'accueil afin d'informer tous les tiers sur l'existence d'un projet de transfert intracommunautaire du siège de la société. Ces derniers pourront ainsi faire prévaloir leurs droits, tout comme les obligataires à qui le projet de transfert intracommunautaire pourra aussi être soumis.

125.Par ailleurs, les conditions de tenue des assemblées générales notamment le quorum et la majorité sont celles que nous avons déjà évoquées, elles restent les mêmes que pour les

²⁸⁸ Art. 8 § 2 du règlement 2157/2001.

²⁸⁹ Art 525 al. 3 AUSCGIE

autres décisions modifiant des statuts²⁹⁰. Nous allons juste rappeler que l'unanimité n'est pas exigée, lorsqu'il n'y a aucune augmentation des engagements des associés à l'issue de l'opération, pour certaines formes de société comme les SARL. *Idem*, nous le pensons, dans les SA puisque la *lex societatis* ne change pas du fait du transfert intracommunautaire de siège social. C'est aussi le cas pour les SAS si les statuts ne l'exigent pas. Toutefois, l'unanimité reste requise dans les SNC comme lorsqu'il s'agit de toute décision entraînant changement des statuts tout comme l'accord de tous les commandités dans les SCS.

126.La décision de transférer le siège social prise à l'unanimité ou par la majorité des associés, selon la forme de la société, doit être publiée comme toutes décisions modifiant les statuts²⁹¹. Cette publication doit se faire par avis dans un journal d'annonces légales dans l'État d'origine qui reste encore, pour quelques temps, le lieu où se situe le siège social. Elle vise à informer les tiers du changement des statuts effectué. En outre, la société doit procéder à des formalités auprès du registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) afin d'obtenir la radiation de l'immatriculation dans l'État d'origine et son inscription dans les registres de l'État d'accueil. Ce nouvel enregistrement dans l'État d'accueil doit faire l'objet d'une publication dans un journal d'annonces légales dans cet État qui devient le lieu où se situe le siège social de la société. Nous reviendrons plus en détail sur l'articulation entre ces deux étapes qui nécessite une bonne coordination des autorités en charge des registres²⁹².

127.Par ailleurs, il n'est pas utile pour le transfert intracommunautaire de siège social dans l'espace OHADA d'évoquer plusieurs hypothèses, comme en Europe, en différenciant le type de siège à transférer. En réalité, il n'est pas nécessaire de distinguer le transfert du siège réel, vers ou depuis un État adoptant la théorie de l'incorporation, du transfert de siège statutaire vers un État consacrant le siège réel²⁹³. Car contrairement à l'espace communautaire européen où les rattachements diffèrent selon les États, il y a un seul et même critère de rattachement commun à tous les États membres de la communauté

²⁹⁰ Cf. supra n° 115 et s.

²⁹¹ Art. 263 et 265 de l'AUSCGIE pour les SA.

²⁹² Cf. infra n° 153 et s.

²⁹³ Voir pour ces différents types de transfert C. KLEINER, « Le transfert de siège social en droit international privé », op. cit. ; M. MENJUCQ, « Le transfert international de siège social : Réalité ou Mirage ? », *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 533 et s.

OHADA. Il s'agit, comme nous l'avons déjà dit, du siège statutaire²⁹⁴. Dans ce contexte, il faut surtout souligner que le transfert intracommunautaire de siège statutaire doit être effectif pour être efficace. En effet, le droit OHADA retient certes le siège statutaire comme rattachement de principe des sociétés, il n'en demeure pas moins qu'il laisse la possibilité aux tiers de se prévaloir du siège réel si le siège statutaire est fictif²⁹⁵. C'est pourquoi le transfert de siège social doit réellement déplacer le lieu d'activité des organes de direction ou de gestion et des services administratifs afin que le lieu du principal établissement de la société ou son centre de direction administrative et financière soit situé dans l'État d'accueil. Dans le cas contraire, la société aura beau effectuer toutes les formalités pour transférer son siège dans un autre État membre de l'espace communautaire, en modifiant ses statuts, les tiers pourront toujours, à titre d'exemple, l'attirer devant les juridictions de son État d'origine qu'elle avait pourtant entendu quitter. Car elle y aura conservé un siège réel dont peuvent se prévaloir les tiers.

De même l'unique volonté de ne transférer que le siège réel entraînerait malgré tout le refus de l'immatriculation de la société dans l'État d'accueil et rendrait donc nécessaire le maintien de l'immatriculation dans l'État d'origine puisque le droit OHADA n'autorise pas la dissociation du siège réel avec le siège statutaire²⁹⁶. D'où aussi son défaut d'intérêt en l'état actuel des dispositions communautaires.

²⁹⁴ Cf. supra n° 31 et s.

²⁹⁵ Art. 26 de l'AUSCGIE.

²⁹⁶ Cf. article 24 et 25 de l'AUSCGIE.

B- La procédure unitaire de réalisation des fusions et scissions intracommunautaires

128.Le processus de réalisation des fusions et des scissions est le même qu'elles se déroulent entre sociétés se situant sur le territoire d'un même État ou ayant leurs sièges dans des États membres différents. Il se fait donc par l'application unique du droit issu de l'OHADA. Le régime est donc unitaire puisqu'il est fixé par une seule et même loi. Nous nous contenterons ici de relever seulement les différentes étapes de ces opérations autrement dit la procédure à suivre pour les concrétiser, partant du rapprochement au regroupement effectif des sociétés, sans le souci de l'exhaustivité²⁹⁷.

129.La réalisation des opérations domestiques ou intracommunautaires de fusions et scissions dans le droit OHADA peut être décomposée en plusieurs phases. D'abord il y a la phase de négociation antérieure à l'établissement d'un projet de fusion ou scission, c'est une étape dite de rapprochement des sociétés participantes. Elle consiste à la préparation de l'opération, et elle est gouvernée par un principe de liberté contractuelle à l'image du droit français²⁹⁸. Pour reprendre la métaphore faite de l'opération de fusion avec le mariage²⁹⁹, c'est dans cette phase que les sociétés participantes se séduisent d'abord en s'assurant par une évaluation réciproque de l'utilité de l'opération pour chacune d'elles. Ensuite si elles y trouvent leur compte les parties établissent un protocole d'accord qui ne fait que constater leur consentement sur le principe de la fusion ou de la scission. Les sociétés ne sont pas

²⁹⁷ Pour une analyse plus exhaustive détaillant les différentes étapes de ces opérations, cf. M. N. MBAYE, *Fusions, scissions et apports partiels d'actif transfrontaliers en Afrique*, Thèse Paris 10 Nanterre, 2006 ; « Fusions, scissions et apports partiels d'actif », in *Encyclopédie du droit OHADA*, POUGOUE (P. G.) (Sous la direction de), Lamy, 2011, p. 866 et s ; B. MASTOR et S. THOUVENOT, « La Fusion des sociétés issues du droit OHADA », www.ohada.com/Doctrine/D-04-19. Pour une approche comparée avec le droit français cf. D. AHOUA, *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français*, thèse Bordeaux 4, 2015.

²⁹⁸ MOULIN (J.-M.), « La fusion à l'épreuve de la liberté contractuelle », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, Mélanges en l'honneur du Professeur Paul LE CANNU*, Dalloz, 2014, p. 743 et s.

²⁹⁹ COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des Sociétés*, op. cit., n°1751 et s.

tenues par cet accord d'aller au bout du processus. Cependant, tout comme en matière de rupture des pourparlers, un changement brutal ou déloyal d'avis peut constituer une faute susceptible d'entraîner l'engagement de la responsabilité de son auteur. Toutefois, il faut relever que cette phase de rapprochement peut être simplifiée et conduire très vite à l'étape du projet de fusion ou de scission lorsque l'opération se déroule entre des sociétés qui appartiennent à un même groupe telle qu'une société mère absorbant sa filiale.

130.Après une phase de rapprochement réussie, le processus passe à la mise en place et à l'adoption d'un projet de fusion ou de scission. C'est le document de base sur lequel se prononcent les associés au moment de l'assemblée collective validant l'opération. C'est d'ailleurs pourquoi l'établissement du projet de scission ou de fusion, par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, ou encore les gérants de chacune des sociétés participantes, est une obligation posée par le législateur communautaire³⁰⁰. Le contenu de ce projet de fusion ou de scission est fixé par l'article 193 alinéa 2 de l'AUSC, il s'agit de : «

1°) la forme, la dénomination, le numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier et le siège social de toutes les sociétés participantes ;

2°) les motifs et les conditions de la fusion ou de la scission ;

3°) la désignation et l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue ;

4°) les modalités de remise des parts ou actions et la date à partir de laquelle ces parts ou actions donnent droit aux bénéficiaires, ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit, et la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée ou scindée sont du point de vue comptable, considérées comme accomplies par la ou les sociétés bénéficiaires des apports ;

5°) les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des sociétés intéressées utilisés pour établir les conditions de l'opération ;

6°) le rapport d'échange des titres sociaux et, le cas échéant, le montant de la soulte ;

³⁰⁰ Art. 193 al. 1 AUSCGIE.

7°) *le montant prévu de la prime de fusion ou de scission ;*

8°) *les droits accordés aux associés ayant des droits spéciaux et aux porteurs de titres autres que des actions ainsi que le cas échéant, tous avantages particuliers. »*

131.Quant à la forme du projet de fusion ou de scission, l'article 193 de l'Acte uniforme ne le précise pas ce qui nous permet d'en déduire qu'il n'y a aucune exigence particulière sur ce point. Il en résulte que le projet peut avoir la forme d'un acte authentique ou d'un acte sous-seing privé. Toutefois, l'écrit authentique ou l'intervention d'un notaire peut parfois se révéler nécessaire. Ce sera le cas, à titre d'illustration, lorsqu'après approbation le patrimoine de la société absorbée ou scindée comporte un immeuble, en raison des formalités de publicité foncière qu'il faudra effectuer.

132.La suite de l'opération nécessite l'accomplissement de formalités de publicité antérieure à la réalisation de l'opération par chacune des sociétés participantes³⁰¹. Il s'agit, d'une part, de déposer le traité de fusion ou de scission au greffe chargé des affaires commerciales du siège social de chaque société participante, donc le siège d'origine pour la société qui se meut³⁰². D'autre part, il faut publier le projet par son insertion dans un journal d'annonces légales pour chaque société³⁰³. Les mentions qui doivent figurer dans l'avis sont précisées par l'article 194 de l'Acte uniforme. Ces formalités de publicité, en plus de garantir aux actionnaires qu'aucune modification ne peut plus être apportée au projet avant le vote de l'assemblée générale, permettent d'informer et renseigner les créanciers des sociétés participantes de la volonté de ces dernières de fusionner ou de se scinder. C'est d'ailleurs pourquoi le traité de fusion ou de scission doit être soumis à l'assemblée générale extraordinaire des obligataires de la société apporteuse pour consultation lorsqu'il ne leur est pas proposé un remboursement sur demande³⁰⁴.

133.Le contrôle de l'opération par un commissaire à la fusion ou à la scission est exigé dans les fusions entre sociétés de capitaux. C'est ainsi que sa nomination est une obligation

³⁰¹ Elle est différente de la formalité de publicité qui sera faite après la décision de l'assemblée générale entérinant l'opération.

³⁰² Art. 194 al. 1 AUSCGIE.

³⁰³ Le contenu de l'avis est précisé par l'article 194 AUSCGIE.

³⁰⁴ Art. 678 AUSCGIE.

lorsqu'il s'agit d'une fusion ou d'une scission entre SA³⁰⁵, entre SARL³⁰⁶, ou encore entre une SA et une SARL. Lorsque c'est une obligation, les conditions de la désignation du commissaire à la fusion ou à la scission sont fixées par l'Acte uniforme³⁰⁷. Sa mission consiste à établir un rapport écrit sur les modalités de la fusion ou de la scission à « *vérifier que les valeurs relatives attribuées aux titres sociaux sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable* »³⁰⁸. Il doit en outre « *apprécier, sous sa responsabilité, la valeur des apports en nature et des avantages particuliers, s'il est en même temps commissaire aux apports* »³⁰⁹.

134.Après avoir été dûment informés par les documents cités par l'article 674 de l'AUSCGIE³¹⁰, les associés sont convoqués en assemblée générale extraordinaire pour approuver la modification des statuts résultant de la fusion ou de la scission. Les conditions dans lesquelles se tient l'assemblée collective validant l'opération sont celles que nous avons déjà évoquées. Ainsi pouvons-nous rappeler que l'unanimité n'est pas exigée dans les sociétés de capitaux lorsque l'opération n'augmente pas l'engagement des associés. L'accord unanime des associés dont la responsabilité n'est pas limitée à leurs apports (associés de la SNC et commandités de la SCS) reste nécessaire³¹¹.

Il convient toutefois de souligner que la procédure de fusion peut être là encore simplifiée lorsqu'une société mère absorbe une filiale détenue à 100%. Dans cette hypothèse, la simplification consiste à exempter l'opération d'une approbation par l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbée. Seul sera requise l'approbation de l'opération par les associés de la société absorbante³¹². Dans le même ordre, lorsqu'il s'agit d'une scission

³⁰⁵ Art. 672 al. 1 AUSCGIE

³⁰⁶ Art. 382 al. 1 AUSCGIE

³⁰⁷ Art. 619 et 672 et s. de l'AUSCGIE

³⁰⁸ Art. 672 AUSCGIE

³⁰⁹ Art. 672 AUSCGIE

³¹⁰ Il s'agit du projet de fusion ou de scission, du rapport du conseil d'administration lorsque l'opération ne concerne que des SA, du rapport du commissaire à la fusion ou à la scission, d'un état financier de synthèse, d'un état comptable et d'un rapport relatif à la valeur des avantages particuliers ou des apports en nature lorsqu'ils existent dans le patrimoine apporté.

³¹¹ Cf. supra n° 115 et s.

³¹² Art. 676 AUSCGIE.

d'une filiale commune entre ses sociétés mères, l'approbation de l'opération par l'assemblée générale extraordinaire de la société scindée n'est pas nécessaire. En outre, la simplification dispense de la nomination d'un commissaire à la fusion ainsi que de la rédaction d'un rapport par le conseil d'administration, l'administrateur général ou les gérants. Cette simplification n'étant pas expressément réservée aux opérations domestiques de fusion ou scission, il apparaît qu'est donc envisageable une mobilité intracommunautaire encore plus simplifiée qu'elle ne l'est déjà grâce au régime unitaire. D'ailleurs nous notons que cette procédure simplifiée de fusion intracommunautaire est également envisagée en droit européen dans la directive 2005/56/CE qui la prévoit lorsqu'« *une société transfère, par suite et au moment de sa dissolution sans liquidation, l'ensemble de son patrimoine, activement et passivement, à la société qui détient la totalité des titres ou des parts représentatifs de son capital social* »³¹³.

135.Après les décisions des assemblées des différentes sociétés ratifiant l'opération, une autre formalité de publicité doit être effectuée. C'est celle de la réalisation de l'opération qui est différente de celle déjà évoquée du projet de fusion ou de scission. En effet, les sociétés participantes doivent effectuer une « *déclaration de régularité et de conformité* » qui consiste à déposer un document récapitulatif au greffe chargé des affaires commerciales de leurs sièges respectifs. Il convient de noter que l'autorité de contrôle de la régularité de la fusion est la même quel que soit l'État membre concerné. Il s'agit du greffe. Cela marque une différence avec le droit européen car la directive 2005/56/CE laisse le choix aux États européens d'accorder cette compétence au tribunal, au notaire ou à toute autre autorité. C'est ainsi qu'en France la compétence en matière de contrôle de légalité de la fusion intracommunautaire pour constituer une SE est répartie entre le greffe et le notaire³¹⁴.

Dans le document déposé au greffe les sociétés participantes affirment avoir réalisé l'opération en conformité avec la réglementation édictée par l'Acte uniforme. Le dépôt de la déclaration de régularité dans un délai d'un mois est une obligation dont le manquement peut entraîner la nullité de l'opération³¹⁵. Celle-ci doit être signée par le représentant légal

³¹³ Art. 15 de la directive 2005/56/CE.

³¹⁴ Voir à ce propos B. SAINTOURENS, « Société européenne : l'intervention obligatoire du notaire », *JCP N et imm.*, 2005, 1413.

³¹⁵ Art. 198 AUSCGIE

de chacune des sociétés participantes et doit être accompagnée de la copie certifiée conforme de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire entérinant l'opération. En effet, le dépôt de la déclaration de régularité permet au greffe de contrôler la légalité des opérations. En l'état actuel des dispositions de l'Acte uniforme, ce contrôle est effectué aussi bien par les autorités de l'État d'accueil que celles de l'État d'origine puisque la déclaration de conformité est déposée auprès des greffes des sièges respectifs des sociétés absorbantes et absorbées. Dans l'optique d'une simplification des opérations afin de maintenir leur unité, la centralisation du contrôle peut être envisagée à l'image de ce que proposait la 10^{ème} directive européenne sur les fusions transfrontalières³¹⁶. Elle permettrait ainsi de rassembler toute la prérogative du contrôle de légalité entre les mains du greffe soit de l'État d'accueil soit celui de l'État d'origine d'autant que les exigences juridiques sont les mêmes d'un État à l'autre. Cela conduirait à ne délivrer qu'un seul certificat de conformité pour attester la légalité des opérations préparatoires.

Par ailleurs, la décision de l'assemblée générale approuvant l'opération doit aussi faire l'objet d'une publication dans un journal habilité à recevoir des annonces légales dans l'État partie du siège social de chacune des sociétés ayant participé à la fusion ou à la scission. Enfin les sociétés qui disparaissent dans l'opération, autrement dit l'absorbée ou la scindée, doivent appliquer les règles en vigueur en matière de dissolution abstraction faite des mentions relatives à la liquidation. Ces règles doivent donc être respectées par la société qui se meut dans son État d'origine. Tandis que la société bénéficiaire doit, quant à elle, se charger d'effectuer les formalités relatives à l'augmentation du capital lorsqu'elle résulte de l'opération, ou de constitution si c'est une société nouvelle dans l'État d'accueil.

136. S'agissant de la date de prise d'effet de la fusion ou de la scission, elle varie selon qu'il s'agisse une opération avec création d'une société nouvelle ou pas. En réalité lorsqu'une société nouvelle est créée la fusion ou la scission prennent effet, de manière impérative³¹⁷, à la date d'immatriculation de la nouvelle entité. Car c'est à cette date qu'elle obtient la personnalité morale lui permettant de pouvoir être bénéficiaire de la transmission universelle du patrimoine. En revanche, lorsque le bénéficiaire de la fusion ou

³¹⁶ Voir à ce propos J. BEGUIN, « La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières », in *Propos impertinent du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 19 et s.

³¹⁷ Les sociétés participantes ne pouvant choisir une autre date que celle fixée là par l'article 192, 1^o de l'acte uniforme.

de scission est une société déjà existante, l'opération prend effet à la date de la dernière assemblée générale l'approuvant. Cependant cette règle n'est que supplétive, ce qui veut dire que les participantes peuvent choisir une autre date qui peut être antérieure ou postérieure à l'assemblée générale l'entérinant. Il ne faut simplement pas que la date choisie soit, d'une part, antérieure à la clôture du dernier exercice clos des sociétés absorbées ou scindée, d'autre part postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours des sociétés bénéficiaires³¹⁸.

Cette fixation d'une date reconnue par aussi bien l'État d'origine que l'État d'accueil est un avantage non négligeable pour la mobilité intracommunautaire. Car comme nous l'avons vu dans la mobilité extracommunautaire l'absence d'une règle de conflit satisfaisante permettant de savoir quelle loi est applicable pour fixer cette date pose parfois problème³¹⁹. Dans l'hypothèse de la mobilité extracommunautaire nous rappelons que la question liée à la fixation de la date de prise d'effet de la mobilité intéresse aussi bien la loi de l'État d'accueil que celle de l'État d'origine. Par conséquent, en l'absence de règle qui le leur permettrait, il est impossible pour les sociétés participantes de décider de la soumettre à une seule d'entre ces lois au détriment de l'autre si elles sont toutes deux impératives. Il en résulte que l'application distributive sera d'office écartée pour éviter la fixation de deux dates différentes. De plus, l'application cumulative des deux lois pouvait se révéler très complexe dans un tel cas puisqu'il est difficile de savoir comment cumuler concrètement deux lois impératives qui retiennent deux dates différentes. Ainsi était plutôt préconisée l'adoption de règles matérielles, qui jusque là n'existent pas au niveau extracommunautaire, afin de déterminer une seule date valable de prise d'effet de la fusion ou scission transfrontalière³²⁰. Ces interrogations et doute ne frapperont pas la mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA grâce à son traitement unitaire par des dispositions identiques qui fixent donc la même date qu'il convient de prendre en compte. En cela le législateur communautaire africain a pu franchir cet obstacle sans avoir eu besoin de trancher en faveur de la *lex societatis* d'une seule des sociétés participantes comme l'a fait le droit européen pour éviter de cumuler des lois qui fixeraient des dates différentes. Il faut signaler qu'en droit européen le législateur a donné compétence à la

³¹⁸ Art. 192, 2° AUSCGIE.

³¹⁹ Cf. supra n° 50 et s.

³²⁰ H. Le NABASQUE, « Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières », op. cit., p. 434

seule loi de l'État membre dont relève la société issue de la fusion pour régir la question liée à la date de prise d'effet³²¹. Or dans l'espace communautaire africain les dispositions applicables dans l'État membre d'origine de chacune des sociétés participantes seraient appliquées. Car l'Acte uniforme qui seule sera appliqué dans l'espace OHADA se trouve être la *lex societatis* de chacune des sociétés participantes.

137.À l'unique date indiquée, les fusions ou scissions intracommunautaires produisent les effets classiques de toute opération transmission universelle du patrimoine : à savoir le transfert de tout l'actif et du passif des sociétés scindées et absorbées. C'est ainsi qu'elles conduisent à une substitution, de plein droit, de débiteur pour certains créanciers, notamment les créanciers non-obligataires qui auront, en principe, comme nouvelles débitrices les sociétés bénéficiaires³²². En outre, les fusions et scissions intracommunautaires, tout comme les fusions et scissions domestiques, entraînent un échange des titres pour les associés autrement dit l'acquisition par les associés de la société absorbante de la qualité d'associé de l'absorbante.

Pour ce qui nous concerne particulièrement, nous relèverons surtout que la fusion et la scission intracommunautaire entraînent la dissolution sans liquidation³²³ de la société absorbée ou scindée dans son État d'origine. C'est ce qui va lui permettre de poursuivre son activité et son existence à travers la société bénéficiaire dans l'État d'accueil : elles concrétisent donc la mobilité de la société.

138.Pour conclure cette section, nous noterons que la première simplification de la mobilité intracommunautaire des sociétés au sein de l'espace OHADA réside dans leur régime juridique qui est indifférent au fait qu'elle intéresse plusieurs États. En effet, l'opération est régie par une seule et même loi. Aussi les fusions, scissions et transfert de siège social sont traités comme s'ils étaient domestiques, cantonnés sur le territoire d'un seul et même État. Par conséquent, la mobilité intracommunautaire est réalisable par toutes les sociétés ayant la personnalité morale englobant ainsi les sociétés de personne, alors que la mobilité extracommunautaire peut parfois n'être réservée qu'aux sociétés de capitaux ou à certaines d'entre elles. De plus, la condition de l'unanimité est considérablement

³²¹ Art. 12 de la directive 2005/56/CE

³²² Art. 679 al. 1 AUSCGIE

³²³ Art. 191 AUSCGIE

assouplie puisqu'elle n'est plus une exigence absolue dans les sociétés de capitaux (SARL, SA et SAS). Et même dans les sociétés de personne où l'unanimité est encore exigée, on peut faire fi de l'opposition des minoritaires en soulevant un abus de minorité puisque le changement de la *lex societatis* ne peut plus être un motif légitime sur lequel s'appuyer pour justifier leur opposition à la réalisation de mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA. Car contrairement à la mobilité extracommunautaire, dans la mobilité intracommunautaire il n'y a plus de conflit mobile. Par conséquent, les minoritaires ne sont plus menacés par un changement de la loi applicable à leur rapport avec la société et dont les conséquences peuvent se révéler incertaines au final. Ils devront donc trouver d'autres motifs légitimes qui leur permettront de s'opposer valablement à la réalisation de la mobilité intracommunautaire si cette dernière correspond bien à l'intérêt de la société.

Par ailleurs, nous voyons par là que la mobilité intracommunautaire n'est pas jusqu'à ce niveau « *un mythe inaccessible* ». Elle l'aurait été encore moins si cette levée des obstacles juridique est aussi confortée par la mise en place de conditions non contraignantes permettant à la société d'être bien accueillie dans l'État membre d'arrivée. En effet la reconnaissance d'une société déjà rattachée à un État membre par un autre État membre est automatique dans l'espace communautaire OHADA. Toutefois cette reconnaissance risque de ne pas lui garantir la possibilité d'y exercer l'activité voulue. D'où une levée seulement partielle de l'obstacle.

Section 2 : La levée partielle de l'obstacle lié à l'accueil de la société immigrante dans l'État d'arrivée

139. Pour que la mobilité soit vraiment fluidifiée il ne suffit pas de réduire les contraintes qui permettent à la société de quitter son État d'origine. La simplification du départ doit être accompagnée par celle de l'installation dans l'État d'accueil. C'est ainsi qu'il faut garantir à la société la survie de sa personnalité morale en cas de transfert intracommunautaire de siège social. C'est un obstacle que permet de franchir l'intégration juridique sous l'égide de l'OHADA (**Paragraphe 1**).

Toutefois, la seule reconnaissance de la personnalité morale ne suffit parfois pas. Car la société peut malgré la présence nouvelle de son siège dans l'État d'accueil rester étrangère au regard de sa nationalité. Dans cette hypothèse elle n'est pas assurée de pouvoir exercer son activité dans ce dit État si celle-ci est réservée aux nationaux. L'OHADA n'étant pas une organisation d'intégration économique, elle n'a donc pas fait disparaître cette discrimination liée à la nationalité des sociétés. C'est pourquoi la question de la condition des sociétés étrangères reste un obstacle à la mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA. Car la seule intégration juridique n'a pas permis de le lever (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La garantie de la reconnaissance des sociétés dans l'espace communautaire OHADA

140. Comme nous venons de le montrer, d'une part l'existence d'un régime juridique défini facilite la mobilité intracommunautaire des sociétés dans l'espace OHADA. Il permet d'éviter l'exercice périlleux de résolution du conflit mobile par l'application distributive ou cumulative des lois de l'État d'accueil et de l'État d'origine. De plus, les dispositions relatives aux opérations de mobilité intracommunautaire sont moins restrictives que celles qui étaient consacrées à la mobilité extracommunautaire. C'est ainsi que l'unanimité n'est pas automatiquement requise s'agissant des sociétés de capitaux. D'autre part, alors que la mobilité extracommunautaire pouvait être entravée par des conditions difficiles de la reconnaissance des sociétés, celle intracommunautaire y échappe grâce à une reconnaissance automatique (A). De plus, la coordination des registres est assurée pour l'inscription, si nécessaire, de la société émigrante dans les registres de l'État d'accueil (B).

A- Une reconnaissance automatique des sociétés dans l'espace intracommunautaire

141. Si la reconnaissance pouvait être un obstacle à la mobilité extracommunautaire des sociétés, il apparaît qu'elle ne l'est plus lorsqu'il s'agit d'une mobilité intracommunautaire en droit OHADA. D'abord ce qui rend nécessaire la reconnaissance en cas de mobilité c'est que la société émigrante change d'ordre juridique. Elle n'est plus régie par le même *« corpus de règles qui permettent de mettre en œuvre cette fiction juridique qu'est la*

personnalité morale »³²⁴. Or dans l'espace communautaire OHADA la mobilité ne modifie pas ce *corpus* de règles. Ainsi grâce à l'unification du droit la société reste régie par l'Acte uniforme. La société reste donc rattachée à l'ordre juridique communautaire d'où elle tirait déjà sa personnalité morale. L'existence de sa personnalité morale est donc automatiquement reconnue, puisqu'elle n'a pas à être appréciée par un autre ordre juridique différent. En effet, cela est possible au sein de l'espace OHADA parce que les sociétés sont principalement rattachées à l'ordre juridique communautaire leur rattachement aux ordres juridiques nationaux des États membres n'étant que subsidiaire (1). Il en résulte que la transformation intracommunautaire de la société émigrante, pour adopter une forme connue par le droit OHADA, n'est pas nécessaire. La transformation ne peut plus être imposée afin de s'intégrer dans un ordre juridique où la société se situait déjà (2).

1- Une reconnaissance automatique découlant du rattachement principal de la société à l'ordre juridique communautaire de l'OHADA

142. La reconnaissance d'une société dans un espace communautaire au sein duquel elle se trouvait déjà ne devrait pas poser de problème. Pourtant ce principe de reconnaissance mutuelle des sociétés n'est pas toujours admis sans difficulté par des États membre d'une communauté. À titre d'illustration, au sein de l'espace communautaire européen la reconnaissance des sociétés ne s'est pas faite sans heurts. C'est la Cour de Justice qui l'a imposée aux États dans une succession d'arrêts. Pour cela elle a dû s'appuyer sur le principe de libre établissement posé par le traité pour imposer la reconnaissance mutuelle des sociétés par les États membres³²⁵. Elle a ainsi jugé contraire au droit d'établissement,

³²⁴ B. Le BARS, « L'établissement international des sociétés », in *Traité de droit du commerce international*, J. BEGUIN et M. MENJUCQ (sous la direction de), LexisNexis, 2^e éd., 2011, n° 518.

³²⁵ Cf. J.-Ph. DOM, « La liberté d'établissement comme fondement de la reconnaissance mutuelle des sociétés : principe et conditions de mise en œuvre », note sous CJCE 5 novembre 2002 *Uberseering*, *Rev. Des sociétés*, 2003, p. 315 et s.

posé par les articles 49 et 54 TFUE les dispositions nationales, qui ne permettent pas la reconnaissance des sociétés constituées dans un autre État membre en ne tenant compte que du siège réel, dans une succession de décisions³²⁶. En effet, dans toutes ces affaires les sociétés concernées, sans exercer d'activité dans l'État de leur incorporation, voulaient jouir de droit (ouverture d'une succursale, ester en justice) dans un État qui consacraient le siège réel comme rattachement. Elles ne se conformaient donc pas aux dispositions internes dudit État. Car celles-ci exigent d'être immatriculées dans le lieu où les sociétés exercent leur activité. Pourtant la Cour a imposé la reconnaissance. Elle a jugé ces conditions restrictives contraires à la liberté d'établissement garantie par le Traité de fonctionnement de l'Union européenne. Par conséquent, la Cour sanctionne, par exemple, le rattachement par le siège réel comme motif du refus de reconnaissance. La théorie du siège réel est ainsi limitée dans l'espace communautaire européen³²⁷. C'est ce qui a amené certains auteurs à écrire que « *la Cour de justice consacre la loi de l'État d'immatriculation en tant que *lex societatis** »³²⁸. De plus, elle « *tend vers le jeu, au sein du territoire de l'Union européenne, d'une règle de conflit de lois uniforme qui rattacherait la *lex societatis* à la loi du pays de constitution de la société* »³²⁹ afin de faciliter la reconnaissance mutuelle. D'ailleurs l'évolution des droits internes de certains États qui étaient très attachés au rattachement par le siège réel confirme cette assertion puisque l'adoption d'un rattachement par le siège statutaire serait en cours en Allemagne³³⁰. En effet, la Cour préconise que dès lors que la société est constituée et qu'elle a valablement

³²⁶ CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Centros*, JDI 2000, p. 484, obs. M. LUBY ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 705, note J.-Ph. DOM ; D. 1999, *Cahier droit des affaires*, jurisp., p. 550, note M. MENJUCQ ; CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 452, note M. LUBY ; *JCP E* 2003, n° 448, note M. MENJUCQ ; *Rev. Crit. DIP* 2003, p. 508 et s., note P. LAGARDE ; *Rev. Soc.* 2003, p. 315, note J.-Ph. DOM ; *Gaz. Pal.* 25 et 26 juin 2003, p. 27, obs. M.-L. NIBOYET ; CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, C-167/01, *JCP G* 2004, II, 10002, note M. LUBY ; D. 2004, jurisp., p. 491, note E. PATAUT, *JCP E* 2004, p. 252, note V. MAGNIER ; *Rev. Crit. DIP* 2004, p. 151, note H. MUIR WATT ; *Rev. Soc.* 2004, p. 135, note J.-Ph. DOM.

³²⁷ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n°152 et s.

³²⁸ M. LUBY, « Quand la Cour de justice consacre la loi de l'État d'immatriculation en tant que *lex societatis* », *JCP G* 2004, II, 10002, note sous CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*.

³²⁹ M. LUBY, *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 452, n° 91, note sous CJCE, 5 mars 2002, *Überseering*. Dans le même sens, cf. C. MOGAVERO, *La contribution de l'ordre juridique communautaire à la définition du siège social en droit international privé des sociétés*, Thèse Lyon 3, 2008, n° 61 et s. ; également, Th. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, thèse précitée, n° 586 et s.

³³⁰ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 154.

acquis une personnalité morale dans un pays membre de l'espace européen quel que soit le rattachement consacré, celle-ci doit être reconnue par les autres États membres afin d'y faire valoir ses droits.

143. Dans l'espace OHADA il n'y a pas encore de principe de libre établissement expressément consacré par le traité³³¹. De même législateur communautaire n'a pas expressément posé un principe de reconnaissance mutuelle par chaque État membre des sociétés constituées dans un autre État membre³³². Cependant nous pouvons bien trouver un fondement à cette reconnaissance mutuelle des sociétés par les États membres. Il apparaît que si elle ne résulte pas d'un principe de libre établissement ni d'une disposition expresse, la reconnaissance automatique des sociétés dans l'espace communautaire OHADA peut être liée à l'uniformisation du droit, autrement dit à l'intégration juridique même³³³. Comme nous l'avons déjà évoqué, quel que soit l'État membre où elles se situent les sociétés sont soumises aux mêmes règles substantielles d'origine communautaire régissant la plupart des aspects de leur existence (de la constitution à la dissolution). Il est vrai que c'est l'implantation de leur siège social dans le territoire d'un État membre qui conduit à leur soumission à ces dispositions communautaires³³⁴. Or nous savons que l'espace communautaire OHADA est un vrai ordre juridique au sens d'un « *ensemble structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine* »³³⁵. Il comporte les éléments nécessaires composant un ordre juridique³³⁶ partant des sujets de droit aux instances

³³¹ On ne retrouve pas l'équivalent des articles 49 et 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui sont les fondements du libre établissement dans l'espace communautaire européen. Rappelons que l'OHADA n'est pas encore une communauté économique. Cf. supra n° 1.

³³² Cf. G. NGOUMTSA ANOU, *Droit OHADA et conflits de lois*, LGDJ, 2012, n° 140 et s. ; N. M. NCHANKOU MOUANSIE, *La liberté d'établissement des sociétés en Europe et en Afrique*, thèse précitée, p. 164 et s.

³³³ Voir en ce sens M. N. MBAYE, *Fusions, scissions et apports partiels d'actifs transfrontaliers en Afrique*, thèse précitée, n°106 et s.

³³⁴ Art. 1 AUSCGIE.

³³⁵ C. LEBEN, « ordre juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (sous la direction de), 1^{ère} éd., Puf, 2003, p. 1113 et s. En ce sens, voir J. ISSA-SAYEGH, « L'ordre juridique OHADA », Communication au Colloque ARPEJE/IDEF, ERSUMA, Porto Novo 3-5 juin 2004, www.ohada.com/doctrine, D-04-02.

³³⁶ Sur les éléments composant un ordre juridique voir R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la reconnaissance du droit*, Lextenso, LGDJ/Hors collection, 2013, n° 153, p. 200 et s.

d'apaisement et de commandement sans oublier la chartre organisatrice³³⁷. D'ailleurs, en plus de sa personnalité morale, il détient un réel pouvoir normatif qui lui permet d'édicter des règles, par une délibération du conseil des ministres après avis de la CCJA³³⁸. Celles-ci s'appliquent directement dans les États membres sans qu'une ratification par les parlements ne soit exigée³³⁹. C'est pourquoi, nous pensons que l'harmonisation, ou pour être plus précis l'unification du droit noient les frontières et les dispositions nationales des États membres de l'espace communautaire OHADA et rattache les sociétés commerciales à l'ordre juridique communautaire. C'est-à-dire aux dispositions de l'Acte uniforme relatif au Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. C'est ainsi que nous souscrivons à l'opinion d'un auteur estimant qu'il existe un rattachement communautaire qui « *consiste à donner aux sociétés implantées dans l'espace OHADA un ordre juridique unique auquel elles seront soumises. En effet étant entendu que les dispositions de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales se substituent³⁴⁰ à toutes autres règles de droit des sociétés interne des États parties, le seul³⁴¹ ordre juridique existant auquel doivent être soumises les sociétés de l'espace OHADA est constitué par l'acte uniforme* »³⁴². Les sociétés commerciales OHADA sont ainsi de réelles sociétés de

³³⁷ Sur l'avènement d'un véritable ordre juridique OHADA cf., P.-G. POUGOUE, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires », in *Encyclopédie du droit OHADA*, ouvrage précitée, p. 1329, n° 36 et s ; également J. ISSA-SAYEGH, « L'ordre juridique OHADA », Communication au Colloque ARPEJE/IDEF, ERSUMA, Porto Novo 3-5 juin 2004, www.ohada.com/doctrine, D-04-02.

³³⁸ Art. 6 Traité OHADA

³³⁹ Art. 10 Traité OHADA.

³⁴⁰ Contrairement à ce qu'affirme l'avis de la CCJA rendu le 26 avril 2001, qui fait subsister toutes les règles nationales non contraires aux actes uniformes. L'inconvénient d'une telle survivance de toutes les dispositions nationales a été très justement relevé. Car d'une part elle conduirait au chevauchement des ordres juridiques nationales et communautaires sur des questions identiques sans que leurs conditions d'application ne soient fixées (D. ABARCHI, « La supranationalité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des affaires », *Revue Burkinabé de droit*, n° 37, 1^{er} semestre 2000 ou www.ohada.com/doctrine); et d'autre part elle aurait un impact négatif sur l'objectif d'intégration juridique (D. ABARCHI, article précité ; M. N. MBAYE, thèse précitée, n°114). Par conséquent, les règles nationales non-contraires à l'Acte uniforme mais qui disent exactement la même chose que lui doivent être abrogées afin que les plaideurs n'aient pas la possibilité de les invoquer devant un juge. Seules subsisteront les règles nationales non contraires à l'Acte uniforme mais qui régissent des aspects ou questions non traités par l'Acte uniforme. C'est notamment le cas des règles sur fiscalité ou la nationalité des sociétés.

³⁴¹ Il n'est pas vraiment le seul ordre juridique mais plutôt le principal. Car des dispositions nationales continuent de s'appliquer aux sociétés sur des questions non traitées par l'Acte uniforme c'est le cas, par exemple, des dispositions sur la nationalité des sociétés, ce qui fait côtoyer l'ordre juridique communautaire par l'ordre juridique national.

³⁴² M. N. MBAYE, thèse précitée, n° 115.

droit communautaire. D'ailleurs cela était aussi le cas de la SE dans les premières propositions faites dans les premiers travaux. Il était suggéré d'en faire une vraie société de droit communautaire en limitant considérablement les renvois aux droits nationaux³⁴³. Mais le règlement n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 a finalement opté pour un « *discret* »³⁴⁴ rattachement communautaire puisque malgré la primauté de ses dispositions il renvoie largement, à la différence de l'Acte uniforme, aux dispositions nationales pour déterminer la plupart des règles de constitution et de fonctionnement de la SE³⁴⁵. Sachant que les dispositions nationales dont il s'agit ici sont aussi bien celles visant spécifiquement les sociétés européennes que celles visant les sociétés anonymes.

144. En outre, le rattachement communautaire des sociétés dans l'espace OHADA est principal. En effet, dans le domaine du droit des sociétés, l'ordre juridique communautaire OHADA cohabite avec l'ordre juridique national des différents États membres. Car les sociétés commerciales de l'espace OHADA ne sont pas soumises, tout comme les SE, qu'aux règles matérielles émanant l'ordre juridique communautaire. Elles sont aussi sous l'emprise de règles provenant de l'ordre juridique interne des États membres. En réalité toutes les branches du droit intéressant la vie des sociétés n'ont pas été unifiées dans l'espace OHADA. La fiscalité ou la nationalité des sociétés, par exemple, restent toujours régies par des dispositions nationales. C'est ainsi que l'Acte uniforme renvoie à ces dispositions nationales lorsqu'il n'a lui-même rien prévu. Cependant, il faut relever que les dispositions internes ne viennent que compléter l'Acte uniforme pour les aspects qu'il n'aborde pas. Le rattachement des sociétés de droit OHADA est par conséquent « *plural* »

³⁴³ S. MOUSOULAS, « La société européenne : société de type communautaire ou société nationale », LPA, 10 février 1992, n° 18, p. 16 ; A. COURET « Droit européen des sociétés et des groupements », in *Traité de droit du commerce international*, op. cit. n° 340, p. 216 ; M. MENJUCQ, « Société européenne », *Dalloz répertoire de droit des sociétés*, art. 1, n° 27

³⁴⁴ Qualificatif emprunté à J. BEGUIN, « Le rattachement de la société européenne », in *La société européenne*, Dalloz, 2003, p. 31 et s ; Sur ce point voir aussi A. COURET, « Droit européen des sociétés et des groupements », in *Traité de droit du commerce international*, op. cit., n° 340. Sur l'articulation des rattachements national et communautaire cf. G. PARLEANI, « Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droits nationaux », *Rev. Sociétés* 2004, p. 74 ; V. MAGNIER « La société européenne en question », *Rev. Crit. DIP* 2004, p. 555 et s. ; J.-Ph. DOM, « La société européenne – Aspects de droit des sociétés », *Droit et patrimoine*, avril 2004, n° 125, p. 77 et s.

³⁴⁵ Il faut signaler en outre que le règlement renvoie aussi aux statuts de la société dans la détermination de leur régime juridique. Voir à ce propos, G. BLANC « La société européenne : la pluralité des rattachements en question (à propos du règlement CE n° 2157/2001 du 8 octobre 2001) », *D.* 2002, p. 1055.

comme le rattachement des SE d'ailleurs³⁴⁶. Cependant contrairement à cette dernière, toutes les règles régissant la vie ou le statut des sociétés de droit OHADA proviennent principalement de l'Acte uniforme. C'est pourquoi, comme un auteur, nous estimons que le rattachement des sociétés à l'espace communautaire OHADA est principale et le rattachement national n'est lui que subsidiaire³⁴⁷. Le rattachement communautaire des sociétés de l'espace OHADA n'est donc pas « *discret* » comme celui de la SE.

145.La pluralité de rattachement avait pu distinguer le rattachement des sociétés dans l'espace OHADA de celui des sociétés dans l'espace européen. En effet, avant les arrêts de la Cour de justice sur le libre établissement des sociétés et l'adoption de groupement européen comme la SE et le GIEE le rattachement des sociétés dans l'espace européen n'était que national. Il n'y avait pas suffisamment de règles d'origine communautaire s'appliquant aux sociétés où que se situe leur siège sur le territoire de l'Union européenne. C'est pourquoi un auteur avait proposé, pour faciliter la reconnaissance et la mobilité des sociétés, d'instaurer un rattachement communautaire subsidiaire des sociétés dans l'espace européen³⁴⁸. Il fallait pour cela adopter quelques règles d'origine communautaire qui, même si elles n'étaient pas substantielles mais seulement de conflit, permettraient de rattacher subsidiairement les sociétés à l'ordre juridique européen. Leur reconnaissance et leur établissement dans l'espace communautaire européen en seraient ainsi facilités. Car il y aurait une survie sans discontinuité de leur personnalité morale au sein du même ordre juridique subsidiaire en dépit d'un déplacement transfrontalier de leur siège social qui entrainera seulement le changement du rattachement national principal. Or depuis l'instauration de la société européenne par le règlement CE n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 et l'harmonisation progressive des législations nationales en matière de droit des sociétés, nous pouvons considérer que ce deuxième rattachement des sociétés à l'ordre juridique européen est adopté. En effet, s'agissant de la SE, elle est clairement rattachée à l'ordre juridique communautaire européen ainsi qu'à celui national de l'État membre où se

³⁴⁶ G. BLANC, « La société européenne : la pluralité des rattachements en question... » op. cit., p. 1052 et s. Il faut souligner cependant que cette pluralité de rattachement de la SE est critiqué par un auteur qui suggère le fait qu'il faille revenir à l'idée de départ consistant à la rattacher à l'ordre juridique européen. Voir en ce sens, G. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, *Le rattachement juridique des sociétés commerciales supranationales. Proposition d'un système de rattachement pour une « société du Mercosur » à la lumière du droit européen des sociétés*, thèse Strasbourg, 2014.

³⁴⁷ M. N. MBAYE, thèse précitée, n° 118 et s.

³⁴⁸ M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse précitée, p. 198 et s.

situe son siège social. Car son régime juridique figure en priorité dans les dispositions du règlement et ensuite dans les dispositions nationales des États membres auxquelles renvoient le règlement lui-même³⁴⁹. S'agissant des sociétés de droit national, elles sont bien évidemment rattachées à l'ordre juridique interne où se situe leur siège statutaire. Cependant, du fait de l'harmonisation des règles de constitution notamment, provoquée par les directives et règlements ainsi que par la jurisprudence de la Cour de Justice, on peut considérer qu'elles sont aussi implicitement rattachées à l'ordre juridique communautaire. C'est ce qui a mené un auteur à justement écrire à ce sujet qu' « *il est permis de considérer que les groupements constitués dans l'Union européenne ont une identité hybride. Les groupements à identité nationale se verraient conférer, par l'effet de la coordination des règles constitutives, une identité européenne. Quant aux groupements à identité européenne ils auraient également une identité nationale en raison de leur nécessaire rattachement à la législation d'un État membre. Chacun des groupements aurait par conséquent une double identité, l'une apparente l'autre implicite* »³⁵⁰. Les sociétés commerciales de l'espace OHADA ont clairement cette même identité « *hybride* » grâce à leur double rattachement, elles sont nationales et communautaires.

146. Les sociétés de droit OHADA étant rattachées principalement à l'espace communautaire elle tire donc leur personnalité morale de cet ordre juridique communautaire. D'ailleurs comme nous le verrons elles sont même enregistrées dans un registre d'immatriculation communautaire³⁵¹. Par conséquent, une reconnaissance par ce même ordre juridique, quel que soit l'État membre où souhaite s'installer la société, ne posera alors aucune difficulté. Elle sera de plein droit, nous pouvons même dire qu'elle ne sera pas nécessaire. C'est comme s'il était demandé à l'ordre juridique français de reconnaître une SARL française déjà valablement constituée juste parce qu'elle transfère son siège dans un département où s'appliquent encore les dispositions françaises. Cette reconnaissance sera alors automatique.

147. Aussi la lecture de l'article 199 de l'AUSCGIE nous permet-elle de dire que la reconnaissance mutuelle des sociétés commerciales dans l'espace OHADA est une

³⁴⁹ Art. 9 du règlement

³⁵⁰ B. LECOURT, *L'influence du droit communautaire sur la constitution des groupements*, LGDJ, 2000, p. 510, n° 850.

³⁵¹ Cf. infra n° 153 et s.

évidence pour le législateur communautaire. Nous rappelons que cet article dispose que « *la fusion, la scission et l'apport partiel d'actifs peuvent concerner des sociétés dont le siège social n'est pas situé sur le territoire d'un même État partie* ». Or nous savons que pour qu'une fusion ou une scission transfrontalière soit réalisable il faut une reconnaissance préalable de chaque société participante par l'ordre juridique de l'autre participante. Les fusions scissions transfrontalières ne sauraient être réalisées qu'à la condition que les États de chacune des sociétés participantes reconnaissent l'existence des autres sociétés. Autrement dit en préalable à la réalisation de l'opération transfrontalière, « *les sociétés participantes doivent être reconnues mutuellement comme personne morale par la lex societatis de leurs contractantes* »³⁵². Cela est une nécessité parce que les fusions et scissions sont des contrats. Par conséquent, pour qu'une société puisse y être partie il faut que sa personnalité juridique soit reconnue par l'État membre de sa contractante. De plus, il est logique d'exiger une reconnaissance mutuelle dans une fusion parce qu'avant d'accepter qu'une société survive ou continue son existence à travers une société étrangère qui l'absorbe il faudrait déjà reconnaître que cette dernière personne morale absorbante existe. La reconnaissance mutuelle est alors un préalable à la réalisation de ce type d'opération³⁵³. Ainsi l'Acte uniforme en reconnaissant expressément aux sociétés de l'espace OHADA la possibilité de réaliser cette opération au niveau intracommunautaire, leur garantit indirectement leur reconnaissance préalable. Ainsi pensons-nous improbable qu'un État membre puisse empêcher la réalisation d'une fusion intracommunautaire parce qu'elle ne reconnaîtrait pas préalablement la personnalité juridique de la société bénéficiaire dont le siège est situé sur le territoire d'un autre État membre. Ce refus serait une violation manifeste des dispositions communautaires. L'interprétation de cet article 199 nous permet donc de dire que l'Acte uniforme garantit la reconnaissance mutuelle des sociétés participant à une fusion intracommunautaire.

148. C'est ainsi que l'on s'aperçoit qu'à la différence de l'espace communautaire européen où c'est le principe libre établissement, posé par le traité, et son interprétation par la Cour de justice, à cause de la disparité des législations nationales³⁵⁴, qui mènent à une

³⁵² M.N. MBAYE, *Fusions, scissions et apports partiels d'actif transfrontaliers en Afrique*, Thèse précitée, p. 322, n° 617.

³⁵³ Cf. supra n° 84 et s.

³⁵⁴ J.P. DOM, *Rev. sociétés*, 2003. 315 et s.

harmonisation progressive du droit³⁵⁵, dans l'espace OHADA c'est l'unification du droit qui instaure de fait un des effets du principe de libre établissement qui est une reconnaissance automatique des sociétés³⁵⁶. Il y a une différence de paradigme. D'un côté, en Europe, l'intégration économique sert d'outil d'instauration d'une intégration juridique. Ainsi sur la base du libre établissement de nombreuses directives ont conduit à une harmonisation du droit. D'ailleurs le droit des sociétés est la branche dans laquelle cette harmonisation progressive est le plus notée. C'est pourquoi un auteur a pu justement affirmer que c'est « *dans le domaine du droit des sociétés que le mouvement de rapprochement des législations a été le plus intense* »³⁵⁷ sur la base du principe de libre établissement.

De l'autre côté, en Afrique, on espère à l'inverse que c'est l'intégration juridique qui va permettre de mettre en place une intégration économique.³⁵⁸ Ainsi a-t-on pu estimer en Afrique que « *si on veut unifier l'économie, il faut, en premier lieu, unifier le droit qui favorise l'accomplissement des activités économiques et garantit la sécurité juridique qui est devenue un principe général du droit* »³⁵⁹. Il en résulte que dans les deux cas sont confirmés les liens forts qui unissent le droit à l'économie. Toutefois concernant la reconnaissance mutuelle des sociétés, il est vrai que l'intégration juridique en a fait une réalité. Cette reconnaissance mutuelle reste malgré tout insuffisante pour en déduire qu'il existe une réelle union économique dans l'espace OHADA. En ne passant que par l'uniformisation des règles de droit on peut bien lever certains obstacles à la mobilité comme la reconnaissance. Cependant le marché sans frontière ne sera pas pour autant une réalité pour les sociétés commerciales de l'espace OHADA comme nous pourrions le voir en abordant la fiscalité notamment.

³⁵⁵ Harmonisation par exemple des rattachements, puisque comme nous l'avons vu le critère du siège statutaire tend à s'imposer dans les législations des différents Etats membres.

³⁵⁶ Cela est un exemple de réussite de l'utilisation de l'harmonisation du droit des affaires pour parvenir à l'objectif d'intégration économique et d'instauration d'un marché intégré.

³⁵⁷ B. SAINTOURENS, « La contribution du droit communautaire à l'édification d'un droit européen des sociétés : un nouvel élan ? », in *Dynamiques du droit européen en début de siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pédone, 2004, p. 501

³⁵⁸ J. PAILLUSSEAU, « Le droit des activités économiques à l'aube du 21^e siècle », *D.* 2003, chron., p. 260 et s. ; Voir aussi E. NSIÉ, « Le renouvellement des sources du droit commercial contemporain en Afrique francophone », in *Mélanges en l'honneur de Gilles Goubeaux*, LGDJ, 2009, p. 400, n° 3.

³⁵⁹ E. NSIÉ, *ibid*, p. 400, n°3

En définitive, la reconnaissance de la personnalité morale des sociétés établies dans un État membre, qu'elle soit formelle comme dans l'hypothèse d'un transfert de siège social, ou simple préalable comme dans l'hypothèse d'une mobilité par fusion ou scission transfrontalière, est de plein droit dans l'espace communautaire OHADA. Car la société ne demande à un autre ordre que le sien de constater l'existence déjà acquise de sa personnalité juridique. Reste à souligner que la reconnaissance n'est par conséquent pas non plus conditionnée par une exigence de transformation intracommunautaire de la société.

2- *Une reconnaissance automatique non conditionnée par la transformation intracommunautaire de la société*

149.L'obstacle pratique à la reconnaissance dans la mobilité par transfert de siège social notamment était l'insertion de la société et son adaptation au droit de l'État d'accueil. Pour cela nous avons pu constater que dans l'espace communautaire européen la transformation était quasi systématiquement imposée à la société désirant se faire reconnaître par un autre État membre après un transfert intracommunautaire de siège. En effet, puisqu'il n'y a pas d'unification du droit des sociétés commerciales comme dans l'espace OHADA, il en résulte que les formes sociales notamment ne sont pas communes à tous les États membres. Les sociétés qui désirent être reconnues dans un État membre autre que celui où elles ont été constituées doivent donc s'adapter pour pouvoir s'y intégrer.

Alors qu'en droit français, par exemple, on peut très justement affirmer qu'« *il y a transformation lorsqu'une société transfère son siège social dans un autre État membre sans perte de sa personnalité morale* »³⁶⁰. Dans le droit des États membre de l'espace communautaire OHADA l'unification du droit des sociétés commerciales dispense la société du passage systématique par la case transformation intracommunautaire dans le but de se faire reconnaître dans un autre État membre. En réalité, il n'y a nullement besoin de se transformer pour adopter une forme sociale connue par le droit de l'État membre d'accueil. Car la forme d'origine de la société émigrante existe de manière identique dans l'État membre d'accueil en raison de l'intégration juridique. En se constituant dans son État d'origine la société respectait déjà toutes les exigences posées par le droit de l'État d'accueil au point qu'aucune adaptation ne devient ainsi nécessaire. Par conséquent, on peut dire que le transfert intracommunautaire de siège social n'est plus étroitement et systématiquement lié à la transformation intracommunautaire dans l'espace OHADA.

150.Par ailleurs même si la société désirait se transformer, non pas pour s'adapter au droit de l'État d'accueil mais juste pour s'adapter à ses nouvelles réalités économiques, rien ne l'en empêche. En effet, nous rappelons qu'en Europe l'absence de dispositions prévues

³⁶⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 564.

avait pu constituer un motif de refus de la transformation intracommunautaire, comme ce fut d'ailleurs le cas en Hongrie dans les faits de l'affaire dite *Vale*³⁶¹. En droit OHADA on ne peut pas considérer qu'il n'y ait pas, ne serait ce qu'implicitement, de dispositions consacrées à cette opération. Il est vrai que l'Acte uniforme ne prévoit pas expressément des dispositions spécialement dédiées à la transformation intracommunautaire. Cependant lorsqu'il aborde cette question dans les règles spéciales des sociétés, il ne limite pas expressément non plus la transformation dans les frontières d'un seul et même État. Il s'appuie plutôt sur la forme de la société. Ainsi a-t-il prévu, à titre d'illustration, des dispositions relatives à la transformation des SARL³⁶² ou encore de celle des SA³⁶³. Nous pouvons alors légitimement considérer que toutes les SARL ou les SA de droit OHADA peuvent se transformer non seulement dans leur État de constitution mais également dans un État membre d'accueil où elles souhaiteraient transférer leurs sièges sociaux. En toute hypothèse, pour alléger les formalités de l'opération de mobilité la société peut toujours se transformer avant d'effectuer le transfert intracommunautaire de siège social. Peuvent être prise plus simplement dans la même assemblée générale les décisions de se transformer d'abord et d'ensuite transférer le siège. Car malgré la transformation dans l'État d'origine la société respectera toujours les exigences du droit de l'État membre d'accueil et pourra y être intégrée sans encombre liée à sa nouvelle forme. La SARL transformée en SA avant son transfert intracommunautaire de siège social n'aura aucune difficulté à être reconnue sous cette nouvelle forme dans l'État membre d'accueil.

151.Le fait que la transformation ne soit pas imposée à la société, mais puisse résulter simplement de ses besoins économiques, a une incidence bénéfique pour le coût de la mobilité. En effet, la transformation, comme la plupart des modifications des statuts, a des conséquences fiscales qui peuvent être plus ou moins supportables. Elle peut entraîner la perception d'un droit lié au changement statutaire. De plus, certaines transformations notamment celles qui modifient le régime fiscal de la société (transformation d'une société

³⁶¹ CJUE 12 juill. 2012, *Vale Epítési*, C-378/10 ; D. 2012. 3009, note P.-H. CONAC; *ibid.* 2331, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLÉE ; *Rev. Sociétés* 2012. 645, note G. PARLEANI ; *RTD eur.* 2013. 181, note A.-L. SIBONY ; *Rev. Crit. DIP* 2013. 236, note J. HEYMANN, *JCP E* 2012. 1547, note Th. MASTRULLO ; *JCP G* 2012. 1089, note M. MENJUCQ ; *Bull. Joly sociétés*, n° 10, 2012. 735, note R. DAMMANN, L.

WYNAENDTS et L. MARION ; *Europe*, oct. 2012. comm. 386, obs. L. IDOT.

³⁶² Art. 374 et s. de l'AUSCGIE.

³⁶³ Art. 690 et s. de l'AUSCGIE.

soumise à l'IR en société soumise à l'IS) équivalent fiscalement à une cessation d'activité³⁶⁴. Cela va alors rendre exigible les impositions liées à la dissolution, c'est-à-dire les plus-values latentes et les bénéfices en sursis. Il est alors très utile de laisser l'appréciation de l'opportunité de sa transformation à la société elle-même pour rendre plus réalisable la mobilité.

152.En définitive, nous pouvons dire que la transformation est une étape nécessaire lorsque l'État d'accueil et l'État d'origine ont des dispositions et des exigences différentes. Dans cette hypothèse, pour se conformer à sa nouvelle *lex societatis*, la société immigrante doit se transformer généralement pour adopter une forme sociale consacrée dans l'État qui va la reconnaître. Cependant dans l'espace communautaire OHADA, le régime juridique des sociétés étant unifié, la transformation ne peut pas être imposée à la société puisqu'elle est déjà à tout point conforme aux exigences de l'État membre d'accueil. Cela est bénéfique pour la mobilité intracommunautaire. Car la transformation a un coût fiscal qui peut être dissuasif pour les sociétés qui désirent transférer leurs sièges sociaux. L'autre obstacle à la mobilité par transfert de siège social qui peut être levé au niveau communautaire est la coordination des immatriculations qui permettra la survie de la personnalité morale tout au long du processus.

³⁶⁴ Voir par exemple les dispositions de l'article 34 CGI du Sénégal.

B- Une possible coordination des écritures garantissant la survie sans discontinu de la personnalité morale

153.Parlant du « *fichier régional* » du registre du commerce et du crédit mobilier des auteurs avaient prédit que « *si certains ont pu hésiter sur son utilité pour les citoyens c'est probablement en raison de l'éloignement de la CCJA³⁶⁵ et de la faiblesse des relations d'affaires inter-États. Mais si l'on imagine un avenir dans lequel deviendront effectifs les principes de la liberté d'entreprendre et de la liberté d'installation des entreprises, la publicité légale offerte par un fichier qui donne une vue d'ensemble sur les entreprises de plusieurs États est une opportunité énorme* »³⁶⁶. La véracité de cette assertion, montrant l'utilité d'une organisation communautaire des registres d'immatriculation, va se révéler pour la mobilité intracommunautaire des sociétés commerciales.

En effet, dans l'espace OHADA l'organisation du registre du commerce et du crédit mobilier, qui est le répertoire destiné à recevoir notamment l'immatriculation des sociétés commerciales³⁶⁷, révèle en plus du registre proprement dit l'existence de plusieurs fichiers centraux. Ainsi existe-t-il tout d'abord un « *registre local* » tenu par le greffe de « *la juridiction compétente ou l'organe compétent dans l'État partie (...)* »³⁶⁸. Il s'agit en réalité du Registre du commerce et du crédit mobilier stricto sensu. C'est un répertoire tenu par l'autorité locale (de la ville ou du département etc.) du ressort où se situe le siège social de la société. C'est auprès de cette autorité que toutes les sociétés commerciales doivent demander et obtenir leur immatriculation dans le premier mois de l'exercice de leur

³⁶⁵ Elle a en effet son siège à Abidjan en Côte d'Ivoire, ce qui peut être relativement pour les citoyens de certains États membres comme l'Île Maurice par exemple.

³⁶⁶ S. AKUETO PEDRO, K. ALEMAWO, « Registre du commerce et du crédit mobilier », in *Encyclopédie du droit OHADA*, ouvrage précitée, p. 1520, n° 31.

³⁶⁷ Art. 35 AUDCG.

³⁶⁸ Art. 36 AUDCG.

activité. Ce registre local est complété par deux fichiers de centralisation³⁶⁹. L'un centralise les inscriptions au niveau Étatique, c'est le « *Fichier national* », tandis que l'autre opère une centralisation au niveau communautaire, c'est le « *Fichier régional* ». Il en résulte que les données du registre local sont transcrites dans les deux fichiers de centralisations. L'objectif premier de ces centralisations c'est de simplifier l'accès des assujettis et des tiers aux informations conservés dans le registre du commerce. Cependant, cette centralisation peut avoir un rôle important pour la mobilité intracommunautaire des sociétés par transfert de siège social plus particulièrement comme l'ont souligné les auteurs précités.

154. En effet, s'agissant des sociétés commerciales les données relatives à leur identification figurent dans le registre d'arrivée ou registre chronologique et dans un casier appelé « *dossier individuel* », où sont rangées les pièces constituant leur déclaration initiale et toutes inscriptions modificatives³⁷⁰. Parmi ces indications figurent les informations telles que : l'adresse du siège social pour ce qui nous intéresse particulièrement, mais figure aussi d'autres informations comme la dénomination sociale, la forme juridique ou encore la nature de l'activité exercée. Les fichiers régionaux et nationaux concentrent un exemplaire ou un extrait de chaque dossier individuel des sociétés avec les données qu'il recoupe³⁷¹. Ainsi nous observons que les informations relatives à l'immatriculation des sociétés dans l'espace OHADA sont détenues et inscrites auprès de plusieurs autorités.

Or comme nous l'avons déjà vu lorsqu'il y a une mobilité intracommunautaire par transfert de siège social une radiation est toujours nécessaire dans l'État d'origine ainsi qu'une nouvelle inscription dans l'État d'accueil. En effet, l'accomplissement de ces deux formalités est important car il permet d'éviter un conflit de lois positif, autrement dit que deux lois ne soient compétentes en même temps³⁷². Par conséquent, il doit nécessairement y avoir changement au niveau de l'autorité tenant le « *registre local* » ainsi que de celui tenant le « *fichier national* ». La société doit en réalité toujours solliciter sa radiation des

³⁶⁹ Art 36 al. 2 et 3 AUDCG.

³⁷⁰ Voir à ce propos S. AKUETO PEDRO, K. ALEMAWO, op. cit., n° 17 et S.

³⁷¹ AKUETO PEDRO, K. ALEMAWO, ibid, n° 25 et n° 29.

³⁷² A. OUTIN-ADAM et A. TANGUY, « Projet de 14^e directive sur les transferts de sièges sociaux : Présentation du rapport de la CCIP et des travaux du Club des juristes », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, Novembre 2011, dossier 40. Toutefois, ce risque n'existe pas dans l'espace OHADA au sujet du droit des sociétés puisqu'il est unifié.

registres local et national de l'État membre d'origine afin de demander son inscription dans ces mêmes registres tenus par les autorités de l'État membre d'accueil. Car les autorités de ces registres ne détiennent que les inscriptions des sociétés ayant leur siège dans leur localité et dans leur État. Cependant elle n'a pas à être radiée du fichier régional, celui tenu par la CCJA, elle doit tout au plus y obtenir une inscription modificative pour mettre à jour son nouveau siège social. Car elle ne quitte pas l'ordre juridique communautaire et reste sous la compétence de la CCJA. Ainsi entre la date de la radiation opérée dans les registres local et national d'origine et la nouvelle inscription dans ceux d'accueil la société doit conserver son inscription dans le fichier régional. Elle garde par ce biais un lien avec l'ordre juridique communautaire. C'est cette inscription qui va lui permettre de conserver sa personnalité morale entre les deux formalités.

155. En effet, puisqu'il n'y a pas de changement d'ordre juridique le transfert intracommunautaire de siège social dans l'espace OHADA doit être traité sur cet aspect comme un transfert interne de siège social. Il doit être traité plus particulièrement comme un transfert dans le ressort d'un tribunal autre que celui d'origine. La logique de l'extension des règles applicables aux opérations internes à la mobilité intracommunautaire doit être poursuivie ici aussi. D'autant que du point de vue de la loi applicable ainsi que de la compétence de l'ordre juridique OHADA les deux transferts de siège sont comparables. En effet, l'immatriculation sert à créer le lien entre la société avec non pas un État mais avec un ordre juridique, celui qui lui accorde, après cette formalité, sa personnalité juridique. Or pour l'ordre juridique OHADA le transfert intracommunautaire tout comme le transfert interne dans le ressort d'un autre tribunal n'entraîne pas une rupture du lien avec la société émigrante. La société ne doit donc pas être totalement radiée de tous les fichiers de l'ordre juridique communautaire africain.

156. Tout comme le transfert interne de siège avec changement de ressort n'entraîne pas de radiation de tous les fichiers et notamment du fichier centralisation national, le transfert intracommunautaire ne doit pas entraîner de radiation du fichier de centralisation communautaire autrement dit du fichier régional tenu par la CCJA. À l'image de ce qui se fait en pratique dans la plupart des États lorsqu'il s'agit d'un transfert interne de siège avec changement de ressort, l'articulation des inscriptions lors d'un transfert intracommunautaire peut s'établir ainsi. La société émigrante devra transmettre au greffe du nouveau siège un dossier d'inscription afin que soit inscrit la modification du siège social. Ce dossier doit être en réalité un moyen de communiquer un certificat de légalité

délivré par une autorité de l'État membre d'origine à l'attention de l'État membre d'accueil afin de justifier la régularité des formalités de transfert accomplies. Il en résulte que ce dossier comprendra entre autres documents un procès verbal de l'assemblée collective entérinant le transfert ainsi qu'un exemplaire des statuts mis à jour. Il comprendra également un exemplaire de la précédente immatriculation qui permettra d'attester que la société avait déjà été constituée en conformité avec les exigences du droit OHADA. C'est ce qui la dispensera également de fournir les pièces exigées en cas d'immatriculation initiale. À la réception des documents exigés, le greffe ou l'organe de la juridiction du ressort où se situe le nouveau siège ne peut refuser l'inscription au regard de la reconnaissance automatique droit qui s'impose à lui³⁷³. Il appartiendra au greffier ou à la société de notifier la nouvelle inscription au greffier du tribunal dans le ressort duquel était situé le précédent siège afin qu'il procède à la radiation. Cette radiation sera notifiée dans les meilleurs délais à la société ainsi qu'à l'autorité qui tient le fichier national de l'État d'origine pour qu'elle procède à son tour à une radiation de la société. La CCJA, qui conserve l'inscription durant tout le processus, recevra seulement une notification dans le but de procéder à une inscription modificative mettant à jour le nouveau siège social.

157.Au bout du compte, concernant la mobilité intracommunautaire par transfert de siège social, nous estimons qu'elle peut franchir l'obstacle lié à la coordination des écritures³⁷⁴. En effet, sur ce point aussi on peut lui étendre l'application des règles du transfert interne de siège. Sachant que la société reste dans l'ordre juridique OHADA son inscription ne doit pas être effacée de tous les registres et fichiers existant dans le RCCM et plus précisément du fichier de centralisation communautaire puisqu'elle reste dans l'espace OHADA. Par conséquent, sa personnalité juridique survit tout au long du processus puisqu'elle sera toujours immatriculée au regard de l'ordre juridique communautaire.

158.En définitive, nous pouvons dire qu'en plus du régime juridique unitaire applicable d'un bout à l'autre du processus, la mobilité intracommunautaire est simplifiée par des conditions favorables à la reconnaissance et à l'insertion de la société dans l'État membre d'accueil. En effet, la reconnaissance est de plein droit puisqu'elle provient de l'ordre juridique qui a déjà accordé à la société sa personnalité juridique. L'intégration juridique qui crée un ordre juridique communautaire dans lequel reste la société émigrante est donc

³⁷³ Cf. supra n° 142 et s.

³⁷⁴ Nous rappelons que cet obstacle pouvait entraver la mobilité extracommunautaire cf. supra n° 52 et s.

le fondement de cette reconnaissance. De plus, cette reconnaissance n'est pas systématiquement conditionnée par une obligation de transformation de la société parce qu'elle a déjà une forme sociale connue à l'identique par l'État d'accueil. Enfin la coordination des inscriptions qui était un obstacle à la mobilité extracommunautaire par transfert de siège social ne l'est plus pour celle intracommunautaire. Car la société reste inscrite tout le long de l'opération dans le fichier de centralisation communautaire. Cependant cette reconnaissance de la personnalité juridique peut s'avérer insuffisante pour permettre à la société d'exercer une activité dans son nouvel État d'accueil.

Paragraphe 2 : La nécessité de lever l'obstacle lié au statut des sociétés étrangères

159. Pour une société qui transfère son siège social à l'étranger la simple reconnaissance de sa personnalité morale ne suffit parfois pas. En effet faut-il rappeler que le siège social n'est pas toujours le critère retenu par tous les États membres de l'OHADA pour octroyer leur nationalité à une société³⁷⁵. Ainsi les législateurs sénégalais et ivoirien, par exemple, cumulent les critères du contrôle et du siège social pour déterminer la nationalité des sociétés. Pour avoir la nationalité de ces États la société doit non seulement avoir son siège sur leur territoire mais aussi être contrôlée par des nationaux³⁷⁶. Par conséquent, lorsqu'une société transfère son siège social d'un autre État membre de l'OHADA vers le Sénégal même si elle sera reconnue elle restera une société étrangère sauf si elle est simultanément contrôlée par des associés sénégalais. Dès lors qu'elle n'a pas la nationalité de son État d'accueil, la société émigrante n'y aura qu'un statut de société étrangère. Ses droits et obligations ne seront pas nécessairement les mêmes que ceux des sociétés ayant la nationalité de l'État d'accueil. Ils seront donc appréciés au regard de son statut de société étrangère au sein de l'État d'accueil.

160. En réalité la reconnaissance permet généralement à une société étrangère d'être assimilée aux sociétés ayant la nationalité de l'État d'accueil³⁷⁷. Cependant ce principe d'assimilation des étrangers aux nationaux sera très souvent limité par des dispositions législatives de l'État d'accueil leur privant expressément de certains droits particuliers. Dans les États membre de l'OHADA l'exercice de certaines activités est réservé aux nationaux. C'est par exemple le cas de l'activité de transport routier public de personnes ou de marchandises au Sénégal. Car les dispositions de l'article 7 du Décret n° 2008-533 du 22 mai 2008 fixant les règles d'application de la loi n° 2003-04 du 27 mai 2003 ne laisse pas de doute sur le fait qu'elle est réservée aux sociétés ayant la nationalité sénégalaise. Ainsi si une société commerciale camerounaise, par exemple, transfère son siège au

³⁷⁵ Cf. supra n° 19 et s.

³⁷⁶ Article 8 de la loi ivoirienne du 1^{er} Avril 1964 ; ancien article 1165 du COCC Sénégal

³⁷⁷ Voir par exemple l'article 11 du code civil français.

Sénégal, elle ne pourra pas y exercer l'activité de transport routier public de personnes ou de marchandises même si cette activité était la sienne dans son État d'origine. Pour cette société étrangère si la reconnaissance de sa personnalité morale n'a pas freiné la mobilité au Sénégal, l'impossibilité d'y exercer l'activité pour laquelle elle a été créée constituera en revanche un véritable obstacle. C'est ainsi que la question du statut de société étrangère peut être un obstacle à la mobilité des sociétés qui exercent certaines activités particulières³⁷⁸. Il est donc clair que pour faciliter la mobilité intracommunautaire des sociétés par transfert de siège notamment il faut non seulement leur garantir la survie de leur personnalité morale dans l'État d'accueil, mais également leur assurer la possibilité d'y exercer leur activité.

La question de la jouissance des droits semble se poser de manière plus évidente lorsqu'il s'agit du transfert de siège social. Cependant elle n'est pas à exclure dans les fusions et scissions. Par ces opérations la société bénéficiaire peut ne plus être contrôlée à plus de cinquante pour cent (50%) par des associés de l'État auquel elle est rattachée. Ainsi peut-elle perdre sa nationalité si le contrôle est l'un de ses critères d'attribution. Dans cette hypothèse la société bénéficiaire pourrait ne plus pouvoir continuer l'activité qu'elle exerçait si elle est réservée aux nationaux. Dans ce contexte il est important de lever l'obstacle de la jouissance des droits afin de fluidifier la mobilité des sociétés quelle que soit la modalité qu'elle emprunte.

161. Pour lever cet obstacle lié au statut des sociétés étrangères, la consécration d'un principe de libre établissement par l'OHADA pourrait avoir un rôle déterminant. Car la nationalité ne peut cohabiter avec le libre établissement³⁷⁹. En effet le droit d'établissement permet de limiter les discriminations liées à la nationalité à l'encontre d'une société originaire d'un autre État membre. Le statut de société étrangère ne pourrait pas ainsi l'empêcher d'exercer certaines activités. Car en l'état ce libre établissement, qui permet aux sociétés étrangères d'exercer des activités réservées aux nationaux d'un État membre, n'est consacré que par les organisations sous-régionales comme la CEMAC et l'UEMOA.

³⁷⁸ Sur le problème lié à la jouissance des droits voir N. M. NCHANKOU MOUANSIE, *La liberté d'établissement des sociétés en Europe et en Afrique*, thèse précitée p. 162 et s.

³⁷⁹ À ce propos v. J.-B. BLAISE, « Une cohabitation difficile : nationalité des sociétés et libre établissement dans la communauté européenne », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Litec, 2000, p. 585 et s.

Si nous prenons l'exemple précédemment cité de l'activité de transport routier public de marchandises au Sénégal, en plus des sociétés commerciales sénégalaises elle peut être exercée par les sociétés régies par le droit d'un pays membre de l'UEMOA³⁸⁰. Nous voyons sur ce point que le droit d'établissement consacré par l'UEMOA peut permettre de franchir cet obstacle lié à la jouissance des droits lorsque les deux États concernés sont tous membres de cette communauté. Cependant lorsque la société n'est pas ressortissante d'un État membre de l'UEMOA le problème se pose toujours. C'est donc dire que l'obstacle n'est pas encore totalement levé concernant la mobilité intracommunautaire au sein de tout l'espace communautaire OHADA. Car les États ne sont pas tous membres des mêmes organisations d'intégration économique. Les effets discriminatoires de la nationalité ne disparaîtront donc que lorsque la circulation se fait à l'intérieur des communautés sous-régionales, mais pas vraiment dans l'espace OHADA dans son intégralité³⁸¹. Seul un véritable droit d'établissement commun à tous les États de l'OHADA peut permettre d'éviter la limitation de la mobilité seulement au sein des communautés sous-régionales. C'est seulement ainsi que la mobilité pourra être simplifiée pour tout « ressortissant OHADA »³⁸². Il est là possible de considérer, comme en Europe, que l'uniformisation du droit des sociétés devrait conduire à ce que ces dernières ne puissent plus être traitées ou considérées comme étrangères dans un État membre d'accueil³⁸³.

Voilà un premier élément qui montre que l'uniformisation du droit par l'OHADA ne permet pas de faire du marché décloisonné, au sein duquel pourrait librement circuler les sociétés, une réalité. Il manifeste la nécessité que l'OHADA évolue vers une communauté économique pour faire disparaître les discriminations liées à la nationalité des sociétés commerciales. Car il apparaît clairement que la levée de cet obstacle lié à la jouissance des droits ne peut pas résulter indirectement de l'intégration juridique. Si l'Union européenne a réussi à lever cet obstacle c'est parce qu'elle est une communauté économique. Le principe de libre établissement qu'elle a consacré interdit toute discrimination liée à la nationalité

³⁸⁰ Article 7 du Décret n° 2008-533 du 22 mai 2008 précité.

³⁸¹ En ce sens, cf. N. M. NCHANKOU MOUANSIE, *La liberté d'établissement des sociétés en Europe et en Afrique*, thèse précitée p. 166

³⁸² Expression empruntée à N. M. NCHANKOU MOUANSIE, *ibid.*

³⁸³ En ce sens, v. B. LECOURT, *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, thèse précitée, p. 510, n° 850.

d'une société. Ainsi les sociétés commerciales peuvent circuler au sein de cette communauté sans craindre de subir une discrimination liée à leur nationalité.

162.En conclusion de cette section, nous dirons que malgré la garantie de la survie de la personnalité morale des sociétés désirant circuler, il demeure un obstacle lié à la jouissance des droits. Pour lever tout doute sur le sort de la société qui souhaite se mouvoir l'intégration juridique telle que posée par l'OHADA est à elle seule insuffisante. L'uniformisation du droit des sociétés doit être complétée par la consécration d'un principe de libre établissement pour que l'espace OHADA dans son intégralité soit ouvert à la mobilité intracommunautaire des sociétés. D'ailleurs ce complètement de l'uniformisation sera aussi nécessaire pour franchir la barrière fiscale.

Conclusion du Chapitre 1 :

164.Du point de vue du régime juridique, nous pouvons considérer que la mobilité intracommunautaire des sociétés de l'espace OHADA est facilitée au regard de tous les obstacles qui entravent en parallèle la mobilité extracommunautaire. En raison de l'absence de conflit de lois et de conflit mobile, il existe un régime unitaire qui permet de traiter l'opération par une seule et même loi. L'existence d'un tel régime unifié est gage de sécurité juridique puisqu'elle assure une prévisibilité pour la réalisation des fusions, scissions et transferts de siège intracommunautaires. Car elle permet d'éviter les vicissitudes de l'application cumulative et distributive de deux lois différentes.

La simplification de cette mobilité intracommunautaire découle par ailleurs des conditions favorables à l'accueil de la société émigrante au sein de l'État membre qui la reçoit. En effet du fait du rattachement de la société à titre principal à l'ordre juridique communautaire, de qui elle tire sa personnalité juridique dès sa constitution, sa reconnaissance par tout autre État membre est automatique du moment où elle reste dans ce même ordre juridique. C'est en cela que dans l'espace communautaire africain l'intégration juridique devient vectrice de reconnaissance mutuelle des sociétés à la différence de la communauté européenne où c'est plutôt l'intégration économique³⁸⁴ qui conduit progressivement à une harmonisation du droit des sociétés et donc à une intégration juridique. Cependant cette reconnaissance garantie ne sera dans certaines hypothèses pas suffisantes pour dire que l'existence d'un marché intégré est une réalité dans l'OHADA comme c'est le cas en Europe. Car si la société émigrante n'obtient pas automatiquement la nationalité de l'État d'accueil elle pourra se voir refuser l'exercice de son activité si celle-ci y est réservée aux nationaux. Il faut donc que la nationalité cesse d'être une cause de discrimination dans tout l'espace OHADA. Il semblerait que cela ne soit possible que par la consécration d'un principe de libre établissement par l'OHADA. On parachèverait ainsi l'intégration juridique par une véritable intégration économique.

Par ailleurs s'il existe une intégration dans le domaine du droit des sociétés ayant conduit à son uniformisation, il n'en est pas de même concernant la fiscalité. Il en ressort donc que si

³⁸⁴ À travers le principe de libre établissement.

beaucoup d'obstacles juridiques ne freinent plus vraiment la mobilité intracommunautaire nous noterons que celle-ci reste fortement entravée par son traitement fiscal très dissuasif. Les avancées à réaliser dans ce domaine sont encore importantes ce qui nous amènera même à penser qu'il faudra dans ce domaine aussi s'inspirer du droit européen qui a consacré le principe de libre établissement.

CHAPITRE 2 : POUR UN FRANCHISSEMENT DE L'OBSTACLE FISCAL

165.L'obstacle le plus coriace à la mobilité des entreprises est bien évidemment celui lié à la fiscalité. C'est celui qui touche directement au « portefeuille » de la société et de ses associés. En effet le coût fiscal des opérations de mobilité ne peut pas être négligé par la société. Ces personnes morales ont pour but à la base de faire des profits qu'il faudra répartir entre les associés. Il leur est très difficile de réaliser des opérations de restructuration aussi coûteuses, à cause de l'application d'un régime dissuasif entraînant une taxation à chaque étape et par chaque État concerné³⁸⁵. Ce régime dit de droit commun, en toute indifférence des solutions juridiques, amène le fisc à considérer que les opérations de fusion, scission transfrontalières et de transfert transfrontalier de siège entraînent la dissolution et la cessation de l'activité de la société émigrante. Or, appliquer le régime fiscal de la cessation d'activité à une société qui ne souhaite que se mouvoir, lui sera financièrement insupportable et la conduira quasi systématiquement à renoncer à son projet.

166.Et pourtant sur ce point le droit OHADA n'a pas de solution harmonisée ou uniformisée pour la mobilité intracommunautaire plus favorable ou même qui diffère de la mobilité extracommunautaire. Cela met en évidence la déficience de la fluidité de la mobilité intracommunautaire, puisque l'obstacle l'un des obstacles les plus importants demeure. En effet, il n'y a pas eu d'unification ni de la fiscalité en général et ni même de la fiscalité applicable aux sociétés commerciales dans l'espace communautaire africain. De même, il n'y a pas eu d'uniformisation de la fiscalité applicable aux opérations intracommunautaires. Les règles applicables sont donc à rechercher du côté de la législation nationale de chaque État membre. Or nous notons que tous les États n'ont pas consacré le régime fiscal de faveur qui pourrait rendre réalisable les opérations de restructuration intracommunautaire. Ainsi sont-elles seulement réalisables au niveau purement interne grâce à la faveur fiscale. Cependant tout espoir n'est pas perdu et une

³⁸⁵ Voir développements sur le régime dissuasif de droit commun appliqué aux fusions scissions et transfert de siège extracommunautaires. Cf. supra n° 70 et s.

petite avancée peut être notée. Car certains États membres ont, de manière plutôt solitaire, consacré ce régime de faveur pour les fusions et scissions intracommunautaires. Nous exposerons d'abord cette petite avancée initiée solitairement. Car, même si elle reste insuffisante, elle justifie une petite part de simplification de la mobilité intracommunautaire (**section 1**). Ensuite nous proposerons une solution cette fois ci communautaire en s'inspirant du droit européen qui, via des directives, a mis en place un régime fiscal communautaire favorable à la réalisation de la mobilité intracommunautaire. C'est cette harmonisation ou uniformisation de la fiscalité, en s'appuyant sur le principe de libre établissement, qui permettra de lever de manière plus sûre cet obstacle qu'est encore la fiscalité (**section 2**).

Section 1 : Un traitement fiscal non communautaire de la mobilité intracommunautaire des sociétés de l'espace OHADA

168. Comme nous l'avons démontré pour la mobilité extracommunautaire, l'application du régime fiscal de droit commun aux opérations de fusion, scission et transfert de siège social est un de ses freins les plus insurmontables³⁸⁶. En effet ce régime dit de « droit commun » traite les opérations susvisées comme des cessations d'activité. Cela entraîne une multitude d'impositions immédiates telle que celle des plus-values latentes. Il devient au final très coûteux et dissuasif pour l'entreprise. Il en résulte que l'application d'un régime dit « *de faveur* » s'impose pour rendre réalisable la mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA. Celui-ci consacre une neutralité qui permet de reporter certaines impositions comme celle des plus values latentes, ou encore d'être exempté de certaines taxes comme celle du boni de liquidation que ne perçoivent d'ailleurs pas les associés lors de la réalisation de la mobilité. Nous présenterons d'abord les avantages de ce régime de faveur (**Paragraphe 1**). Puis nous constaterons que malheureusement sa consécration n'a pas été faite à l'échelle de tous les États membres de l'OHADA même lorsque la mobilité est intracommunautaire (**Paragraphe 2**).

³⁸⁶ Cf. supra n° 70 et s.

Paragraphe 1 : L'indispensable neutralité de l'opération entraînée par le régime de faveur

169.La remise en cause de la faisabilité d'une mobilité extracommunautaire ou intracommunautaire par l'application du régime fiscal d'une cessation d'activité n'est plus à démontrer. Un tel régime fiscal dit « *de droit commun* » conduit à l'imposition d'un résultat de liquidation pour la société émigrante puisqu'on estime qu'elle est dissoute et liquidée dans l'État d'origine. Toujours dans cet État d'origine, les plus-values latentes seront imposées immédiatement. Dans ce même ordre d'idée, les associés subiront une taxation du fait de l'attribution de titres rémunérant l'apport qui est considérée comme une distribution de revenus mobiliers. De même, une potentielle taxation d'un boni de liquidation sera subie si on considère qu'il y en a. Dans l'État d'accueil d'autres taxations sont appliquées. La société y sera traitée comme une société nouvelle qui se constitue lorsqu'il s'agit d'un transfert de siège social. Par conséquent, elle devra s'acquitter des frais de constitution d'une personne morale nouvelle. Lorsqu'il s'agit d'une fusion ou d'une scission, la société absorbée ou scindée sera imposable à raison de la plus-value latente dégagée par l'échange de titres. De même, les sociétés bénéficiaires peuvent devoir des frais d'augmentation du capital. Au regard de ce coût fiscal dissuasif, une solution fiscale moins couteuse s'avère indispensable à la réalisation de la mobilité intracommunautaire.

170.C'est ainsi qu'au regard de l'aspect dissuasif du régime de droit commun, l'instauration d'un régime de faveur s'est avérée indispensable afin de faciliter la mobilité des entreprises. En effet, ce régime spécial instaure une neutralité fiscale qui consiste à considérer que les opérations de fusion, scission ou transfert de siège social n'emportent pas les conséquences fiscales d'une cessation de l'activité, mais plutôt sa poursuite dans l'État d'accueil. Ces opérations auraient ainsi un caractère intercalaire en n'emportant pas la cessation de l'activité mais plutôt la continuité de l'exploitation³⁸⁷ par une autre société,

³⁸⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1800 ; P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, op. cit., n° 845.

la bénéficiaire lorsqu'il s'agit d'une fusion ou d'une scission ou par la même société lorsqu'il s'agit d'un transfert de siège social.

La neutralité instaurée par le régime de faveur consiste alors à suspendre certains prélèvements fiscaux immédiats. Il se traduit, lorsqu'il s'agit d'une fusion ou d'une scission, par la très importante exonération de l'impôt sur les sociétés des plus values³⁸⁸. C'est ainsi qu'à titre d'illustration nous pouvons citer l'article 20 du CGI du Sénégal qui dispose dans son premier alinéa que « *Par dérogation aux dispositions de l'article 8, les plus-values, autres que celles réalisées sur les marchandises, résultant de l'attribution d'actions ou de parts sociales à la suite de fusion de sociétés anonymes ou à responsabilité limitée sont exonérées de l'impôt sur les sociétés* »³⁸⁹. Ainsi la fiscalité relative à l'échange de titres, que subissent les associés, est neutralisée³⁹⁰. De même s'agissant du transfert de siège social, par l'application du régime de faveur, il n'aura pas pour conséquence fiscale l'imposition immédiate des plus-values latentes et des plus-values en report d'imposition afférentes aux éléments de l'actif immobilisé transféré. Aussi dans l'État d'accueil l'administration fiscale devrait considérer que le transfert de siège n'entraîne pas cessation d'entreprise et la création d'une nouvelle dès lors que la loi l'État d'accueil admet le maintien de la personnalité morale.

171. Toutefois, l'exonération fiscale instaurée par le régime de faveur n'est pas définitive. En effet dans les opérations de fusion ou de scission, puisque la société absorbée ou scindée notamment poursuit son existence à travers la société absorbante, c'est cette dernière qui garantira le recouvrement de ces taxes reportées. Ainsi la société absorbante ou bénéficiaire devra-t-elle s'engager à payer ultérieurement les impôts dus à raison des plus-values latentes en cas de cession des actifs apportés ou en cas de revente par les associés des titres remis au moment de l'échange. Lorsqu'il s'agit d'un transfert de siège social le régime de faveur ne fait que retarder le moment du paiement de l'impôt sur les

³⁸⁸ J. MESTRE, D. VELARDDOCCHIO, et A.-S. MESTRE-CHAMI (sous la direction de), *Le Lamy sociétés commerciales*, Wolters Kluwer, édition 2014, n° 2060 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op ; cit. n° 1800.

³⁸⁹ Une disposition équivalente se retrouve dans les législations fiscales de la quasi-totalité des États membres de l'OHADA. Nous pouvons citer à titre illustratif : l'article 9 du CGI du Cameroun, l'article 27 du CGI de la Cote d'Ivoire, l'article 36 du CGI du Niger ou encore de l'article 143 du CGI du Togo.

³⁹⁰ Voir par exemple l'article 81 du CGI du Togo qui ne considère pas comme une distribution de revenus mobiliers l'attribution gratuite de titres représentatifs de l'apport aux membres de la société apporteuse dans le cadre d'une fusion ou d'une scission.

sociétés dû à raison des plus-values latentes constatées. Le paiement de l'impôt sera étalé dans le temps. Le transfert de siège de la société devrait lui permettre de bénéficier seulement d'un fractionnement de l'imposition des plus-values concernées pour une période déterminée. Ainsi si nous prenons l'exemple du droit fiscal français, en cas de transfert de siège social avec transferts d'actifs vers un autre État membre l'Union européenne, la loi ouvre une option. Celle-ci permet à la société de s'acquitter de l'impôt des plus-values latentes soit dans les deux mois du transfert d'actifs ; soit de demander expressément un fractionnement du paiement de l'impôt sur cinq ans³⁹¹. Cela montre bien qu'il n'est pas demandé un renoncement définitif des impôts dus de la part du fisc en cas de mobilité de la société. Le régime de faveur dans cette hypothèse, ne permet à la société que de ne pas payer immédiatement un impôt sur les plus-values latentes.

172.La neutralité fiscale qui découle du caractère intercalaire des opérations de mobilité est une nécessité pour leur réalisation. Cependant, le bénéfice de ce régime de faveur n'est pas octroyé dans tous les cas de figure. En effet, la consécration du régime de faveur par les États membres de l'espace OHADA n'est pas totale. Elle n'est que partielle. Elle est souvent réservée aux opérations dans lesquelles les actifs restent dans l'État qui l'octroie. Le régime de faveur n'est donc pas appliqué aux opérations intracommunautaires parce que les actifs sont transférés à l'étranger. Cette restriction ne permet pas d'obtenir une fluidité de la mobilité intracommunautaire. Cependant nous noterons tout de même qu'un pas a été franchi par certains États qui l'accordent même lorsque la société émigre, avec ses actifs, de leurs territoires.

³⁹¹ Cf. art. 221, 2 du CGI français.

Paragraphe 2 : Une application rare du régime de faveur aux opérations intracommunautaires

173.Le régime de faveur que nous venons de décrire ne profite malheureusement pas toujours à la mobilité intracommunautaire des sociétés de l'espace OHADA. Car le fisc continue de considérer qu'« *il s'agit d'un acte de trahison passible de la peine de mort* »³⁹². On ne peut encore que constater la déficience de la fluidité de la mobilité intracommunautaire. Car la plupart des États membres n'octroient la neutralité fiscale que lorsqu'il s'agit d'une opération de restructuration interne **(A)**. Cependant nous ne pouvons pas nier l'existence d'une avancée remarquable provenant de quelques États membres qui octroient la faveur fiscale même aux sociétés émigrant de leur territoire **(B)**.

A- Un régime de faveur unanimement instauré pour les opérations de restructuration domestiques

174.Le premier constat qui se dégage est que la quasi-totalité des législations des États membres de l'OHADA connaissent le régime de faveur permettant la réalisation des fusions et scissions internes. Cela devrait d'ailleurs pouvoir simplifier sa future consécration communautaire étant donné que c'est un système d'imposition connu de tous. Concernant le transfert interne de siège social, l'instauration du régime de faveur n'a pas été nécessaire puisqu'une société transférant son siège sur le territoire de l'État auquel elle est déjà rattachée ne peut en aucun cas, et cela même par l'administration fiscale, être

³⁹² M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, op. cit. n° 265.

considérée comme cessant son activité. La société ne peut donc subir le traitement fiscal d'une cessation d'activité à l'occasion d'un transfert interne de siège social. C'est la raison pour laquelle le régime de faveur n'est pas prévu pour l'opération interne de transfert de siège social. Cela dit, l'application de ce régime de faveur aux opérations de fusions et scissions internes, est souvent soumise à de nombreuses conditions.

Ainsi certains États membres soumettent l'application du régime de faveur à un agrément d'une autorité qui peut être le directeur général des impôts³⁹³ ou encore le Ministre de l'Economie et des Finances³⁹⁴. Cet agrément vise entre autres à permettre à l'État de s'assurer de l'absence d'intention frauduleuse dans la réalisation des opérations. Mais aussi que cette dernière n'est pas exclusivement motivée par des raisons purement fiscales.

Par ailleurs, nous notons que l'application du régime de faveur est souvent exclusivement réservée aux sociétés de capitaux. Sont ainsi expressément citées seulement les SA, les SARL et parfois les SCA³⁹⁵. L'exclusion des SAS peut être expliquée par le fait que cette forme sociale n'existe que depuis peu en droit OHADA et que les législations fiscales des États membres n'ont pas encore pris en compte ce changement intervenu en droit des sociétés. Quant aux sociétés de personne, leur exclusion est semble-t-il liée au fait qu'elles soient soumises en principe au régime de l'impôt sur les revenus, sauf si elles optent exceptionnellement pour le régime de l'impôt sur les sociétés. En effet lorsqu'elles sont soumises à l'impôt sur le revenu ces sociétés ont une transparence fiscale qui lie directement leur imposition à celle des associés qui sont les véritables contribuables³⁹⁶. C'est ce qui pourrait expliquer l'absence d'application du régime de faveur tel qu'il est conçu à leur encontre. Or comme nous avons eu à le dire, ces sociétés de personne s'adonnent très rarement à la réalisation des opérations de fusion ou de scission. Ce n'est donc pas un frein significatif que la fiscalité des opérations de mobilité leur soit défavorable, tout comme l'est d'ailleurs l'exigence de l'unanimité dans le régime juridique.

³⁹³ C'est le cas de la Côte d'Ivoire (art. 27 du CGI).

³⁹⁴ C'est le cas du Togo (art. 143 du CGI).

³⁹⁵ Les législations fiscales des États membres ne sont pas encore mises en jour depuis la suppression de la société en commandite par action depuis la dernière réforme de l'Acte uniforme le 30 janvier 2014.

³⁹⁶ P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, op. cit., n° 691.

175. Cependant, la limitation la plus importante c'est que quand ils l'ont consacré tous les États membres n'appliquent ce régime de faveur, en matière de fusion ou scission, que lorsque la société bénéficiaire de la transmission universelle de patrimoine est sur leur territoire. C'est cette condition qui constitue un obstacle pour la mobilité intracommunautaire des sociétés. En effet, dans la mobilité intracommunautaire par fusion ou scission la société absorbée à qui on doit appliquer le régime de faveur, pour ne pas subir le traitement fiscal de la cessation d'activité dans son État d'origine, transmet toujours son patrimoine à une société bénéficiaire qui n'est pas sur le même territoire qu'elle. Dans le cadre d'une fusion intracommunautaire la société bénéficiaire ne peut jamais être dans le même État que la société absorbée. Par conséquent, le fisc de l'État membre de la société absorbée refusera toujours d'appliquer le régime de faveur. Le caractère transfrontalier des opérations en devient un facteur de blocage de l'application du régime de faveur. Or cela remet totalement en cause la possibilité de parler d'une fluidité de la mobilité intracommunautaire et de l'existence d'un marché sans frontière pour les sociétés. On ne peut au mieux dire que les fusions et scissions domestiques sont réalisables. Car pour un État appliquer le régime de faveur à une société localisée sur son territoire qui souhaite transmettre universellement son patrimoine à une autre qui est aussi sur le territoire dudit État, revient à dire tout simplement que seules les opérations de concentration domestiques sont favorisées.

Toutefois, nous dirons malgré tout que la levée de cet obstacle de la mobilité intracommunautaire est parfois effective. Car certains États ont dépassé cet obstacle et consacré le régime de faveur même dans des hypothèses où la société bénéficiaire de la fusion n'a pas son siège sur leur territoire. C'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une opération transfrontalière de fusion ou de scission.

B- Un régime de faveur instauré par peu d'États membres pour des opérations de mobilité intracommunautaires

176. Comme nous venons de l'évoquer le régime de faveur est unanimement adopté par les États membres de l'OHADA pour les opérations de fusion et scission. La difficulté ne se trouve donc pas là. Elle réside plutôt dans le fait que l'application du régime fiscal de faveur est limitée par la condition que la société bénéficiaire du transfert de patrimoine se situe dans l'État membre qui est censé l'accorder. Or lorsqu'il s'agit d'une fusion intracommunautaire cette condition ne peut jamais être remplie car la société bénéficiaire a toujours son siège sur le territoire d'un autre État membre. Toutefois toutes les législations fiscales ne sont pas à loger à la même enseigne.

177. En réalité, quelques États ont réalisé des avancées notables en faveur de la mobilité intracommunautaire en levant la barrière fiscale. Il faut d'abord relever qu'en parallèle de leur appartenance à l'espace OHADA tous les États membres appartiennent aussi à d'autres espaces communautaires visant spécialement et directement à mettre en place un marché commun et une intégration économique basée sur le principe de libre établissement³⁹⁷. Il s'agit principalement de la CEMAC³⁹⁸, de la CEDEAO³⁹⁹ ou encore de l'UEMOA⁴⁰⁰. Ces organisations qui visent à mettre sur pied un marché intégré favorisent la levée des barrières douanières ou fiscales entre États membres par une coopération. Ainsi c'est pour favoriser le libre échange et la libre circulation des personnes et des biens

³⁹⁷ Ce qui ne manquera pas d'ailleurs de poser parfois des problèmes de conflits de normes supranationales sur lesquels nous reviendrons. Cf. infra n° 289 et s.

³⁹⁸ Communauté Economique et monétaire d'Afrique Centrale regroupant 6 États aussi membres de l'OHADA que sont : le Cameroun, le Congo, le Gabon, la Guinée Équatoriale, la République de Centrafrique et le Tchad.

³⁹⁹ Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest regroupant parmi les États membres de l'OHADA : Le Benin, Le Burkina Faso, La Côte d'Ivoire, la Guinée, la Guinée-Bissau, le mali, le Niger, le Sénégal et le TOGO. À la différence de la CEMAC elle compte dans ses rangs des États non membres de l'espace OHADA tel le Ghana ou encore le Nigeria.

⁴⁰⁰ Union Economique et monétaire Ouest Africain dont sont également membres les États ouest africains ayant adhéré à la CEDEAO.

prônés par ces organisations que certains États ont fait l'effort d'étendre le champ d'application de leur régime de faveur.

178. En ce sens, concernant la CEMAC, deux États membres ont étendu le régime de faveur, comme semble le préconiser la convention fiscale de l'UDEAC⁴⁰¹ du 13 décembre 1966, aux fusions et scissions transfrontalières lorsque la société bénéficiaire a son siège sur le territoire d'un État de cette communauté économique d'Afrique centrale. Il s'agit de la République Centrafricaine et du Cameroun dont l'article 9 du Code Général des Impôts dispose que : *« les plus-values autres que celles réalisées sur les marchandises résultant de l'attribution gratuite d'actions, de parts bénéficiaires, de parts sociales ou d'obligations, à la suite de la fusion des sociétés anonymes même unipersonnelles, des sociétés à responsabilité limitée même unipersonnelles, sont exonérées de l'impôt frappant les bénéfices réalisés par ces sociétés, à condition que la société absorbante ou nouvelle ait son siège social au Cameroun ou dans un autre État de la CEMAC »*. L'alinéa 2 du même article fait la même extension pour la scission en disposant : *« Le même régime est applicable lorsqu'une société anonyme, ou une société à responsabilité limitée apporte l'intégralité de son actif à deux ou plusieurs sociétés constituées à cette fin – cas de scission – (...) à condition que : La ou les sociétés bénéficiaires de l'apport aient leur siège social au Cameroun ou dans un autre État de la CEMAC »*.

179. De même s'agissant de la CEDEAO un État tel que le Togo a étendu l'application de son régime de faveur aux opérations de fusion et scission même lorsque la société bénéficiaire se situe non pas sur son territoire mais plutôt sur celui d'un État membre de la CEDEAO. Ainsi l'article 143 de son code des impôts pose seulement comme condition d'application du régime de faveur aux opérations de fusion et de scission que : *« les sociétés bénéficiaires soient toutes de nationalité togolaise ou d'une nationalité d'un des États membres de la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) »*. Cette extension rend réalisable la mobilité intracommunautaire des sociétés togolaises vers les États membres de l'espace OHADA lorsqu'ils sont aussi adhérents à la CEDEAO. C'est une avancée louable même si elle ne place pas toutes les sociétés sur le même pied puisque leurs situations varient selon l'État où se situent leurs sièges sociaux. Ainsi les sociétés togolaises camerounaises ou encore centrafricaines peuvent se mouvoir par fusion intracommunautaire vers un État d'accueil membre selon le cas soit de la

⁴⁰¹ Union Douanière et Economique d'Afrique Centrale, c'est l'ancêtre de la CEMAC.

CEDEAO ou de la CEMAC. Or les autres sociétés de l'espace OHADA ayant leur siège dans un autre État adhérent des organisations sous-régionales que sont la CEDEAO ou la CEMAC ne peuvent circuler, sans barrière fiscale, même vers le Togo, le Cameroun ou encore la Centrafrique. Car dans cette hypothèse les États d'origine des sociétés absorbées ou scindées ne leur accorderont pas, ne serait-ce que par réciprocité, la faveur d'exonérer la taxation des plus-values.

Il semblerait aussi que pendant un temps le Niger eut procédé à une extension plus large du régime de faveur l'accordant lorsque la société bénéficiaire avait son siège social dans un pays de la zone Franc. Autrement dit dans la quasi-totalité des États membres de l'OHADA puisqu'ils partagent pour la plupart cette monnaie. C'est ce qui avait valu d'ailleurs à cet État d'être cité par un auteur comme exemple à suivre pour lever la barrière fiscale de la mobilité par fusion ou scission intracommunautaire dans l'espace OHADA⁴⁰². Mais l'actuel CGI du Niger est de toute évidence revenu sur cette extension. Tout comme le font la plupart des autres États membres de l'OHADA, il conditionne désormais l'application du régime de faveur à la situation du siège de la société bénéficiaire de la transmission de la fusion au Niger⁴⁰³. Cet État qui avait fait un pas de géant pour neutraliser l'obstacle fiscal est ainsi revenu sur son avancée en raison certainement de l'absence d'effort provenant des autres États membres. Car ceux-ci, ne serait-ce que par réciprocité, n'ont pas consacré le régime de faveur lorsque la société bénéficiaire d'une fusion intracommunautaire a son siège social au Niger. De même ils n'ont pas imité purement et simplement ce dit État en étendant le champ d'application de leur régime de faveur.

180. S'agissant du transfert intracommunautaire de siège social, aucun État membre ne le rend réalisable par la consécration expresse du régime fiscal de faveur. Or celui-ci lui est cette fois indispensable puisque la société est dissoute dans son État d'origine. Elle subit alors là le traitement fiscal d'une cessation d'activité, elle ne profite d'aucun report du moment d'imposition des plus-values latentes. C'est ainsi qu'à la différence de la mobilité intracommunautaire par fusion ou scission qui est dans quelques cas réalisables sans la barrière fiscale, celle par transfert de siège reste pleinement entravée par l'obstacle fiscal. D'où là encore la nécessité d'une réponse communautaire au blocage lié à la fiscalité.

⁴⁰² M. N. MBAYE, thèse précitée, n° 573 et s.

⁴⁰³ Art. 36 CGI du Niger.

181. Il faut noter que si ces quelques États ont décidé de franchir le pas pour consacrer le régime de faveur lorsque la société bénéficiaire d'une fusion se situe dans un État membre de la même communauté sous-régionale qu'eux, c'est parce qu'ils ont entendu favoriser et mettre en pratique le principe de libre établissement. En effet, la CEDEAO, l'UEMOA et la CEMAC sont des organisations d'intégration économique qui ont consacré le principe de libre établissement⁴⁰⁴. Il était alors logique que les États membres⁴⁰⁵ de ces organisations aillent dans le sens d'une levée des barrières douanières et surtout fiscales de la circulation des personnes physiques et morales. C'est donc dans ce contexte que le Cameroun et le Togo, par exemple, appliquent un régime de faveur aux fusions lorsque la société bénéficiaire est ressortissante d'un État membre de la même organisation qu'eux. Cela facilite, dans une certaine mesure, la mobilité au sein des communautés sous-régionales. Il apparaît alors que pour parvenir à une fluidité de la mobilité au sein de l'ensemble de l'espace OHADA, il faudra aussi aller dans le sens d'une intégration économique par la consécration de ce principe libre établissement. Par ailleurs, la levée de la barrière fiscale devra être une réalité dans tous les États membres. Nous ne pourrions pas nous contenter d'un effort effectué par quelques États comme dans les organisations d'intégration économique sous-régionale. Pour que la levée de l'obstacle fiscal soit réalisée de manière généralisée par tous les États membres de l'OHADA, les opérations de mobilité doivent être considérées clairement comme étant des modalités d'exercice du libre établissement que devrait consacrer l'OHADA. C'est ce qui permettra à l'OHADA d'éviter le même résultat insatisfaisant que les communautés économiques sous-régionales. Ainsi n'aurons-nous pas quelques États membres qui lèvent la barrière fiscale alors que d'autres ne le font pas.

182. En définitive, nous notons que même dans le cadre purement intracommunautaire la fiscalité continue d'être un obstacle à la mobilité des sociétés de l'espace OHADA. En réalité, le régime de faveur qui instaure une neutralité fiscale de l'opération existe dans les différentes législations des différents États membres. Cependant son application est très limitée de telle sorte qu'il ne permet que la réalisation des fusions et scissions domestiques.

⁴⁰⁴ Article 91 et 92 du Traité de l'UEMOA ; article 13 Traité instituant la CEMAC ; article 3 Traité CEDEAO

⁴⁰⁵ Même si tous ne l'ont pas fait. Cela pose le problème de l'effectivité du libre établissement consacré par ces organisations. Il aurait poussé tous les États à aller dans le même sens si les opérations de mobilité étaient considérées comme étant les modalités de son exercice. Cela montre donc la nécessité d'une consécration du libre établissement plus effective par l'OHADA.

Cela est dû à la condition posée par la plupart des États exigeant que la société bénéficiaire du transfert universel de patrimoine ait son siège sur le territoire de l'État qui octroie la faveur. Autrement dit que la concentration se fasse dans les limites de son territoire. Or même si ce constat peut empêcher de parler de fluidité de la mobilité intracommunautaire, il n'empêche que des avancées sont à noter. Car certains États favorisent par leur fiscalité la mobilité intracommunautaire par fusion ou scission en étendant l'application du régime de faveur même lorsque la société absorbante a son siège sur un territoire étranger. Cette avancée reste malgré tout limitée par l'adhésion à d'autres conventions internationales instaurant un marché commun comme la CEDEAO ou la CEMAC. Il reste à prôner que cette avancée réalisée par quelques États puisse inspirer et mener à la consécration d'une solution dans le cadre de la communauté OHADA.

Section 2 : Pour une solution communautaire : l'exemple à suivre du droit européen

183.Le rôle de la fiscalité dans la réalisation de la mobilité des sociétés n'est plus à démontrer. Or si le régime juridique, par son unification, a simplifié les opérations de mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA, nous ne pouvons en dire autant du régime fiscal. Chaque État garde sa souveraineté dans l'organisation de sa fiscalité applicable à la fusion, scission et au transfert de siège intracommunautaire. C'est ainsi que certains par l'extension du champ du régime fiscal de faveur permettent la réalisation de la mobilité là où d'autres la freinent. Une solution communautaire s'impose pour éviter une mobilité intracommunautaire à double vitesse. Faut-il rappeler que pour lever la barrière juridique le droit OHADA a aligné le traitement des opérations de concentration et de transfert de siège intracommunautaire sur celui purement interne. Par conséquent, à l'image du traitement juridique identique des fusions, scissions et transferts de siège internes comme intracommunautaire, il leur faut aussi un traitement fiscal identique. Cela n'est possible que par l'extension du champ d'application du régime de faveur en la faisant bénéficier à la mobilité intracommunautaire. Si juridiquement le traitement des opérations est identique pourquoi pas fiscalement ? L'harmonisation de la solution juridique avec la solution fiscale est donc nécessaire au plan communautaire. Pour cela l'OHADA doit être une communauté économique. Cela lui permettra d'uniformiser non pas toute la fiscalité des États membres de l'espace communautaire africain, car ce serait utopique **(Paragraphe 1)**. Cependant à l'image de l'espace communautaire européen un régime fiscal commun des opérations spécifiques de fusion-scission et du transfert intracommunautaire de siège social qui consacrerait le régime de faveur s'avère utile **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1 : Les difficultés d'une unification complète de la fiscalité des sociétés dans l'espace communautaire : l'utopie d'un Acte uniforme sur la fiscalité complète des entreprises

184.La mobilité intracommunautaire des sociétés de l'espace OHADA n'est pas, en l'état actuel de la législation fiscale, toujours réalisable. Si le régime juridique ne pose plus problème, grâce à son unification, le régime fiscal demeure encore une entrave dissuasive. L'une des raisons de cette barrière liée à la fiscalité est l'absence d'unification, d'harmonisation, autrement dit l'absence de réponse commune à ce problème. En effet dans ce domaine chaque État applique encore ses dispositions nationales. Car si le régime juridique applicable aux sociétés a pu être unifié au sein de l'espace communautaire, la fiscalité relève toujours du domaine souverain de chaque État membre. C'est ainsi que les pratiques et politiques fiscales des États membres sont très souvent différentes par défaut d'uniformisation.

185.Le constat du défaut d'harmonisation ou d'uniformisation de la fiscalité dans un espace communautaire qui a vocation à unifier le droit des affaires dans un but d'intégration juridique et surtout économique paraît refléter une carence. Mais dans l'espace OHADA l'intégration économique semble reléguée au second rang par rapport à l'intégration juridique⁴⁰⁶. Ainsi des principes de base tel que le libre établissement ou la libre circulation des personnes et des biens, qui sont habituellement le reflet direct d'un objectif de création d'un marché décloisonné, n'ont pas été expressément consacrés par le traité. Or cela est nécessaire dans tout ensemble qui se veut pour objectif manifeste de créer une union économique. De plus, en ayant pas comme objectif immédiat de créer une communauté économique, l'uniformisation de la fiscalité n'a pas été réalisée dès le départ par l'OHADA, et elle n'est pas non plus évoquée comme projet⁴⁰⁷. C'est ainsi que la fiscalité ne figure toujours pas dans la liste des domaines du droit qui ont vocation à faire

⁴⁰⁶ Même si dans son préambule le traité révisé de l'OHADA affirme clairement que l'harmonisation du droit des affaires est bien un outil d'intégration juridique et économique. Cette dernière ne reste qu'un objectif indirect. Cf. supra n° 1.

⁴⁰⁷ Comme le sont par exemple le droit du travail ou le droit des contrats qui sont tous le stade de projet d'harmonisation.

l'objet d'une uniformisation en vertu du Traité OHADA⁴⁰⁸. Or nous estimons que, pour que la mobilité soit fluide, l'intégration économique doit être une réalité comme l'intégration juridique. Elle ne peut plus être reléguée au second plan par rapport à l'intégration juridique⁴⁰⁹.

186. Toutefois, peut-on toujours harmoniser ou unifier la fiscalité des affaires, voire la seule fiscalité des entreprises, même au sein d'une communauté dont l'ambition d'instaurer une intégration économique est plus clairement affirmée voire est une priorité ? La question mérite d'être posée. L'exemple de l'espace communautaire européen nous montre bien les difficultés d'harmoniser la fiscalité au sein même de cette communauté visant manifestement à créer un marché intérieur, avec un principe de libre établissement dont bénéficie les opérations de mobilité. En effet, un projet d'harmoniser la fiscalité des entreprises dans l'espace européen est apparu dès 1975 par une proposition de directive en date du 23 juillet⁴¹⁰ visant à harmoniser les systèmes d'impôts sur les sociétés et des régimes de retenue à la source des dividendes⁴¹¹. Il y était notamment proposé d'harmoniser les taux d'imposition sur les sociétés en fixant un intervalle compris entre 45 et 55%. Les réticences des États membres ont mené à l'abandon des travaux allant dans le sens de l'harmonisation complète de la fiscalité des sociétés, ainsi qu'à l'abandon du projet par la commission et à son retrait. Cet échec montre les limites d'une grande ambition harmonisatrice dans le domaine de la fiscalité. C'est d'ailleurs pourquoi la commission elle-même a abandonné cette approche générale. Elle a estimé qu'il fallait se concentrer sur les mesures destinées à achever le marché intérieur. Il faut donc laisser les États membres déterminer librement leur régime d'imposition et privilégier plutôt la suppression des obstacles fiscaux à l'achèvement du marché intérieur⁴¹². C'est dans ce cadre que des propositions d'harmonisation ponctuelle de l'imposition de certaines opérations ont connu

⁴⁰⁸ Voir art. 2 du traité OHADA qui ne cite expressément que : le droit des sociétés et le statut juridique des commerçants, le recouvrement des créances, les sûretés et voies d'exécution, le régime du redressement des entreprises et la liquidation judiciaire, le droit de l'arbitrage, le droit du travail, le droit comptable, le droit de la vente et des transports.

⁴⁰⁹ Cf. infra n° 191 et s.

⁴¹⁰ JOCE, n° C 253, 5 nov. 1975.

⁴¹¹ Sur ce texte voir J.-P. LE GALL, « L'harmonisation européenne de la fiscalité directe des entreprises : Analyse et perspectives du rapport Ruding », *Dr. Fisc.* n°13, 31 mars 1993, 100013 ; Ph. MARCHESSOU, « impôts directs », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2016, n° 12 et s.

⁴¹² Voir à ce propos Ph. MARCHESSOU, *ibid*, n° 14.

un succès. Nous citerons surtout l'exemple du régime fiscal commun en matière de fusion, scission et apports partiels d'actif transfrontaliers⁴¹³ ou encore du régime fiscal commun applicable aux sociétés et filiales d'États membres différents⁴¹⁴.

187. En réalité l'harmonisation complète de la fiscalité est souvent difficile voire impossible surtout lorsqu'il y a autant d'États concernés. D'abord dans ce domaine particulier les États tiennent encore fortement à leurs souverainetés, leurs politiques sont liées à leurs intérêts qui sont souvent différents. Cela ne signifie pas que l'adoption de conventions internationales est impossible dans le domaine de la fiscalité. D'ailleurs certains États membres de l'OHADA, notamment ceux qui sont aussi membres de l'UEMOA, par exemple, ont déjà instauré entre eux une coopération voire une intégration fiscale⁴¹⁵. C'est dans ce cadre qu'ils ont, par exemple, institué une taxe sur la valeur ajoutée commune dans le domaine des impôts indirects⁴¹⁶, et à l'harmonisation de la fiscalité des revenus des valeurs mobilières dans le domaine des impôts directs⁴¹⁷.

Toutefois, s'ils sont prêts à renoncer partiellement à leurs libres compétences fiscales, à affaiblir leur souveraineté pour s'adapter à une économie de plus en plus mondialisée⁴¹⁸, ce n'est que pour harmoniser certains segments de leur fiscalité. Les politiques fiscales des États demeurent donc aussi variées que ne le sont leur niveau de développement

⁴¹³ Directive n° 2009/133/CE du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre. Elle remplace la directive 2005/19/CE ayant modifié la directive 90/434/CEE relative au régime fiscal applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents.

⁴¹⁴ La directive 2011/96/UE modifiée par la directive 2014/86/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents a été publiée au JOUE du 25 juillet 2014.

⁴¹⁵ Pour une analyse détaillée de cette intégration, voir E. DIARRA, « Coopération ou intégration fiscale au sein de l'union Economique et Monétaire Ouest Africain (UEMOA) », *Revue burkinabé de droit*, n° 45, 2004, www.ohada.com/doctrine, D-05-28.

⁴¹⁶ E. DIARRA, *ibid.*

⁴¹⁷ Pour une étude plus exhaustive de cette harmonisation voir M. DIEYE, *La fiscalité des revenus des valeurs mobilières dans les pays de l'UEMOA : impact sur le fonctionnement du marché financier régional*, thèse Lyon 3, 2002 ; E. DIARRA, *ibid.*

⁴¹⁸ B. CASTAGNÈDE, *Précis de fiscalité internationale*, op. cit., Avant-propos, p. 1 ; E. DIARRA, article précité, qui fait remarquer que même s'ils ont été enclin à abandonner une partie de leur souveraineté monétaire depuis leurs indépendances les États francophones de l'Afrique de l'ouest sont de manière surprenante si sourcilleux à faire de même concernant la fiscalité.

économique. Cela rend très difficile leur harmonisation ou uniformisation complète. L'espace OHADA ne fait pas exception à ce constat puisqu'il y a toujours, particulièrement dans cette communauté, une carence d'une harmonisation ou d'une uniformisation réussie dans le domaine de la fiscalité. C'est ce qui nous emmène à proposer plutôt une « *harmonisation ou uniformisation minimale* » comme avancée modeste et plus envisageable.

188. En effet, tout comme dans l'espace européen, l'échec des propositions d'harmonisation complète de la fiscalité des entreprises ont réduit les ambitions et conduit à une « *harmonisation minimale* »⁴¹⁹, dans l'espace OHADA l'orientation doit pour l'instant être faite autour d'objectifs moins ambitieux⁴²⁰. En réalité, au lieu d'une harmonisation complète il faudrait plutôt harmoniser ou uniformiser certains segments de la fiscalité. C'est pourquoi à l'instar du régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions et transfert de siège transfrontaliers dans l'espace communautaire européen, nous estimons qu'il faut une uniformisation de l'imposition des opérations de mobilités intracommunautaires pour les rendre pleinement réalisable dans l'espace OHADA.

⁴¹⁹ Qualification empruntée à J.-P. LE GALL, op. cit., n° 7.

⁴²⁰ Sur l'échec des projets d'harmonisation de fiscalité très ambitieuse en Europe voir P. de FRÉMINET, « À défaut d'une harmonisation, une coordination fiscale est-elle possible ? », in *La territorialité fiscale dans l'Union européenne*, LPA, 15 mai 2002, n° 97, p. 41 et s.

Paragraphe 2 : Pour une uniformisation de la fiscalité spécifique des opérations de mobilité intracommunautaire fondée sur le libre établissement

189.À la différence du régime juridique, la fiscalité des sociétés n'a pas fait l'objet d'une uniformisation. C'est la raison pour laquelle le régime de faveur, qui peut rendre réalisable les opérations de mobilité au sein de la communauté, n'est pas unanimement consacrée par les États membres de l'OHADA. Ainsi la mobilité intracommunautaire n'est pas encore tout à fait fluide dans l'espace communautaire africain. Il faudrait une intervention du législateur communautaire pour amener les États membres à lever la barrière que représente encore la fiscalité puisque les efforts solitaires réalisés par certains États membres sont insuffisants. Toutefois, nous avons pu relever qu'une harmonisation des législations fiscales n'était pas simple même au sein d'une communauté qui souhaiterait réaliser une intégration économique. C'est pourquoi nous serons certes amené à proposer une uniformisation des législations fiscales, mais celle-ci ne sera que minimale car ne concernant que les opérations de mobilité intracommunautaire et non la fiscalité complète des entreprises **(A)**. Par ailleurs, nous restons conscients que la mobilité ne doit pas être exclusivement motivée par des raisons fiscales. Ainsi faudra-t-il exclure du champ du régime de faveur, qui sera consacré, la mobilité même intracommunautaire guidée uniquement par un objectif de choix d'une législation fiscale plus favorable afin d'éviter le *fiscal Law shopping* **(B)**.

A- Pour une consécration du régime de faveur au profit les opérations mobilités intracommunautaires

190. Nous verrons dans un premier quels peuvent être le fondement et l'instrument de cette uniformisation de la fiscalité des opérations de mobilité intracommunautaire (1), avant d'aborder dans un second temps ce qui sera son contenu recherché (2).

1. Les voies de la consécration communautaire du régime de faveur dans l'espace OHADA

191. Une harmonisation ou une uniformisation de la fiscalité résulte généralement d'une intégration économique. Ainsi en Afrique toutes les organisations qui ont harmonisé les législations fiscales des États membres l'ont fait sur la base d'une intégration économique. C'est ainsi qu'elles sont allées dans le sens d'une levée des barrières douanières et surtout fiscales de la circulation des personnes physiques et morales. Par conséquent, pour que l'OHADA unifie un quelconque régime fiscal des États membres il faudra qu'elle aille aussi dans le sens d'une intégration économique. Cette dernière ne résultera pas seulement d'une uniformisation du droit des affaires. La seule uniformisation du droit des affaires ou plus précisément du droit des sociétés ne suffit pas pour dire qu'il y a une efficace intégration économique en plus de l'intégration juridique. L'uniformisation du droit des sociétés ne permettra pas à ces dernières de circuler et de profiter du « *décloisonnement des marchés* »⁴²¹ qui est pourtant objectif de l'OHADA. Comme nous venons de le voir cette uniformisation du droit n'est pas suffisante pour obtenir un marché commun au sein duquel pourront circuler sans barrières les sociétés commerciales. Le caractère médiat de l'objectif de création d'un marché intégré a fait que l'OHADA n'a pas levé les barrières fiscales de la circulation des personnes morales par une uniformisation. Ainsi la fiscalité

⁴²¹ Expression empruntée à F. M. SAWADOGO, « Les 20 ans de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) : bilan et perspectives », in *Droit et attractivité économique : le cas OHADA, Travaux de l'association pour l'Efficacité du Droit et de la Justice dans l'espace OHADA (AEDJ)*, L. CADIET (Coord. Scientifique), éd. IRJS, Collection de l'IRJS-André Tunc, 2013, p. 32

n'est même pas dans la liste des domaines que l'OHADA entend uniformiser en restant une communauté juridique. C'est pourquoi nous estimons que la levée de l'obstacle fiscal à la mobilité des sociétés passe par la transformation de l'OHADA. elle ne doit plus rester seulement une organisation d'intégration juridique. Elle doit en plus devenir une organisation d'intégration économique visant à lever les barrières douanières et fiscales à la circulation des personnes physiques et morales. Car une intégration économique appelle les sociétés commerciales à étendre leurs activités sur tout le territoire du marché intégré⁴²². La volonté de réaliser une intégration économique devrait donc conduire l'OHADA à consacrer dans son traité le principe de libre établissement. Ainsi si les opérations de mobilités sont considérées comme étant des modalités d'exercice de ce libre établissement cela obligera les États membres à lever l'obstacle fiscal. Car dans cette hypothèse toute entrave juridique ou fiscale à la mobilité serait consécutivement une entrave au libre établissement. Ainsi pour ne pas faire l'objet d'une condamnation pour entrave à la mobilité intracommunautaire les États membres seront amenés à uniformiser la fiscalité de ces opérations. Une harmonisation ou une uniformisation de la fiscalité des opérations sera alors plus simplement réalisable si le principe de libre établissement est consacré par l'OHADA. La consécration d'un principe de libre établissement est donc la première étape qui conduira à l'harmonisation ou l'uniformisation fiscale nécessaire pour rendre fluide la mobilité des sociétés au sein de tout l'espace intracommunautaire OHADA.

192. Cela dit, il est aussi important de s'interroger sur les instruments de l'uniformisation des législations fiscales des États membres sous l'égide de l'OHADA. Car le traité OHADA a précisé les instruments de l'uniformisation, il s'agit à titre principal des Actes uniformes⁴²³. Les règlements sont certes cités mais ils sont seulement prévus pour l'application du traité s'il y a besoin⁴²⁴. Or jusqu'à présent la plupart des règlements qui ont été adoptés sont relatifs au fonctionnement des institutions et des organes ainsi qu'à la

⁴²² En ce sens B. LECOURT, *L'influence du droit communautaire sur la constitution des groupements*, LGDJ, 2003, p. 510, n° 850.

⁴²³ Art. 5 al. 1^{er} Traité OHADA.

⁴²⁴ Art. 4 Traité OHADA.

procédure suivie devant eux⁴²⁵. C'est d'ailleurs dans ce contexte que des règlements relatifs à la procédure de la CCJA et à l'arbitrage de la CCJA ont été adoptés. Aucun règlement n'a jusque là été adopté pour servir d'instrument d'unification des différentes branches du droit des affaires citées par l'article 2 du Traité. Nous pouvons donc rejoindre un auteur afin d'affirmer que l'adoption des règlements relève donc en pratique « *pour une large part, voire pour le tout, de l'organisation et du fonctionnement des institutions* »⁴²⁶. Par ailleurs, l'exigence d'une majorité absolue⁴²⁷ pour leur adoption manifeste qu'ils ne conviendront pas pour l'uniformisation de la fiscalité, contrairement aux Actes uniformes qui eux doivent être adoptés à l'unanimité⁴²⁸. Sachant que la fiscalité est un domaine où les États rechignent beaucoup à céder même partiellement leur souveraineté, il serait difficilement concevable que pour son uniformisation il ne puisse être exigé seulement une majorité absolue et non l'unanimité⁴²⁹. En outre, il résulte bien de l'article 5 du Traité que ce sont les Actes uniformes qui sont, en principe, prévus pour l'adoption des règles communes. Par conséquent, les dispositions unifiées relatives à l'instauration d'un régime de faveur à la mobilité intracommunautaire doivent bien figurer dans un Acte uniforme.

193. Toutefois, faudrait-il réserver tout un Acte uniforme à l'uniformisation de la fiscalité des seules opérations de fusions scissions et de transfert intracommunautaire de siège social ? Il faut se rappeler que nous ne proposerons pas une uniformisation complète de la fiscalité des entreprises. Car elle s'avère pour le moment impossible. Alors faudrait-il au plus inclure des dispositions relatives à la fiscalité des opérations de mobilité intracommunautaire dans l'Acte uniforme déjà existante relative aux sociétés commerciales ? Dans l'un ou l'autre cas quelques modifications dans le traité lui-même s'avèreront utiles voire nécessaires.

⁴²⁵ M. KAMTO, « Commentaires du Traité », in *OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, J. ISSA-SAYEGH, P.-G. POUGOUE et F. M. SAWADOGO (Sous la direction de), Juriscope, 4^e édition, 2012, p. 31 (sous l'article 4).

⁴²⁶ F. M. SAWADOGO, « Les 20 ans de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) : bilan et perspectives », in *Droit et attractivité et économique : le cas de l'OHADA*, L. CADIET (sous la coordination scientifique), IRJS Editions, 2013, p. 45.

⁴²⁷ Art. 4 du Traité OHADA.

⁴²⁸ Art. 8 du Traité OHADA.

⁴²⁹ Même si l'exigence du vote à l'unanimité a pu parfois être considérée comme un facteur de blocage en matière d'harmonisation fiscale. cf. P. de FRÉMINET, « À défaut d'une harmonisation, une coordination fiscale est-elle possible ? », article précité.

Si l'option d'un Acte uniforme relatif à la fiscalité des fusions, scissions et transfert de siège social intracommunautaires est choisie, l'article 2 du Traité serait amené à être révisé. En effet, cette disposition cite de manière limitative les domaines du droit des affaires qui seront uniformisés au regard du Traité par l'adoption d'un acte uniforme. Or la fiscalité n'y est pas inscrite, par conséquent il faut alors compléter ce texte pour l'y mentionner. Puisque cela nécessite une modification d'une disposition du Traité, ledit article 2 lui-même prévoit la démarche à adopter pour inclure un nouveau domaine dans sa liste, qui n'est donc pas définitivement fermée. Il exige pour ce fait une décision unanime prise par le Conseil des ministres. Cependant, consacrer tout un Acte uniforme à la fiscalité des seules opérations de mobilité intracommunautaire ne semble pas indispensable. Au regard du nombre de dispositions concernées, compléter les Actes uniformes existant paraît plus adapté.

194. La deuxième option consistera donc à compléter les Actes uniformes existant en intégrant, par exemple, dans l'AUSCGIE des dispositions relatives à la fiscalité des opérations de mobilité. En effet, à l'image des dispositions pénales qui sont intégrées dans cet Acte uniforme⁴³⁰, alors que le droit pénal ne fait pas partie du domaine harmonisé, des dispositions fiscales peuvent aussi l'être. Pour cela il faudra aussi réviser le Traité cette fois-ci en son article 5 alinéa 2 qui dispose « *les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les États Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues* ». Là aussi il devrait y être rajouté que les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions fiscales. Cela pourrait servir non seulement à consacrer le régime de faveur dans l'espace communautaire en complétant l'AUSCGIE, mais aussi si besoin en est de rajouter dans d'autres Actes uniformes un volet fiscal. Ainsi ne serait-il pas toujours nécessaire d'adopter un nouvel Acte uniforme lorsqu'il sera question d'uniformiser un autre segment de la fiscalité qui concernerait le droit commercial général par exemple. Car l'uniformisation complète de la fiscalité des affaires, qui elle nécessiterait vraiment l'adoption d'un Acte uniforme, est à moyen terme une utopie. Cette deuxième option nous paraît en tout état de cause plus adaptée à l'ampleur de l'uniformisation minimale que nous proposerons. D'ailleurs le fait qu'ils aient comme fondement le même

⁴³⁰ Ces dispositions pénales peuvent notamment être trouvées dans les articles 886 et s. de l'AUSC.

texte permettrait peut être d'obtenir une synchronisation entre le volet juridique et le volet fiscal, qui est au demeurant indispensable pour fluidifier la mobilité⁴³¹.

Après avoir déterminé l'instrument de l'uniformisation de la fiscalité des opérations de mobilité intracommunautaire, il ne reste qu'à examiner le contenu du régime de faveur qu'elle devra consacrer pour les rendre réalisables.

2. La neutralité recherchée par le régime de faveur à consacrer dans l'espace communautaire

195. Il n'est point nécessaire à ce stade de rappeler l'importance d'un régime fiscal de faveur pour la faisabilité des opérations de mobilité des sociétés. Il conviendra ici tout au plus de réexposer sa substance, d'expliquer quel sera son objectif, en évoquant ce qu'il doit comporter. En d'autres termes en quoi consistera la faveur accordée. Il n'y a pas de doute sur le fait que le but de ce régime de faveur sera d'instaurer une neutralité des opérations de mobilité en leur reconnaissant leur caractère intercalaire. Cette neutralité doit certes être reconnue par l'État d'origine, mais l'État d'accueil doit être aussi en disposition de permettre au fisc d'origine de recouvrer les impositions reportées pour éviter qu'il n'exige systématiquement de la société qu'elle garde un établissement stable sur son territoire. Ces deux volets doivent par conséquent figurer dans le contenu du régime de faveur communautaire. Celui-ci doit donc rechercher « *le juste équilibre entre la neutralité fiscale de la mobilité* » et le souci d'éviter que celle-ci ne se traduise par une perte budgétaire substantielle pour les États⁴³². Nous examinerons ces deux volets de la fiscalité des opérations de mobilité des sociétés.

196. Le premier effet de la neutralité fiscale, qui est l'objectif du régime de faveur, est de ne pas faire subir à la société émigrante certaines taxations immédiates, qu'elle aurait subies dans son État d'origine si l'opération de mobilité était traitée comme une cessation

⁴³¹ Sur la nécessaire synchronisation entre le volet juridique et le volet fiscal de la mobilité voir Ph. MARCHESSOU, « Impôts directs », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2016, n° 17.

⁴³² D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, op.cit, n° 716.

d'activité. Ce serait une conséquence du caractère intercalaire des fusions, scissions et transfert de siège intracommunautaires qui doit être reconnue. Cela se reflètera, à titre illustratif, par l'absence d'imposition immédiate des plus-values. C'est ainsi que dans les fusions intracommunautaires par exemple la différence entre la valeur comptable des éléments apportés et leur valeur d'apport à la société absorbante devront continuer à s'analyser comme une plus-value latente et non pas réalisée. Par conséquent, si elle doit être constatée elle ne devra pas donner lieu à une imposition immédiate. Le régime fiscal de faveur devra également profiter personnellement aux associés par l'absence d'imposition du boni de liquidation dont la perception par eux est inexistante puisque la société n'est pas liquidée, ainsi que du boni de fusion. En effet, l'objectif recherché *in fine* par le régime de faveur est d'empêcher qu'il ne soit exigé systématiquement à la société, qui se meut, le paiement d'une « *exit tax* » dissuasive dans son État d'origine.

197. Cette neutralité des opérations est d'ailleurs connue par les législations fiscales des États européens, dans un souci de conformité avec le règlement du 8 octobre 2001 sur la société européenne, concernant le régime de faveur du le transfert de siège social. De même le régime de faveur est posé par la directive n° 90/434 du 23 juillet 1990⁴³³ remplacée par la directive n° 2009/133 du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une société coopérative européenne (SCE) d'un État membre à un autre. Le législateur communautaire européen a eu pour objectif de ne plus rendre les opérations transfrontalières dissuasives pour les opérateurs sans pour autant oublier de préserver les droits des États⁴³⁴. La France a dans ce contexte fait évoluer sa législation fiscale, qui était jusqu'alors dissuasive, pour permettre la réalisation d'une mobilité intracommunautaire au sein de l'UE. Elle a instauré un régime de faveur rendant fiscalement neutre les opérations de fusion⁴³⁵, ou de scission lorsque la société absorbante

⁴³³ JOCE 225/1 du 20 Aout 1990 ; Sur l'apport de cette directive voir Ph. MARCHESSOU, « Impôts directs », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2016, n° 15 ; G. MONTANIER, « Harmonisation fiscale communautaire (janvier 1988-décembre 1990 », *RTDE* 1991, chron., p. 79.

⁴³⁴ Ph. MARCHESSOU, « Impôts directs », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2016, n° 16.

⁴³⁵ Art. 210 A du CGI.

a son siège dans un État membre de l'UE et de transfert de siège social vers un autre État membre⁴³⁶.

Toutefois, tout en reconnaissant le régime de faveur, certains États européens trouvent le moyen de continuer à appliquer l'*exit tax* lorsque la société se mouvant dans l'espace communautaire cesse d'exercer toute activité imposable ou ne maintient pas un établissement stable dans son État d'origine. La France fait partie de ces États⁴³⁷ même si cette condition n'est pas expressément posée par le CGI qui semble même, par la formulation et l'objet de son article 221-2 alinéa 3, supprimer toute imposition à la sortie⁴³⁸. En effet, l'administration fiscale dont l'agrément doit être recueilli ne la délivre en pratique que lorsqu'il est conservé un établissement stable en France reprenant des éléments d'actifs de la société qui se meut⁴³⁹. Cette exigence découlerait de l'application par son administration fiscale du droit commun qui traite toute opération de sortie de bilan comme une cession rendant exigible l'impôt de plus-values⁴⁴⁰. Ainsi l'imposition ne reposerait pas sur l'opération de mobilité en elle-même, qui n'emporte pas cessation de l'activité comme le pose bien le CGI français, mais sur la sortie des actifs. Il y a là juste un changement de l'événement imposable⁴⁴¹. Le résultat est au final le même quant à l'imposition des plus-values et à la barrière que cela constitue pour la réalisation de la mobilité intracommunautaire. Ainsi, tout comme en Europe, instaurer un tel régime fiscal de faveur dans l'espace OHADA aboutirait à ne pas permettre une mobilité entraînant un transfert de l'ensemble de l'activité imposable vers un autre État membre. Ce problème

⁴³⁶ Art. 221-2 du CGI qui dispose que « le transfert de siège dans un autre État membre de la communauté européenne, qu'il s'accompagne ou non de la perte de la personnalité juridique en France, n'emporte pas les conséquences de la cessation d'entreprise ».

⁴³⁷ En réalité la plupart des États membres de l'UE ne permettent pas aux sociétés de quitter leur territoire sans s'acquitter d'une « *exit tax* » au grand dam de la commission européenne ; voir en ce sens G. BLANLUET, « La mobilité des sociétés en Europe : Barrières juridiques, Barrières fiscales », *Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, D. 2013, p. 53.

⁴³⁸ Voir en ce sens, G. BLANLUET, « La mobilité des sociétés en Europe : Barrières juridiques, Barrières fiscales », *ibid*, p. 52

⁴³⁹ G. BLANLUET, « La mobilité des sociétés en Europe : Barrières juridiques, Barrières fiscales », *op. cit.*, p. 52; voir également M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, n° 318 ; « Le transfert international de siège social : réalité ou mirage », *Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, D. 2013, p. 543.

⁴⁴⁰ G. BLANLUET, *ibid*, p. 53.

⁴⁴¹ G. BLANLUET, *ibid*, p. 53.

mérite de trouver une solution et celle-ci doit être un objectif du régime de faveur afin de rendre possible une mobilité intracommunautaire sans restriction des sociétés qui y aspireraient.

198.En droit européen, c'est encore une fois la jurisprudence de la Cour de justice qui est venue à la rescousse de la mobilité intracommunautaire des sociétés. En effet, dans une affaire opposant l'administration fiscale néerlandaise à une société néerlandaise souhaitant transférer l'ensemble de ses activités à Londres à l'occasion d'un transfert intracommunautaire de siège, la Grande chambre de la Cour de justice a jugé contraire au principe de libre établissement l'imposition immédiate à la sortie des plus-values latentes afférentes aux actifs transférés⁴⁴². Par cet arrêt, la Cour prône non pas l'abandon irrémédiable du droit d'imposition, mais plutôt le report de l'exercice de ce droit même lorsque la société, en se mouvant, transfère tous ses actifs et les profits découlant de leur exploitation vers un autre État membre⁴⁴³. Ainsi les législations fiscales des États membres de l'union européenne ont dû s'adapter face cette solution de la Cour de justice. En France par exemple, en cas de transfert de siège social accompagné d'un transfert d'actifs vers un État de l'UE l'imposition des plus values n'est plus systématiquement immédiate. En effet, l'article 221.2 nouveau du CGI permet à la société après une demande expresse d'obtenir le fractionnement sur cinq ans de l'imposition des plus-values⁴⁴⁴.

Cette évolution, qu'on peut juger favorable⁴⁴⁵ à la mobilité des sociétés en Europe, nous paraît devoir résulter du contenu du régime de faveur à instaurer dans l'espace OHADA sur la base d'un principe de libre établissement. En effet, pour des motifs économiques une société peut avoir le besoin de transférer toute son activité et tous ses actifs à l'étranger. Dans ce contexte lui imposer le maintien d'un établissement stable dans son État d'origine ne répondrait pas à cette aspiration. Le maintien même temporaire d'actifs ou d'un

⁴⁴² CJUE, 29 Novembre 2011, aff. C-371/10, *National Grid Indus BV*, *Dr. Fisc.* 2012. 125, note G. BLANLUET ; *Bull. fiscal Francis Lefebvre* n° 48/11, n°9, obs. D. GUTMANN ; *D.* 2012, p. 784, note R. KOVAR ; *Dr. Sociétés* 2012, n° 72, obs. J.-L. PIERRE. Voir également D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, op.cit, n° 787.

⁴⁴³ G. BLANLUET, « La mobilité des sociétés en Europe : Barrières juridiques, Barrières fiscales », op. cit., p. 56

⁴⁴⁴ À ce propos, voir notamment D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, op. cit., n° 787 et s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit. n° 265 et s.

⁴⁴⁵ Cf. M. MENJUCQ, « Le transfert international de siège social : réalité ou mirage », *Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, D. 2013, p. 544.

établissement stable dans l'État d'origine, alors qu'aucune activité rentable ou qui procure un profit à la société n'est effectivement exercée, ne répondrait pas à la nécessité économique qui doit normalement sous-tendre toute opération de mobilité. L'exigence du maintien d'une activité même déficitaire, à travers un établissement stable, rien que pour garantir à l'État d'origine de recouvrer les impositions reportées nous paraît être une atteinte disproportionnée au droit à la mobilité voire au principe de libre établissement. S'il est expressément consacré dans l'espace OHADA, le principe de libre établissement doit donc empêcher les États membres d'origine d'exiger systématiquement le maintien d'un établissement stable. Ainsi, comme l'a jugé la CJUE dans l'affaire dite *National Grid*, cette exigence serait une atteinte disproportionnée au libre établissement dans la mesure où sa sanction serait pour la société taxation immédiate des plus-values latentes⁴⁴⁶. L'appréciation de l'opportunité de maintenir des actifs ou un établissement stable devrait donc appartenir à la société elle-même. D'ailleurs bien souvent dans les opérations de fusion transfrontalière des actifs sont maintenus voire renforcés dans l'État d'origine pour permettre la poursuite de l'activité qu'y exerçait la société absorbée. Cela est généralement justifié par la nécessité parfois d'y poursuivre une activité que la société absorbante ou bénéficiaire n'a pas intérêt à cesser. Les fusions et scissions transfrontalières, au-delà d'être simplement des opérations de restructuration permettant à une société mère d'absorber sa filiale implantée à l'étranger pour recentrer toutes ses activités sur le territoire d'un seul État, peuvent aussi être à l'inverse des instruments de constitution d'un groupe international de sociétés. Ainsi une société absorbée finit-elle potentiellement par devenir une succursale étrangère de la société absorbante. C'est ainsi qu'elle permet à cette dernière de poursuivre une activité et d'avoir un établissement stable dans le territoire d'origine de la société qui lui a transmis son patrimoine. La fusion-acquisition transfrontalière n'est pas forcément un moyen pour une société absorbée de cesser toute activité sur son territoire d'origine afin d'installer tous ses actifs sur son territoire d'accueil. Elle peut être bien régulièrement motivée plutôt par la volonté de l'absorbante de s'implanter sur un marché, qui lui était jusque là étranger, et d'y apporter de nouveaux actifs. Ainsi l'État d'origine d'une société qui se meut, par ce mécanisme, ne subira pas forcément une fuite d'actifs. Mais il verra probablement des actifs nouveaux apportés sur son territoire provenant de la société bénéficiaire implantée à l'étranger. Nous remarquons

⁴⁴⁶ Voir en ce sens, G. BLANLUET, « La mobilité des sociétés en Europe : Barrières juridiques, Barrières fiscales », op. cit., p. 56

par là que le maintien d'actifs, sans même être une exigence posée par la loi, ressort bien souvent de la motivation économique conduisant à la réalisation d'une opération de mobilité. Il doit par conséquent être laissé dans le champ de la volonté justifiée par le motif économique de l'opération. Cet avis n'est toutefois pas partagé par certains auteurs qui analysent plutôt le maintien d'un établissement stable comme une garantie juridique aussi bien pour les États d'origine que pour les tiers⁴⁴⁷. Nous estimons que d'autres garanties peuvent être trouvées en dehors du maintien d'un établissement stable. Il s'agit notamment d'une coopération entre les fisces des États d'accueil et d'origine qui permettra à chacun d'eux de recouvrer le montant des impôts dus.

199.En effet, nous rappelons que le régime de faveur n'a pas vocation à imposer une renonciation définitive de la part de l'État d'origine à son droit d'imposition. Il en résulte qu'il faut lui garantir une coopération de l'État d'accueil pour lui permettre de recouvrer son dû et déterminer précisément l'assiette d'imposition de chacun des États. Autrement, l'exigence de maintien des actifs sur son territoire, que nous venons de dénoncer, se justifierait. Cette coopération doit se traduire par la possibilité pour l'État d'origine d'instituer un mécanisme de report d'imposition reconnu par l'État d'accueil sans que ce dernier ne soit à son tour privé de taxer les plus-values qui seront réalisées sur son sol. Autrement dit, l'État membre d'accueil doit accepter que son imposition soit limitée aux plus-values et aux plus-values latentes réalisées sur son territoire postérieurement à l'opération de mobilité intracommunautaire⁴⁴⁸. En clair l'assiette d'imposition de chaque État membre doit être définie par le régime de faveur. Pour cette coopération fiscale entre les États un auteur a suggéré la création d'une « *chambre de compensations des recettes fiscales* ». Cette dernière serait l'organisme auprès duquel les sociétés qui circulent devraient s'acquitter du montant des impôts reportés⁴⁴⁹. Cette proposition bien que pertinente, n'aurait convenue que si on limitait la mobilité intracommunautaire au sein des organisations sous-régionales que sont l'UEMOA et la CEMAC. En effet, c'est auprès des Banques Centrales⁴⁵⁰ de ces communautés qu'il est proposé d'intégrer ces « *chambres de*

⁴⁴⁷ En ce sens notamment, M. N. MBAYE, thèse précitée, n° 931 et s.

⁴⁴⁸ Comme prôné par le régime de faveur instauré en Europe dans la directive n° 90/434 du 23 juillet 1990. Voir en ce sens Ph. MARCHESSOU, « Impôts directs », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2016, n° 94.

⁴⁴⁹ N. M. NCHANKOU MOUANSIE, *La liberté d'établissement des sociétés en Europe et en Afrique*, thèse précitée p. 415 et s.

⁴⁵⁰ BCEAO pour l'UEMOA et BEAC pour la CEMAC

compensation ». Tant que la mobilité se réalise à l'intérieur de ces communautés sous-régionales le système peut fonctionner. Cependant qu'advient-il si la société quitte un État membre de la CEMAC pour s'implanter principalement dans un État membre de l'UEMOA ? Il faudrait dans cette hypothèse songer à créer une « *chambre de compensation mixte* », regroupant les autorités bancaires des deux communautés puisque l'OHADA n'est pas une organisation ayant mis sur pied sa propre Banque Centrale.

En outre, il ne faudra pas oublier d'exiger de l'État membre d'accueil qu'il n'assujettisse pas la société immigrant sur son territoire aux droits d'enregistrement ou d'augmentation de capital. Car sur ce point aussi le régime de faveur et le caractère intercalaire des opérations de mobilité intracommunautaire doivent jouer, comme c'est le cas pour les opérations internes.

200. S'agissant des associés, il est clair que le régime de faveur, par la neutralité qu'il consacre, doit aussi avoir pour but d'alléger leurs impositions. Cela aboutirait ainsi, pour eux, à une absence de taxation de l'hypothétique boni de liquidation reçu puisque la société n'est pas liquidée et ne cesse pas son activité mais la poursuit dans un nouvel État. De même, le boni de fusion ne doit pas être considéré comme une distribution de revenus imposables, tout comme c'est le cas dans les fusions domestiques⁴⁵¹. Et ce d'autant qu'il n'y a point perception de liquidité à leur profit mais un simple échange de titres. Toujours dans le souci de rendre moins dissuasif la fiscalité applicable aux associés, on peut à ce titre examiner le sort des réserves⁴⁵² de la société qui se meut au regard de l'impôt sur les revenus des valeurs mobilières. En effet, si les réserves ne sont pas imposées aux associés tant qu'elles ne leur ont pas été redistribuées, il arrive que la législation fiscale les répute distribuées à proportion des droits de chaque associé dès lors que la société cesse d'être assujettie à l'IS. Or après une opération de mobilité la société peut ne plus être soumise à l'IS si elle cesse d'exercer toute activité imposable dans son État d'origine. Doit-on alors taxer immédiatement les réserves comme si elles étaient distribuées ? La question se pose puisque sur ce point la société qui cesse d'être soumise à l'IS ne disparaît pas mais continue son activité et son existence dans un autre État. Par conséquent, les réserves

⁴⁵¹ P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, op. cit., n°852.

⁴⁵² Qui pose aussi question en en droit européen surtout depuis l'arrêt de la CJUE, 29 Novembre 2011, aff. C-371/10, *National Grid Indus BV* qui permet aux sociétés de se mouvoir sans maintenir une activité imposable dans leur État d'origine. Voir à ce propos G. BLANLUET, « La mobilité des sociétés en Europe : Barrières juridiques, Barrières fiscales », op. cit., p. 57.

peuvent ne pas être redistribuées automatiquement à l'inverse d'une société qui est vraiment liquidée et qui disparaît en définitive. Dans les fusion-scission notamment, les réserves peuvent être transmises avec l'actif dans le cadre de la transmission universelle du patrimoine. De même, dans un transfert de siège social, la société peut avoir besoin de garder ses réserves pour respecter son obligation de se constituer des réserves légales dans l'État d'accueil. Dans ces hypothèses, où elles ne sont pas redistribuées aux associés, nous pouvons admettre, au moins pour les réserves légales, que leur imposition ne devra pas là aussi être immédiate mais plutôt reportée.

201.L'objectif du régime de faveur est donc de reconnaître le caractère intercalaire de la mobilité des sociétés grâce à la neutralité de leur traitement fiscal. Les opérations de fusion, scission et de transfert de siège intracommunautaires n'entraîneront pas les effets d'une cessation de l'activité sur le plan fiscal. Par conséquent, le régime fiscal à appliquer devra être neutre et différent de celui d'une cessation d'activité. Ainsi la mobilité intracommunautaire ne serait-elle plus conditionnée par le paiement d'une « *exit tax* ». Tout comme le régime juridique, le régime fiscal de la mobilité intracommunautaire des sociétés de l'espace OHADA rejoindrait celui des fusions, scissions et transferts de siège social purement internes. En revanche, même si la fiscalité ne doit plus être un obstacle à la mobilité intracommunautaire des sociétés, elle ne doit pas pour autant être le principal motif qui pousse les sociétés à migrer. C'est pourquoi, de l'application du régime de faveur, il conviendra d'exclure les mobilités ayant comme objectif principal l'évasion fiscale.

B- Une limitation de l'application du régime de faveur aux mobilités non motivées exclusivement par des motifs fiscaux

202. Proposer la consécration d'un régime de faveur afin de faciliter la mobilité intracommunautaire des sociétés ne nous conduit pas à oublier de la soumettre à quelques conditions. En effet, la levée des barrières fiscales de la mobilité n'équivaut pas à accepter que celle-ci soit un instrument d'évasion ou de fraude fiscale. Or puisqu'il n'y a pas d'unification des dispositions fiscales des États membres dans l'espace OHADA le risque peut être très grand. Il convient alors d'éviter que grâce à la mobilité à défaut de *law shopping*⁴⁵³, concernant le régime juridique, que les sociétés ne s'adonnent à un *fiscal law shopping* dans l'espace communautaire. C'est pourquoi nous souscrivons bien à l'idée que le bénéfice du régime de faveur soit réservé aux mobilités guidées par un motif plutôt de restructuration économique. Ainsi le régime de faveur sera paralysé dès lors qu'il y a une volonté de fraude fiscale qui motive la mobilité des sociétés.

203. D'ailleurs la paralysie du régime de faveur, face à la mobilité justifiée par une évasion fiscale, est prévue par les directives européennes. À titre illustratif, la directive fusion du 23 juillet 1990 avait prévu des clauses anti-abus⁴⁵⁴ qui permettait aux États membres de ne pas appliquer le régime de faveur lorsque l'objectif principal de l'opération était la fraude ou l'évasion fiscale. En effet, comme il en ressort si bien de l'adage latin « *fraus omnia corrumpit* », la fraude fait de manière générale exception du bénéfice de l'application d'une règle de droit. Elle empêche de se prévaloir des avantages de l'acte frauduleux. Par conséquent, il est logique qu'elle empêche de bénéficier d'une faveur obtenue grâce à elle. C'est ainsi qu'à l'image de ce qui est consacré dans l'espace communautaire européen le droit uniforme africain sera logiquement amené à refuser l'application du régime de faveur à la mobilité frauduleuse.

204. Cette non application du régime de faveur à la mobilité justifiée par un objectif de fraude fiscale aura aussi comme avantage d'éviter une course à l'attractivité des normes

⁴⁵³ Le régime juridique applicable aux sociétés étant le même d'un pays membre à l'autre dans l'espace communautaire africain.

⁴⁵⁴ Art. 11-1 de la directive 90/434.

fiscales dans l'espace communautaire africain. En effet, comme nous l'avons déjà souligné, il n'y aura pas de si tôt une harmonisation complète de la fiscalité applicable aux sociétés. Par conséquent, les États membres n'ont, par exemple, pas forcément le même taux d'imposition des sociétés ou encore ne sont pas liés par les mêmes conventions fiscales. Rien ne peut ainsi empêcher les sociétés de se mouvoir juste pour profiter des conventions fiscales conclues par l'État membre d'accueil ou pour profiter de son taux d'imposition plus bas. Il y a un risque de course à l'attractivité opposant les États membres pour accueillir le plus de sociétés. Ce risque de course à l'attractivité existerait surtout dans le domaine fiscal dans l'espace OHADA, alors que dans l'espace communautaire européen, il existe aussi dans le domaine juridique parce qu'il n'est pas unifié. C'est ainsi qu'en Europe certains auteurs ont pu écrire, à propos du régime juridique, que « *l'attractivité était la nouvelle perspective du national des sociétés* »⁴⁵⁵. Et ce, alors même que la concurrence entre les lois nationales de l'UE ne répond pas au modèle d'intégration autour duquel s'est construit le droit communautaire européen⁴⁵⁶. En réalité, grâce à la possibilité qui leur est offerte de se mouvoir dans l'espace européen en vertu du libre établissement, les sociétés peuvent désormais choisir la loi qui leur est applicable. Il en résulte que les États membres sont poussés à rendre plus attractif leur droit des sociétés pour pousser les sociétés à le choisir comme *lex societatis*.

Au regard de ce risque de compétition législative, certains ont pu craindre que cette course à l'attractivité ne mène à un *effet Delaware*. Autrement dit, tout comme cet État américain, à la volonté importante des États membres de rechercher une législation incitant les sociétés qui recherchent la loi qui leur est la plus favorable à y installer leurs sièges sociaux. Il faut savoir que la conséquence ultime de cette compétition législative est l'existence d'une « *course vers le bas* »⁴⁵⁷. C'est-à-dire comme le relève des auteurs que cela ne conduise « *à l'alignement de l'ensemble des droits sur le régime juridique le plus laxiste* »⁴⁵⁸. Dans l'espace OHADA si l'unification du régime juridique préserve de l'*effet Delaware* et de ses conséquences, l'absence d'harmonisation de la fiscalité complète des

⁴⁵⁵ K. RODRIGUEZ, « L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés », *Bull. Joly*, 2004, § 63, p. 330 et s.

⁴⁵⁶ J.-S. Bergé, « Le droit d'une communauté de lois : le front européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mél. P. Lagarde, Dalloz, 2005, p. 113, spéc. p. 118.

⁴⁵⁷ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome 2, 3^e éd., PUF, 2014, n° 1076.

⁴⁵⁸ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *ibid*, n° 1076.

sociétés rend présent le risque de création des paradis fiscaux. Il faut malgré tout le tempérer. Car, concernant le régime juridique, l'*effet Delaware* existe surtout aux Etats-Unis à cause de la consécration généralisée de l'incorporation comme rattachement de la *lex societatis*⁴⁵⁹. Or nous l'avons déjà dit, concernant le régime fiscal, le rattachement des sociétés dans l'espace OHADA n'est pas tout à fait le lieu de leur incorporation. Par conséquent, malgré leur mobilité, si elles continuent d'être exploitées et de réaliser des bénéfices dans leur État d'origine elles y resteront imposables en vertu de la règle de la territorialité de l'impôt. Ce qui limite, sur certains aspects, le risque de compétition législative en matière fiscale. Car le fait de voir une société installer son siège sur le territoire d'un État membre ne garantit pas à ce dernier de pouvoir la soumettre à son régime d'imposition des bénéfices des sociétés commerciales.

205. Le contrôle de l'absence d'évasion ou de fraude fiscale dans la mobilité intracommunautaire sera opéré par une administration de l'État membre d'origine. Elle doit pour cela délivrer un agrément administratif qui permettra de bénéficier du régime de faveur. D'ailleurs la délivrance de cet agrément n'est pas totalement méconnue, même lorsqu'il s'agit d'opérations de fusion ou scission purement internes, dans certains États de l'espace OHADA⁴⁶⁰. Elle devrait logiquement se généraliser lorsqu'il s'agit de fusions et scissions intracommunautaires et être consacrée pour les transferts intracommunautaires de siège social. Ainsi l'administration qui délivre l'agrément devra vérifier qu'il existe un intérêt économique à réaliser la mobilité de la société. Elle doit, par exemple, s'assurer, pour les fusions, qu'elles sont motivées par un souci d'amélioration des structures et non celui d'évasion ou de fraude fiscale. L'extension du contrôle à la vérification de l'absence de délocalisation matérielle, que la société conserve un établissement stable dans l'État d'origine, ne sera pas nécessaire. Car il convient de rappeler que nous suggérons que le maintien d'un établissement stable dans le pays d'origine ne soit pas imposé à la société pour bénéficier du régime fiscal de faveur. La conservation d'une activité imposable dans cet État doit relever du pouvoir de la volonté de la société et d'un intérêt économique. Le contrôle devra ainsi être axé sur l'absence de fraude ou d'évasion fiscale.

206. Toutefois, la notion de « *mobilité motivée par un objectif de fraude et d'évasion fiscale* » étant assez large, il faudra la préciser afin d'empêcher que les États membres ne

⁴⁵⁹ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, ibid.

⁴⁶⁰ C'est le cas de la Côte d'Ivoire (art. 27 du CGI) ou encore du Togo (art. 143 CGI).

se retranchent derrière elle pour rétablir des barrières à la circulation des sociétés. En effet, certains États membres de l'espace communautaire européen furent tentés de s'appuyer sur la brèche qu'est la clause anti-abus pour freiner la mobilité intracommunautaire en refusant de lui accorder le régime de faveur. Dans ce contexte, la cour de justice est intervenue afin d'imposer une interprétation stricte de la clause anti-abus⁴⁶¹. Elle a ainsi estimé que la détermination de l'objectif d'évasion ou de fraude fiscale ne saurait découler de présomption excluant directement certains montages. Elle doit résulter plutôt de l'examen global de chaque opération. Par conséquent, tout comme le préconise la CJCE dans le droit européen, dans l'espace OHADA aussi les États membres ne devront pas fixer des conditions qui vont « *au-delà de ce qui est nécessaire pour éviter une fraude ou une évasion fiscale* »⁴⁶² afin de rendre réalisable la mobilité intracommunautaire.

207. En guise de conclusion de la section, nous notons qu'il apparaît clairement que le franchissement de l'obstacle que constitue la fiscalité pour la mobilité des sociétés passe par la consécration du régime de faveur par le législateur communautaire. En effet l'avance du droit des sociétés sur la fiscalité doit être comblée. Ainsi le caractère intercalaire des opérations de mobilité serait reconnu afin de permettre la neutralité de leur traitement fiscal. Le paiement d'une « *exit tax* », qui rend immédiatement exigible tous les impôts dus à l'État d'origine, ne devrait plus être sollicité même si la société ne conserve aucun établissement stable dans ledit État. La seule condition qui doit subordonner l'application du régime de faveur ne serait que la motivation économique de l'opération de mobilité afin que cette dernière ne soit pas un instrument de fraude ou d'évasion fiscale, puisqu'il ne peut y avoir de fraude à la loi concernant le régime juridique sachant qu'il est unifié. Cependant, l'État d'origine ne renoncera pas définitivement pour autant à toutes ses impositions, notamment à celles des plus-values, elles seront juste reportées. Cela sous-entend une coopération de l'État d'accueil dont l'imposition sera limitée aux plus-values réalisées plus tard sur son territoire. L'espace OHADA doit d'ailleurs s'inspirer sur la plupart de ces questions de l'espace européen où la fiscalité a été pendant un bon moment « *en avance sur le droit des sociétés* »⁴⁶³ pour que la mobilité intracommunautaire soit

⁴⁶¹ CJCE, 17 juillet 1997, Leur-Bloem, aff. C-28/95, Rec. I. 4161.

⁴⁶² CJCE, 17 juillet 1997, Leur-Bloem, arrêt précité.

⁴⁶³ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 343.

réalisable. Pour cela l'OHADA doit être une communauté économique en plus d'être une communauté juridique.

Conclusion du Chapitre 2 :

209. Si la mobilité intracommunautaire des sociétés de l'espace OHADA est juridiquement réalisable avec des contraintes en moins, elle ne l'est pas complètement d'un point de vue fiscal. Son entière fluidité n'en est au bout du compte que remise en cause. En effet, en l'état actuel, la fiscalité des opérations de mobilité intracommunautaire est dissuasive. L'instauration d'un régime de faveur, qui est une nécessité, n'est généralisée que pour les opérations domestiques, alors qu'elle n'a été consacrée pour les opérations intracommunautaires que par un trop petit nombre d'États membres. L'effort réalisé par ces derniers nous permet de dire qu'il y a un lent cheminement vers le franchissement de cet obstacle fiscal initié de manière solitaire par ces quelques États.

Cependant l'accélération du processus de levée des barrières passe par l'intervention du législateur communautaire, qui peut mettre en place pour une première fois une uniformisation des législations fiscales, en ayant une volonté plus directe de procéder à une intégration économique. L'uniformisation fiscale ne sera que minimale, il ne s'agira donc pas de procéder à une uniformisation complète de la fiscalité des sociétés mais d'uniformiser simplement le traitement fiscal des opérations de mobilité. Cela mènera à l'application par tous les États membres du régime de faveur pour elles. La seule limite au bénéfice du régime de faveur serait alors la mobilité motivée par un objectif de fraude ou d'évasion fiscale, sans que cela ne devienne une brèche pour ressusciter les obstacles franchis.

CONCLUSION DU TITRE 2 :

210.À la différence de la mobilité extracommunautaire, la mobilité intracommunautaire des sociétés de l'espace OHADA ne relève pas complètement du « *mythe inaccessible* ». En effet les obstacles juridiques classiques sont pour la plupart franchis, grâce l'intégration juridique qui a d'une part conduit à une simple extension des règles régissant les fusions, scission et transferts de siège domestiques à ces mêmes opérations lorsqu'elles sont intracommunautaires. Cela permet d'éviter le conflit mobile et de soumettre l'opération de mobilité à une seule et même loi de bout en bout. D'autre part l'intégration juridique, qui a créé un ordre juridique communautaire auquel sont rattachées à titre principal les sociétés commerciales, leur garantit une reconnaissance automatique par les différents États membres. Il reste malgré tout à régler la question de la jouissance des droits pour éviter qu'une société malgré sa reconnaissance par l'État d'accueil ne puisse pas y exercer son activité en raison de son statut d'étranger. Pour faire cesser cette discrimination liée à la nationalité qui entrave la mobilité, il faudra sans doute consacrer le principe libre établissement dans l'espace OHADA. C'est lui qui peut permettre de limiter les effets discriminatoires de la nationalité des sociétés dans l'espace OHADA.

Par ailleurs, le droit des sociétés reste de loin en avance par rapport à la fiscalité. Car cette dernière reste dissuasive puisque tous les États membres n'ont pas instauré un régime de faveur pour la mobilité intracommunautaire. Certains d'entre eux ont malgré tout franchi le pas de manière solitaire. Cela nous permet de penser qu'ils pourront guider les autres vers cette voie. Ainsi une uniformisation fiscale pourrait-elle pour une fois naître sous l'égide de l'OHADA. Elle ne sera que minimale parce qu'il ne sera pas question d'adopter un Acte uniforme pour uniformiser dans son intégralité la fiscalité des sociétés. Cela relèverait pour le moment de l'utopie au regard de l'attachement des différents États membres à leur souveraineté dans ce domaine. Il s'agira seulement d'instaurer, au niveau communautaire, le régime fiscal de faveur pour les opérations spécifiques de mobilité intracommunautaire, sans oublier de réserver son bénéfice à la mobilité non motivée par une fraude ou une évasion fiscale. Le cheminement vers cette intégration fiscale conduira aussi l'OHADA à évoluer vers une organisation d'intégration économique en plus de l'intégration juridique.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1 :

211. Pour les sociétés de l'espace OHADA, le caractère réalisable voire envisageable de la mobilité dépend de la destination. La mobilité extracommunautaire est en réalité noyée dans les péripéties du conflit mobile au point qu'elle est fortement entravée. L'opération si elle n'est pas purement et simplement interdite par l'État d'origine ne garantit même pas à la société de pouvoir être reconnue au bout du compte par l'État d'accueil. De plus, la fiscalité rajoute une dose d'obstacle pécuniaire puisque l'opération a le traitement d'une cessation d'activité, ce qui est très coûteux, par conséquent extrêmement dissuasif.

S'agissant de la mobilité intracommunautaire elle a, grâce à l'intégration juridique, réussi à franchir la plupart des obstacles du régime juridique. En effet elle ne donne lieu à aucun conflit mobile et la reconnaissance au bout de la chaîne est garantie. Elle doit cependant franchir un obstacle non le moindre qui est la fiscalité. Car la consécration du régime de faveur n'est pas encore communautaire mais solitaire, concernant juste certains États membres. Il en résulte que seules les sociétés ayant leur siège dans ces États qui leur accorderont le régime de faveur peuvent se mouvoir vers quelques autres États déterminés. Une solution face à ce problème est bien possible mais nécessite l'intervention du législateur communautaire OHADA. Elle nécessite aussi la mise en place directe d'une intégration économique dans l'OHADA.

Au regard de cette barrière fiscale, par comparaison à la mobilité intracommunautaire dans l'espace européen, celle dans l'espace OHADA est encore moins fluide. Car, même en l'absence d'une unification du régime juridique et à la persistance du conflit, la mobilité intracommunautaire dans l'espace européen a pu franchir la barrière juridique grâce à la jurisprudence favorable de la Cour de justice fondée sur le principe de libre établissement. De plus, l'obstacle fiscal est aussi devenu franchissable par l'apport du législateur et de la jurisprudence européenne en se fondant toujours sur le libre établissement. Or cet obstacle n'est pas encore totalement franchi dans l'espace OHADA. Par conséquent, le droit européen doit lui servir d'exemple sur cet aspect. *In fine* on en arrive à déduire que le réel moteur de la mobilité des sociétés pourrait être le principe de libre établissement combiné à l'uniformisation ou l'harmonisation du droit. C'est cette combinaison qui amène, comme en Europe, les États membres à rendre réalisable la mobilité intracommunautaire des sociétés. Par conséquent, pour accélérer le processus de levée des barrières classiques,

juridiques et fiscales, à la mobilité intracommunautaire nous estimons que le principe de libre établissement devrait être expressément consacré dans l'espace OHADA. Car ce serait un excellent complément de l'uniformisation juridique afin de fluidifier la mobilité intracommunautaire des sociétés dans l'espace OHADA.

Par ailleurs, en dehors des barrières traditionnelles que représentent la fiscalité et le régime juridique la mobilité des sociétés de l'espace OHADA doit répondre à un autre défi. Il s'agit de l'équilibre notamment la prise en compte de tous les intérêts qui s'opposent dans et en dehors de la société.

SECONDE PARTIE :
UNE MOBILITÉ À LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE

212. Les défis auxquels doit faire face la mobilité intracommunautaire des sociétés de l'espace OHADA ne se limite pas à la suppression de ses obstacles. La fluidification de la mobilité des sociétés de l'espace OHADA doit se conjuguer avec la recherche d'un certain équilibre. Car les enjeux de la mobilité n'impactent pas seulement les sociétés ou plus précisément les associés qui l'ont souhaitée. L'opération de mobilité produit des effets sur la situation d'autres personnes que sont les salariés les minoritaires et les concurrents. Puisque ces derniers peuvent voir leurs intérêts affectés positivement ou surtout négativement par la décision d'opérer une mobilité, nous pouvons considérer qu'ils en sont des parties prenantes et qu'ils méritent à ce titre une protection. De plus, au sein même de chaque État membre l'opération ne restera pas seulement sous le giron des dispositions communautaires provenant de l'OHADA. La mobilité intracommunautaire n'a donc pas que des incidences pour la société elle-même ni même seulement que pour la communauté OHADA. En effet, au-delà de la société et de ses actionnaires ayant majoritairement ratifié l'opération selon leurs intérêts, il faudra prendre en compte l'intérêt de toutes les personnes dont les droits sont potentiellement menacés par une mobilité qu'elles n'ont pas personnellement ratifiée. Ainsi au sein même de la société la décision des associés majoritaires ne doit pas pouvoir être imposée aux autres parties prenantes internes à la société, ceux qui participent à la gestion et à l'activité que sont les minoritaires et les salariés, sans qu'un minimum de protection à leur égard ne soit envisagé pour préserver leurs droits. De même, certaines parties prenantes externes à la société, tels que les créanciers et les concurrents, doivent plus que tout être préservés dans leur droit puisque la mobilité risque aussi de menacer leurs intérêts. Toutefois, la protection de toutes ces parties prenantes ne doit pas non plus être un obstacle freinant toute mobilité de la société. Il apparaît alors qu'il y'aura un subtil équilibre à trouver entre la fluidité de la mobilité et la préservation des droits de toutes les parties prenantes. Ainsi puisque la recherche d'un équilibre est objectif nécessaire du droit des sociétés⁴⁶⁴, nous pourrions constater que cette nécessité est encore plus grande lorsqu'il s'agit spécifiquement de la réalisation d'une

⁴⁶⁴ D. RANDOUX, « Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre », *Rev. Sociétés*, 2000, p. 105 et s.

opération de mobilité. Or sur cette quête de l'équilibre le droit OHADA n'affiche pas toujours un succès certain. Car la protection légale réservée à toutes ces parties prenantes est encore lacunaire, d'où une déficience dans cette quête d'équilibre (**Titre 1**).

Par ailleurs, même au sein de chaque État membre de l'espace OHADA, la mobilité intracommunautaire ne concerne pas seulement les dispositions de l'ordre juridique OHADA. Les normes communautaires pouvant régir la mobilité ne sont pas seulement édictées par l'OHADA. En réalité, l'adhésion des États membres à d'autres communautés provoquera inévitablement des conflits de normes supranationales. Il faudra là aussi trouver un arbitrage équilibré entre toutes ces normes communautaires africaines qui n'ont souvent pas réglé elles-mêmes la question de leur conflit de compétence. Cet équilibre peut bien être trouvé puisque les dispositions supranationales concernant le régime des opérations de mobilité ne sont pas antinomiques, leur application peut être cumulée. Ainsi sur ce point la quête d'équilibre a été fructueuse (**Titre 2**).

TITRE 1 : LA QUETE DEFICIENTE D'EQUILIBRE DANS LA GESTION DE LA PLURALITE DES INTERETS

213. Même s'il faudrait simplifier la circulation des entreprises ou leur reconnaître un droit de se mouvoir, il ne faudrait pas oublier de garantir une protection aux tiers et associés qui subissent la mise en œuvre de l'opération. C'est ainsi, qu'à ce propos, un auteur a pu, à juste titre, écrire que « *la mobilité internationale ne doit pas s'opérer au détriment des associés et des tiers* »⁴⁶⁵. Comme nous l'avons dit, ces derniers en sont des parties prenantes puisque la réalisation d'une mobilité peut affecter positivement mais surtout négativement leurs intérêts. Ainsi au sein de la société, puisque l'unanimité n'est plus systématiquement requise lorsqu'il s'agit notamment d'une mobilité intracommunautaire⁴⁶⁶, des associés minoritaires opposés à l'opération devraient vraisemblablement subir la décision des majoritaires. De même, les salariés, qui dans le droit OHADA ne participe pas nécessairement aux instances de décision, seront sans doute dans la même situation que les associés minoritaires n'ayant aucun pouvoir pour empêcher la ratification de l'opération lorsqu'il s'agit de défendre leurs intérêts. Toutefois, la protection exigée ne doit pas être un obstacle à la mobilité. Il faut trouver un subtil équilibre entre le besoin de protection et la réalisabilité de l'opération.

Or s'agissant des minoritaires, nous noterons que leur protection face aux risques causés par une opération de mobilité n'est pas toujours bien garantie par l'AUSC. Cela nous amènera à rechercher des solutions dans les statuts pour compléter le dispositif légal qui manifeste un déséquilibre dans la prise en compte des intérêts puisque ceux des majoritaires semblent privilégiés. Concernant les salariés, même si aucune mesure spécifique de protection n'est mise en place par le droit communautaire OHADA, il n'empêche qu'une protection générale relèvera des dispositions nationales de chaque État membre. Celle-ci n'est pas toujours suffisante au point qu'il est nécessaire de la compléter.

⁴⁶⁵ M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse précitée, n° 128.

⁴⁶⁶ Cf. supra n° 111 et s.

Cet objectif de recherche de l'équilibre qui ne semble pas atteint pour toutes parties prenantes internes fera l'objet de nos premiers développements. Elle est donc totalement déficiente à ce niveau (**Chapitre 1**).

Par ailleurs, s'agissant des tiers externes à la société, ils peuvent tout aussi voir leurs intérêts être menacés par la mobilité. À ce titre les créanciers notamment méritent une protection qui, si elle ne leur permettra pas d'empêcher systématiquement la réalisation de l'opération, pourrait leur permettre d'obtenir la garantie de recouvrer le montant de leurs créances. Pourtant nous verrons que cet équilibre ne sera pas forcément trouvé. Car la protection qui leur a été accordée par l'Acte uniforme n'est pas toujours efficace. Le régime mis en place est en effet beaucoup plus favorable à la société qui pourra passer outre l'opposition de ses créanciers. À l'inverse, si la mobilité menace les intérêts des tiers qui ne sont pas liés avec la société par un rapport contractuel tels que les concurrents, la protection mise en place sera plus efficace dans un but d'obtenir l'équilibre souhaité. Car l'objectif de cette protection des concurrents n'est pas d'empêcher toute concentration d'entreprises. Seulement celles qui menaceront sensiblement le marché de la concurrence seront prohibées. Cela nous semble être une solution équilibrée. Le succès relatif dans la recherche de l'équilibre lorsque cela concerne la protection des parties prenantes externes à la société fera donc l'objet de nos développements suivant. Ils nous permettront ainsi de montrer que la recherche de l'équilibre n'est que partiellement déficiente dans la prise en compte des intérêts des parties prenantes externes (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : UN EQUILIBRE TOTALEMENT DEFICIENT DANS LA PRISE EN COMPTE DES INTERETS DES PARTIES PRENANTES INTERNES A LA SOCIETE

214. La mobilité peut mettre aux prises de nombreux intérêts en conflit au sein même de la société. En effet comme nous avons pu le voir, dans certains cas la mobilité intracommunautaire peut être ratifiée par la simple majorité des associés⁴⁶⁷. Se pose alors la question de ce qu'il adviendra aux associés minoritaires qui n'ont pas souhaité, parce qu'ils n'y ont peut être pas intérêt, le changement de rattachement de la société. Puisqu'il semble clair qu'on leur imposera la ratification de mobilité, il apparaît équilibré de leur octroyer par ailleurs la garantie d'une protection qui peut notamment aller jusqu'à leur permettre de quitter volontairement la société avant sa mobilité. À ce propos nous remarquerons que tel n'est pas le cas. En effet, l'Acte uniforme n'a pas prévu de protection spécifique mais seulement un régime de protection général à leur profit dont il n'est pas sûr qu'il soit suffisant. C'est ainsi que nous pourrions voir que l'équilibre entre l'intérêt des minoritaires et ceux des majoritaires souhaitant la mobilité n'a pas été trouvé par le législateur communautaire africain. En l'état, pour compenser ce déséquilibre résultant du régime légal de protection, nous suggérerons que les statuts prévoient une protection complémentaire au profit des minoritaires.

Quant aux salariés, à qui la mobilité est aussi imposée, aucune protection n'est même prévue pour leur compte par le droit OHADA qui ne se contente que de renvoyer aux dispositions nationales de droit du travail. Cependant cette protection générale par les dispositions du code du travail des États membres nous paraît elle aussi insuffisante à certains égards. Nous examinerons alors le résultat insatisfaisant de la quête de l'équilibre à travers la protection des associés prévue par l'AUSCGIE (**Section 2**) après l'avoir évoqué à travers la protection des salariés qui elle n'est pas prévue par l'AUSCGIE (**Section 1**).

⁴⁶⁷ Cf. supra n° 111 et s.

Section 1 : Un équilibre encore recherché dans la protection des salariés de la société

215.La protection des salariés n'est pas prévue par l'Acte uniforme qui n'a consacré aucun régime visant à protéger spécifiquement les salariés dans la mise en œuvre des opérations de mobilité. Cela peut s'expliquer par le fait que la mobilité porte sur le changement de rattachement de la société alors que la protection des salariés, dans l'espace communautaire africain, ne découle pas de la *lex societatis*, autrement dit du statut de leur employeur, mais plutôt de l'État où ils exercent leur activité. Si la mobilité n'entraîne pas le changement du lieu où ils exercent leur emploi cela n'entraîne aucun changement du régime applicable à leurs contrats de travail. La mobilité ne fait que changer le domicile et le statut personnel de leur employeur sans que cela n'impacte leurs droits. Toutefois, si la *lex societatis* prévoit un régime de participation des salariés aux instances de contrôle ou de direction de la société, la mobilité vers un État qui ne prévoit pas un régime de participation aura des conséquences sur les droits des salariés. Dans cette hypothèse les salariés devraient spécifiquement être protégés dans la mise en œuvre du changement de la *lex societatis* qui garantit leur participation aux instances de la société. Or le droit OHADA ne reconnaît pas ce régime de participation des salariés. C'est ce qui peut sans doute justifier, à ce titre, une absence de protection spécifique des salariés en cas mobilité **(Paragraphe 1)**.

En revanche, une protection générale doit dans tous les cas être prévue. En effet il faut éviter que la mobilité ne soit un moyen de mettre fin ou de modifier substantiellement le contrat de travail des salariés en toute méconnaissance de leurs droits. Il faut donc sécuriser la relation de travail au profit des salariés. Il est pour cela juste prévu, pour la mobilité par fusion ou scission notamment, qu'elle n'entraîne qu'un changement d'employeur avec le maintien des contrats de travail en cours conclus par la société apporteuse, celle qui se déplace dans notre contexte. Les salariés deviennent alors ceux de

la société bénéficiaire. Or cette protection garantissant le transfert du contrat de travail, non prévue par l'AUSCGIE mais par les lois de chacun des États parties, restent malgré tout assez limitée voire lacunaire⁴⁶⁸ (**Paragraphe 2**).

⁴⁶⁸ En ce sens également, D. AHOUA, *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français*, thèse Bordeaux 4, 2015, n° 650 et s.

Paragraphe 1 : L'absence justifiée de protection spécifique liée à la participation des salariés dans l'AUSCGIE

216. Contrairement à ceux avec ses associés, les rapports entre la société et ses salariés ne sont, en principe, pas liés au rattachement de ladite société. Autrement dit, ils n'entrent pas tous dans le domaine de la *lex societatis*⁴⁶⁹. Car la relation classique de travail n'est, en principe, pas régie par le droit des sociétés commerciales, elle l'est plutôt par les dispositions de droit social. Or nous savons que dans ce domaine lorsqu'il y a un élément d'extranéité dans le contrat de travail, comme cela peut bien être le cas lorsque l'employeur est établi à l'étranger⁴⁷⁰, la loi applicable, en l'absence de choix des parties non défavorable aux salariés, est celle du lieu où ce dernier accomplit habituellement son travail⁴⁷¹. Par conséquent, si la société qui les emploie s'établit à l'étranger, par le biais d'une opération de mobilité, le contrat de travail devenu international restera régi par la même loi tant que les salariés exécutent encore leur prestation de travail au sein du même État. C'est pourquoi il faut noter que la mobilité de la société n'entraîne pas automatiquement le changement de la loi qui régit le contrat de travail et qui protège donc les salariés. Ainsi il apparaît que la situation des salariés ne devrait pas être susceptible d'évoluer en raison de la mobilité ou du changement de *lex societatis* tant qu'ils exécutent leurs prestations sur le territoire du même État. C'est ainsi que lorsqu'une entreprise transfère son siège à l'étranger, tout en conservant des unités de production dans l'État

⁴⁶⁹ Pour plus de précisions sur le domaine de la *lex societatis*, cf. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 108 et s. ; M. AUDIT, S. BOLLLEE et P. CALLE, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, op. cit., n° 65 et s.

⁴⁷⁰ En revanche, la nationalité étrangère du salarié n'est pas considéré comme un élément d'extranéité rendant international le contrat de travail. Sur l'existence d'un élément d'extranéité dans une relation de travail voir F. JAULT-SESEKE, « Contrat de travail », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2015, n° 6 et s.

⁴⁷¹ Sur la compétence législative en matière de contrat de travail international, cf. F. JAULT-SESEKE, op. cit., n° 71 et s..

d'origine, sa relation avec les salariés qui y travaillent sera toujours régie par les dispositions de droit du travail de ce dit État d'origine. Les salariés n'ont, dans ce cas, pas besoin d'être protégés outre mesure contre les effets d'un conflit mobile dans le contrat de travail.

Cependant, exceptionnellement les rapports entre les salariés et la société peuvent être liés à la *lex societatis*, et donc au rattachement de cette dernière. Car le régime juridique applicable aux sociétés de certains États prévoit parfois un système de cogestion. Celui-ci consiste à imposer aux sociétés de conférer aux salariés le droit de désigner des représentants siégeant avec des voix délibératives dans les organes de direction ou de surveillance. Il peut aussi consister à la possibilité pour les salariés de recommander la désignation d'une partie ou de l'ensemble des membres de l'organe de surveillance ou d'administration de la société ou de s'y opposer⁴⁷². Ce rapport particulier, puisqu'il va au-delà de la relation classique de travail, entre la société et ses salariés rentre dans cette hypothèse dans le domaine de la *lex societatis*. Il en résulte que comme c'est la *lex societatis* qui confère aux salariés ce droit, ils doivent cette fois-ci être particulièrement protégés afin d'éviter que son changement, par la mobilité, n'entraîne la perte de ce droit de participer à la direction ou à la surveillance de la société.

217. En effet, ce régime de participation des salariés n'est pas un modèle généralisé, il n'était connu que par quelques États notamment l'Allemagne. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle dans l'espace communautaire européen il a pendant un moment constitué un facteur de blocage à la consécration de la SE jusqu'à l'accord de Nice⁴⁷³. En effet certains États européens, notamment l'Espagne, étant réticents à l'idée qu'il soit imposé dans le régime juridique de la SE. C'est ainsi qu'il a fallu trouver un compromis. Celui-ci a consisté à n'imposer une participation des salariés dans l'organe d'administration ou de surveillance de la SE issue d'une transformation, par exemple, à des conditions cumulatives. D'une part, il faut que les représentants des salariés et la direction n'aient pas abouti à un accord. D'autre part, il faut que les sociétés prenant part à sa constitution appliquent déjà des règles organisant la participation. Autrement, lorsqu'une société de droit national, dont les dispositions n'organisent pas la participation des salariés, se

⁴⁷² Ce n'est pas le cas du droit OHADA. Car l'AUSCGIE n'exige pas la participation dans un conseil d'administration ce n'est qu'une simple possibilité.

⁴⁷³ Voir M. MENJUCQ, « La circulation internationale des sociétés », *LPA*, 04 mai 2001, n° 89, p. 33 et s.

transforment en SE, elle ne sera pas tenu à une cogestion. De même, dans la mobilité par fusion intracommunautaire, « *la société issue d'une fusion transfrontalière n'est pas tenue d'instituer des règles relatives à la participation des salariés, si à la date de son immatriculation, aucune société participant à la fusion n'est régie par ces règles* »⁴⁷⁴. Dans les hypothèses citées, la mobilité dans l'espace européen peut donc se réaliser sans les heurts liés à l'implication des salariés⁴⁷⁵. Toutefois, lorsqu'au moins une société impliquée dans la constitution de la SE par fusion intracommunautaire est régi par ce régime de cogestion, l'accord de Nice institue une protection de la participation des salariés. Ces règles protectrices s'imposeront notamment si la société bénéficiaire ne garantit pas au moins le même niveau de participation des salariés que celui qui s'applique déjà aux sociétés participant à la mobilité par fusion intracommunautaire. Le but étant d'éviter que les salariés aient une participation inférieure à celle qui était la leur avant la mobilité intracommunautaire.

218. Le modèle de la cogestion n'est cependant pas consacré par le droit OHADA qui est plutôt d'inspiration traditionnelle française. Ainsi nous trouvons-nous toujours dans la première hypothèse soulevée en droit communautaire européen. C'est-à-dire qu'aucune société réalisant l'opération de mobilité intracommunautaire n'applique déjà la cogestion. Car elle n'est connue par aucun État membre de l'espace communautaire africain, à la différence de l'espace communautaire européen où, au moins, quelques États l'ont consacré pour les sociétés nationales, et tous les États pour les SE qui souhaitent ou doivent l'adopter selon le cas. C'est ainsi que la situation des salariés n'est pas susceptible d'être modifiée, sur ce point, en cas de mobilité intracommunautaire dans l'espace africain. Les salariés n'ont, par conséquent, pas besoin d'une protection spécifique en cas de mobilité intracommunautaire. Or cela peut être nécessaire, en Europe, dans les hypothèses où une société participante applique déjà une cogestion.

En effet, dans l'espace communautaire européen, étant donné que certains États connaissent le système de cogestion, ainsi que potentiellement certaines SE ont pu l'adopter, il a fallu prévoir, dans certaines hypothèses, une consultation des salariés pour mettre en œuvre une opération de mobilité intracommunautaire. Car leur situation est

⁴⁷⁴ Art. L. 2371-2 du Nouveau Code du travail français.

⁴⁷⁵ H. Le NABASQUE, « les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 », *Rev. sociétés* 2008 p.493, spéc. 510.

susceptible d'évoluer d'un rattachement à l'autre. C'est ainsi que le législateur communautaire européen a eu pour objectif de garantir aux salariés qu'ils ne perdront pas leurs droits de participation lors d'une mobilité intracommunautaire par fusion notamment⁴⁷⁶. À ce titre, la directive 2005/56/CE fixe comme principe une application systématique des droits de participation prévus par la législation nationale de l'État membre d'accueil⁴⁷⁷. C'est-à-dire celui dans lequel la société bénéficiaire de la fusion intracommunautaire a son siège statutaire, à condition que cette législation prévoit, au moins, le même niveau de participation que celui de l'État membre d'origine de la société absorbée.

Toutefois, lorsque le niveau de participation n'est pas le même dans l'État membre d'accueil, la directive prévoit alors une consultation des salariés⁴⁷⁸. Celle-ci se matérialise, en droit français par exemple, par la constitution d'un groupe spécial de négociation (GSN) dont le rôle est de conclure un accord d'implication en négociant avec les dirigeants. En l'absence d'accord, la directive impose elle-même la participation des salariés dans l'État d'accueil à travers l'instauration de dispositions de référence⁴⁷⁹. Ces dernières rendent notamment obligatoire l'adoption d'une forme juridique permettant l'exercice des droits de participation par la société issue de la fusion transfrontalière⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ Pour une étude approfondie de cette protection en droit communautaire européen voir la thèse de C. DUPIN, *Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux dans l'Union européenne : aspects de droit social*, LexisNexis, Collection Planète Social Thèses, 2013.

⁴⁷⁷ Art. 16 § 1 de la directive 2005/56/CE.

⁴⁷⁸ Art. 16 § 2.a de la directive 2005/56/CE.

⁴⁷⁹ Sur ces dispositions de référence, cf. C. CATHIARD et A.-S. POIRIER, « Fusion transfrontalière », *D., Répertoire de droit des sociétés*, 2016, n° 63 et s ; H. Le NABASQUE, « Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 », *Rev. sociétés* 2008, p. 493 ; M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 243 et s. Pour approfondir voir également C. DUPIN, *Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux dans l'Union européenne : aspects de droit social*, LexisNexis, Collection Planète Social Thèses, 2013 ; A. TEISSIER « Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux : La participation des salariés », *JCP S*, 2008, N° 41, 1517 ; « L'implication des salariés dans la société européenne : la loi de transposition française du 26 juillet 2005 (loi pour la confiance et la modernisation de l'économie) », *LPA*, 2005, n° 229, p. 63 et s. ; B. TEYSSIÉ « Les accords relatifs à l'implication des salariés dans les sociétés européennes », *JCP S*, 2005, act. 127 et 148 ; « L'implication des salariés dans la société européenne, normes subsidiaires », *JCP S*, 2005, act. 168 et 187 ; M.-D. FISHELSON « L'implication des salariés dans les différentes structures européennes », *Bulletin Joly sociétés*, 01/10/2008, n° 10, p. 818.

⁴⁸⁰ Art. 16 § 6 de la directive 2005/56/CE.

C'est ainsi qu'en cas de constitution d'une société européenne par fusion intracommunautaire, les salariés des sociétés nationales participantes bénéficient de la protection spécifique qu'est la possibilité de voir maintenues leurs participations préexistantes dans les organes de direction ou de surveillance. De même, leur participation est maintenue en cas de transfert intracommunautaire de siège d'une SE ayant déjà opté pour ce système lors de sa constitution.

219. Or dans l'espace OHADA prévoir une telle protection spécifique liée à la participation des salariés n'a pas été nécessaire. En effet, puisqu'il n'y a pas de risque qu'il y ait des modifications sur cette participation des salariés une protection à ce titre était alors inutile. D'un État membre à un autre les salariés ne peuvent voir leur participation perdue ou modifiée. Il n'a alors pas été nécessaire d'exiger, comme en droit français, la constitution d'un GSN pour négocier une participation qu'ils n'ont jamais eue. L'Acte uniforme n'exige alors aucune forme de consultation des salariés à ce titre ni pour mobilité intracommunautaire ni pour une mobilité extracommunautaire dans le sens d'une sortie de l'espace communautaire africain.

Nous pouvons d'ailleurs considérer que cela peut être un avantage pour la réalisation d'une mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA. Car la mise en œuvre de la participation des salariés a pu être considérée, dans l'espace communautaire européen, comme un frein à la réalisation des opérations de mobilité pour constituer une société européenne en raison de sa longueur et de son coût notamment⁴⁸¹.

Toutefois, si la participation des salariés ne requiert aucune protection pour son maintien, parce qu'elle est inexistante dans l'espace OHADA, la survie même de la relation de travail et la poursuite du contrat méritent d'être garanties après une opération de mobilité. Car si on ne doute plus qu'il y n'y aura probablement pas de conflit mobile au sujet du contrat de travail, le maintien de ce dernier peut poser question dans certaines hypothèses. C'est notamment le cas en matière de fusion et de scission où on pourrait s'interroger sur la transmission du lien contractuel de travail à la société bénéficiaire. Cette interrogation est inexistante en matière de transfert de siège puisque la société se déplace avec son patrimoine sans le transmettre. Pour obtenir une réponse sur la protection des salariés relative à la transmission de la relation contractuelle de travail, il ne conviendra pas, cette

⁴⁸¹ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 245.

fois-ci, de se référer à l'Acte uniforme qui n'a rien prévu, mais aux dispositions nationales des États membres. Celles-ci sont, en la matière, insuffisante, car elles se limitent à poser, comme principe, le maintien de la relation de travail. Or la protection devrait aller au-delà du seul principe de maintien de la relation de travail.

Paragraphe 2 : La limitation injustifiée de la protection à la transmission du contrat de travail

220. Une mobilité par fusion ou scission notamment n'a certes pas toujours d'effets sur la loi applicable au contrat de travail, mais elle a nécessairement des conséquences sur la relation de travail. La première d'entre elles est le changement de situation de la personne avec laquelle les salariés sont liés par un contrat de travail. Pour être plus précis, elle entraîne une modification dans la situation juridique de leur employeur. C'est une opération qui peut être comparée à une cession de contrat. En réalité, c'est comme si la société apporteuse cédait les contrats de travail à la société bénéficiaire. Les contrats de travail des salariés de la société absorbés sont donc transférés à la société absorbante. Cela est dû, comme nous l'avons déjà vu⁴⁸², par le fait que dans la mobilité par fusion et scission la société émigrante, en transmettant son patrimoine, continue son existence à travers une autre société, la société bénéficiaire, qui devient le nouvel employeur des salariés. Dans la mobilité par transfert de siège social ce changement d'employeur n'existe pas, puisque la société émigrante poursuit son existence de manière autonome par la reconnaissance formelle de sa personnalité morale dans l'État d'accueil. Par conséquent, les contrats de travail ne sont logiquement pas transférés lorsque cette opération se réalise.

221. Ainsi les effets de ce changement d'employeur dans les mobilités par fusion ou scission doivent être réglés pour assurer une protection aux salariés. Or, pour ce faire, l'Acte uniforme n'a rien prévu lui-même. Il faut donc se reporter aux dispositions nationales des États membres qui s'appliquent toujours lorsque l'Acte uniforme reste silencieux sur un certain nombre de questions. Ces dispositions nationales des États membres ont toutes, à ce titre, prévu des dispositions protectrices classiques sur les effets d'une fusion ou d'une scission à l'égard des salariés. Ces dispositions sont d'ailleurs les mêmes qu'il s'agisse d'opérations domestiques que d'opérations intracommunautaires voire extracommunautaires. Il reste à déterminer quelle loi nationale parmi toutes celles des États membres régira ces effets de la mobilité par fusion ou scission à l'égard des salariés. Il apparaît que la loi applicable à cette protection des salariés sera celle de l'État

⁴⁸² Cf. supra n° 4.

membre d'origine de la société émigrante ou celui d'un autre État si c'est le lieu où ils exécutent leurs prestations de travail. Car nous rappelons que le facteur de rattachement en matière de contrat de travail est bien la loi où les salariés exécutent leurs prestations de travail en l'absence de choix favorable aux salariés.

222.Or en guise de protection et de garantie de la pérennité de leurs emplois, les salariés sont assurés par les dispositions de droit du travail des États parties⁴⁸³ de la continuation de leurs contrats de travail. Malgré le changement de la situation juridique de l'employeur la mobilité par fusion ou scission entraîne un maintien des contrats de travail. Ainsi les salariés de la société émigrante, autrement dit de la société apporteuse, deviennent ceux de la société bénéficiaire. Il convient alors de noter que les opérations de mobilité par fusion ou scission, à l'image de l'opération de transformation⁴⁸⁴, n'ont aucune incidence sur le maintien de la relation de travail. C'est une protection qui permet aux salariés de ne pas être affectés individuellement par la mobilité par fusion ou scission transfrontalière. Toutefois, des licenciements peuvent être décidés par la société apporteuse avant sa mobilité ou par la société bénéficiaire ultérieurement. Dans cette hypothèse les salariés auront seulement la garantie que des indemnités devront leur être alloués en fonction des droits acquis dans cette société émigrante.

De surcroît, la protection par le maintien de la relation de travail s'étend aux accords collectifs conclus par la société émigrante avec ses salariés. À ce sujet, contrairement à la relation individuelle de travail de chaque salarié, les droits collectifs conclus par la société émigrante avec l'ensemble de ses salariés peuvent être affectés par la mobilité par fusion ou scission. Si les conventions collectives conclues par la société bénéficiaire avec ses propres salariés sont plus favorables, elles pourraient se substituer alors à celles conclues par la société émigrante. En revanche, si elles le sont moins alors l'accord collectif appliqué par la société absorbée devrait être maintenu seulement pendant un temps déterminé par les dispositions de droit du travail de l'État membre d'origine⁴⁸⁵. Il y a là un

⁴⁸³ Voir à titre d'exemple les dispositions des codes du travail de certains États parties : pour le Mali (Art. L. 57) ; pour le Tchad (Art. 136 et 375); pou le Niger (Art. 90 et 91) ; pour le Sénégal (Art. L. 66) ; pour le Burkina-Faso (Art. 39)

⁴⁸⁴ Le parallèle peut être fait car en cas de transformation est aussi posé le principe d'une continuation des contrats de travail en raison notamment de la survie de la personne morale. Voir à ce propos M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 572 et n° 1796.

⁴⁸⁵ Ce sera en réalité le même dispositif consacrant les mêmes effets que lorsqu'il s'agit d'opération de fusion et scission domestique

maintien provisoire de la protection issue de la convention collective. Toutefois, pour unifier les statuts au sein de l'entreprise issue de la fusion ou scission transfrontalière, rien n'empêche qu'un nouvel accord collectif puisse être négocié à l'issue de l'opération⁴⁸⁶.

S'agissant du transfert de siège social, il n'a pas été nécessaire de spécifier qu'il n'affecte pas la continuation des contrats de travail. Car il ne produit aucun effet de ce genre à l'égard de la relation de travail. En effet, la personnalité de la société émigrante survivant sans l'interférence d'aucune autre personne morale, le lien contractuel ne subit alors aucun impact. Il en résulte que les salariés n'ont pas à craindre un transfert de leur contrat. Ainsi la relation de travail devrait survivre sauf s'il y a un licenciement avec paiement de tous les droits y afférant.

223. Or cette simple protection des seuls droits individuels et collectifs des salariés liés au maintien de la relation de travail peut être jugée insuffisante⁴⁸⁷. En effet, la plupart des législations nationales des États membres ne prévoient aucune protection des salariés par l'information qu'ils doivent recevoir sur la mobilité et ses conséquences. En effet, puisqu'il s'agit d'une opération d'une ampleur assez importante, la société devrait respecter une obligation d'information à l'égard du comité d'entreprise notamment pour éviter qu'ils ne se trouvent « *devant le fait accompli* »⁴⁸⁸. Par ailleurs, il faut signaler que puisqu'il n'y a pas de principe de transfert du contrat de travail, les salariés ne bénéficient donc d'aucune protection en cas de transfert de siège. Ils sont là aussi clairement devant le fait accompli. Une information préalable aurait permis aux salariés de pouvoir faire valoir leurs droits tout au long du processus de réalisation des opérations intracommunautaires de fusion, de scission ainsi que de transfert de siège social. Ainsi pourraient-ils identifier le risque de licenciements futurs résultant de la restructuration de la main d'œuvre qu'entraîne généralement une opération de fusion par exemple. Étant privés d'une information déterminante, les salariés sont aussi logiquement privés du droit d'être consultés ou encore de celui de s'opposer à la réalisation d'une opération de mobilité qui menacerait directement leurs intérêts. Nous pouvons donc rejoindre un auteur en estimant que, face à la mobilité de la société de l'espace OHADA, les salariés ne sont « *ni informés et ne prennent pas connaissance du projet de restructuration transfrontalière, qui leur est*

⁴⁸⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1796.

⁴⁸⁷ En sens voir M. N. MBAYE, thèse précitée, n° 1020 et s ; D. AHOUA, thèse précitée, n° 650 et s.

⁴⁸⁸ Expression empruntée à M. N. MBAYE, thèse précitée, n° 1021.

*imposé comme un « couperet » dès lors qu'il est à sa phase décisive ou terminale »*⁴⁸⁹. Cette situation manifeste donc un déséquilibre dans la prise en compte des intérêts en présence. Cette lacune pourrait être corrigée si comme en droit français⁴⁹⁰, par exemple, un droit d'information et de consultation des représentants des salariés était prévu.

Toutefois dans le cadre d'une opération de mobilité, les seules informations et consultations des salariés ne permettront pas de dire qu'il y a une protection suffisante et efficace. Ainsi pour prendre en compte plus efficacement les intérêts des salariés, sans aller jusqu'à suggérer l'instauration d'un droit d'opposition à leur profit, un auteur a fait la proposition pertinente d'imposer une consultation préalable d'une autre entité⁴⁹¹. Cette proposition est d'autant plus intéressante que cette consultation préalable amènera à soumettre l'opération de mobilité non pas seulement aux salariés directement mais à « *une autorité capable d'appréhender objectivement les avantages et les inconvénients de sa réalisation à l'égard des salariés* »⁴⁹². Cette dernière serait l'administration sociale⁴⁹³ qui, à l'image de l'administration fiscale, sera donc chargée de délivrer une autorisation préalable à la réalisation de toute opération de mobilité. Pour ne pas que l'objectif de protection des salariés ne soit un frein à la mobilité, il était important que la sanction de la violation de l'avis de l'administration sociale ne conduise pas à empêcher la réalisation de l'opération. C'est ainsi que la proposition de l'auteur précité de fixer, comme sanction, la réalisation de l'opération mais sans licenciement nous paraît intéressante. Car elle entre dans la logique de la recherche d'un équilibre entre les intérêts de la société et ceux des salariés. C'est pourquoi cette proposition devrait être reprise par le législateur communautaire de l'OHADA. En effet, la protection des salariés en cas de mobilité doit être uniformisée dans l'espace communautaire africain. Car si elle reste régie par les lois nationales des États membres il y aura une disparité des régimes de protection, ce qui risque de complexifier la réalisation des opérations de mobilité. Si les mécanismes de protection varient selon les États, tout comme les sanctions encourues, il est évident que la

⁴⁸⁹ D. AHOUA, *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français*, thèse précitée, n° 663.

⁴⁹⁰ Voir article L. 2323-33 du Code du travail

⁴⁹¹ M. N. MBAYE, thèse précitée, n° 1020 et s.

⁴⁹² M. N. MBAYE, op. cit., n° 1022.

⁴⁹³ Proposition inspirée à l'auteur par le droit béninois précisément l'article 60 du Code du travail de la République du Bénin.

réalisation de l'opération sera plus difficile. La difficulté peut, par exemple, venir des problèmes de reconnaissance des mécanismes de protection consacrés par un État membre alors que l'autre État membre concerné les ignore. L'uniformisation de la protection des salariés ne pourra alors que participer à la simplification de la mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA. Cette unification de la protection des salariés peut résulter d'un futur Acte uniforme relatif au droit du travail qui est à l'état de projet⁴⁹⁴. Par ailleurs, si cette uniformisation du droit du travail tarde à voir le jour⁴⁹⁵, l'AUSCGIE peut bien être le socle de l'uniformisation de la protection des salariés en cas de mobilité. Car l'information ainsi que le contrôle qu'ils peuvent exercer en cas de restructuration de la société peuvent bien être consacrée par la *lex societatis*⁴⁹⁶. À cette occasion, le régime de la consultation de l'administration sociale proposée serait défini de manière uniforme. Ainsi, par exemple, la teneur de la sanction proposée, en cas de manquement de la société, sera précisée notamment sur la durée de l'interdiction de licenciement. Tout en rétablissant l'équilibre dans la prise en compte des intérêts, l'Acte uniforme peut simplifier la réalisation de la mobilité grâce à l'uniformisation des régimes de protections des salariés.

Nous pourrions dès lors observer que, sans pouvoir bloquer la réalisation de la mobilité, les salariés bénéficieraient d'une protection efficace si, à côté de la survie classique de la relation de travail, était consacrée une consultation préalable de l'administration sociale. Cela permettrait d'obtenir cet équilibre entre les intérêts de la société qui souhaite se mouvoir afin de se restructurer et celui des salariés de conserver leurs emplois et avantages. De sorte que la préservation de l'intérêt des salariés ne serait pas en toute hypothèse un frein à la mobilité tout comme cette dernière ne devrait pas menacer abusivement les droits des employés.

224. En définitive, nous retenons que techniquement la mobilité a quelques effets sur la situation juridique des salariés dans l'espace OHADA. Le plus notable d'entre eux existe notamment dans les fusions et scissions transfrontalières. Il s'agit de la modification de la situation juridique de l'employeur. Or même si l'Acte uniforme ne traite pas lui-même des

⁴⁹⁴ Cf. P.-G. POUYOUÉ et alii, « Actes uniformes », in *Encyclopédie du droit OHADA*, ouvrage précité, p. 163, n° 540 et s.

⁴⁹⁵ Au point que le droit du travail est qualifié de « *parent pauvre de l'OHADA* ». cf. D. AHOUA, thèse précitée, n° 654.

⁴⁹⁶ En ce sens, M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, ouvrage précité, n° 74.

conséquences de cette modification, les dispositions nationales des États membres se chargent d'affirmer qu'elle n'altérera pas la continuation du contrat de travail.

Par ailleurs, il apparaît que la mobilité peut rendre le contrat de travail international s'il ne l'était pas déjà. En effet, elle fera surgir un élément d'extranéité qui sera l'établissement à l'étranger de l'employeur. Cependant, elle ne créera pas un conflit mobile pour autant si l'entreprise maintient des unités de productions dans l'État où le salarié exécutait sa prestation. Par conséquent, le salarié n'est pas menacé par un changement de loi applicable à son contrat du simple fait de la mobilité.

De même, le salarié n'est pas plus menacé dans son implication, puisqu'à la différence de l'espace communautaire européen, le droit OHADA ne connaît pas le système participation des salariés. Le salarié n'a donc pas besoin de cette protection spécifique qui lui permet de voir sa participation maintenue à l'issue de l'opération de mobilité intracommunautaire.

Toutefois, la seule consécration de la transmission du contrat de travail et des droits y afférant malgré le changement de la situation juridique de l'employeur ne permet pas d'assurer l'équilibre entre la possibilité pour la société de se mouvoir et la préservation efficace des intérêts des salariés. En effet, ce n'est qu'une protection en aval, et rien n'est prévu en amont pour leur permettre de connaître toutes les conséquences de l'opération sur leurs droits. Rien ne leur permet d'identifier toutes les menaces à leurs intérêts afin d'avoir recours à une protection adéquate. Un droit d'information des salariés ainsi qu'une consultation de l'administration sociale seraient les bienvenus pour garantir une protection plus efficace.

Section 2 : Un équilibre encore recherché dans la protection des associés minoritaires

225. À la différence de la mobilité extracommunautaire, la mobilité intracommunautaire des sociétés peut être décidée malgré l'opposition ou l'absence d'accord de certains associés. En effet, comme nous l'avons déjà montré, l'unanimité n'est pas toujours requise pour ratifier les opérations de mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA⁴⁹⁷. Il n'est parfois requis qu'un accord de la majorité des associés. Se pose alors la question de la préservation des droits de ceux parmi les associés qui n'ont pas souhaité que l'opération se réalise. Sont-ils nécessairement soumis à la loi de la majorité qui désire le changement de rattachement de la société ? Peuvent-ils, quand leurs intérêts ne sont pas sûrs d'être préservés, empêcher la réalisation de l'opération ou se retirer de la société avant son départ ? C'est donc sur l'efficacité de la protection qu'il convient d'accorder aux minoritaires en cas de mobilité intracommunautaire qu'il faut s'interroger. Sachant que si elle doit être efficace, la protection des actionnaires ne doit pas se rajouter à la longue liste des obstacles à la mobilité. Il faut donc trouver un équilibre entre la préservation des droits des minoritaires et la possibilité pour la société de se mouvoir. Cela montre que, comme elle l'est par ailleurs pour la mondialisation⁴⁹⁸, la recherche de l'équilibre des pouvoirs au sein de la société est une adaptation nécessaire du droit des sociétés pour répondre au défi de la mobilité.

Or il est à noter que grâce à la l'uniformisation en droit OHADA la protection des minoritaires est régie par les mêmes dispositions dans tous les États membres. C'est une différence par rapport au droit européen où la protection des minoritaires, qui auraient voté contre la mobilité, est renvoyée aux dispositions nationales des États membres selon la règle du « *chacun chez soi* »⁴⁹⁹. En cela, l'uniformisation procure un avantage au sein de

⁴⁹⁷ Cf. supra n° 111 et s.

⁴⁹⁸ P. BÉZARD, « le droit des sociétés français face aux défis de la mondialisation », *Rev. sociétés*, 2000, p. 55 et s.

⁴⁹⁹ Voir notamment à ce propos H. Le NABASQUE, « Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 », *Rev. sociétés* 2008, p. 493.

l'OHADA. Elle permet d'éviter une disparité des régimes de protection des actionnaires minoritaires dans l'espace communautaire africain compliquant sur ce point la mobilité intracommunautaire. Car en Europe, concernant à titre d'exemple le droit de retrait des minoritaires en cas de fusion, il est consacré par certains États⁵⁰⁰ alors qu'il ne l'est pas par d'autres⁵⁰¹. Toutefois, en droit OHADA l'avantage apporté par l'unité du régime de la protection ne cache pas les lacunes de celui-ci. En effet dans l'AUSCGIE quelques règles pouvant garantir une protection des droits des minoritaires peuvent être tirées des dispositions générales (**paragraphe 1**). Cependant, face aux risques spécifiques des opérations de mobilité, aucune mesure de protection concordant n'a été posée par le législateur communautaire africain. Car il s'est contenté de leur étendre le régime des fusions et scissions domestiques ainsi que celui du transfert interne de siège social (**paragraphe 2**).

⁵⁰⁰ Par exemple le droit italien (art. 2437-c), *Codice Civile*).

⁵⁰¹ Le droit français n'a pas consacré ce droit de retrait pour les minoritaires.

Paragraphe 1 : L'existence d'une protection générale⁵⁰²

226. En vertu de l'extension du régime des fusions scissions et transferts de siège internes à la mobilité intracommunautaire, il résulte que les mécanismes de protection applicable au plan interne le seront aussi pour les opérations intracommunautaires. Par conséquent, les actionnaires peuvent faire valoir, à l'échelle intracommunautaire, les mêmes droits qu'ils auraient eus si le transfert de siège, la fusion ou la scission étaient purement internes. À ce titre il leur est accordé une protection via l'information préalable qu'ils doivent recevoir avant la réalisation de l'opération de mobilité **(A)**. En outre, face au pouvoir des majoritaires d'utiliser leur droit de vote pour les évincer de la société ou pour leur imposer une mobilité non conforme à l'intérêt social, ils sont aussi protégés **(B)**.

A- Une protection par l'information préalable

227. En matière de droit communautaire des sociétés, comme bien dans d'autres domaines, la transparence⁵⁰³ peut servir de protection aussi bien aux associés qu'aux tiers. Cette transparence protectrice consiste, dans la mobilité intracommunautaire des sociétés, à fournir une information adéquate aux actionnaires avant la délibération de l'assemblée générale ratifiant l'opération. D'ailleurs, sur ce point, le législateur communautaire

⁵⁰² Nous entendons par « *protection générale* » toutes les mesures de protections qui ne sont pas spécifiquement réservées aux opérations de mobilité. Il s'agit donc de celles qui s'appliquent pour toutes les prises de décisions en assemblée collective visant, comme les opérations de mobilité, à modifier les statuts de la société.

⁵⁰³ Sur l'objectif de transparence en droit communautaire européen voir M. LUBY, « Droit communautaire des sociétés en 2004 : cap sur la transparence ! », *Dr. Sociétés*, mai 2005, étude, p. 7 et s.

africain, tout comme celui européen, se fonde sur le droit des fusions et scissions domestiques ainsi que sur celui du transfert de siège interne dont les régimes sont étendus à la mobilité intracommunautaire. La protection des actionnaires minoritaires s'appuie ainsi sur leur droit à une information préalable avant toute délibération en assemblée générale autorisant la réalisation de la mobilité de la société commerciale.

C'est ainsi, qu'en droit OHADA, l'AUSCGIE consacre au profit des actionnaires un droit de prendre connaissance des informations qui portent sur le texte des résolutions proposées quinze jours avant la tenue de l'assemblée collective durant laquelle elles seront soumises au vote. Il est clair que la nature des informations à transmettre dépendra de la résolution qui sera soumise au vote. S'agissant des opérations de mobilité elle résultera en pratique du rapport effectué par le conseil d'administration ou par l'administrateur général selon le cas, et le cas échéant le rapport du commissaire aux comptes ou du liquidateur⁵⁰⁴. En effet il sera alors exigé, comme en droit européen d'ailleurs⁵⁰⁵, des organes de direction la fourniture aux actionnaires de tout document ou rapport dont le but serait de justifier et d'expliquer les aspects juridiques et économiques de la mobilité ainsi que ses conséquences vis à vis de leurs intérêts particulièrement.

D'ailleurs, s'agissant de la mobilité par fusion ou scission, l'Acte uniforme prévoit dans ses dispositions particulières les documents à mettre à la disposition des associés. Il s'agit : du rapport du conseil d'administration de la société exigée sauf lorsqu'il s'agit d'une absorption d'une filiale détenue à 100% ; des états financiers de synthèse approuvés par les assemblées générales ainsi que les rapports de gestion des trois derniers exercices des sociétés participantes ; d'un état comptable ; enfin d'un rapport relatif à la valeur des avantages particuliers ou des rapports en nature lorsque le patrimoine apportée de tels avantages ou apports⁵⁰⁶. De plus, s'agissant toujours des fusions et scissions, faut-il rappeler que cette information résultant des différents documents précités est renforcée par celle résultant du projet de fusion ou de scission ainsi que du rapport du commissaire à la fusion comme le précise l'article 674 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés . Il en résulte que l'actionnaire minoritaire dispose alors de plusieurs supports d'information qui

⁵⁰⁴ Art. 525 al. 3 AUSCGIE.

⁵⁰⁵ Voir B. LECOURT, « Droit des sociétés de l'Union européenne », *Dalloz, répertoire de droit européen*, 2016, n° 202 et s.

⁵⁰⁶ Cf. art. 674 AUSCGIE.

l'éclaireront au moment de voter pour ou contre la mobilité de la société. Ainsi pourra-t-il déceler toutes les conséquences qui menaceraient ses propres intérêts ou ceux de la société au cas où la mobilité se réaliserait.

L'information reçue préalablement à l'AGE est donc une protection pour les actionnaires minoritaires dans la mesure où elle leur permet de voter en toute connaissance de cause. Car leur appréciation de la portée des résolutions autorisant la mobilité ne sera pas tronquée. Ils risquent moins d'avoir une mauvaise surprise après le changement du rattachement de la société. À la différence des salariés ils ne seront pas devant le fait accompli. Par conséquent, en assemblée générale la décision du sens de leur vote sera prise en toute sérénité puisque leur information est suffisamment assurée.

228. La sanction qui menace la délibération de l'assemblée tenue en violation du droit à une information préalable des actionnaires est sa nullité⁵⁰⁷. Cette sanction sévère s'appliquera toujours en cas de manquement. En effet, les dispositions de l'article 525 sont impératives puisque l'Acte uniforme n'a pas expressément donné la possibilité d'y déroger par une clause statutaire⁵⁰⁸.

Par ailleurs, la protection des actionnaires minoritaires n'est pas seulement effectuée en amont, autrement dit avant la tenue de l'assemblée générale. Elle se poursuit aussi lors de la tenue de cette dernière. En réalité, une fois qu'ils ont reçu les informations nécessaires, il ne faut pas que leur vote soit toujours insignifiant face au pouvoir des dirigeants et de la majorité au moment de la délibération en assemblée générale.

⁵⁰⁷ Art. 525 alinéa in fine de l'AUSCGIE.

⁵⁰⁸ Art. 2 AUSCGIE.

B- Une protection contre l'usage abusif du vote à la majorité

229.La mobilité doit être justifiée par une volonté de restructurer l'entreprise afin de lui permettre de mieux répondre aux attentes de ses associés. C'est dire que la mobilité ne devrait pas nuire à la pérennité ou à la prospérité de la société, et par conséquent à l'intérêt personnel de tous ses associés. Il en résulte que toute décision de mobilité prise en méconnaissance de cet objectif doit être sanctionnée. Cela d'autant plus lorsque sa réalisation cache une volonté des associés majoritaires de nuire aux intérêts des minoritaires et surtout de les exclure *in fine* de la société. Ce risque d'abus, s'il est inexistant lorsque l'unanimité est requise, devient non négligeable quand la mobilité intracommunautaire n'est que soumise au vote de la majorité des deux tiers (2/3) comme pour les sociétés de capitaux. Dans ce dernier cas, les minoritaires doivent être protégés contre l'usage abusif de la possibilité de ratifier l'opération de mobilité par un simple vote à la majorité qualifiée. Car dans cette situation leur vote ne peut plus empêcher que l'opération ne se réalise en dépit de la menace qu'elle constitue pour leurs intérêts.

230.Par ailleurs, l'abus de leur pouvoir par les majoritaires est encore plus condamnable lorsqu'ils ne se limitent pas simplement à prendre une décision dans l'unique but de défavoriser les minoritaires. Autrement dit, il l'est encore plus dans les hypothèses où la décision de réaliser une mobilité nuit déjà aux intérêts des minoritaires en ayant pour finalité de les exclure de la société ou de les placer dans une situation inconfortable. Un tel abus serait à la limite tolérable tant qu'elle colle à l'intérêt social. Mais lorsqu'il mêle à la nuisance aux droits des minoritaires une nette contradiction avec l'intérêt social il est encore moins acceptable. En effet, si la mobilité ne répond qu'aux intérêts personnels des actionnaires majoritaires mais qu'elle est contraire à ceux de la société elle-même ainsi qu'à ceux des minoritaires, il est normal qu'elle puisse être stoppée. Dans cette hypothèse, les majoritaires ne doivent plus pouvoir imposer leur décision aux minoritaires. Car non seulement elle porterait atteinte à l'intérêt de ces derniers mais surtout parce qu'elle est contraire à l'intérêt social.

231.Or dans la société lorsqu'une décision des associés majoritaires n'a d'autre but que nuire aux intérêts des minoritaires tout en étant en totale contradiction avec l'intérêt social, elle révèle alors une situation d'abus de majorité. D'ailleurs, ce dernier est défini par

l'AUSCGIE comme étant une délibération durant laquelle « *les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, sans que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société* »⁵⁰⁹. En effet, ce qui justifierait l'existence d'un abus de droit commis par les majoritaires est ici le fait que « *la rupture d'égalité entre associés ne trouve aucune justification dans les exigences de la gestion sociale* »⁵¹⁰. Ainsi, comme cela était déjà le cas au regard du bénéfice du régime fiscal de faveur, l'objectif ultime de la mobilité permet d'identifier les opérations dont la réalisation ne doit pas être favorisée aussi bien sur le plan fiscal que là sur le plan juridique. Encore une fois la justification de la mobilité de la société doit être économique et non exclusivement l'intérêt personnel des majoritaires, tout comme elle ne devrait pas être par ailleurs un motif purement de fraude fiscale.

Une fois qu'il est constaté et qualifié comme tel, l'abus de majorité n'échappe pas à sa sanction qui est la nullité de la délibération abusive⁵¹¹. De plus, la responsabilité civile des majoritaires ayant voté la décision constitutive de l'abus peut être également engagée par les minoritaires qui ont subi un préjudice consécutif à ce vote⁵¹². Les associés minoritaires bénéficient ainsi d'une protection efficace leur permettant d'empêcher la réalisation d'une mobilité intracommunautaire alors même que la majorité requise est obtenue.

232. Dans cette situation d'abus de pouvoir, il faut accepter que la préservation des droits des minoritaires ainsi que celle des intérêts de la société elle-même puisse être un frein à la mobilité. Car dans ce cas de figure, la solution équilibrée consiste à donner plus d'importance à l'intérêt qui le mérite le plus. Or l'intérêt des minoritaires est plus légitime que ceux des majoritaires qui ont la seule l'intention de les nuire. Mais surtout l'intérêt social est supérieur à la volonté des majoritaires de changer le rattachement de la société. Par conséquent, la contradiction de sa réalisation avec une bonne gestion sociale pourra logiquement justifier qu'une décision ratifiant la mobilité soit invalidée dans le but de protéger la société elle-même, mais aussi de préserver les droits des minoritaires.

⁵⁰⁹ Art. 130 al. 2 de l'AUSCGIE. Cette définition est certainement inspirée par le droit français notamment par une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation qui affirme qu'il y a abus de majorité lorsque la résolution litigieuse résulte d'un vote des majoritaires contraire à l'intérêt social et dans l'unique dessein de les favoriser au détriment des minoritaires (Cass. Com., 18 avril 1961 : JCP 1961, 12164, note D. B.).

⁵¹⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 501.

⁵¹¹ Art. 130 al. 1 de l'AUSC.

⁵¹² Art. 130 al. 3 de l'AUSC.

En dehors de toutes ces hypothèses où la protection est générale, car applicable pour toute décision prise en assemblée collective, les associés peuvent bénéficier d'une protection plus spécifique en cas de mobilité. Toutefois, nous sommes amenés à constater que cette protection qui consiste, par exemple, à accorder un droit de retrait aux minoritaires n'est pas consacrée par le droit OHADA.

Paragraphe 2 : Une absence de régime de protection spécifique des minoritaires à corriger

234.L'Acte uniforme n'a pas prévu d'autres mesures de protection des minoritaires en cas de mobilité, quand bien même elles auraient été très adaptées au risque que leur fait courir l'opération. Ainsi, par exemple, aucun droit de retrait n'a été consacré alors qu'elle peut être dans certains cas une protection efficace (**A**). Ce manque qui peut être considéré comme le reflet d'un déséquilibre dans la prise en compte des intérêts doit être corrigé. C'est pourquoi nous proposerons le recours aux statuts pour consacrer cette protection spécifique (**B**).

A- L'absence d'un droit de retrait légal

235.Nous commencerons par souligner que cette protection par la consécration d'un droit de retrait sera bien spécifique aux opérations de mobilité. Car elle ne s'appliquera pas à toute délibération d'une assemblée collective. Elle consiste à accorder aux minoritaires non pas le droit d'empêcher la mobilité, en obtenant la nullité de la décision collective l'ayant ratifié tout en restant au sein la société, mais plutôt celui de quitter la société de leur propre gré. Cela permettra à cette dernière de circuler cette fois-ci sans eux. Cette protection spécifique tient compte certes de l'intérêt des minoritaires, mais elle prend aussi en considération ceux des majoritaires qui ne sont cette fois-ci pas contraires à l'intérêt social. En effet, dans le cas de l'abus de majorité, nous avons réussi à départager les deux intérêts en conflit grâce à l'arbitrage de l'intérêt social. Cet arbitrage a ainsi conduit à privilégier les intérêts des minoritaires plus conformes à l'intérêt de la société en invalidant la

décision prise par les majoritaires de la faire circuler. Dans cette deuxième hypothèse, les deux intérêts sont plutôt conformes à l'intérêt social, l'arbitrage s'avèrera alors plus délicat. C'est le cas où la mobilité peut être économiquement justifiée, mais elle n'est pas vraiment indispensable à la pérennité et à la prospérité de l'entreprise. Car l'exploitation peut être poursuivie dans l'État d'origine de façon à répondre aussi aux attentes de tous les associés. L'intérêt social ne permet plus sur ce point d'arbitrer puisque la société peut aussi bien avoir un intérêt à se mouvoir, comme le souhaite les majoritaires, qu'un intérêt à rester dans son État d'origine, comme voulu par les minoritaires. Faut-il alors donner avantage à l'un des intérêts par rapport à l'autre ?

Il y a plusieurs options possibles. D'abord on peut redonner la priorité à l'intérêt des minoritaires en leur permettant de bloquer la mobilité. Ensuite on peut plutôt donner priorité aux majoritaires en leur permettant d'imposer leur décision de faire circuler la société aux minoritaires. Enfin on peut encore opter pour une solution qui nous paraît plus équilibrée consistant à permettre aux majoritaires de réaliser la mobilité tout en donnant le droit aux minoritaires de se retirer de la société de leur propre gré. Le droit OHADA n'a toutefois pas consacré cette dernière solution. En restant silencieux sur la protection spécifique des associés minoritaires, il semble plutôt opter pour la solution qui consiste à permettre aux majoritaires d'imposer leur décision aux minoritaires privilégiant par là l'intérêt des premiers cités. En effet, lorsque la mobilité peut être ratifiée par un vote de l'assemblée générale à la majorité des deux tiers⁵¹³, sans que les minoritaires n'aient expressément aucun droit de retrait légal à leur profit, cela montre que le droit OHADA a plutôt opté pour la solution donnant priorité aux majoritaires en leur permettant d'imposer l'opération aux minoritaires.

236. Comme cela a pu être déploré dans certains États européens concernant notamment les fusions et scissions⁵¹⁴, l'absence de cette protection spécifique des minoritaires pour toutes les opérations de mobilité est donc à relever dans le droit des États membres de l'OHADA.

⁵¹³ Comme c'est le cas, nous le rappelons, dans les sociétés de capitaux (SA, SARL, et SAS).

⁵¹⁴ Voir pour le droit français notamment A. LECOURT, « La transposition en France des fusions transfrontalières : entre innovations et espoirs déçus », *Bull. joly Sociétés*, 2008, p. 806 et s. ; B. LECOURT, « L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? », *Rev. sociétés* 2004, p. 228 ; *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, LGDJ, 2000, n° 756 et s., p. 459 et s. ; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 290 ; H. Le NABASQUE, « Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 », *Rev. sociétés* 2008, p. 493.

En effet en se contentant d'étendre le régime juridique applicable aux opérations de restructuration internes à la mobilité intracommunautaire le législateur communautaire africain a omis de mettre en place ce régime de protection qui lui est spécifiquement adapté. Par conséquent, puisqu'aucun droit d'opposition ou de retrait n'a été mis en place au profit des actionnaires minoritaires dans les fusions nationales, par exemple, c'est logiquement qu'il n'existe pas non plus à l'égard des fusions transfrontalières dans l'espace OHADA.

237. Toutefois, en droit européen, le constat n'est pas dans toutes les hypothèses exactement le même qu'en droit OHADA. En effet, s'agissant du transfert de siège intracommunautaire de la SE, le législateur européen a institué dans le règlement n° 2157/2001⁵¹⁵ un droit de retrait. C'est ainsi qu'en transposant cette règle d'origine européenne le législateur français a posé à l'article L. 229-2 alinéa 3 du Code de commerce qu'« *en cas d'opposition à l'opération, les actionnaires peuvent obtenir le rachat de leurs actions dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État* ». Il est à signaler que cette transposition s'est d'ailleurs révélée imprécise sur les actionnaires pouvant demander le rachat selon la doctrine⁵¹⁶. En effet, le législateur français ne précise pas si cette protection ne profite qu'aux associés qui se sont prononcés contre l'opération pendant l'assemblée générale. Cependant en se référant au texte européen, qui bénéficie du principe de primauté, il apparaît que la protection ne bénéficiera qu'aux « *actionnaires qui se sont prononcés contre le transfert de siège* »⁵¹⁷. Ce qui est logique eu égard à l'objectif de l'instauration d'un droit retrait. En effet, celui-ci a pour but de permettre aux actionnaires dont les intérêts sont menacés par la réalisation de l'opération de mobilité, qu'ils n'ont pas pu empêcher par un vote contre sa ratification, de se voir racheter leurs titres pour s'auto-exclure de la société. Ainsi peuvent-ils formuler leurs demandes dans un délai imparti afin que la société leur adresse une offre de rachat. Cependant, s'il y a un désaccord sur le prix proposé il appartiendra au juge de désigner un expert chargé de le déterminer sans que cela ne freine la poursuite de l'opération.

S'agissant des fusions et scissions la situation européenne se rapproche dans des cas un peu plus de celle africaine. Là en l'absence d'unification, le législateur communautaire

⁵¹⁵ Art. 8 § 5

⁵¹⁶ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 290.

⁵¹⁷ Art. 8 § 5 du règlement n° 2157/2001.

européen avait confié, en principe, la protection des minoritaires aux lois nationales des États membres en appliquant le principe du « *chacun chez soi* »⁵¹⁸. Ainsi certains États membres ont consacré une protection spécifique des minoritaires en instaurant un droit de retrait⁵¹⁹, alors que d'autres ne l'ont pas fait⁵²⁰. Pour pallier à cette inégalité de traitement entre les minoritaires selon l'État membre de rattachement de la société, la commission a proposé d'instituer un droit de retrait obligatoire dans les sociétés cotées au profit des minoritaires⁵²¹. Le législateur communautaire européen, dans la directive 2005/56/CE sur les fusions transfrontalières a, en partie, donné suite à cette proposition de la commission, puisqu'il a reconnu la possibilité pour les droits des États membres d'instaurer au profit des minoritaires un droit de retrait. Toutefois, la directive ne fait pas disparaître pour autant la disparité des régimes de protection des minoritaires elle-même. Car dans leur transposition de celle-ci tous les États européens n'ont pas retenu l'option de consacrer le droit de retrait au profit des actionnaires des sociétés qui leur sont rattachées⁵²². En effet, certains États membres telle que la France n'ont pas retenu l'option offerte par la directive 2005/56/CE d'adopter un régime de protection permettant aux actionnaires d'obtenir la révision du rapport d'échange des titres ou encore le rachat de ces derniers en cas d'opposition à la mobilité.

Cependant, la directive a le mérite de permettre de résoudre les complications liées à la diversité des régimes de protection des minoritaires entre les États membres. Elle règle la question d'une fusion entre une société dont la *lex societatis* reconnaît une protection spécifique des actionnaires avec une autre société dont la *lex societatis* n'a pas consacré

⁵¹⁸ Voir à ce propos H. Le NABASQUE, « Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 », *Rev. sociétés* 2008, p. 493.

⁵¹⁹ C'est notamment le cas de l'Italie (Article 2437-c) du Codice Civile), de l'Angleterre (Section 287, § 3, du Companies Act 1948) ou encore de l'Espagne.

⁵²⁰ C'est notamment le cas du droit français. Voir à ce propos A. LECOURT, « La transposition en France des fusions transfrontalières : entre innovations et espoirs déçus », *Bull. joly Sociétés*, 2008, p. 806 et s. ; B. LECOURT, « L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? », op. cit ;

⁵²¹ B. LECOURT, « L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? », op. cit.

⁵²² Ce fut le cas du droit français. À ce propos cf. H. Le NABASQUE, « Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 », op. cit. ; A. LECOURT « La transposition en France des fusions transfrontalières : entre innovations et espoirs déçus », op. cit. ; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n°359.

cette protection⁵²³. Elle dispose ainsi que lorsque la loi applicable à l'une des sociétés qui fusionnent accorde un régime de protection spécifique aux actionnaires comme la possibilité de se voir racheter leurs titres ou celle de réviser le rapport d'échange des titres, les autres sociétés qui fusionnent dont le droit ne prévoit pas ce type de protection doivent, au moment d'approuver le projet de fusion, accepter explicitement la possibilité pour les actionnaires concernés de recourir à la protection qui leur est accordée⁵²⁴. L'acceptation expresse par les actionnaires non bénéficiaires du droit de retrait est donc ici la condition sine qua non de son application au profit des actionnaires qui en bénéficient.

238. Par ailleurs, comme nous l'avons déjà évoqué, en droit OHADA l'absence de protection spécifique ou de droit de retrait pour toutes les opérations de mobilité résulte de l'extension du régime interne, qui n'a pas prévu elle-même ce type de protection, au niveau intracommunautaire. D'une part, du point de vue de la société et des majoritaires, cette omission peut être vue comme une simplification de la mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA. Car l'absence de droit de retrait aura permis d'éviter le « *cash out* », c'est-à-dire le rachat obligatoire des titres des actionnaires ayant voté contre l'opération. Cela constituerait un coût supplémentaire pour la mobilité. C'est pourquoi c'est une économie qui peut être non négligeable en fonction du nombre d'associés qui souhaiteraient se retirer. Et cela empêche la mobilité d'être freinée parce que la société n'aurait pas les moyens de racheter tous les titres actionnaires s'étant opposés à la réalisation de l'opération. En cela nous pouvons donc convenir avec un auteur sur le fait que l'absence de droit de retrait permet de fluidifier la réalisation de l'opération de mobilité⁵²⁵.

D'autre part, du point de vue des minoritaires en revanche, la critique peut être plutôt négative. En effet, il est vrai qu'ils ne subissent plus les conséquences du conflit mobile. S'ils avaient décidé d'entrer dans la société en considération de la loi applicable, la mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA ne leur est plus dommageable ni au niveau de leur protection, ni de leur information et ni même au niveau de la responsabilité des dirigeants à leur égard. Cependant sur d'autres aspects la mobilité peut ne pas convenir

⁵²³ Art. 10 § 3 du règlement 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières.

⁵²⁴ H. Le NABASQUE, « Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 », op. cit ; B. LECOURT, « droit des sociétés de l'Union européenne », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2016, art. 8, n° 202.

⁵²⁵ A. LECOURT, « La transposition en France des fusions transfrontalières : entre innovations et espoirs déçus », op. cit.

aux minoritaires. Par exemple, en cas de mobilité par fusion-absorption intracommunautaire par une société nouvelle, les associés d'une société cotée absorbée peuvent perdre la liquidité de leurs actions pendant le temps de l'inscription de la nouvelle société absorbante à la cote officielle⁵²⁶. C'est d'ailleurs pourquoi en droit européen la commission avait proposé d'instituer un droit de retrait obligatoire dans les sociétés cotées au profit des minoritaires⁵²⁷. Il leur aurait permis d'éviter cette indisponibilité pendant un délai, qui peut être plus ou moins long. Il est donc clair que les minoritaires gagneraient à se voir octroyer un droit de retrait. Pour compenser ce déséquilibre de la prise en compte des intérêts lié à l'absence de droit de retrait en faveur les associés dans l'espace OHADA, il nous semble que le rétablissement de l'équilibre peut résulter des statuts.

B- Une protection spécifique pouvant relever des statuts

239. Même si elle n'est consacrée par le législateur, la protection spécifique des actionnaires, par l'instauration d'un droit de retrait en cas de mobilité, peut réapparaître dans le champ de la pratique⁵²⁸. Les actionnaires minoritaires, informés de la volonté de réaliser la mobilité, peuvent bien céder leurs actions à d'autres associés ou tiers qui ne seraient pas refroidis par la réalisation prochaine de l'opération. Les minoritaires ont la possibilité de trouver par eux même les cessionnaires de leurs actions afin de se retirer par

⁵²⁶ Voir sur ce désagrément B. LECOURT, « L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? », op. cit.

⁵²⁷ B. LECOURT, « L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? », op. cit.

⁵²⁸ En ce sens, A. LECOURT, « La transposition en France des fusions transfrontalières : entre innovations et espoirs déçus », op. cit.

ce moyen de la société. L'inconvénient de cette voie par rapport au droit de retrait consacré par le législateur c'est que les associés n'ont pas la garantie de trouver par eux-mêmes un acquéreur. Ils n'ont pas non plus la garantie d'obtenir le prix convenable d'autant que la cession se fera en urgence. Or avec un droit de retrait légal ou conventionnel, ils ont l'assurance que la mobilité ne peut se faire sans que leurs titres ne soient rachetés s'ils le demandent. De plus, en cas de désaccord, le prix sera objectivement déterminé par un expert désigné par le juge. C'est pourquoi, pour qu'ils aient plus de garanties, à défaut d'une consécration future par le législateur communautaire, il vaut mieux que cette protection spécifique soit mentionnée en amont dans les statuts de la société. Ainsi, par le biais des clauses statutaires, les minoritaires peuvent retrouver la protection spécifique que le législateur communautaire africain n'a pas daigné leur accorder. Sachant que la mobilité intracommunautaire est devenu juridiquement et parfois fiscalement envisageable dans l'espace OHADA, les actionnaires doivent maintenant prendre leurs dispositions dans la rédaction des statuts. Par conséquent, ils devraient être vigilants à insérer dans les statuts des clauses leur garantissant une protection dans les hypothèses spécifiques de mobilité intracommunautaire. Ainsi à défaut d'être légal le droit de retrait peut bien être conventionnel.

240. En conclusion de cette section, nous pouvons dire qu'en l'état le régime de protection des minoritaires instauré par le législateur communautaire africain est défaillant. En effet, si cette protection existe par le biais de dispositions générales applicables à toute décision modifiant les statuts. Elle ne prend pas en compte la spécificité de la mobilité même intracommunautaire, puisque l'unification du régime juridique n'enraye pas toutes les menaces qui pèsent sur la situation et les droits des associés. Par conséquent, la protection de ces derniers gagnerait à être renforcée parce que les dispositions générales sont parfois insuffisantes. En attendant, les minoritaires peuvent trouver refuge dans les statuts de la société. En effet, ils peuvent prévoir ce droit de retrait qui n'est pas consacré par le législateur communautaire en cas de mobilité.

Conclusion du Chapitre 1 :

242.La mobilité ne doit pas se réaliser au détriment de ceux qui ne peuvent l'empêcher par un simple vote contre sa ratification par l'assemblée générale. C'est ainsi que les actionnaires minoritaires, lorsque l'unanimité n'est pas requise, mérite une protection contre les majoritaires qui a priori peuvent leur imposer leur décision. À ce titre, dans les dispositions de l'Acte uniforme consacrées de manière générale à préserver leurs droits en cas de modification des statuts, ils trouveront des mécanismes de protection tel que le droit à une information préalable ou encore la possibilité d'invoquer un abus de majorité si l'opération est contraire à l'intérêt social. Cette protection générale étant parfois insuffisante ils auraient mérité de se voir octroyer un droit de retrait obligeant la société à leur racheter leurs actions avant son départ comme cela se fait en droit européen en cas le transfert intracommunautaire de siège de la SE. Or ce n'est pas le cas dans l'Acte uniforme, car le droit de retrait qui n'est pas consacré pour les opérations domestiques ne l'est logiquement pas non plus pour les opérations intracommunautaires en raison de la simple extension du régime juridique. C'est ainsi qu'en attendant l'intervention du législateur communautaire africain, les statuts peuvent combler cette lacune en octroyant aux actionnaires minoritaires ce droit de retrait non consacré par l'Acte uniforme.

243.S'agissant des salariés, qui comme les associés minoritaires subissent la décision de mobilité, l'Acte uniforme ne s'est pas non plus attardé sur leur situation. Cela peut être justifié s'agissant du maintien de leur participation. Car le droit OHADA ne connaît pas le système de cogestion. Par conséquent, les salariés ne risquent pas de perdre la participation qui ne leur a jamais été accordée au sein de la société en cas de mobilité intracommunautaire. En l'absence de risque, cette protection était donc inutile dans l'espace OHADA. Cela la différencie du droit européen qui a instauré un régime de protection spécifique de la participation des salariés notamment en cas de mobilité de la SE, ou de la mobilité par fusion de sociétés nationales quand au moins une *lex societatis* a prévu ce système de cogestion. Par ailleurs, il fallait aussi leur garantir le transfert du contrat de travail en cas de mobilité par fusion ou scission notamment. Pour cela, l'Acte uniforme n'a rien prévu, mais il a renvoyé aux dispositions nationales des États membres. Celles-ci prévoient bien ce maintien de la relation de travail. Cependant, ce maintien de la

relation de travail tel que posé par les dispositions nationales des États membres n'est pas une protection suffisante. Car il ne neutralise pas le risque de tout licenciement. De surcroît malgré l'ampleur et l'importance de l'opération, les salariés n'ont pas droit ni à une information préalable ni à un droit d'opposition. C'est pourquoi l'exigence d'une information préalable ainsi que d'une consultation de l'administration sociale serait souhaitable afin de préserver plus efficacement les droits des salariés

244.En définitive, il apparaît que l'équilibre entre la fluidité de la mobilité de la société et la préservation des droits des parties prenantes internes n'est pas bien trouvé dans l'espace OHADA, ni pour ce qui est des salariés, ni pour ce qui est des actionnaires minoritaires, au regard du dispositif légal. La préservation des droits de ces parties prenantes n'est donc pas bien assurée. Il convient maintenant d'examiner si ce subtil équilibre peut être trouvé dans la prise en compte des intérêts de parties prenantes externes à la société.

CHAPITRE 2 : UN EQUILIBRE PARTIELLEMENT DEFICIENT DANS LA PRISE EN COMPTE DES INTERETS DES PARTIES PRENANTES EXTERNES A LA SOCIETE

245.En dehors des parties prenantes internes à la société (associés et salariés), qui peuvent voir leurs intérêts menacés par la mobilité, des parties prenantes externes sont aussi susceptibles d'être impactées par cette opération. Il en résulte qu'elles doivent aussi être protégées parce que la mobilité leur est imposée par les détenteurs du pouvoir au sein de la société et parfois au détriment de leurs intérêts légitimes. En effet, les opérations de mobilité les exposent à des risques⁵²⁹ qu'il faut gérer grâce à une protection. Ainsi s'agissant des créanciers, doivent-ils être préservés du changement de résidence de leur débiteur voire du changement de débiteur en cas de fusion ou scission notamment. De même, ces dernières opérations reflètent une concentration d'entreprises, ce qui n'est donc pas sans risque pour le jeu de la concurrence. Il apparaît alors que la prise en compte des intérêts des parties prenantes externes renvoie à la protection des créanciers d'une part, et d'autre part à celle des concurrents des sociétés concernées par la mobilité.

246.À ce sujet, nous relèverons que le droit OHADA, toujours par le biais de l'extension du régime juridique, a posé des règles applicables à la protection des créanciers de la société. Nous verrons que cette protection légale n'est pas très équilibrée parce que trop favorable à la société dans sa volonté de réaliser son opération de mobilité. Par conséquent, en l'état des dispositions de l'acte uniforme, pour rétablir l'équilibre nous verrons que la contractualisation de la protection peut être une solution efficace. S'agissant des concurrents, nous serons amenés à observer que le régime de leur protection n'émane pas des dispositions de droit OHADA. Il sera à trouver dans les dispositions nationales des États parties ainsi que dans d'autres dispositions communautaires qui ne proviennent pas de l'OHADA. Ces textes conduisent les autorités de contrôle à s'opposer à la mobilité que lorsque la concentration menace sensiblement le jeu de la concurrence. La solution paraît

⁵²⁹ Voir en détail les risques d'une fusion internationale pour les créanciers J. SCHMEIDLER, *La protection des créanciers dans les fusions internationales de sociétés*, thèse Paris 2, 2011, n° 140 et s., p. 69 et s.

ainsi équilibrée car la mobilité ne doit en aucun cas être un instrument qui fausse considérablement le jeu de la concurrence.

Nous examinerons donc tour à tour l'équilibre à trouver dans la protection des créanciers (**Section 1**), et celui résultant déjà du régime de protection des concurrents (**section 2**).

Section : Un équilibre encore recherché dans la protection des créanciers de la société

247. Comme la protection des actionnaires minoritaires, la protection des créanciers en cas de mobilité est, dans le droit OHADA, régie par les mêmes règles que celles applicables aux opérations internes. Il en est ainsi du fait de l'extension des règles qui régissent ces opérations de restructuration internes. Il en résulte que pour identifier les mécanismes de protection des créanciers, il faudra exclusivement se référer aux régimes des fusions et scissions internes ainsi qu'à celui du transfert interne de siège. Car le législateur communautaire africain n'a adopté aucun régime particulier applicable à la protection des créanciers en cas de mobilité même intracommunautaire. En cela il ne se différencie que légèrement du législateur européen qui n'a pas non plus prévu de dispositions spécifiques en se contentant de renvoyer aux dispositions nationales des États membres. Il n'a en réalité prévu qu'exceptionnellement, à travers des règles matérielles, quelques dispositions de protection communes à la mobilité dans l'espace communautaire européen. Cependant, contrairement à l'espace OHADA, il y a toujours en droit européen une disparité des régimes de protection des créanciers. En effet les règles nationales applicables dans chacun des États européens ne sont pas totalement identiques comme c'est le cas dans l'espace communautaire africain.

Cela dit, la protection prévue vise à garantir aux créanciers que le recouvrement de leurs créances ne sera pas menacé ou rendu plus difficile à cause de la mobilité. Il ne faut pas oublier qu'en matière de fusion, par exemple, ils vont se retrouver en concours avec les créanciers de la société absorbante. Ce qui rend incontestable la nécessité de leur octroyer une protection. Il ne s'agira alors pas de se demander ici s'il faut les protéger, il s'agira plutôt de se demander comment faudra-t-il les protéger de sorte à ne pas non plus entraver lourdement la mobilité. L'idée devant alors être de trouver l'équilibre entre les intérêts de la société en rendant la mobilité possible et les intérêts des créanciers en rendant le recouvrement des créances possible. Nous consentons qu'il ne soit pas facile à trouver⁵³⁰

⁵³⁰ Voir en ce sens B. LECOURT, « Fusions transfrontalières : rapport sur l'application de la directive », *Rev. sociétés* 2014. 135

notamment par le législateur lui-même. C'est ainsi que nous verrons que cet équilibre ne paraît pas trouvé en observant le régime légal de protection des créanciers (**Paragraphe 1**). Par ailleurs, en attendant le rétablissement de l'équilibre par le législateur de l'OHADA, la contractualisation de la protection nous semble être une voie qui complétera le régime légal défaillant (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Une protection légale des créanciers manifestant un déséquilibre dans la prise en compte des intérêts

248. Contrairement à l'espace européen, dans l'espace OHADA il n'est pas nécessaire de s'interroger sur la loi applicable à la protection des créanciers en cas de mobilité intracommunautaire. Grâce à l'unification du droit il est clair que l'Acte uniforme fixera seule le régime de celle-ci. Alors qu'en droit européen dans les hypothèses de mobilité par fusion ou scission intracommunautaire notamment les systèmes mis en place disposent que la *lex societatis* de la société absorbée et celle de la société bénéficiaire devront s'appliquer cumulativement. Ce qui peut potentiellement bloquer ou ralentir la mobilité⁵³¹ surtout quand les régimes de protection sont différents. Cependant le droit OHADA rejoint le droit européen sur le fait que le système de protection mis en place émane majoritairement de l'extension du régime des opérations de fusion scission et transfert de sièges domestiques. Or ce qui ressort de l'analyse du système de protection posé par le droit OHADA est que même si aux créanciers est parfois accordé un droit d'opposition, celui-ci ne peut empêcher la société de réaliser la mobilité souhaitée. Puisque la société peut toujours passer outre l'opposition des créanciers, il nous paraît que son intérêt de réaliser la mobilité a été privilégié. Ce qui manifeste donc un déséquilibre en défaveur de l'intérêt des créanciers. Ainsi pourrons-nous observer ce déséquilibre dans le système de protection mis en place pour les créanciers qui sont non obligataires (**A**) d'une part, et d'autre part pour les créanciers obligataires et porteurs de titres (**B**).

⁵³¹ Voir en ce sens B. LECOURT, « Droit des sociétés de l'Union européenne », *Dalloz, Répertoire de droit européen*, op. cit., n° 203 ; M. LUBY, « Impromptu sur la directive n° 2005/56 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux », *Dr. sociétés* 2006, étude 11 ; M. LOY « Les fusions transfrontalières : entre présent et avenir », *JCPE* 2007, p. 1987 et s.

A- Un déséquilibre dans la protection légale des créanciers non obligataires

249. Si les créanciers méritent une protection ce n'est pas seulement parce que la mobilité leur est imposée par les détenteurs du pouvoir au sein de la société. C'est aussi parce que l'opération présente des risques pour eux⁵³². Certains sont plutôt classiques puisqu'ils sont partagés avec les opérations internes. Ainsi s'agissant des fusions ou scissions peuvent-ils influencer sur le droit de gage général des créanciers. Car en raison de la transmission universelle du patrimoine, le passif des sociétés participantes peut augmenter tout comme l'actif peut subir une diminution. Par la mobilité par fusion ou scission, les créanciers de la société émigrante changent non seulement de débiteur mais en plus ce nouveau débiteur, se situant à l'étranger, peut avoir une situation financière moins favorable⁵³³. Sans oublier que les créanciers de chaque société participante subissent un concours renforcé de ceux de l'autre société⁵³⁴. Le transfert de siège a l'avantage de ne pas soumettre les créanciers de la société à ce type risque résultant de la variation de leur droit de gage général. Car l'entreprise se retrouve en principe avec le même passif ainsi que le même actif à l'issue de l'opération puisqu'ils ne sont pas mêlés avec ceux d'une autre société.

Toutefois, toutes les opérations de mobilité font naître des risques qui sont cette fois-ci liés au caractère international ou intracommunautaire. Il faut d'abord signaler que dans l'espace OHADA ces risques spécifiques sont réduits grâce à l'unification du droit des sociétés. C'est ainsi que pour les créanciers tous les risques liés à la modification de la *lex societatis* régissant leur protection sont écartés. De même s'ils étaient titulaires d'une sûreté mobilière conventionnelle il n'y a pas de risque que celle-ci ne soit pas reconnue dans l'État d'accueil. Le droit des sûretés étant aussi unifié dans l'espace communautaire

⁵³² Sur les risques que peuvent faire naître par exemple une mobilité par fusion cf. J. SCHMEIDLER, *La protection des créanciers dans les fusions internationales de sociétés*, Thèse Paris 2, n° 140 et s., p. 69 et s.

⁵³³ B. LECOURT, « Droit des sociétés de l'Union européenne », *Dalloz, Répertoire de droit européen*, op. cit., n° 203.

⁵³⁴ Sur ces risques classiques qui peuvent être aggravés en cas de fusion transfrontalière, cf. J. SCHMEIDLER, *La protection des créanciers dans les fusions internationales de sociétés*, op. cit., n° 146 et s., p. 71 et s.

africain⁵³⁵, il n'y a pas de risque que la sûreté mobilière enregistrée dans l'État d'origine et transmise avec le patrimoine transféré ne soit pas reconnue parce qu'elle serait inconnue par l'ordre juridique d'accueil⁵³⁶. En effet en cas de mobilité intracommunautaire des sociétés dans l'espace OHADA la loi applicable aux sûretés n'est pas susceptible d'être modifiée même si la loi applicable au contrat ayant donné naissance à la créance garantie change. Et cela aussi bien lorsqu'il s'agit de sûretés réelles mobilières que de sûretés personnelles. Par conséquent, toutes les formes de sûretés transmises avec le patrimoine en cas de fusion intracommunautaire, par exemple, seront reconnues sans difficulté dans l'État d'accueil puisque déjà connues dans son ordre juridique.

Cependant la loi applicable à la créance contractuelle elle-même peut être modifiée à défaut de choix par les parties de la *lex contractus* en application du principe d'autonomie. En effet, si les parties n'ont pas choisi la loi applicable à leur contrat⁵³⁷ et que la règle de conflit désigne, par exemple, la loi du lieu de résidence du débiteur de la prestation caractéristique, alors en cas de mobilité par transfert de siège notamment, si la société était débitrice d'une telle obligation, la loi applicable aux créances contractuelles pourrait être modifiée. Cela constitue un risque pour le créancier d'autant que dans l'espace OHADA le droit des contrats n'a pas encore fait l'objet d'une unification⁵³⁸.

En outre, constitue également un risque le fait pour le créancier de devoir assigner son débiteur à l'étranger devant un tribunal dont la compétence n'était pas au départ prévue par lui. À ce propos, un auteur écrit, à juste titre, que la mobilité par fusion notamment « *est susceptible de bouleverser les prévisions légitimes du créancier et de le confronter à une*

⁵³⁵ Voir Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés adopté le 15 décembre 2010 à Lomé (Togo), JO OHADA n° 22 du 15 février 2011.

⁵³⁶ Or ce risque n'est pas exclu en cas de mobilité extracommunautaire notamment en raison de la diversité des formes de sûretés en fonction du régime juridique applicable dans chaque État. À titre comparatif, il n'est pas exclu en cas de mobilité intracommunautaire dans l'espace européen en raison de l'absence d'harmonisation du droit matériel des sûretés. Voir à ce propos K. KREUZER, « La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères », *Rev. crit. DIP* 1995, p.465 et s. ; J. SCHMEIDLER, *ibid*, n° 212.

⁵³⁷ Devenu international en raison de l'extranéité que constitue la résidence à l'étranger de l'un des cocontractants.

⁵³⁸ Même si est discuté un Avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats, voir su ce point P.-G. POUGOUÉ et *alii* « Actes uniformes » in *Encyclopédie du droit OHADA*, op. cit., p. 148 et s.

situation juridique nouvelle à laquelle il doit adapter sa stratégie contentieuse »⁵³⁹. Car elle peut faire disparaître le chef de compétence initiale du juge étatique, ce qui n'était pas prévu par le créancier se trouvant obligé d'intenter une action en justice à l'étranger.

Ensuite existe le risque lié au fait pour le créancier de devoir recouvrer sa créance à l'étranger sur un patrimoine qui se trouve à l'étranger, lorsque la société transfère aussi tous ses actifs à l'étranger. Les créanciers pourront ainsi être obligés de devoir prendre des mesures conservatoires ou exécutoires à l'étranger avec toutes les difficultés que cela peut engendrer.

250. Face à tous ces risques, le législateur communautaire africain se devait donc de mettre en place un système de protection approprié des créanciers non obligataires. La première question qui mérite d'être posée est celle de savoir s'ils peuvent s'opposer à la mobilité si leurs intérêts sont menacés. La réponse à cette interrogation est semble-t-il affirmative s'agissant des opérations de fusion et scission intracommunautaires. En effet, l'article 679 alinéa 2 de l'AUSCGIE octroie aux créanciers un droit de s'opposer au projet de fusion ou de scission. Cette opposition devant le juge compétent, celui de l'État d'origine de la société absorbée, doit être formée dans un délai de trente jours à compter de la publication du projet⁵⁴⁰. Toutefois l'exercice de ce droit d'opposition est réservé aux créanciers dont la créance est antérieure à la publicité du projet⁵⁴¹. Il est donc logiquement privé aux créanciers dont la créance est postérieure au projet de fusion ou de scission. Pour pouvoir exercer ce droit d'opposition, les créanciers bénéficient donc de la protection complémentaire qu'est la publicité du projet de mobilité intracommunautaire par fusion ou scission. Car le délai d'opposition commence à courir à partir de la date de cette publicité.

251. Ce droit d'opposition est par ailleurs consacré par les lois nationales des États membres de l'espace européen. C'est notamment le cas du droit français qui, comme le droit OHADA, n'a pas prévu de dispositions spécifiques à la protection des créanciers en cas mobilité intracommunautaire, mais lui a seulement étendu le régime des fusions et

⁵³⁹ J. SCHMEIDLER, *La protection des créanciers dans les fusions internationales de sociétés*, op. cit., n° 231, p. 111.

⁵⁴⁰ Art. 682 AUSCGIE.

⁵⁴¹ Art. 679 alinéa 2 de l'AUSCGIE.

scissions nationales⁵⁴². Cependant dans l'espace européen, à la différence de l'espace OHADA, les régimes du droit d'opposition varient d'un État membre à l'autre. C'est ainsi que s'agissant du délai d'opposition son point de départ peut varier d'un État membre à l'autre. Alors qu'en France l'opposition doit être formulée avant l'assemblée générale ratifiant l'opération, en Espagne et en Italie elle doit être exercée après ladite assemblée générale⁵⁴³. Et même le délai durant laquelle les créanciers peuvent s'opposer varie en fonction des États européens⁵⁴⁴. Cette diversité risque d'avoir des conséquences négatives en bloquant ou en rallongeant le temps de la réalisation des opérations en Europe⁵⁴⁵. Or en droit OHADA l'opération peut de ce point de vue se réaliser entre les sociétés concernées en même temps et en parfaite symétrie puisque le régime de l'opposition est le même, par conséquent son délai et ses effets sont les mêmes.

252. Toutefois la limite majeure de ce droit d'opposition des créanciers, en droit OHADA, porte sur le fait qu'il n'est pas censé empêcher la poursuite de l'opération de mobilité par fusion ou scission intracommunautaire, tout comme il ne bloque pas la poursuite de la réalisation des fusions et scissions internes⁵⁴⁶. *In fine* il doit juste conduire la juridiction compétente, en cas d'acceptation de l'opposition formée, à ordonner soit le remboursement des créances soit la constitution de garantie si la société en offre et qu'elles soient jugées suffisantes⁵⁴⁷. Le problème c'est qu'à défaut du remboursement et de la constitution de garantie ordonnés, la mobilité n'est pas non plus annulée ou stoppée. Car la sanction encourue n'est autre que l'inopposabilité de l'opération aux créanciers selon l'article 679

⁵⁴² M. MENJUCQ, « Les opérations transfrontalières de rapprochement et de mobilité à l'épreuve de la diversité des droits nationaux », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, Novembre 2011, dossier 34 ; J. MESTRE, D. VELARDDOCCHIO, et A.-S. MESTRE-CHAMI (sous la direction de), *Le Lamy sociétés commerciales*, Wolters Kluwer, édition 2014, n° 2018, p. 969.

⁵⁴³ C. CATHIARD et A.-S. POIRIER, « Fusion transfrontalière », *D., Répertoire de droit des sociétés*, 2016, n° 102;

⁵⁴⁴ Alors qu'il est de 30 jours en France, il est de 6 mois pour la République Tchèque par exemple. Pour plus de précision sur cette diversité de la durée durant laquelle les créanciers peuvent exercer leur droit, B. LECOURT, « Fusions transfrontalières : rapport sur l'application de la directive », *op. cit.*

⁵⁴⁵ Voir M. LUBY, « Impromptu sur la directive n° 2005/56 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux », *op.cit.* ; B. LECOURT, « Fusions transfrontalières : rapport sur l'application de la directive », *Rev. sociétés* 2014. 135 ; B. LECOURT, « Droit des sociétés de l'Union européenne », *Dalloz, Répertoire de droit européen*, *op. cit.*, n° 203 ; M. LOY « Les fusions transfrontalières : entre présent et avenir », *op.cit.*

⁵⁴⁶ Art. 679 alinéa in fine AUSGIE.

⁵⁴⁷ Art. 679 alinéa 3 AUSCGIE.

alinéa 4 de l'Acte uniforme, d'où le déséquilibre dans la prise en compte des intérêts. Car même si les intérêts des créanciers sont menacés et que la société ne les rassure pas, par l'octroi de garanties de remboursement, elle pourra toujours réaliser sa mobilité à son avantage. En effet, si tout se passe bien et que le créancier parvient à obtenir ou le remboursement ou une garantie suffisante, la protection par l'opposition peut paraître alors refléter un équilibre dans la prise en compte des intérêts. D'un côté l'intérêt des créanciers est de pouvoir un jour recouvrer le montant de leurs créances. Or le remboursement anticipé permet incontestablement d'y répondre, tout comme l'octroi de garanties suffisantes vise à faciliter ce recouvrement dans le futur. D'un autre côté l'intérêt de la société à réaliser la mobilité est aussi pris en compte en lui permettant en toute hypothèse de poursuivre la réalisation de l'opération. Cependant nous ne pouvons que douter du maintien de cet équilibre au regard de la sanction encourue si *in fine* le remboursement ou les garanties suffisantes ne sont pas obtenus. Car les créanciers ne pourront toujours pas empêcher la réalisation de la mobilité alors même que leurs intérêts seraient menacés. L'inopposabilité sera certes encourue cependant ce n'est pas une sanction suffisamment efficace⁵⁴⁸ pour contraindre la société à offrir des garanties de remboursement convenables aux créanciers. Il semble que l'intérêt de la société à réaliser son opération de mobilité ait été nettement privilégié par rapport à ceux des créanciers. En l'état, ce déséquilibre pourra être corrigé par la contractualisation de la protection sur laquelle nous reviendrons⁵⁴⁹.

253. Par ailleurs, si le déséquilibre est un inconvénient du système de protection légale des créanciers dans le droit OHADA, il subsiste malgré tout un avantage. En effet l'unicité de la sanction encourue est cet avantage de la mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA par rapport à celle au sein de l'espace européen. Car s'agissant des conséquences de l'opposition, le même constat peut être fait que celui qui portait sur le délai. Les effets ne sont pas les mêmes dans tous les États européens. Ainsi, en France comme dans l'espace OHADA, l'existence de l'opposition n'empêche pas la réalisation de l'opération et la sanction encourue *in fine* est aussi l'inopposabilité⁵⁵⁰. Tandis que dans d'autres États

⁵⁴⁸ Voir ce sens, R. NJEUFACK TEMGWA, « Assemblées de société et décisions collectives », in *Encyclopédie du droit OHADA*, op. cit., n° 103, p.343 ; M. N. MBAYE « Fusion, scission et apports partiels d'actif », in *Encyclopédie du droit OHADA*, op. cit., n°123, p. 882.

⁵⁴⁹ Cf. infra n° 262 et s.

⁵⁵⁰ Art. L. 216-14 du code de commerce français. C'est système de protection dit « a posteriori ». Voir sur ce système B. LECOURT, « Fusions transfrontalières : rapport sur l'application de la directive », op. cit ; M. LOY « Les fusions transfrontalières : entre présent et avenir », op.cit.

européens comme l'Espagne⁵⁵¹ le paiement ou l'octroi de garanties suffisantes sont des conditions sine qua non de la réalisation de la mobilité par fusion ou scission⁵⁵². Cette diversité peut là aussi être source de complications sur lesquelles il faut être attentif dans la réalisation de la mobilité intracommunautaire dans l'espace européen, lorsque les sociétés participantes sont rattachées à des États membres qui ont des régimes de protection qui diffèrent sur les conséquences de l'opposition.

254. S'agissant du transfert intracommunautaire de siège social, à la différence des fusions et scissions, l'Acte uniforme ne consacre pas de dispositions spéciales de protection des créanciers même lorsqu'il est interne. Il faut alors se référer aux droits des créanciers en cas de modification des statuts pour savoir s'ils peuvent s'y opposer. Il apparaît que les créanciers non obligataires ne peuvent pas s'opposer à la décision ratifiant le transfert intracommunautaire de siège, comme ils ne peuvent pas s'opposer aux modifications statutaires décidés par les associés. Ils ne leur restent qu'à prendre des garanties avant l'effectivité de la nouvelle immatriculation sans pouvoir empêcher la réalisation du transfert. À ce titre, en droit européen le règlement 2157/2001 dispose que le transfert du siège social de la SE ne peut être effectif que dans un délai de deux mois après la publicité du projet⁵⁵³. L'objectif étant de laisser aux tiers créanciers notamment le temps de prendre des dispositions et d'obtenir des garanties avant l'effectivité du transfert⁵⁵⁴. De plus, la délivrance du certificat permettant la nouvelle immatriculation est soumise à la condition que la SE ait établi que les créanciers dont la créance est née antérieurement au projet de transfert bénéficient d'une protection adéquate conformément aux dispositions prévues par l'État membre au sein duquel elle a son siège statutaire. Toutefois, en transposant la directive le législateur français, comme le législateur communautaire africain, n'a pas prévu de droit d'opposition en faveur des créanciers alors qu'il l'avait fait concernant les associés minoritaires. Par conséquent, dans le cadre du transfert intracommunautaire de

⁵⁵¹ Pour voir la liste des 13 États européens appliquant ce système de protection dit « a priori » cf. Study on the application of the cross-border mergers directive, Bech-Bruun/Lexidale, for the directorate general, the internal market and services and the European Union, sept. 2013 ; site Internet de la Commission européenne/Marché intérieur/Droit des sociétés/Modernisation/Fusions transfrontalières, oct. 2013

⁵⁵² Voir à ce propos C. CATHIARD et A.-S. POIRIER, « Fusion transfrontalière », *D., Répertoire de droit des sociétés*, op. cit., n° 103;

⁵⁵³ Art. 8 § 6.

⁵⁵⁴ M. MENJUCQ, « Société européenne », *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, 2013, spéc. N° 75.

siège social nous voyons bien le déséquilibre dans la prise en compte des intérêts est encore plus frappant. En effet, rien n'oblige la société ni à offrir des garanties suffisantes ni à rembourser les créanciers non obligataires avant la réalisation de la mobilité. Ce déséquilibre dans la prise en compte des intérêts va encore se manifester quand nous observerons le régime légal de protection des obligataires.

B- Un déséquilibre dans la protection légale des créanciers obligataires et porteurs de titres

255. Les créanciers obligataires et les porteurs de titres sont menacés par les mêmes risques que ceux qui pèsent sur les autres créanciers. De même, comme eux, ils ne sont pas menacés par le risque majeur que leur régime de protection soit modifié. Car faut-il le rappeler il n'y a pas de conflit mobile en cas de mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA. Cependant la nature de leurs créances leur confère un statut spécial qui justifie l'existence d'un régime de protection spécifique. À ce propos, nous notons que le droit OHADA n'a pas pour eux non plus prévu de régime spécifique applicable seulement en cas de mobilité. Concernant les fusions et scissions notamment, cette protection figure donc dans les dispositions applicables lorsque l'opération est purement interne. Il y a là aussi une extension du régime des fusions et scissions nationales.

256. Cela dit, s'agissant des obligataires, en cas de mobilité par fusion ou scission intracommunautaire la société émigrante, autrement dit celle apporteuse, doit soit les consulter sur le projet soit s'abstenir de le faire, auquel cas elle doit leur proposer le remboursement de leurs obligations sur simple demande leur part⁵⁵⁵. Dans l'hypothèse où la société décide de les consulter l'AGE des obligataires, compétente dans ce domaine⁵⁵⁶,

⁵⁵⁵ Art. 678 alinéa 1 et 686 alinéa 1 de l'AUSCGIE.

⁵⁵⁶ Art. 804 § 2 de L'AUSCGIE qui les intègre dans la liste des propositions tendant à modifier le contrat d'emprunt.

peut approuver l'opération en statuant à la majorité des deux tiers⁵⁵⁷. La mobilité intracommunautaire se réalisera alors avec comme conséquence pour les obligataires un changement de débiteur. Tout comme les associés minoritaires qui ont voté contre, les obligataires minoritaires s'étant opposé à l'opération se la verront aussi imposer par les majoritaires. Le choix de leur remboursement anticipé appartient à la société.

Dans le cas inverse où l'AGE des obligataires ne l'aurait pas approuvée, l'opération de mobilité peut malgré tout être réalisée⁵⁵⁸. La société devra toutefois en informer au représentant de la masse des obligataires par lettre recommandée avec accusé de réception (LRAR)⁵⁵⁹. Alors la masse des obligataires ne disposera que d'un droit d'opposition selon le même système que les créanciers non obligataires. Cette opposition doit être formée dans le délai d'un mois à compter de la date de publicité de l'opération. Elle peut déboucher sur un ordre du président de la juridiction compétente, celle du lieu où se situe le siège de la société émigrante, de procéder au remboursement des obligations ou de constituer des garanties suffisantes si la elle en propose⁵⁶⁰. Toutefois, le remboursement anticipé ne peut être imposé aux obligataires sauf stipulations particulières du contrat d'émission⁵⁶¹. Autrement dit, les obligataires minoritaires, qui ont cette fois approuvé l'opération pendant leur AGE, ne peuvent se voir imposer le remboursement anticipé de leurs obligations s'ils ne la demandent pas. Ils deviendront par conséquent créanciers obligataires de la société bénéficiaire aux conditions fixées par le contrat réalisant l'opération⁵⁶².

Sur ce point aussi le déséquilibre réside sur le fait que si la société n'exécute pas l'ordre de remboursement anticipé ou d'octroi de garanties suffisantes, la sanction encourue sera l'inopposabilité avec l'efficacité qu'on lui connaît. Par conséquent, la société peut passer outre l'opposition des obligataires et réaliser sa mobilité intracommunautaire.

⁵⁵⁷ Art. 804 § 2 de L'AUSCGIE

⁵⁵⁸ Art. 810 alinéa 1 de l'AUSCGIE

⁵⁵⁹ Art. 810 alinéa 2 de l'AUSCGIE

⁵⁶⁰ Art. 810 alinéa 4 de l'AUSCGIE

⁵⁶¹ Art. 814 de l'AUSCGIE.

⁵⁶² Art. 678 alinéa 4 de l'AUSCGIE.

257.Dans l'hypothèse où la société émigrante décide dès le départ de ne pas consulter les obligataires son offre de remboursement sur première demande, qu'elle doit leur formuler, doit être publiée dans un journal habilité dans l'État membre d'origine⁵⁶³. Et c'est la société bénéficiaire qui devient débitrice des obligataires qui le demandent dans la fusion. Dans la scission les sociétés bénéficiaires deviennent débitrices solidaires du remboursement des obligataires. Ceux des obligataires qui ne demandent pas leur remboursement voient leur qualité conservée à l'issue de l'opération dans l'État d'accueil au sein de la société bénéficiaire.

S'agissant des obligataires de la société bénéficiaire de fusion ou de scission intracommunautaire, ils disposent du même système de protection que les créanciers non obligataires⁵⁶⁴. Autrement dit une opposition qui n'empêchera pas la réalisation de l'opération par la société.

258.Nous notons d'ailleurs que le système de protection est le même que celui prévu par le législateur français⁵⁶⁵ qui a lui aussi étendu le régime applicable aux fusions et scissions nationales. En effet alors que la directive européenne donne compétence aux droits des États membres pour régir la protection des obligataires, la France n'a pas adopté de dispositions particulières autre que celles déjà applicables aux fusions et scissions nationales⁵⁶⁶. En revanche, le système français n'est pas commun à tous les États membres de l'espace communautaire européen. Il n'est pas exclu que certains États européens accordent une opposition empêchant la poursuite de la réalisation de la mobilité intracommunautaire. Sur ce point aussi la diversité des régimes ne sera pas sans incidence sur la fluidité de la mobilité intracommunautaire par fusion ou scission dans l'espace européen, contrairement à l'espace africain. En cela le système posé par l'OHADA a un avantage qui découle de l'unicité de son régime juridique. Cependant il n'empêche qu'il manifeste un déséquilibre dans la prise en compte des intérêts en présence. Car il est clair que dans toutes les hypothèses même en cas de délibération de l'AGE des obligataires et peu importe le sens de celle-ci, la société pourra toujours réaliser son opération de mobilité

⁵⁶³ Art. 678 alinéa 3 AUSCGIE.

⁵⁶⁴ Art. 681 alinéa 1 et 687 de l'AUSCGIE.

⁵⁶⁵ Voir les articles L. 236-13 et suivants du Code de commerce français.

⁵⁶⁶ C. CATHIARD et A.-S. POIRIER, « Fusion transfrontalière », *D., Répertoire de droit des sociétés*, op. cit., n° 109.

intracommunautaire. La société a ainsi plus de chance de réaliser mobilité intracommunautaire que les créanciers n'en ont de l'en empêcher afin de préserver leurs intérêts.

259. Pour ce qui est du transfert de siège social, par extension du régime interne, nous notons que l'article 804 de l'AUSCGIE donne aussi compétence à l'AGE des obligataires pour délibérer sur une telle proposition faite par la société. En effet, c'est une opération qui est intégrée dans la liste de celles qui peuvent modifier le contrat d'emprunt. Toutefois, contrairement aux fusions et scissions ainsi que le changement de forme ou d'objet⁵⁶⁷, l'Acte uniforme ne précise pas les conséquences du défaut d'approbation par l'AGE des obligataires. Cependant il peut être logiquement déduit que la société pourra passer outre cette désapprobation puisqu'elle n'est même pas obligée de soumettre la proposition de transfert de siège à l'AGE des obligataires. La conséquence de ce passage en force manifesterait encore là le déséquilibre dans la prise en compte des intérêts.

260. Quant aux porteurs de titres, l'Acte uniforme n'exige pas qu'ils soient consultés en cas de fusion, scission ou transfert de siège social⁵⁶⁸. Il prévoit simplement qu'en cas de fusion ou scission les sociétés bénéficiaires se substituent à la société émettrice permettant ainsi aux titulaires de titres de la société émigrante d'y exercer leurs droits. Au sein de cette société bénéficiaire le nombre de titres auquel ils peuvent prétendre est déterminé en corrigeant le nombre de titres qu'il est prévu d'émettre ou d'attribuer au contrat d'émission en fonction du nombre d'actions à créer. Il appartiendra au commissaire aux apports de se prononcer sur le nombre de titres ainsi déterminé⁵⁶⁹. Pour ce qui est des porteurs de titres des sociétés bénéficiaires, l'Acte uniforme pose que leur approbation du projet de fusion ou de scission emporte renonciation de leur part au droit préférentiel de souscription mentionné au profit des titulaires de valeurs mobilières donnant accès de manière différée au capital⁵⁷⁰.

En cas de transfert de siège l'Acte uniforme n'a pas prévu de protection spécifique. Par conséquent, la société peut se mouvoir sans avoir à consulter les porteurs de titre. Et quant

⁵⁶⁷ Art. 809 de l'AUSCGIE.

⁵⁶⁸ Art. 822-12 de l'AUSCGIE.

⁵⁶⁹ Art. 822-12 alinéa 2 de l'AUSCGIE.

⁵⁷⁰ Voir l'alinéa 3 de l'article précité.

bien même ils auraient pu s'opposer, comme pour les autres créanciers, cela ne saurait empêcher la poursuite de la réalisation de l'opération. Ce n'est encore là que le contrat d'émission qui peut leur accorder le droit d'être consulté ou de s'opposer de manière efficace à la réalisation d'une mobilité intracommunautaire.

261.En définitive, il apparaît que la protection légale des créanciers en cas de mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA présente l'avantage d'être uniforme dans tous les États membres. Ainsi elle se différencie, à cet égard, de celle de l'espace communautaire européen où elle est aussi jugée limitée⁵⁷¹, mais pouvant constituer un obstacle à la réalisation de l'opération⁵⁷². Car sa réglementation est divergente selon les différents droits nationaux des États membres européens. En revanche, l'aspect négatif de cette protection dans l'espace OHADA⁵⁷³ est qu'elle reflète un déséquilibre dans la prise en compte des intérêts. En effet, le point commun entre tous les créanciers est que si leur avis est recueilli pour la réalisation de l'opération de mobilité celui-ci ne sera que consultatif. La société ne sera pas tenue de le suivre. De même, s'ils s'opposent à la réalisation de l'opération en saisissant un juge, ce dernier pourra donner l'ordre à la société d'anticiper le remboursement de leurs créances ou l'octroi de garanties suffisantes. Cependant, sur ce point, si la société n'exécute pas l'ordre donné par le juge, elle pourra malgré tout poursuivre la réalisation de l'opération de mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA. Par conséquent, pour que les créanciers puissent réellement contraindre la société à leur rembourser ou à leur fournir des garanties suffisantes avant de pouvoir réaliser la mobilité, il faudrait qu'ils s'appuient sur les stipulations contractuelles à défaut de pouvoir se fonder sur la loi. La contractualisation peut ainsi être la solution qui permettra de rétablir l'équilibre en permettant aux créanciers d'obtenir une protection plus

⁵⁷¹ Voir en ce sens, J. SCHMEIDLER, *La protection des créanciers dans les fusions internationales de sociétés*, op. cit., n° 1046, p. 444, qui préconise à ce titre d'éliminer ces divergences par une réglementation matérielle qui permettrait d'éviter de recourir au mécanisme conflictualiste.

⁵⁷² En ce sens M. LUBY, « Impromptu sur la directive n° 2005/56 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux », op.cit. ; B. LECOURT, « Fusions transfrontalières : rapport sur l'application de la directive », *Rev. sociétés* 2014. 135 ; B. LECOURT, « Droit des sociétés de l'Union européenne », *Dalloz, Répertoire de droit européen*, op. cit., n° 203 ; M. LOY « Les fusions transfrontalières : entre présent et avenir », op.cit.

⁵⁷³ Comme celle de certains États européens telle la France.

efficace. Car il faut admettre que l'équilibre est bien difficile à trouver par le législateur lui-même⁵⁷⁴.

⁵⁷⁴ Voir en ce sens, B. LECOURT, « Fusions transfrontalières : rapport sur l'application de la directive », op. cit.

Paragraphe 2 : Un possible complètement de la protection légale par une protection contractuelle

262. Comme nous venons de le voir la protection légale peut parfois paraître insuffisante pour les créanciers. En effet dans la plupart des cas nous observons que leur opposition n'empêche pas *in fine* la société de réaliser la mobilité. Ainsi le contrat peut-il être l'outil qui leur permettra de rétablir le déséquilibre qui naît du régime légal trop favorable à la société. En effet, comme nous l'avons déjà écrit, cet équilibre est très difficile à trouver notamment par le législateur lui-même. Car d'une part imposer à la société de devoir anticiper le désintéressement de tous les créanciers avant sa mobilité peut être trop coûteux au point d'en être un obstacle⁵⁷⁵. D'autre part, lui permettre de réaliser son opération même quand elle n'a accordé aucune garantie de remboursement c'est aussi ignorer les droits des créanciers. C'est pourquoi nous pensons que le dispositif actuel de protection légale posé par le législateur communautaire africain ne doit pas être modifié dans le sens d'exiger un remboursement anticipé. Car cela risque de créer un déséquilibre dans l'autre sens, en faveur des créanciers et en défaveur de la fluidité de la mobilité. En revanche, il peut être corrigé dans le sens d'exiger à la société émigrante de fournir au moins des garanties et sûretés aux créanciers. L'octroi de garanties et sûretés suffisantes aux créanciers peut bien être une condition sine qua non de la mobilité sans l'entraver. Un équilibre pourrait ainsi être trouvé. Il appartiendra au juge de décider si l'octroi d'une garantie est nécessaire, ainsi que d'apprécier l'efficacité de celles proposées à chaque créancier en fonction de sa situation personnelle.

En attendant la consécration de cette solution, nous pouvons trouver dans le contrat un instrument de protection complétant l'actuel régime posé par l'Acte uniforme afin de trouver l'équilibre attendu. La contractualisation qui s'installe dans le droit des sociétés peut là aussi jouer sa partition.

⁵⁷⁵ B. LECOURT, « Fusions transfrontalières : rapport sur l'application de la directive », op. cit ; Dans le même sens M. N. MBAYE, thèse précitée, n° 1032.

Toutefois, faut-il bien spécifier que cette contractualisation ne sera pas appelée à remplacer le régime de protection légale⁵⁷⁶. Mais elle viendrait le compléter afin que les deux réunis puissent permettre d'obtenir un équilibre en proposant une protection efficace qui ne deviendrait pas un obstacle à la mobilité. De même, il convient de signaler les limites de ce rééquilibrage par la contractualisation. Car tous les créanciers ne sont pas toujours en situation d'imposer contractuellement à la société leur protection efficace. C'est d'ailleurs ce qui justifie que nous suggérons que l'octroi de garanties ou sûretés suffisantes soit plutôt érigé en condition sine qua non de la mobilité des sociétés de l'espace OHADA.

Cela dit, il faut que les parties s'habituent désormais à prendre des précautions contractuelles puisque la mobilité intracommunautaire semble quelques fois bien réalisable dans l'espace OHADA. Les créanciers doivent alors songer, au moment de la conclusion du contrat ou en en cours d'exécution, que la société débitrice peut se mouvoir afin d'envisager des clauses protectrices⁵⁷⁷. La protection des créanciers en cas de mobilité peut donc être négociée dès la conclusion, ou alors en cours d'exécution du contrat en y insérant des clauses ou en prévoyant des sûretés conventionnelles offertes aux créanciers en cas de réalisation de l'opération⁵⁷⁸.

263. Au regard du coût que cela pourrait représenter, le remboursement automatique de tous les créanciers avant la réalisation de l'opération n'est pas toujours souhaitable. L'obligation de remboursement anticipé doit donc être le dernier recours pour la société. Nous estimons cependant que l'octroi de sûreté et garanties est le moyen qu'il faut privilégier pour rétablir l'équilibre des intérêts. C'est donc des clauses contractuelles qui obligeront la société à fournir aux créanciers une sûreté en cas de mobilité que nous privilégierons. En effet, si la société ne peut pas toujours être obligée ou s'engager à rembourser systématiquement tous ses créanciers avant de poursuivre la réalisation de sa mobilité, elle pourrait accepter d'être contractuellement contrainte de leur fournir des garanties pour le remboursement futur. Puisque ni législateur et ni juge ne contraignent efficacement la société à fournir des sûretés aux créanciers en cas de mobilité le contrat peut l'y obliger.

⁵⁷⁶ En ce sens, J. SCHMEIDLER, *La protection des créanciers dans les fusions internationales de sociétés*, op. cit., n° 1053, p. 446.

⁵⁷⁷ J. SCHMEIDLER, *ibid.*, n° 1227, p. 513.

⁵⁷⁸ J. SCHMEIDLER, *ibid.*, n° 1053, p. 446.

264.D'une part, cette contrainte contractuelle de fournir des garanties peut résulter de l'octroi de sûretés conditionnées par la réalisation d'une opération de mobilité. Le contrat de sûreté lui-même pouvant contenir une condition suspensive, rien n'empêche de prévoir contractuellement des garanties applicables en cas de mobilité. Cette dernière serait la condition suspensive du contrat de sûreté. Nous pensons ainsi à des sûretés conventionnelles sous condition suspensive. Prenons le cas du cautionnement, il est admis qu'il peut être subordonné à des conditions diverses que ne comporte pas l'obligation garantie elle-même⁵⁷⁹. En effet, cela est expliqué par le fait que le cautionnement peut être contracté « *sous des conditions moins onéreuses* »⁵⁸⁰. Par conséquent, même si l'obligation garantie n'est pas soumise à une condition suspensive, le cautionnement lui-même peut l'être. Ainsi le cautionnement d'une dette peut être assorti d'une condition suspensive qui pourra être la réalisation d'une opération de fusion, de scission intracommunautaire ou encore de transfert intracommunautaire de siège social.

265.Cette garantie contractuelle par l'octroi d'une sûreté assortie d'une condition suspensive est d'ailleurs plus intéressante pour les créanciers. En effet, l'ordre émanant du juge⁵⁸¹ de fournir des garanties suffisantes n'est pas suffisamment précise sur le type de garantie à fournir. Ainsi si le créancier se voit proposer une sûreté, même si cette dernière ne répond pas à ses attentes, il sera tenu de l'accepter si le juge l'estime suffisante comme garantie. Or s'agissant d'une sûreté conventionnelle assortie d'une condition suspensive le créancier pourra en choisir la forme lui-même en s'accordant au préalable avec le débiteur et non se la voir imposer par le biais du juge. De plus, au niveau de la sanction, elle est encore là plus intéressante. Rappelons que lorsque le débiteur ne respecte pas l'ordre du juge de fournir une garantie suffisante il n'encourt qu'une inopposabilité, ce qui peut ne pas toujours être dissuasif. Or lorsque le contrat de sûreté est déjà conclu et qu'il est juste soumis à une condition suspensive, la garantie prévue sera automatiquement effective si la mobilité se réalise. Par ailleurs, en cas d'inexécution le garant peut être poursuivi, ce qui est plus efficace. Pour être bien protégé en cas de mobilité les créanciers obligataires ou non peuvent donc avoir recours, par exemple, à un cautionnement conditionnel lorsqu'ils concluent un contrat avec une société de l'espace OHADA.

⁵⁷⁹ P. SIMLER, P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, Précis Dalloz, 6^e éd., 2012, n° 127, p. 117.

⁵⁸⁰ Art. 18 alinéa 3 de l'AUPS. Règle équivalente à celle posée par l'art. 2290 alinéa 2 du Code civil français.

⁵⁸¹ Posée à l'article 679 de l'AUSCGIE.

266. D'autre part l'assurance d'obtenir une sûreté au moment de la réalisation de la mobilité peut résulter d'une promesse de contrat. Il s'agit pour la société de s'engager sous seing privé à fournir une sûreté à ses créanciers à la condition qu'elle s'adonne à une opération de mobilité. En effet, il est classiquement admis qu'une sûreté conventionnelle telle que l'hypothèque⁵⁸² peut faire l'objet d'une promesse sous seing privé. Les créanciers peuvent requérir auprès de leurs cocontractants sociétés commerciales de s'engager à constituer une hypothèque pour le cas où elles décideraient de se mouvoir. Cette promesse obligera la société en cas de transfert intracommunautaire ou de fusions et scissions intracommunautaires à passer devant notaire pour enregistrer la sûreté. Si elle ne s'exécutait pas en se rétractant la sanction l'obligation se résoudrait par une condamnation à des dommages intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle⁵⁸³. Cette sanction moins efficace⁵⁸⁴ était celle notamment posée par la jurisprudence française en cas de rétractation d'une promesse. En effet les juges estimaient qu'elle faisait naître une obligation de faire dont l'exécution forcée ne peut être obtenue que par équivalent⁵⁸⁵. Toutefois, maintenant que législateur français⁵⁸⁶ lui-même pose comme sanction l'exécution forcée en nature⁵⁸⁷ nous pouvons penser que la sanction peut bien être l'inscription forcée de l'hypothèque. Cette sanction plus intéressante peut être prononcée

⁵⁸² Depuis notamment le très ancien arrêt de la Cour de cassation française, Cass. Req., 5 novembre 1860, *Legras, DP*. 1861, 1, 301. S. 1861, 1, 858. La cour y affirmant qu'« un débiteur peut s'engager par acte sous seing privé à conférer une hypothèque ».

⁵⁸³ Pour une étude complète du régime de la promesse d'hypothèque sous seing privé cf. J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de Droit civil : Droit spécial des sûretés réelles*, J. GHESTIN (Sous la direction de), LGDJ, 1996, n° 1258, p. 624 et s.

⁵⁸⁴ Elle amenait ainsi certains auteurs à considérer que la promesse d'hypothèque n'était pas une bonne garantie cf. P. SIMLER, P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, op. cit., n° 395, p. 382.

⁵⁸⁵ Civ. 3^e, 15 décembre 1993, n° 91-10.199, *D.* 1994, Somm., p. 230, obs. O. TOURNAFOND ; *D.* 1994, somm. 87, obs. L. AYNÈS ; *RTD civ.* 1994, p. 588, obs. J. MESTRE ; *Deffrénois* 1994, art. 35845, n° 61, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP* 1995, II, 22366, note D. MAZEAUD. Solution confirmée ensuite par la Cour de cassation Civ. 3^e, 11 mai 2011, n° 10-12.875, *D.* 2011. 1457, note D. MAZEAUD ; *ibid* 1460, obs. D. MAINGUY ; *RTD civ.* 2011. 532, obs. B. FAGES ; *Deffrénois* 2011. 1023, obs. L. AYNÈS.

⁵⁸⁶ Dans la réforme résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du février 2016 portant réforme du Droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁵⁸⁷ Art. 1124 alinéa 2 du Code civil. Cette nouvelle solution a été consacrée par le législateur français malgré les arguments de ses détracteurs qui considèrent que c'est une atteinte disproportionnée au principe de liberté contractuelle cf. M. FABRE-MAGNAN, « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente », *D.* 2015. 826.

dans l'espace OHADA si la *lex contractus* pose comme sanction de la violation d'une promesse l'exécution forcée en nature. Sinon les parties peuvent, en pratique, prévoir une clause pénale prévoyant comme sanction l'exécution forcée en nature. En effet, en droit français, même quand ils refusaient de prononcer comme sanction la formation du contrat, les juges admettaient malgré tout la possibilité qu'une clause de la promesse prévoit que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de contracter puisse se résoudre en nature par la constatation judiciaire du contrat⁵⁸⁸. Cela nous amène à penser que ce type de clause serait aussi accepté dans les législations des États membres de l'OHADA au nom de la liberté contractuelle. Ainsi qu'elle résulte d'une loi ou d'une clause contractuelle cette sanction par la formation du contrat donnera à la promesse d'hypothèque le statut de « *bonne garantie* » qui lui était jusque là nié en raison de sa sanction par l'exécution forcée par équivalent.

Par ailleurs, un avantage subsiste lorsque les créanciers s'assurent contractuellement d'obtenir une sûreté lorsque leur débitrice, société de l'espace OHADA, se meut. En effet, nous rappelons que les sûretés que la société sera contractuellement tenue de fournir seront reconnue sans difficulté dans l'État d'accueil. Car grâce à l'unification du droit des sûretés dans l'espace communautaire africain toutes les formes de sûretés existant dans l'État d'origine sont aussi connues et reconnues dans l'État d'accueil. Les sûretés ont une efficacité communautaire dans l'espace OHADA. Cela prémunit les créanciers contre le risque de non-reconnaissance de leurs sûretés⁵⁸⁹.

267.À coté des sûretés certaines clauses contractuelles⁵⁹⁰ peuvent permettre au créancier d'obtenir la protection adéquate par rapport aux risques qu'ils encourent en cas de mobilité de la société. Dans le contexte OHADA face au risque, que nous avons souligné de changement de compétence du juge étatique en cas de mobilité, les créanciers peuvent convenir avec la société une clause attributive de juridiction. Cela neutraliserait le risque en maintenant la compétence du juge de l'État d'origine par exemple.

⁵⁸⁸ Civ. 3^e, 27 mars 2008, n° 07-11.721, *RDC 2008*, p. 734, obs. D. MAZEAUD.

⁵⁸⁹ Sur ce risque qui est présent dans un contexte international en l'absence d'harmonisation, voir J. SCHMEIDLER, *La protection des créanciers dans les fusions internationales de sociétés*, op. cit., n° 1218, p. 509.

⁵⁹⁰ Pour une typologie plus exhaustive des diverses clauses utiles à la protection des créanciers en cas de fusion internationale notamment cf. J. SCHMEIDLER, *La protection des créanciers dans les fusions internationales de sociétés*, op. cit., n° 1056 et s., 448 et s.

De même, face au risque de changement de la *lex contractus* si la société, qui était débitrice de l'obligation caractéristique, se meut les créanciers peuvent convenir avec elle de maintenir, par exemple, la compétence de la loi de l'État d'origine. Il s'appuierait ainsi sur le principe d'autonomie pour désigner la loi applicable à leur litige qui pourrait devenir international en raison de la mobilité de l'une des parties. Toutes ces clauses si elles ne sont pas prévues dans le contrat au moment de sa conclusion, en tant que clause prévoyant l'internationalisation possible du litige, peuvent y être insérées par un avenant au moment où la société décide de circuler. En effet, il est fort à parier que les parties n'y pensent pas au moment de la conclusion du contrat s'il n'y a à ce moment aucun élément d'extranéité. Elles peuvent donc adopter un avenant qui déterminera la loi applicable au contrat ainsi que le tribunal compétent pour connaître les futurs litiges qui peuvent naître après la mobilité.

268. Si les créanciers obligataires ou non entendent avoir un vrai droit de regard voire un droit de veto sur la possibilité pour la société débitrice de réaliser une opération de mobilité, des clauses contractuelles peuvent le prévoir. Lorsqu'une clause du contrat le prévoit la société peut s'engager à recueillir l'accord préalable de ses créanciers avant de se mouvoir. Il est clair que c'est un engagement à prendre en toute prudence par la société afin d'éviter que sa mobilité ne soit freinée. Car dans cette hypothèse, lorsque les créanciers s'opposent à la réalisation de l'opération, la clause peut prévoir que la société devra alors proposer aux créanciers concernés un remboursement anticipé au risque de ne pas pouvoir réaliser l'opération de mobilité souhaitée. En effet, la société peut bien renoncer dans un contrat d'emprunt à sa possibilité de ne pas voir une opposition des créanciers empêcher la réalisation d'opération telle la fusion intracommunautaire. Toutefois il est fort à parier que la société ne renoncera pas assez souvent ou assez banalement à son droit de passer outre l'opposition. Ainsi tant qu'elle le fera qu'en faveur de quelques créanciers sa mobilité peut ne pas être freinée tout en offrant une protection plus vigoureuse à ces derniers.

269. En définitive, il convient de retenir que le dispositif légal de protection des créanciers en cas de mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA ne reflète pas toujours un équilibre dans la prise en compte des intérêts. En effet, il apparaît que toute opposition des créanciers n'empêche pas la société de réaliser l'opération souhaitée même si leurs droits sont vraiment menacés. La société peut donc se mouvoir sans garantir suffisamment à ses créanciers la possibilité de recouvrer leurs créances. Elle ne risque en réalité qu'une

inopposabilité, ce qui n'est pas vraiment efficace comme sanction. Le législateur communautaire africain n'est pas parvenu à trouver l'équilibre difficile entre le souci de ne pas entraver les opérations de mobilité et celui de préserver efficacement les droits des créanciers. C'est à ce titre que le contrat peut être un complément qui permettra de corriger le déséquilibre. La société peut en effet s'engager contractuellement à fournir des sûretés ou à obtenir l'accord préalable des créanciers avant qu'elle ne circule par fusion, scission ou transfert de siège.

Nous allons maintenant voir que si le législateur n'a pas su trancher ce conflit entre intérêt de la société et celui des créanciers avec un certain équilibre, il y parviendra avec moins de difficulté lorsque c'est l'intérêt du marché de la concurrence qui se dressera en face de celui de la société.

Section 2 : Un équilibre trouvé dans la protection des concurrents de la société

271. En plus d'être un instrument de restructuration, la mobilité peut dans certains cas être en même temps un instrument de concentration d'entreprises. C'est précisément le cas des opérations de fusion et de scission transfrontalières⁵⁹¹. Or nous savons que ces opérations de concentration peuvent porter atteinte au jeu de la concurrence. Face à ce risque il est alors logique que les concurrents de la société puissent bénéficier d'une protection lorsque celle-ci entend se mouvoir par fusion ou scission intracommunautaire. Cette protection des concurrents doit, comme celle des créanciers, refléter une prise en compte des intérêts de ceux-ci sans négliger ceux de la société en ne constituant pas un obstacle infranchissable à la mobilité. Cet équilibre ne sera autre que de n'interdire la réalisation de l'opération de mobilité que si elle porte de manière sensible au jeu de la concurrence. Autrement, le droit de la concurrence reconnaît à la société le droit de se mouvoir pour améliorer sa compétitivité.

Cet équilibre n'a pas été trouvé par le législateur OHADA lui-même. En effet le droit de la concurrence n'est pas régi par l'ordre juridique OHADA, il relève plutôt d'autres règles qui sont d'origine aussi bien communautaire que nationale (**Paragraphe 1**). Il conviendra alors d'examiner leurs contenus pour voir comment ces autres dispositions communautaires ou nationales ont réussi à garder cet équilibre en ligne de mire (**Paragraphe 2**).

⁵⁹¹ Nous aurons d'ailleurs l'occasion de voir que la définition donnée à la concentration des entreprises par les différentes réglementations étudiées renvoie notamment aux opérations de fusion et scission. cf. infra n° 281.

Paragraphe 1 : Une protection non régie par le droit OHADA : à la recherche de l'autorité et de la loi compétentes pour la protection des concurrents

273. Pour les États membres le droit de la concurrence ne ressort pas de la compétence de l'OHADA. Ce domaine n'a en réalité pas encore fait l'objet d'une uniformisation sous l'égide de l'OHADA même si la question interpelle la doctrine⁵⁹². Bien qu'il existe une intégration dans ce domaine, celle-ci émane d'autres systèmes communautaires tel que l'UEMOA⁵⁹³ ou la CEDEAO⁵⁹⁴ pour l'Afrique de l'ouest, et la CEMAC⁵⁹⁵ s'agissant de l'Afrique centrale. Cela ne manquera pas d'être une cause de la pluralité normative liée à la coexistence de normes communautaires dans l'espace OHADA sur lequel nous reviendrons⁵⁹⁶. Par ailleurs, cette intégration s'est faite selon des modèles assez différents dans ces deux sous-régions. En outre, les législations nationales ont, à juste titre, une partition à jouer dans cette réglementation de la concurrence. Car nous sommes conduits à admettre qu'il existe « *des pratiques nuisibles aux entreprises comme aux consommateurs qui doivent être sanctionnées quand bien même elles ne seraient pas susceptibles d'affecter les échanges commerciaux à l'échelle communautaire* »⁵⁹⁷. Il faut donc déjà déterminer le

⁵⁹² J. DREXL « Perspectives européennes sur la politique de la concurrence dans l'espace OHADA » *RIDE*, 2011, p. 281 et s ; M. BAKHOUM, « Perspectives africaines d'une politique de la concurrence dans l'espace OHADA », *RIDE*, 2011, p. 351 et s ; L. BOY, « Quel droit de la concurrence pour l'Afrique francophone subsaharienne ? », *RIDE*, 2011, spéc. p. 268.

⁵⁹³ Union Economique et Monétaire ouest Africain : Organisation sous-régionale qui regroupe huit pays d'Afrique de l'ouest : Benin, Burkina Faso, Cote d'Ivoire, Guinée Bissau, Mali, Niger, Sénégal, Togo. Elle a entre autres objectifs de créer entre Etats membres un marché commun basé sur la libre circulation des personnes, des biens, des services, des capitaux et le droit d'établissement des personnes exerçant une activité indépendante ou salariée, ainsi que sur un tarif extérieur commun et une politique commerciale.

⁵⁹⁴ Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest regroupant parmi les États membres de l'OHADA : le Benin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée, la Guinée-Bissau, le mali, le Niger, le Sénégal et le TOGO. À la différence de la CEMAC elle compte dans ses rangs des États non membres de l'espace OHADA tel le Ghana ou encore le Nigeria.

⁵⁹⁵ Communauté Economique et Monétaire d'Afrique Centrale regroupant 6 États aussi membres de l'OHADA que sont : le Cameroun, le Congo, le Gabon, la Guinée Équatoriale, la République de Centrafrique et le Tchad.

⁵⁹⁶ Cf. infra n° 288 et s.

⁵⁹⁷ L. BOY, « Quel droit de la concurrence pour l'Afrique francophone subsaharienne ? », op. cit.

champ d'application des dispositions nationales et supranationales pour savoir laquelle sera applicable en cas mobilité intracommunautaire.

274. De prime abord, on pourrait penser que puisque la mobilité par concentration intéresse nécessairement plusieurs États, elle risque surtout d'affecter le commerce au sein des États d'origine et d'accueil voire au delà dans l'espace intracommunautaire. Ainsi il conviendrait d'organiser la protection des concurrents au niveau communautaire et par des organes communautaires. Or la logique n'est pas forcément celle-là. D'abord l'opération n'affecte pas nécessairement le commerce de plusieurs États. Nous pouvons bien admettre une concentration intracommunautaire qui serait nuisible à la concurrence qu'au sein de l'État membre de la société bénéficiaire, auquel cas il serait donc justifié d'appliquer ses dispositions nationales de droit de la concurrence. Ensuite une autre complication vient du fait que parfois les dispositions supranationales se donnent compétence même si est affecté seulement le commerce national d'un seul État membre.

275. Dans les États membres de l'OHADA situé dans l'Ouest de l'Afrique le modèle aurait pu être plus simple. Car le système retenu donne, en principe, compétence exclusive aux normes supranationales émanant notamment de l'UEMOA⁵⁹⁸ pour appliquer le droit de la concurrence même lorsque le commerce intracommunautaire n'est pas affecté et que l'est seulement celui national. L'objectif est d'instaurer une centralisation et une unification du droit de la concurrence sous l'égide de la commission UEMOA⁵⁹⁹. Par conséquent lorsque

⁵⁹⁸ Le droit de la concurrence de l'UEMOA résulte de textes que sont :

- Règlement n° 2/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union ;
- Règlement n° 3/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'UEMOA ;
- Règlement n° 4/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux aides d'État à l'intérieur de l'UEMOA et aux modalités d'application de l'article 88 (C) du traité ;
- Directive n° 01/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relative à la transparence des relations financières entre d'une part les États membres et les entreprises publiques, et d'autre part entre les États membres et les organisations internationales étrangères.
- Directive n° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des États membres pour l'application des articles 88, 89 et 90 du traité de l'UEMOA ;

⁵⁹⁹ M. BAKHOUM « cohérence institutionnelle et effectivité d'une politique régionale de la concurrence : le cas de l'UNION Économique et Monétaire Ouest-Africain (UEMOA) », *RIDE*, 2011, p. 305 et s ; L. BOY, « Quel droit de la concurrence pour l'Afrique francophone subsaharienne ? », *op. cit.*, spéc. P. 267.

la mobilité concerne les sociétés rattachées à ces États on peut a priori penser que c'est sous l'autorité de l'UEMOA que l'on procédera à la protection des concurrents. Il a l'avantage en matière de mobilité de dispenser de la recherche de la loi applicable ainsi que celle de l'autorité de contrôle compétente. Cependant il y a deux problèmes qui viennent mettre à mal ce modèle que la doctrine juge « *trop centralisé* »⁶⁰⁰.

D'une part il semblerait que certains États comme le Sénégal⁶⁰¹ rechignent à appliquer aussi systématiquement le droit de la concurrence émanant du législateur communautaire⁶⁰². Il en va de la recherche de la loi applicable en matière de protection des concurrents en cas de mobilité demeure encore problématique dans ces États. Toutefois, cette résistance du droit sénégalais⁶⁰³ ne semble pas toucher le domaine du contrôle des concentrations puisqu'il porte surtout en matière d'industrie de réseaux, et en matière de « *pratiques restrictives* » (refus de vente, pratiques discriminatoires, abus d'un état de dépendance économique...) ⁶⁰⁴. Par ailleurs la forte centralisation mise en place par l'UEMOA fait craindre une effectivité limitée du droit de la concurrence. En effet, comme le souligne un auteur, nous pouvons craindre qu'en plus de provoquer la résistance et l'ineffectivité de la collaboration des structures nationales⁶⁰⁵, la centralisation puisse rendre inefficace l'action du bureau de la concurrence de la Commission de l'UEMOA dont on peut douter des moyens matériels et humains de mise en œuvre du droit communautaire⁶⁰⁶. C'est pourquoi cet auteur « *propose une redéfinition de l'orientation institutionnelle du droit de la concurrence de l'UEMOA dans le sens d'une plus grande implication des*

⁶⁰⁰ L. BOY, « Quel droit de la concurrence pour l'Afrique francophone subsaharienne ? », op. cit., p. 267.

⁶⁰¹ Voir à ce propos L. BOY, « Quel droit de la concurrence pour l'Afrique francophone subsaharienne ? », op. cit., spéc. P. 267. En réalité l'auteur s'appuie ici sur les développements d'A. SAKHO tenus lors du colloque sur « De la concurrence à la cohabitation des droits communautaires », *l'environnement juridique des affaires mis en place par les droits communautaires (OHADA, UEMOA, CEMAC, CEDEAO, OAPI, CIMA, CIPRES)*, CREDERSUMA, 24-26 janvier 2011.

⁶⁰² L. BOY, *ibid.*

⁶⁰³ Loi 1994/63 du 22 Août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique.

⁶⁰⁴ L. BOY, *ibid.*, p. 271 et s.

⁶⁰⁵ Voir M. BAKHOUM, *L'articulation du droit communautaire et des droits nationaux de la concurrence dans l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA)*, Berne, Bruxelles, Stampfli, Bruylant, 2007, p. 229 et s.

⁶⁰⁶ M. BAKHOUM, « cohérence institutionnelle et effectivité d'une politique régionale de la concurrence : le cas de l'UNION Économique et Monétaire Ouest-Africain (UEMOA) », op. cit., spéc. P. 311.

structures nationales de la concurrence dans la prise de décision »⁶⁰⁷. Cette réorientation ne veut pas dire un rejet d'un droit matériel harmonisé. Il s'agit plutôt d'allier l'unification du droit matériel à un partage de la compétence des autorités de contrôle⁶⁰⁸. En d'autres termes le droit peut être unique mais le contrôle sera l'objet d'une répartition des compétences entre les structures nationales et la structure communautaire. Cette décentralisation telle que proposée pourrait permettre de limiter la compétence de contrôle de l'autorité de la concurrence de l'UEMOA aux seules mobilités par concentration affectant le marché communautaire. C'est, comme nous le verrons, l'orientation qui a été adoptée en droit européen en s'appuyant sur la qualification de « *concentration à dimension communautaire* » pour dénier compétence aux autorités nationales.

D'autre part, la recherche du droit applicable dans les États membres de l'UEMOA reste difficile en raison du fait qu'une autre organisation sous-régionale concernant les mêmes États a aussi édicté des règles de droit de la concurrence. Il s'agit de la CEDEAO⁶⁰⁹. Les règles qu'elle édicte ne sont applicables qu'aux pratiques affectant le commerce intracommunautaire, elles n'ont pas vocation à s'appliquer lorsqu'est seulement menacé le commerce national d'un État membre. En cela elles peuvent concurrencer⁶¹⁰ le droit de l'UEMOA qui s'applique dans les deux cas. Ce conflit de normes intracommunautaires n'est pour l'instant tranché par aucune solution satisfaisante proposée par l'une ou l'autre législation. C'est ainsi qu'un auteur en arrive à en proposer l'application de la norme de l'UEMOA « *qui pose le moins de difficulté pour la détermination de son applicabilité* »⁶¹¹ tout en admettant que ce serait une « *solution de paresse* »⁶¹². Par ailleurs, l'Autorité régionale de la concurrence de la CEDEAO est compétente en même temps que la Commission de l'UEMOA pour contrôler les opérations de mobilité pouvant affecter le

⁶⁰⁷ M. BAKHOUM, *ibid.*, spéc. P. 306.

⁶⁰⁸ M. BAKHOUM, *ibid.*, spéc. P. 327 et s.

⁶⁰⁹ Règles que l'on peut retrouver dans l'Acte additionnel A/SA.1/12/08 portant adoption des règles communautaires de la concurrence et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO du 19 décembre 2008 et dans l'Acte additionnel A/SA.2/12/08 portant création, attributions et fonctionnement de l'Autorité régionale de la concurrence de la CEDEAO.

⁶¹⁰ Sur cette concurrence voir M. NGOM, « Intégration régionale et politique de la concurrence dans l'espace CEDEAO », *RIDE*, 2011, spéc. P. 342 et s.

⁶¹¹ M. NGOM, *ibid.*, p. 344.

⁶¹² M. NGOM, *ibid.*

marché communautaire. Ce conflit de compétence doit aussi être tranché. Or aucune solution satisfaisante n'est non plus donnée si ce n'est une coopération entre elles⁶¹³.

276. S'agissant des États membres de l'OHADA situé dans le centre de l'Afrique, le système est bien différent. En effet, il s'agit d'un modèle non centralisé à la différence de celui de l'UEMOA. Là le droit communautaire de la CEMAC⁶¹⁴ n'a vocation à s'appliquer que dans les hypothèses où la concentration, pour ce qui nous concerne, affecte le commerce entre États membres⁶¹⁵. Par conséquent, dans le cas inverse ce sont les dispositions nationales qui ont vocation à s'appliquer⁶¹⁶. Or il apparaît que la plupart des États membres⁶¹⁷ de cette communauté n'ont pas un droit national applicable aux pratiques qui ont un impact sur le seul commerce national. C'est ainsi que le Cameroun⁶¹⁸ qui fait office de « bon élève » dans la zone, car étant l'un des seuls à prévoir des dispositions nationales, devrait voir son modèle se généraliser⁶¹⁹.

277. À la différence du modèle centralisé émanant de l'UEMOA, celui de la CEMAC est assez comparable au modèle européen mis à part le fait que la plupart des États membres n'ont pas adopté de dispositions nationales dans cet espace sous-régional africain. En effet, en Europe la compétence en matière de contrôle de la concentration qui peut résulter d'une mobilité intracommunautaire est accordée soit aux dispositions nationales soit aux dispositions communautaires selon des critères bien définis. Le règlement n° 139/2004⁶²⁰ prévoit un contrôle communautaire de la concentration par la Commission européenne dès

⁶¹³ M. NGOM, *ibid*, spéc. P. 347.

⁶¹⁴ Contenue essentiellement dans deux règlements que sont :

- Le Règlement n° 1/99/UEAC/CM/639 du 25 juin 1999 *portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles* tel que modifié par le règlement n° 12/05-UEAC-639 du 25 juin 2005 ;

- Le Règlement n° 4/99/UEAC/CM/639 du 18 Août 1999 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre États membres.

⁶¹⁵ Voir les Articles 3 et 16 du Règlement n° 1/99/UEAC/CM/639.

⁶¹⁶ L. BOY, *ibid*. p. 269.

⁶¹⁷ À l'exception du Cameroun et dans une moindre mesure du Gabon (Loi n° 14/1998 du juillet 1998 *fixant le régime de la concurrence*) qui ne s'est pas doté d'une véritable instance de régulation nationale.

⁶¹⁸ Loi n° 98/013 du 14 juillet 1998 *relative à la concurrence*.

⁶¹⁹ L. BOY, *ibid*. p. 270.

⁶²⁰ Règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

lors qu'un certain nombre de seuils ont été franchis⁶²¹. La concentration est considérée comme ayant une « *dimension communautaire* » : lorsque le chiffre d'affaires mondial réalisé par toutes les entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros ; ou encore lorsque deux au moins des entreprises concernées réalisent chacune dans la communauté un chiffre d'affaires d'un montant supérieur à 250 millions d'euros. De même, si les deux premiers seuils précités ne sont pas atteints la concentration reste de « *dimension communautaire* » si : le chiffre d'affaires total réalisé au niveau mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros ; dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros ; dans chacun d'au moins trois États membres le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros ; le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la communauté par au moins deux entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros. Dans tous ces cas de figure le contrôle communautaire est écarté lorsque chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre. La qualification de « *concentration à dimension communautaire* » donne exclusivement compétence à la commission européenne. Ce qui écarte donc l'application d'une quelconque législation nationale sur la concurrence sauf cas de renvoi total ou partiel⁶²². Par conséquent, nous observons qu'en Europe le champ d'application du droit communautaire de la concurrence est bien définie en cas concentration résultant d'une opération de mobilité. La commission européenne est donc compétente pour contrôler ces opérations dès lors que les seuils établis par le règlement n° 139/2004 sont atteints. Le contrôle de celles qui n'ont pas la « *dimension communautaire* » appartient donc aux commissions nationales. Dans ce dernier cas de figure l'application des législations nationales se fera d'après la règle du « *chacun chez soi* ». C'est dire que l'opération sera contrôlée par l'autorité nationale de l'État membre de rattachement de chaque société participante.

278. Or dans l'espace OHADA, en attendant de trouver un modèle applicable à tous les États membres, il faudra donc distinguer selon qu'est concerné le marché CEMAC ou le

⁶²¹ Seuils définis à l'article premier du règlement.

⁶²² C. CATHIARD et A.-S. POIRIER, « Fusion transfrontalière », *D., Répertoire de droit des sociétés*, op. cit., n° 52.

marché UEMOA et CEDEAO. Dans les États de l'Afrique centrale il conviendra d'appliquer les règles de la CEMAC ou les dispositions nationales, si elles existent, selon le marché affecté. Dans les États de l'Afrique de l'Ouest, en se basant sur la « *solution de paresse* »⁶²³ sus-évoqué, il faudra faire application des normes supranationales de l'UEMOA. Car elles s'appliquent quelque soit le marché affecté, qu'il soit communautaire ou national. On peut aussi appliquer les règles de la CEDEAO seulement si le marché affecté est celui intracommunautaire, et appliquer les dispositions de l'UEMOA ou celles nationales dans l'hypothèse inverse où la mobilité est nuisible au jeu de la concurrence dans le marché interne d'un État membre et que les autorités de la concurrence nationale résiste face à la compétence de l'autorité communautaire de l'UEMOA.

279. Quant à l'application prochaine d'une norme communautaire émanant de l'OHADA dans ce domaine, cette option est pour le moment rejetée par la doctrine notamment. En effet, une harmonisation par l'OHADA du droit de la concurrence est jugée difficilement réalisable pour le moment. Elle est même jugée inopportune au regard de la concurrence déjà existante d'autres normes supranationales. Ce qui fait dire à un auteur que l'OHADA « *ne devrait s'occuper que de l'harmonisation du droit des affaires et laisser aux autres organisations d'intégration économique le soin de réguler la concurrence* »⁶²⁴. Cela d'autant que si elle envisageait de légiférer dans ce domaine l'OHADA aurait nécessairement besoin de procéder à un ajustement institutionnel⁶²⁵. Elle devrait notamment créer une commission chargée du contrôle de la concurrence. Cependant, au regard de la transformation de l'OHADA par la mise en place d'une intégration économique que nous suggérons, nous estimons que l'uniformisation du droit de la concurrence devrait être envisagée. Elle ne peut plus être rédhibitoire. L'ajustement institutionnel peut être fait. En effet, cette uniformisation devrait surtout permettre de protéger le marché intégré que veut mettre en place l'OHADA. Car on ne peut pas mettre en place un marché sans prévoir des outils pour le protéger. L'uniformisation permettra aussi de faire cesser les différences qui subsistent dans la réglementation du contrôle des concentrations par les organisations sous-régionales. Car en l'état le régime du contrôle

⁶²³ M. NGOM, « Intégration régionale et politique de la concurrence dans l'espace CEDEAO », op. cit., p. 344.

⁶²⁴ M. BAKHOUM, « Perspectives africaines d'une politique de la concurrence dans l'espace OHADA », op. cit., p. 352.

⁶²⁵ M. BAKHOUM, *ibid.*

sera complexe si l'opération menace le marché de la CEMAC ainsi que celui de la CEDEAO et de l'UEMOA. Les seuils sont différents ainsi que la répartition des compétences entre les autorités communautaires et nationales. En outre, l'uniformisation par l'OHADA permettra de résoudre le problème lié au fait que certains États n'ont pas prévu un droit national applicable aux pratiques qui ont un impact sur le seul commerce national⁶²⁶.

Ainsi estimons-nous que l'OHADA doit poser des règles uniformes pour protéger son marché de la concurrence. Cette uniformisation devra toutefois s'accompagner d'une répartition des compétences comme cela a été suggéré par un auteur concernant l'UEMOA⁶²⁷. Il ne s'agira donc pas de donner compétence exclusive à l'autorité communautaire de contrôle de la concurrence que créera l'OHADA. Il s'agira plutôt d'allier l'unification du droit matériel à un partage de la compétence des autorités de contrôle. Autrement dit, le droit sera unique mais le contrôle sera l'objet d'une répartition des compétences entre les structures nationales et la structure communautaire. Ainsi la compétence de contrôle de l'autorité de la concurrence de l'OHADA sera limitée aux seules mobilités par concentration affectant le marché communautaire de l'OHADA. Les autorités nationales, quant à elles, contrôleront les concentrations qui affecteront le marché national d'un seul État membre.

L'adoption de règles uniformes pour protéger le marché de la concurrence ne manquera pas de créer un conflit de normes supranationales entre les règles de l'OHADA et celles de l'UEMOA, de la CEDEAO et de la CEMAC. C'est ce qui a pu justifier les réticences de la doctrine quant à l'intervention de l'OHADA en matière de droit économique. Cependant nous estimons qu'une coopération peut se faire entre les ordres juridiques supranationaux africains. Cette coopération peut suivre l'exemple de ce qui se fait déjà en matière de réglementation de la comptabilité où les règles de l'OHADA côtoient celles de l'UEMOA. Une coopération a pu se faire conduisant l'UEMOA à réviser son Règlement portant le référentiel comptable⁶²⁸ pour la mettre en conformité avec l'Acte uniforme de l'OHADA

⁶²⁶ Cf. supra n° 276.

⁶²⁷ M. BAKHOUM, « cohérence institutionnelle et effectivité d'une politique régionale de la concurrence : le cas de l'UNION Économique et Monétaire Ouest-Africain (UEMOA) », op. cit., spéc. p. 327. Cf. supra n° 275.

⁶²⁸ Règlement n° 04/96/CM/UEMOA du 20 décembre 1996 portant adoption du référentiel comptable commun dénommé Système Comptable Ouest Africain (SYSCOA), modifié pour la mettre en conformité

portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises. Par conséquent, une telle coopération entre ordre juridique communautaire, sur laquelle nous reviendrons⁶²⁹, peut bien se faire en matière de protection du marché de la concurrence.

Après avoir identifié, avec plus mois de difficultés, les lois potentiellement applicables en la matière, il convient désormais d'aborder le contenu de la protection mise en place pour les concurrents afin de déterminer si la recherche de l'équilibre a été son objectif.

avec l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises par le Règlement n° 07/2001/CM/UEMOA du 20 septembre 2001.

⁶²⁹ Cf. infra n° 317 et s.

Paragraphe 2 : Le contenu équilibré de la protection des concurrents

281.La concentration soumise au contrôle exigée par le droit de la concurrence renvoie bien aux opérations de fusion ou de scission. À titre d'exemple nous pouvons citer l'article 5-1) du règlement n° 1/99/UEAC/CM/639 qui définit la concentration comme une opération « *réalisée lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises* ». Cette définition, correspondant à ce que contiennent les législations applicables dans les différents États membres⁶³⁰, nous évoque dans sa seconde partie aussi bien la scission que la fusion absorption. Car ce sont des contrats qui permettent à une société d'acquérir totalement ou partiellement le patrimoine d'une autre entreprise. Quant à la fusion avec création d'une personne morale nouvelle, elle est plus clairement visée par la première partie du texte. Il en ressort que toutes ces opérations lorsqu'elles entraînent une mobilité sont soumises au contrôle des concentrations mis en place par les législations des États membres concernés. En effet les textes ne limitent pas non plus leur application aux fusions et scissions internes. Leur domaine d'application est surtout lié au marché menacé. Ainsi que la fusion soit interne ou intracommunautaire voire extracommunautaire, dès lors qu'elle risque d'impacter le marché de la concurrence d'un État membre ou celui communautaire, elle est soumise au contrôle de ses autorités compétentes.

282.L'objectif de ce contrôle est certes de protéger des concurrents mais il ne vise pas à empêcher ou à prohiber a priori toute opération de concentration d'entreprises. Le but est donc clairement de prendre en compte aussi bien les intérêts de la société que ceux des concurrents, d'où la recherche d'un certain équilibre.

⁶³⁰ Voir par exemple pour les États membres de l'UEMOA l'article 4.3 du Règlement n° 2/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002.

Ainsi le droit de la concurrence n'est pas une barrière infranchissable à toute opération de fusion ou scission qu'elle soit interne ou, pour notre cas, intracommunautaire. D'ailleurs le droit de la concurrence érige en principe la liberté de réaliser les concentrations d'entreprises⁶³¹. Ce qui montre que le législateur prend bien en compte l'intérêt qu'ont les sociétés d'améliorer leur compétitivité en se concentrant par le biais de la réalisation d'une fusion ou d'une scission. Toutefois cet intérêt personnel de la société peut se heurter à l'intérêt général de protection du marché. C'est alors dans cette hypothèse que la mobilité pourra être interdite. En effet, il relève bien d'un équilibre que l'intérêt personnel de la société puisse céder face à l'intérêt général. Par conséquent, nous estimons que prohiber une mobilité intracommunautaire par concentration lorsqu'elle porte sensiblement atteinte au jeu de la concurrence est une solution équilibrée. Car elle accorde plus d'importance à l'intérêt le plus légitime.

283. Ce contrôle, dont le but est de sanctionner seulement les concentrations qui ont pour conséquence « *d'entraver de manière significative une concurrence effective* »⁶³², s'effectue en plusieurs phases qu'il ne conviendra pas d'étudier en détail dans le cadre de cette thèse. Il démarre le plus souvent par une étape de notification qui conduit les sociétés à communiquer leurs projets de fusion ou de scission à l'autorité de contrôle de la concurrence⁶³³. Il est parfois exigé qu'une autorité politique, comme le ministre de l'économie⁶³⁴, reçoive la notification. Comme pour la loi applicable la compétence de ces autorités, faut-il le rappeler, sera déterminée en fonction du marché affecté. Si c'est le marché de l'État d'accueil la notification pourra être reçue et le contrôle pourra être effectué par les autorités nationales ou communautaires compétentes dans ledit État. En revanche, si est aussi affecté le marché de l'État d'origine parce que la société absorbée y maintient une activité économique ses autorités pourront aussi être compétentes pour recevoir la notification afin de contrôler l'opération de mobilité par concentration.

La notification du projet de concentration à cette autorité compétente est dans certaines hypothèses une obligation dès lors que le seuil prévu par la réglementation économique est

⁶³¹ À titre d'exemple voir l'article 14-1) de la loi n° 98/013 du 14 juillet 1998 du Cameroun.

⁶³² Article 4.1 du Règlement n° 2/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002.

⁶³³ Article loi camerounaise du n° 98/013 du 14 juillet 1998 ; article 9 Règlement n° 1/99/UEAC/CM/639 du 25 juin 1999.

⁶³⁴ Par exemple voir Article 39 Loi n° 14/1998 du juillet 1998 du Gabon.

atteint. C'est le cas dans l'espace CEMAC où ce seuil est de 30% du marché commun, ou un chiffre d'affaires d'un montant d'un milliard de francs CFA réalisé par chacune des sociétés participantes⁶³⁵. Toutefois même en l'absence de notification effectuée par les sociétés participantes les tiers ainsi que les États concernés peuvent solliciter le contrôle de la part de l'autorité compétente⁶³⁶.

Le contrôle visera à examiner l'opération pour déterminer sa compatibilité au marché. Ainsi les concentrations qui seront déclarées incompatibles au marché sont seulement celles qui créent ou renforcent une position dominante dans l'espace UEMOA⁶³⁷. Dans l'espace CEMAC l'incompatibilité frappe précisément les concentrations qui ont notamment pour effet de : « *restreindre sensiblement les possibilités de choix des fournisseurs et/ou des utilisateurs ; limiter l'accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés ; créer des barrières à l'entrée en interdisant particulièrement aux distributeurs d'effectuer des importations parallèles* »⁶³⁸. Il en résulte donc que si l'opération n'affecte point ou n'affecte que légèrement le jeu de la concurrence elle sera déclarée compatible. Auquel cas la mobilité pourra alors s'opérer.

Le fait que le contrôle n'ait pour but de sanctionner que les mobilités affectant sensiblement le jeu de la concurrence nous permet ainsi de dire qu'il prend en compte de façon équilibrée les deux intérêts en présence. En effet, il apparaît clairement que l'intérêt des sociétés n'est pas négligé face à celui des concurrents. Car nous venons de noter que les opérations de mobilité pourront être tolérées même si elles menacent légèrement le marché de la concurrence. L'objectif de la protection des concurrents n'est donc pas d'être de tout temps et dans toute situation un obstacle à la réalisation de la mobilité des sociétés.

284. En conclusion de cette section, nous retenons que certaines opérations de mobilité, les fusions et scission notamment, sont des concentrations d'entreprises qui font l'objet d'un contrôle selon la législation économique. En effet, on considère qu'elles peuvent affecter le jeu de la concurrence dans un marché en renforçant, par exemple, une position dominante. Or le droit OHADA ne régit pas lui-même la protection de la concurrence. Cette dernière a

⁶³⁵ Article 9 Règlement n° 1/99/UEAC/CM/639 du 25 juin 1999.

⁶³⁶ Article 13 Règlement n° 1/99/UEAC/CM/639 du 25 juin 1999.

⁶³⁷ Article 4.1 du Règlement n° 2/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002.

⁶³⁸ Article 7.1 Règlement n° 1/99/UEAC/CM/639 du 25 juin 1999.

pour source des dispositions nationales et d'autres dispositions communautaires applicables dans les États membres. Ainsi les États membres d'Afrique de l'ouest donne compétence aux dispositions communautaires de l'UEMOA ou de la CEDEAO, tandis que dans l'Afrique centrale seront applicable celles de la CEMAC en plus de celles nationales de chaque État.

Le point commun entre ces différentes législation c'est leur objectif de protéger la concurrence tout en ne prohibant pas toute concentration. C'est ainsi que ne seront interdites, en raison de leur incompatibilité au marché de la concurrence, que les mobilités qui l'affectent sensiblement. En cela, cette solution nous paraît refléter une prise en compte équilibrée des intérêts de la société ainsi que de ceux des concurrents. Car entre l'intérêt général et l'intérêt particulier elle donne priorité au premier si le second le menace sensiblement.

Conclusion du Chapitre 2 :

286. Face à la mobilité, les parties prenantes externes que sont les créanciers et les concurrents de la société avaient besoin d'une protection. Celle-ci bien que nécessaire et répondant à leurs intérêts ne doit pas ignorer ceux de la société en devenant un obstacle infranchissable à la réalisation toute mobilité. En effet, les premières parties prenantes citées ont besoin d'une garantie de recouvrement en raison des nombreux risques que crée le changement de rattachement de leur débiteur. Or le dispositif légal mis en place par l'Acte uniforme n'est pas bien efficace. Elle semble même donner plus de poids aux intérêts de la société puisqu'il lui est permis de passer outre toute opposition de ces créanciers pour réaliser sa mobilité. C'est ce qui nous a amené à suggérer une protection contractuelle qui viendrait compléter celle légale actuellement défailante, afin de rééquilibrer le rapport de force.

En revanche, s'agissant des concurrents il nous a été amené à constater que leur protection ne s'est pas faite en toute méconnaissance de l'intérêt des sociétés à se concentrer pour améliorer leur compétitivité. En réalité, le régime non ohadien de cette protection ne sera un frein nécessaire qu'aux opérations affectant sensiblement le marché de la concurrence. Les autres mobilités qui n'affectent pas ou qui n'affectent que légèrement le marché de la concurrence restent donc réalisables.

CONCLUSION DU TITRE 1 :

287.La mobilité met aux prises plusieurs intérêts dans et en dehors de la société qui souhaite la réaliser. En effet, au sein même de celle-ci, les intérêts de quelques actionnaires minoritaires peuvent s'opposer à ceux de la majorité qui souhaite la réalisation de l'opération. De plus, la mobilité peut être une menace aux droits des salariés. Par ailleurs, à l'extérieur de la société, les créanciers et les concurrents peuvent aussi voir leurs droits affectés. Or s'il faut prendre en compte tous ces intérêts qui s'opposent à ceux de la société ou à ceux des détenteurs du pouvoir en son sein, il faut aussi veiller à rendre réalisable la mobilité de celle-ci. Face au défi de gérer tous ces intérêts qui sont en conflit, le droit OHADA ou les autres dispositions applicables lorsque l'OHADA n'a pas régi le domaine, ont répondu sans toujours pouvoir trouver l'équilibre souhaité. C'est ainsi que nous avons suggérer d'utiliser par ici les statuts de la société ou par là le contrat comme instrument de protection complétant l'actuel dispositif légal. Nous n'avons toutefois pas manqué de le signaler lorsque le législateur a réussi à obtenir dans ces objectifs cet équilibre. Cela a été notamment le cas en matière de protection des concurrents même si ce ne fut pas du fait du législateur OHADA.

Par ailleurs la gestion par une recherche d'équilibre sera aussi nécessaire lorsque la pluralité normative se dressera sur le chemin de la mobilité des sociétés dans l'espace OHADA.

TITRE 2 : LA QUETE FRUCTUEUSE D'EQUILIBRE DANS LA GESTION DE LA PLURALITE NORMATIVE

288. Dans l'espace OHADA se confrontent des normes émanant d'ordres juridiques divers. Il y a en effet une pluralité normative dans l'espace OHADA. Car d'une part, les Actes uniformes de l'OHADA cohabitent avec les lois nationales des États membres. D'autre part, ils sont aussi et surtout confrontés à la concurrence d'autres normes communautaires émises par des organisations sous-régionales notamment. Le premier conflit cité ne pose pas, en principe, de problème quant à sa résolution. Car grâce au principe de la primauté des traités sur les lois nationales⁶³⁹ les dispositions des actes uniformes de l'OHADA prévalent. C'est pourquoi nous ne nous attarderons pas sur cette concurrence. Cependant, pour régler le second conflit opposant deux normes supranationales, aucun principe de primauté de l'une par rapport à l'autre n'est clairement posé. Or cette coexistence des normes, qui touche plusieurs domaines du droit des affaires⁶⁴⁰, ne restera pas sans impact sur le régime de la mobilité des sociétés. Le régime des fusions, scission et transfert de siège social ne manquera pas d'être également établi, pour le cas de certaines sociétés, par les dispositions supranationales autres que celles de l'AUSCGIE. Il faut donc trouver une solution à ce conflit. Pour cela nous aurons comme objectif la recherche de l'équilibre en prenant en compte l'aptitude des deux normes à régir l'opération. Notre solution ne

⁶³⁹ Solution posée par la jurisprudence française depuis l'arrêt CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*. Solution consacrée par exemple par l'article 10 du traité de l'OHADA qui dispose : « *les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ». Cette volonté législative d'instaurer une primauté de l'ordre juridique OHADA sur les ordres juridiques internes a d'ailleurs été conforté par la CCJA dans son avis n°001/2001/EP du 30 avril 2001, www.ohada.com, ohadata 02-04. Voir aussi article 40 du traité de la CIMA.

⁶⁴⁰ Par exemple pour le droit des entreprises en difficulté voir notamment S. DIENG, *Procédure de sauvetage et coexistence de normes dans l'espace OHADA : le cas des établissements de crédit*, thèse Toulouse 1, 2014 ; A. T. NDIAYE, « conflits de normes en droit communautaire OHADA et UEMOA : Exemple des paiements réalisés dans les systèmes de paiement intégrés en cas de procédure collectives d'apurement du passif », www.ohada.com/doctrine, D-08-06.

consistera pas à donner une primauté à une norme supranationale par rapport à l'autre. Car il est très difficile de trouver un fondement à ce déséquilibre dans la prise en compte de l'aptitude de chacune des organisations à régir la situation si une primauté accordée à l'une d'entre elles. De plus, l'octroi de cette primauté n'est pas vraiment nécessaire en ce qui concerne la réglementation des opérations de mobilité. Car on peut bien cumuler l'application des normes supranationales en concurrence puisqu'elles ne sont souvent pas contradictoires. C'est ainsi que ce cumul de l'application de ces normes sera plutôt la solution que nous privilégierons. Avant d'aborder cette solution proposée pour traiter la confrontation des normes (**chapitre 2**), nous aurons d'abord à démontrer l'existence même du problème qu'est la pluralité normative dans les États membres de l'espace OHADA (**Chapitre 1**).

CHAPITRE 1 : L'EXISTENCE D'AUTRES NORMES COMMUNAUTAIRES COEXISTANT AVEC LE DROIT OHADA

289. Le régime juridique applicable n'émane pas seulement de l'OHADA pour toutes les sociétés ayant établi leurs sièges sociaux dans un États membres. L'Acte uniforme de l'OHADA subit en effet la concurrence d'autres dispositions supranationales régissant la vie des sociétés commerciales dans chaque État membre. Ces autres dispositions portent sur plusieurs aspects du droit des sociétés parmi lesquels les opérations de fusion ou de scission ainsi que le transfert de siège en tant que modification statutaire. C'est ainsi que nous ne pouvons que constater que la mobilité des sociétés, en plus de faire naître un conflit entre la loi de l'État d'accueil et celle de l'État d'origine, va donner naissance dans chacun de ces États (d'accueil ou d'origine) à un conflit entre plusieurs normes qui sont ici toutes supranationales. Autrement dit, nous pouvons noter que la mobilité intracommunautaire des sociétés de l'espace OHADA, en plus de faire naître un conflit international de lois, fait aussi naître un conflit interne de lois.

Le constat de l'existence d'une pluralité normative au sein de chaque État membre et la nécessité de sa gestion dans la réalisation des opérations de mobilité peuvent être faits. C'est ainsi dans un souci de clarté de la démonstration de son existence, il conviendra d'examiner d'abord les sources générales de cette pluralité normative (**Section 1**). Ensuite nous verrons ensuite comment elle se manifeste particulièrement dans le régime juridique de la mobilité des sociétés (**Section 2**).

Section1 : Les sources de la pluralité normative dans l'espace OHADA

290.Le but n'est ici de refaire ni toute la genèse ni une étude exhaustive des conflits de normes au sein des États membres de l'espace OHADA, puisqu'ayant déjà l'objet d'un abondant travail doctrinal⁶⁴¹. Nous n'aurons sur ce point à faire qu'un bref rappel de la

⁶⁴¹ À titre de bibliographie indicative sur la question des conflits de normes dans les États de l'espace OHADA nous vous renvoyons à : E. KAGISYE, *Les conflits de normes dans l'espace OHADA*, Editions Universitaires Européennes (EUE), 2016 ; A. Y. SARR, *L'intégration juridique dans l'Union Économique et Monétaire Ouest Africain (UEMOA) et dans l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)*, PUAM, 2008 ; S. DIENG, *Procédure de sauvetage et coexistence de normes dans l'espace OHADA : le cas des établissements de crédit*, thèse Toulouse 1, 2014 ; M. FAU-NOUGARET (sous la direction de), *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, L'Harmattan, 2012 ; A. CISSÉ, « La pluralité juridique et le droit OHADA », in *Méthodologie du pluralisme juridique*, G. OTIS (Sous la direction de), Éditions Khartala, 2012, p. 188 et s. ; « Production normative et intégration économique en Afrique noire francophone », in *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, L. BOY, J.-B. RACINE, J.-J. SUEUR (Sous la direction de), Larcier, p. 165 et s. ; J. ISSA-SAYEGH, « Conflits entre droit communautaire et droit régional dans l'espace OHADA », www.ohada.com/doctrine, D-06-05 ; « L'ordre juridique de l'UEMOA et l'intégration juridique africaine : essai d'un bilan et de perspectives », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Études en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Pédone 2004, p. 663 et s., www.ohada.com/doctrine, D-03-18 ; P.-G. POUGOUE, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », in *Encyclopédie du droit OHADA*, ouvrage précité, p. 1331, n° 44 et s. ; F. M. SAWADOGO, « Les conflits entre normes communautaires : aspects positifs et prospectifs », in *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, ouvrage précité, p. 283 et s. ; D. C. SOSSA, « Les concurrences de compétence entre les hautes juridictions communautaires de l'Afrique de l'ouest et du centre : réalités et approche de solutions », in *De l'esprit du droit africain, mélanges en l'honneur de Paul GERARD POUGOUE*, Kluwer & CREDIJ, 2014, p. 685 et s. ; M. I. KONATE, « l'OHADA et les autres législations communautaires UEMOA, CEMAC, CIMA, OAPI, CIPRES, etc. », www.ohada.com/doctrine, D-11-90 ; D. B. BA, « Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA », Actes du colloque de Ouagadougou des 16 et 17 décembre 1999 sur le thème « La libéralisation de l'économie dans le cadre de l'intégration régionale : le cas de l'UEMOA », publiés par le CEEI n° 3, 2001, p. 157, www.ohada.com/doctrine, D-11-06 ; L.M. IBRIGA, « Le problème de la compatibilité entre l'U.E.M.O.A. et la C.E.D.E.A.O. », in *La libéralisation de l'économie dans le cadre de l'intégration régionale : le cas de l'U.E.M.O.A.*, Pierre MEYER (sous la direction de), Publication du CEEI N°3, Ouagadougou, Imprimerie Presses Africaines, 2001, pp.198-227 ; K. KOUADIO, « conflits de normes et application du droit communautaire dans l'espace OHADA », www.ohada.com/doctrine, D-13-29 ; D. KOKOROKO, « La coexistence entre organisations sous régionale : limites et perspective », in *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, op. cit., p. 197 et s. ; D. ABARCHI, « Sécurité juridique et enjeux normatifs en Afrique de l'Ouest dans le domaine du droit des affaires », in *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, ibid, p. 315 et s. ; G. NGOUMTSA ANOU, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires : Présentation générale », *Jurisclasser droit international*, fasc. 170, Paris, Lexis Nexis, spéc. N° 106 ; A. T. NDIAYE, « conflits de normes en droit communautaire OHADA et UEMOA : Exemple des paiements réalisés dans les systèmes de paiement intégrés en cas de procédure collectives d'apurement du passif », www.ohada.com/doctrine, D-08-06 ; S. N.

coexistence de l'OHADA avec d'autres organisations sous-régionales, ce qui va donner naissance à cette pluralité normative. Cette dernière est différente du pluralisme juridique qui découle de la vocation de l'ordre juridique de l'État d'accueil et celui de l'État d'origine à s'appliquer à une opération de mobilité. Celui-ci a déjà fait l'objet de nos développements liés au conflit mobile réglé par les règles de droit international privé⁶⁴². En effet, la pluralité normative dont-il s'agit ici renvoie à l'application de règles provenant de plusieurs ordres juridiques au sein du même État qu'il soit d'origine ou d'accueil. C'est quand une même *lex societatis* découlent de plusieurs ordres juridiques. La pluralité normative concerne alors dans cette hypothèse le conflit interne de lois. C'est précisément lorsque, par exemple, dans l'État d'origine l'opération de mobilité est régie par non seulement des normes de l'ordre juridique OHADA mais aussi par des normes des ordres juridiques régionaux de l'UEMOA ou de la CEMAC.

291. La naissance de cette pluralité normative dans l'espace OHADA est liée au fait que les États membres ont manifesté leur volonté de réaliser une intégration économique et juridique par le biais de l'adhésion à plusieurs Traités. En effet comme le souligne bien un auteur, après leur accession à la souveraineté beaucoup d'États africains ont été « *attirés dans de nombreux cercles concentriques d'intégration et d'unification* »⁶⁴³. Autrement dit, nous avons été amenés à constater qu'ils se sont pris d'engouement pour le phénomène d'adhésion à une communauté économique ou juridique. Celui-ci s'est traduit par l'éclosion de plusieurs ordres juridiques communautaires en Afrique plus particulièrement dans les années 1990⁶⁴⁴. On a ainsi assisté en Afrique à ce qu'un auteur a désigné sous le nom d' « *inflation conventionnelle* »⁶⁴⁵. Or les organisations créées ont souvent des objectifs qui se recoupent. C'est-à-dire harmoniser ou unifier les règles de droit des affaires ou bien des règles d'un droit qui a un lien avec lui. C'est ce qui va alors favoriser la concurrence des normes qu'elles vont émettre.

TALL « La CEDEAO et l'UEMOA : concurrence ou complémentarité? », *Nouvelles annales africaines*, n° 1, 2007, p. 41 et s.

⁶⁴² Cf. supra n° 15 et s.

⁶⁴³ D. B. BA, « Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA », article précité.

⁶⁴⁴ Voir dans ce sens M. I. KONATE, « l'OHADA et les autres législations communautaires UEMOA, CEMAC, CIMA, OAPI, CIPRES, etc. », article précité.

⁶⁴⁵ P. COURBE, préface de la thèse de C. BRIÈRE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001, p. VII.

292. Parmi cette multitude d'ordre juridique communautaire créé nous allons commencer par citer celui de l'UEMOA⁶⁴⁶. Il s'agit d'une organisation née du Traité de Dakar (Sénégal) signé le 10 janvier 1994 et regroupant huit États de l'Afrique de l'ouest tous membres de l'OHADA⁶⁴⁷. Elle se fixe entre autres objectifs d'harmoniser des législations des États membres sur tous les aspects autant qu'elle est nécessaire à la réalisation de l'union économique et monétaire. Ce large domaine, déjà harmonisé ou pouvant l'être potentiellement, provoquera la concurrence entre les normes de l'UEMOA et celles de l'OHADA qui a elle aussi un domaine d'intervention très vaste touchant plusieurs domaines du droit des affaires. La concurrence sera a priori rude puisque le modèle d'intégration adopté par l'UEMOA est aussi très semblable à celui de l'OHADA. Car il est fondé également sur la supranationalité de l'organisation⁶⁴⁸ affirmée par l'article 6 du Traité. À l'instar de l'OHADA⁶⁴⁹ l'UEMOA peut donc adopter des actes, créer un droit communautaire directement applicable dans les États membres. L'UEMOA met alors en place un modèle d'ordre juridique supranational assez comparable à celui de l'OHADA. C'est ainsi que la concurrence entre les normes de l'UEMOA et de l'OHADA portera sur le droit des sociétés puisque, comme nous le verrons⁶⁵⁰, l'UEMOA a adopté des textes régissant le régime juridique des sociétés exerçant une activité bancaire. Or celles-ci sont aussi régies par l'OHADA au regard de leurs statuts de sociétés commerciales.

Par ailleurs, toujours en Afrique de l'ouest, la CEDEAO⁶⁵¹, autre organisation sous régionale, peut concurrencer l'OHADA dans sa volonté d'harmoniser les règles de droit en mettant en place aussi un ordre juridique supranational. Elle a été instituée par le Traité de Cotonou (Bénin) signé le 24 juillet 1993 et a aussi pour objectif de promouvoir la coopération et l'intégration. Pour atteindre cet objectif l'article 3.1 (j) de son Traité pose

⁶⁴⁶ Union Economique et monétaire Ouest Africain.

⁶⁴⁷ Il s'agit du Benin, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, de la Guinée-Bissau, du Mali, du Niger, du Sénégal et du Togo.

⁶⁴⁸ D. B. BA, « Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA », *ibid.*

⁶⁴⁹ En vertu de l'article 10 du Traité de l'OHADA.

⁶⁵⁰ Cf. *infra* n° 298 et s.

⁶⁵¹ Communauté Economique Des États de l'Afrique de l'Ouest, Regroupant donc tous les huit pays déjà membre de l'UEMOA et de l'OHADA, auquel il faut ajouter un seul autre État membre de l'OHADA et non membre de l'UEMOA : la Guinée ; et six pays non membres d'aucune des deux organisations : le Cap Vert, la Gambie, le Ghana, le Liberia, le Nigeria et la Sierra Leone.

comme outil de façon générale l' « *harmonisation des normes et mesures* ». C'est à ce titre que l'organisation peut adopter des directives et règlement dans de nombreux domaines notamment celui du droit des affaires. Toutefois, il faut d'ores et déjà souligner que la concurrence avec l'OHADA est quasi inexistante concernant le régime juridique des opérations de mobilité. Car les règles de la CEDEAO s'appliqueront surtout en matière de droit de la concurrence qui lui n'est pas actuellement régi par l'OHADA. La CEDEAO ne pose pas, pour le moment, un régime juridique complet applicable à toutes les sociétés commerciales ou à celles qui exercent une activité particulière.

Le pendant de l'UEMOA en Afrique centrale est la CEMAC⁶⁵², qui a été instituée par le Traité de Ndjamena (Tchad) le 16 mars 1994. Tout comme les organisations précitées, parmi ses nombreux objectifs figurent en bonne place l'instauration d'un marché commun ainsi que l'harmonisation des réglementations. En effet, cette organisation a pour but d'harmoniser les règles qui régissent les activités économiques et financières en élaborant une réglementation commune. À ce titre, l'ordre juridique communautaire qu'il a mis en place va émettre des dispositions portant sur le droit des sociétés qui pourraient venir concurrencer celles de l'OHADA en s'appliquant aux opérations de mobilité. C'est ainsi que précisément dans ce domaine du droit des sociétés elle a posé le régime applicable aux établissements de crédit concurrençant ainsi l'AUSC.

La dernière organisation que nous pouvons citer comme ayant aussi eu une vocation à harmoniser un domaine qui a trait au droit des sociétés est la CIMA⁶⁵³. Instituée par le Traité de Yaoundé (Cameroun) en date du 10 juillet 1992, cette organisation va créer un droit communautaire applicable aux sociétés d'assurance. Elle répond ainsi à son objectif d'harmoniser et d'unifier les législations des États membres en instaurant un Code unique d'assurance. Les dispositions supranationales de ce Code unique qui concurrencent celles de l'Acte uniforme en régissant les sociétés commerciales d'assurance provoqueront là aussi une pluralité normative.

⁶⁵² Communauté Economique et Monétaire d'Afrique Centrale. Elle regroupe 6 pays tous membres également de l'OHADA : Cameroun, Congo, Gabon, Guinée équatoriale, République centrafricaine et Tchad.

⁶⁵³ La Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance qui regroupe quatorze États africains aussi membres de l'OHADA : Bénin, Burkina, Cameroun, Centrafrique, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et Togo.

293. Cette pluralité normative tient surtout au fait que toutes ces organisations présentent la même caractéristique que l'OHADA en ce sens qu'elles constituent des ordres juridiques supranationaux⁶⁵⁴. C'est ainsi qu'un auteur a pu dire, dans un raisonnement appliqué à l'UEMOA mais qui reste valable aussi bien pour la CEMAC que pour la CIMA, qu'en raison de leur triple identité de caractère (applicabilité directe, effet direct et primauté) les règles communautaires édictées par ces organisations « *se présentent dans les ordres juridiques des États membres avec un titre identique ou avec une égale vocation à régir les situations qui entrent dans leur champ d'application respectif* »⁶⁵⁵. Cette supranationalité étant valable pour l'OHADA un conflit de normes supranationales ne peut qu'en découler.

294. Une des explications fournies à l'adhésion des États membres de l'OHADA à de multiples communautés seraient leur volonté de « *maximiser les avantages de l'intégration et de limiter les pertes par la répartition des risques* »⁶⁵⁶. Car pour « *les pays économiquement faibles, en particulier, l'arrimage à plusieurs bloc peut s'avérer très incitatif* »⁶⁵⁷. Il est vrai qu'au plan économique le fait d'avoir accès à plusieurs marchés peut être très bénéfique. Or le but de ces différentes intégrations vise à faciliter l'implantation et la circulation des acteurs économiques.

Toutefois cette « *intégration sur plusieurs fronts* »⁶⁵⁸ ne manque pas de faire l'objet de critiques par ailleurs. En effet nous ne pouvons que douter de l'efficacité de la multiplicité des intégrations juridiques et économiques. L'absence de coordination des normes concurrentes émises par chaque ordre juridique communautaire remet en cause l'application efficace de chacune d'entre elles. Ainsi la sécurité juridique qui est un objectif qu'entend assurer l'OHADA ne peut que très difficilement résulter de ce pluralisme. Car la simplicité du droit auquel elle renvoie fait défaut en raison de l'absence de coordination des normes émises par des ordres juridiques supranationaux concurrents. De même sera-t-il difficile d'aboutir à une prévisibilité du droit des affaires ou plus

⁶⁵⁴ En ce sens P.-G. POUGOUE, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », in *Encyclopédie du droit OHADA*, ouvrage précitée, p. 1331, spéc. n° 44.

⁶⁵⁵ D. B. BA, « Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA », *ibid.*

⁶⁵⁶ Cf. N. M. NCHANKOU MOUANSIE, *La liberté d'établissement des sociétés en Europe et en Afrique*, thèse Cergy-Pontoise, 2010, p. 86

⁶⁵⁷ Cf. N. M. NCHANKOU MOUANSIE, *ibid.*

⁶⁵⁸ Expression empruntée à N. M. NCHANKOU MOUANSIE, *La liberté d'établissement des sociétés en Europe et en Afrique*, thèse précitée, p. 86.

précisément du droit des sociétés dans ce contexte concurrentiel de normes qui peuvent parfois être contradictoires. Or seules des règles prévisibles « *sont susceptibles d'instaurer un climat de confiance propice aux investisseurs* »⁶⁵⁹. L'OHADA ainsi que les autres communautés africaines ne peuvent donc atteindre cet objectif d'instaurer un climat juridique de confiance des investisseurs en l'absence d'une bonne gestion de la pluralité normative.

295. Dans ce contexte, les critiques ont conduit à envisager des rapprochements et une coopération entre des communautés différentes. C'est le cas, par exemple, de l'UEMOA et de la CEDEAO qui essaient de mettre en place un programme d'action commun sur la libéralisation du commerce et la convergence des politiques macroéconomiques. Ainsi est-il fait suggestion d'aller plus loin que ces initiatives régionales résiduelles en instaurant un mécanisme continental de coopération des différentes communautés⁶⁶⁰. Avant que cette coordination ne puisse se faire sous l'égide de l'Union Africaine il devrait déjà se faire sous l'égide de l'OHADA qui sert de lien entre les deux Communautés économiques régionales que sont l'UEMOA et la CEMAC.

Cela dit, en matière de mobilité des sociétés nous verrons comment peut se faire cette coopération des communautés et de leur ordre juridique après avoir abordé les répercussions de la pluralité normative sur le régime des opérations concernées.

⁶⁵⁹ P.-G. POUGOUE, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », in *Encyclopédie du droit OHADA*, ouvrage précitée, p. 1321, spéc. n° 15.

⁶⁶⁰ En ce sens NCHANKOU MOUANSIE, *La liberté d'établissement des sociétés en Europe et en Afrique*, thèse précitée, p. 87.

Section 2 : Les manifestations de la pluralité normatives dans le régime de la mobilité des sociétés de l'espace OHADA

296.L'Acte uniforme adopté par l'OHADA a vocation à s'appliquer à toutes les sociétés commerciales pourvu qu'elles aient leur siège sur le territoire d'un État membre. Il a une portée très générale en s'appliquant quelle que soit l'activité exercée par la société commerciale. Par ailleurs les autres ordres juridiques communautaires que nous venons de voir ont aussi édicté des règles applicables aux sociétés. Leurs dispositions ne s'appliquent pas toujours à toutes les sociétés puisque seulement certaines sont visées par ces régimes particuliers. Cependant la soumission aux régimes particuliers n'a pas eu pour effet de dispenser lesdites sociétés d'appliquer le droit OHADA qui ne les a pas exclues de son champ d'application⁶⁶¹. Ainsi les normes de l'OHADA sont-elles en concurrence avec les normes applicables à ces sociétés commerciales soumises à un régime particulier. Ce conflit porte sur plusieurs aspects du droit des sociétés et notamment sur le régime des opérations de mobilité. Il en résulte que dès lors que ces sociétés soumises à un régime particulier édicté par un autre ordre juridique communautaire s'adonnent à une opération de mobilité un conflit de normes se présente. Nous pourrions observer l'existence de ce conflit à travers, d'une part, la mobilité des établissements de crédit (**Paragraphe 1**), et d'autre part, celle des compagnies d'assurance (**Paragraphe 2**).

⁶⁶¹ Voir les dispositions de l'article 916 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE.

Paragraphe 1 : Une concurrence normative résiduelle dans la mobilité des établissements de crédit

298.Le droit OHADA subit la concurrence de la réglementation communautaire applicable aux établissements de crédit au sein des différents États membres. En effet, le secteur bancaire a fait l'objet d'une harmonisation des législations, mais cette dernière ne s'est pas faite sous l'égide de l'OHADA. Les normes régissant l'activité bancaire trouvent leurs sources auprès d'une législation communautaire édictée par les organisations sous-régionales que sont l'UEMOA et la CEMAC dont les États membres sont pourtant tous membres de l'OHADA. Or, comme le souligne à juste titre un auteur, « *en dépit de l'absence d'Acte uniforme portant sur l'activité bancaire, il faut remarquer que tout un pan de la réglementation bancaire reste appréhendée par certaines normes uniformes ohadiennes* »⁶⁶². Parmi les Actes uniformes qui ont vocation à s'appliquer à l'activité bancaire, nous pouvons d'abord citer l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution⁶⁶³ puisqu'il s'applique notamment à la saisie des comptes bancaires. Nous citerons ensuite l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif⁶⁶⁴ qui peut régir le traitement des établissements de crédit en difficulté⁶⁶⁵. Enfin il y a, celui qui nous intéresse particulièrement, l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Ce dernier peut s'appliquer aux établissements bancaires car elles sont obligées d'avoir la forme d'une société anonyme à capital fixe, ou d'une société à responsabilité limitée si elles n'ont pas l'autorisation spéciale de prendre la

⁶⁶² M. R. TCHEUMALIEU FANSI, *Droit et pratique bancaire dans l'espace OHADA*, L'Harmattan, 2013, p. 19.

⁶⁶³ Adopté le 10/04/1998 à Libreville (Gabon) et entré en vigueur le 10/07/1998.

⁶⁶⁴ Il fut adopté le 10/04/1998 à Libreville (Gabon) et entra en vigueur le 01/01/1999. Il a cependant fait l'objet d'une révision le 10/09/2015 à Grand-Bassam (Côte d'Ivoire) afin d'entrer en vigueur le 24/12/2015.

⁶⁶⁵ Pour une analyse plus exhaustive de cette coexistence des normes v. S. DIENG, *Procédure de sauvetage et coexistence de normes dans l'espace OHADA : le cas des établissements de crédit*, thèse Toulouse 1, 2014.

forme d'une société coopérative ou mutualiste à capital variable⁶⁶⁶. À titre de société anonyme ou de société à responsabilité limitée leur constitution et leur fonctionnement sont aussi appréhendés par le droit des sociétés de l'OHADA.

299.La concurrence est toutefois légère entre l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et les réglementations communautaires du secteur bancaire édictée par la CEMAC et l'UEMOA. En effet ces organisations n'ont pas entendu adopter des dispositions régissant toute la constitution ou tout le fonctionnement des sociétés anonymes de crédit. Elles laissent une place importante au droit des sociétés applicable dans les États membres en n'adoptant que quelques dispositions particulières. Or le droit des sociétés applicables dans les États membres est le droit OHADA. Par conséquent, la majorité des dispositions régissant la constitution et le fonctionnement de ces sociétés anonymes ou à responsabilité limitée qui s'adonnent à l'activité bancaire se trouvent dans l'Acte uniforme de l'OHADA.

300.Parmi les quelques dispositions particulières contenues dans le droit communautaire édicté par les organisations sous-régionales concurrençant l'OHADA sur la constitution des sociétés anonymes de crédit nous pouvons citer, à titre d'illustration, celles relatives au montant minimum du capital social. L'Acte uniforme le fixe à dix millions de francs CFA (soit un peu plus de 15000 euros) alors que dans les autres dispositions communautaires émanant de la CEMAC et de l'UEMOA il est fixé à cinq milliards de francs CFA (soit un peu moins de 8 millions d'euros). Toutefois, nous n'allons pas nous attarder sur ce conflit lié à la différence du montant du capital minimum, ni sur la légère différence ayant trait aux organes sociaux et à leurs prérogatives et obligations, ni même sur celles qui portent sur les dirigeants sociaux⁶⁶⁷, sans parler de l'exigence d'un agrément pour l'exercice de cette activité bancaire⁶⁶⁸ posée par ces organisations et non par l'OHADA. Nous nous intéresserons surtout à celui relatif au régime des opérations de mobilité.

⁶⁶⁶ Voir par exemple l'article 31 de la loi cadre portant réglementation bancaire de l'UEMOA.

⁶⁶⁷ En effet, les conditions d'exercice des fonctions de dirigeant social sont fixées de manière plus contraignante par les lois bancaires de l'UEMOA (article 25 et suivant) et de la CEMAC (article 27 et suivant). Ces dispositions peuvent donc concurrencer les dispositions de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales notamment les articles 323 pour les gérants de SARL et 462 et suivant pour les fonctions de directeur général d'une SA.

⁶⁶⁸ Voir l'article 13 de loi bancaire de l'UEMOA et l'article 12 de la loi bancaire de la CEMAC.

S'agissant des dispositions dans le fonctionnement de ces sociétés qui peuvent intéresser les opérations de mobilité, un point peut être vu comme une légère source de conflit de normes supranationales. Il s'agit surtout d'une concurrence entre les normes supranationales sur la question des autorisations requises avant que la société ne puisse s'adonner à certaines opérations. En effet, la réglementation communautaire de l'activité bancaire subordonne certaines opérations que peuvent faire les sociétés anonymes ou à responsabilité limitée à l'autorisation préalable du ministre chargé des finances⁶⁶⁹, alors que ce n'est point une exigence posée par l'OHADA. Parmi ces opérations figurent en bonne place le transfert de siège social, la fusion absorption ou création d'une société nouvelle ainsi que la scission. Cette autorisation préalable du ministre des finances, qui n'est pas une exigence posée par le droit OHADA, intervient après l'avis conforme de la Commission bancaire⁶⁷⁰ ou de la COBAC⁶⁷¹. Les différences dans le régime juridique des opérations de mobilité ne sont donc pas multiples. Elles ne portent principalement que sur la nécessité ou pas d'obtenir un accord préalable du Ministre chargé des finances avant de réaliser une opération de mobilité. C'est peut être cela qui justifiera la résolution du conflit de normes supranationales par une coopération bien possible dans cette hypothèse entre les deux ordres juridiques.

En réalité, l'opposition n'a vraiment été tenace entre l'Acte uniforme et les lois bancaires uniformes que dans un cas précis. Il s'agit des dispositions de l'article 449 de l'AUSCGIE avant sa révision et celles de l'article 6 de la loi bancaire de l'UEMOA. Il était là aussi question d'une autorisation préalable à obtenir pour effectuer certaines opérations. Le texte posé par l'OHADA exigeait l'autorisation préalable du conseil d'administration pour le cautionnement de la dette d'un tiers par la société quelle que soit son activité. Or le texte de l'UEMOA classe cette garantie de la dette d'autrui dans la liste des opérations de crédit que pouvaient effectuer les sociétés exerçant l'activité bancaire sans accord préalable. Après avoir nourri un débat doctrinal, sur lequel nous reviendrons⁶⁷², pendant un bon moment, le conflit sera clairement résolu lors de la révision de l'Acte uniforme par la

⁶⁶⁹ Cf. article 39 de loi bancaire de l'UEMOA ;

⁶⁷⁰ Organe chargé de contrôler l'activité bancaire au sein de l'UEMOA.

⁶⁷¹ Commission Bancaire de l'Afrique Centrale. C'est l'organe chargé de contrôler l'activité bancaire au sein de la CEMAC.

⁶⁷² Cf. infra n° 320.

réécriture de son article 449 excluant désormais de son application les établissements de crédit. Ce sera un exemple de coopération entre les deux ordres juridiques concurrents sur lequel nous nous appuierons pour fonder notre solution, afin de régler le léger conflit portant sur l'exigence d'un accord préalable pour effectuer une opération de mobilité.

En définitive, les zones de conflit entre l'OHADA et l'UEMOA ou la CEMAC sont assez peu nombreuses concernant spécialement le régime juridique des opérations de mobilité des établissements de crédit. Le conflit se focalise surtout sur cette exigence d'autorisation administrative préalable que requiert la réalisation d'une opération de mobilité comme l'exige les normes supranationales autres que l'OHADA. Le même constat sera d'ailleurs fait au sujet de la mobilité des entreprises d'assurance.

Paragraphe 2 : Une concurrence normative résiduelle dans la mobilité des entreprises d'assurance

301. Les entreprises d'assurance ont, selon les dispositions de l'article 301 du Code CIMA, l'obligation d'exercer leur activité sous la forme d'une société anonyme ou d'une société d'assurance mutuelle⁶⁷³. Or s'agissant des sociétés anonymes, nous savons qu'elles sont aussi soumises aux dispositions de l'Acte uniforme qui est censée régir dans les États membres la constitution et le fonctionnement de toute société de cette forme. Il apparaît alors une concurrence entre les dispositions de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et les dispositions de du livre 3 du Code CIMA. Ce conflit de normes supranationales n'existe cependant réellement que sur quelques aspects du régime juridique des sociétés. D'où une concurrence au final très limitée entre le droit OHADA et le Code CIMA sur les opérations de mobilité des sociétés.

En effet le Code CIMA s'appuie très largement sur les dispositions applicables aux sociétés anonymes dans les États membres, autrement dit, sur l'Acte uniforme de l'OHADA. Le Code unique des assurances n'a pas entendu poser toutes les règles applicables à la constitution et au fonctionnement des sociétés anonymes d'assurance. Il en résulte que ce sont les règles de l'OHADA qui s'appliqueront dans la majorité des cas. Toutefois, quelques différences subsistent entre le peu de dispositions posées par la CIMA et celles de l'OHADA, ce qui manifeste l'existence de quelques zones de conflits de normes supranationales. La différence la plus marquante lorsqu'il s'agit de constituer la société, hormis l'agrément⁶⁷⁴ exigée pour les entreprises d'assurance tient au capital social. Alors qu'en droit OHADA son montant minimal est fixé à dix millions de francs CFA (soit un peu plus de 15000 euros), dans le droit CIMA il est passé d'un milliard de francs CFA à cinq milliards de francs CFA⁶⁷⁵ (soit un peu moins de 8 millions d'euros). D'ailleurs,

⁶⁷³ Cette dernière n'a pas un objet commercial en vertu de l'article 330 du code CIMA, par conséquent elle ne nous intéresse pas puisque notre sujet porte sur la mobilité des sociétés commerciales.

⁶⁷⁴ Cf. article 326 du code unique des Assurances.

⁶⁷⁵ Modification intervenue à la suite du Règlement n° 007/CIMA/PCMA/CE/2016 du 8 avril 2016 modifiant et complétant les articles 329-3 et 330-2 du code des assurances relatifs au capital social minimum des sociétés anonymes d'assurances et du fond d'établissement des sociétés d'assurances mutuelles.

l'objectif de l'augmentation du montant du capital minimum décidée par le conseil des ministres des assurances est d'avoir des sociétés de grande taille. Pour cela il a été décidé de promouvoir les concentrations d'entreprises pour procéder à l'augmentation du capital des sociétés anonymes d'assurance. Cette concentration peut se faire de manière purement interne tout comme elle peut l'être à l'échelle intracommunautaire. C'est dire que les opérations de fusions ou scissions qu'elles soient internes ou intracommunautaires seront encouragées par la CIMA.

Or précisément sur ces opérations, le droit de la CIMA s'appuie aussi largement sur les dispositions de l'Acte uniforme. Les entreprises d'assurance doivent donc appliquer le régime juridique posé par l'OHADA pour procéder à une fusion intracommunautaire. Car le Code unique des assurances n'a pas posé tout le régime des fusions et scissions. Il s'appuie beaucoup sur les dispositions applicables dans les États membres, c'est-à-dire le droit OHADA. Cependant le Code CIMA a posé quelques dispositions spécifiques qui sont en conflit avec celles de l'OHADA. À titre d'exemple, nous pouvons relever, qu'à la différence des autres sociétés anonymes, les entreprises d'assurance qui souhaitent modifier leurs statuts sont tenues de recueillir l'accord préalable du ministre en charge du secteur des assurances en vertu de l'article 305 du Code unique des assurances. Cet accord doit être recueilli avant même de soumettre la modification statutaire à l'assemblée générale. Sachant que toutes les opérations de mobilité sont des modifications statutaires, il apparaît que cette exigence posée leur est par conséquent applicable. Elles sont donc tiraillées entre le droit OHADA qui leur permet de modifier leurs statuts et de se mouvoir sans cette autorisation administrative préalable du Ministre chargé du secteur des assurances et le droit CIMA qui la leur impose.

Par ailleurs, l'ordre juridique communautaire CIMA pose une exigence supplémentaire par rapport à l'Acte uniforme. Il oblige les sociétés participantes à une fusion ou scission à transmettre le projet de fusion ou de scission à la Commission Régionale de Contrôle des Assurances en vue d'obtenir aussi son autorisation préalable. Les éléments contenus dans ce projet sont certes fixés par l'article 193 de l'Acte uniforme de l'OHADA. Toutefois la réglementation de la CIMA impose de joindre d'autres documents non visés par l'OHADA. Il s'agit entre autres : du montant des engagements réglementés et de leur

couverture, de la liste détaillée des placements, de la marge de solvabilité, du programme d'activité prévisionnelle sur trois ans et des comptes prévisionnels sur trois ans⁶⁷⁶.

Nous observons que les normes de la CIMA ne sont pas vraiment en totale contradiction avec celles de l'OHADA. Il y a juste lieu de constater que les premières sont plus contraignantes que les deuxièmes. Il se pose malgré tout la question de savoir si une opération peut uniquement suivre le régime de l'OHADA sans prendre en compte les exigences de la CIMA.

⁶⁷⁶ Proposition faite par le Conseil des ministres des assurances dans le Règlement n° 007/CIMA/PCMA/CE/2016

Conclusion du Chapitre 1 :

303.La mobilité des sociétés est tiraillée dans un conflit de normes supranationales dans les États de l'espace OHADA. En effet le régime juridique communautaire des sociétés posé par l'OHADA subit la concurrence de celui tout aussi communautaire émanant de l'UEMOA, de la CEMAC et de la CIMA. Ainsi, par exemple, les établissements de crédit, qui sont régis relativement à leur constitution et fonctionnement par les dispositions communautaires de la CEMAC et de l'UEMOA, sont aussi régis par l'AUSCGIE eu égard à leurs formes de société anonyme ou de société à responsabilité limitée. Ce n'est donc pas étonnant que lorsqu'ils souhaitent se mouvoir ils soient face à des normes concurrentes.

Toutefois, nous avons été amenés à constater que, si le conflit est important dans d'autres domaines du droit des affaires ou du droit des sociétés, il est très léger en matière d'opération de mobilité. En réalité, peu de dispositions relatives aux fusions, scissions ou transferts de sièges sociaux sont posées par les autres ordres juridiques communautaires africains. Ces derniers ont plutôt fait un très large renvoi aux dispositions de prévues par l'OHADA à ce propos. Il conviendra alors de s'interroger sur le règlement de la concurrence de normes supranationales créée par ce petit nombre de dispositions figurant dans les textes de la CEMAC, de l'UEMOA et de la CIMA. Il apparaît que la légère manifestation du conflit de norme va certainement justifier la solution équilibrée qui sera retenue pour son traitement.

CHAPITRE 2 : L'EXISTENCE D'UN TRAITEMENT EQUILIBRE DU CONFLIT DE NORMES COMMUNAUTAIRES PORTANT SUR LES OPERATIONS DE MOBILITE

304. La concurrence des normes supranationales portant sur le régime des opérations de mobilité des sociétés, aussi légère soit-elle, mérite que nous la traitions. C'est ainsi que ce traitement peut consister à l'éviction d'une norme par l'autre en s'appuyant, par exemple, sur sa primauté comme le propose certains auteurs. En réalité, la manière la plus claire de résoudre le conflit de normes supranationales est que les différentes normes règlent elles-mêmes à l'avance la solution à leur conflit. C'est l'option pour un traitement préventif qui doit l'emporter face au traitement curatif. Or il apparaît que dans les pays de l'espace OHADA les normes supranationales en conflit ne prévoient pas toujours de solutions préventives, d'où la nécessité d'utiliser les solutions curatives.

Ainsi, à la différence du conflit entre normes communautaires et lois internes des États membres, celui opposant seulement les normes supranationales entre elles n'a pas donné lieu à une solution posée par elle-même instaurant la primauté de l'une par rapport à l'autre. Cette absence de solution claire et satisfaisante peut être vraiment problématique lorsque les deux normes sont antinomiques, l'une posant une solution totalement incompatible ou inapplicable simultanément avec celle que pose l'autre. Auquel cas l'application d'une norme communautaire devra forcément être privilégiée. La question de la hiérarchie et de la primauté de l'une devrait dans cette hypothèse être réglée.

Toutefois, pour ce qui est du régime spécifique des opérations de mobilité des sociétés, il n'est pas nécessaire qu'une norme évince l'autre. Car nous montrerons que leurs contenus ne sont pas vraiment antinomiques, donc l'application exclusive d'une norme communautaire ne s'impose pas (**Section 1**). C'est pourquoi, sans rechercher une primauté de l'une par rapport à l'autre, il sera possible de cumuler l'application des dispositions communautaires même si elles proviennent d'ordres juridiques supranationaux concurrents. C'est une solution qui nous paraît équilibrée, puisque prenant en compte les

spécificités de chaque ordre juridique communautaire elle conduit à leur coopération
(Section 2).

Section 1 : L'inutile hiérarchisation des normes supranationales concurrentes

305.Le conflit de normes communautaires est tellement exacerbé dans certains domaines qu'il a fallu, pour le résoudre, s'atteler à déterminer quelle norme verra ses dispositions s'imposer face à celles de l'autre. En réalité, les hypothèses de « *vrai conflit de normes supranationales* »⁶⁷⁷, c'est-à-dire celles qui opposent des normes antinomiques, exigeront que l'une d'entre elles évince sa concurrente. On en arrive à ce que celle des normes qui est privilégiée fasse l'objet d'une application exclusive à la situation ayant donné naissance à la concurrence normative. Or en s'intéressant au régime juridique des opérations de mobilité dans l'espace OHADA, il apparaît que le conflit de normes supranationales qu'il peut faire naître n'oppose pas des dispositions qui se contredisent totalement. D'une part, les autorisations préalables imposées par le droit de l'UEMOA, celui de la CEMAC et celui de la CIMA, ne contredisent pas les dispositions de l'AUSC. À la limite peut-on admettre qu'elles soient un peu plus contraignantes. C'est pourquoi nous ne retiendrons ni la solution qui consiste à appliquer uniquement le droit OHADA (**Paragraphe 2**), ni celle qui consisterait à appliquer exclusivement les dispositions communautaires concurrentes (**Paragraphe 1**).

⁶⁷⁷ En opposition au « faux conflit de lois » qui existe en droit international privé lorsque les deux lois en conflit ne sont en réalité pas contradictoires

Paragraphe 1 : Une impossible application exclusive des normes communautaires concurrentes de l'OHADA

306. Il convient ici d'affirmer qu'il est clairement impossible d'appliquer exclusivement le régime juridique posé par la CIMA, par l'UEMOA ou encore par la CEMAC lorsqu'il s'agit d'une mobilité d'un établissement d'assurance ou de crédit. Pourtant les fondements de leur primauté et de l'éviction totale du droit l'OHADA par ces autres normes communautaires ne manquent pas. La raison de cette impossible application exclusive des normes CEMAC, CIMA et UEMOA ne sera donc probablement pas l'absence de fondement de leur primauté par rapport à l'OHADA.

En effet, parmi les règles générales de droit international auxquelles on peut faire appel pour régler un conflit entre deux traités, il en existe bien qui pourraient justifier une hiérarchie des normes supranationales dans l'espace OHADA. Nous pouvons bien trouver une solution qui prône la suprématie des dispositions communautaire émanant de la CEMAC, de l'UEMOA ou encore de la CIMA par rapport à celles de l'OHADA qui devraient dans ce cas être écartées.

307. D'abord il était possible de s'appuyer sur la règle selon laquelle la loi postérieure prime sur la loi antérieure connu sous le nom de « *lex posterior derogat lege priori* ». Ce principe a été en effet consacré par la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités en son article 30. Il suggère notamment que lorsque les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur et que ledit traité antérieur n'a pas pris fin, il ne pourra continuer à s'appliquer que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur. Cette primauté de la norme postérieure sur la norme antérieure peut bien être expliquée en s'appuyant sur l'idée selon laquelle « *le traité ultérieur reflète l'expression la plus récente de la volonté des parties et doit avoir la priorité sur l'autre qui ne présente que l'expression ancienne de cette volonté* »⁶⁷⁸. Cependant l'applicabilité de cette règle pour résoudre les conflits entre le droit OHADA et

⁶⁷⁸ C. BRIÈRE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001, n° 207, p. 144.

le droit de la CEMAC, de l'UEMOA ou de la CIMA a pu être discutée selon l'interprétation que l'on peut faire des dispositions de l'article 30 de la Convention de Vienne. En effet, une interprétation stricte de cet article qui utilise le terme de « *Traité* » ne permettrait pas de résoudre efficacement les conflits de normes supranationales dans l'espace OHADA. Car les traités constitutifs des organisations d'intégration africaine ne sont pas eux mêmes incompatibles, comme il a déjà été démontré⁶⁷⁹. Ce sont plutôt les règles de droit dérivé de ces traités qui peuvent être réellement en conflit. Or seule une interprétation large de l'article 30 de la convention de Vienne pourrait permettre de résoudre des conflits de droit communautaire dérivé⁶⁸⁰. Concernant les opérations de mobilité des sociétés, cette interprétation large peut, par exemple, permettre aux dispositions du règlement de la CIMA en date du 8 avril 2016⁶⁸¹, qui précisent les documents à communiquer en cas de fusion ou scission d'un établissement d'assurance, d'évincer celles de l'AUSCGIE qui lui sont antérieures.

308. Ensuite un autre fondement, suggéré par la doctrine⁶⁸², peut justifier la primauté des ordres juridiques de la CEMAC, de l'UEMOA et de la CIMA sur celui de l'OHADA. Il s'agit de la règle « *specialia generalibus derogant* », c'est-à-dire le droit spécial déroge au droit général. Même si elle n'a pas été consacrée par la Convention de Vienne du 23 mai 1969, cette règle a pu être proposée pour régler un conflit de normes supranationales en raison notamment de son objectivité⁶⁸³. Elle conduit à reconnaître la primauté à une norme spéciale qui régit la même matière qu'une norme générale. En effet, cette hiérarchie en faveur de la norme spéciale pourrait être justifiée par le fait que celle-ci est « *plus à même de prendre en compte les circonstances particulières* »⁶⁸⁴. Tout comme la norme postérieure nous pouvons considérer que la norme spéciale est celle qui reflète ou qui

⁶⁷⁹ Voir notamment, D. B. BA, « Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA », op. cit.

⁶⁸⁰ Voir en ce sens, E. KAGISYE, *Les conflits de normes dans l'espace OHADA*, op. cit., n° 518, p. 332.

⁶⁸¹ Règlement n° 007/CIMA/PCMA/CE/2016 du 8 avril 2016 modifiant et complétant les articles 329-3 et 330-2 du code des assurances relatifs au capital social minimum des sociétés anonymes d'assurances et du fond d'établissement des sociétés d'assurances mutuelles.

⁶⁸² Pour la doctrine OHADA voir par exemple J. ISSA-SAYEGH, « L'ordre juridique OHADA », www.ohada.com/doctrine, D-04-02, p. 8.

⁶⁸³ Voir en ce sens, A. SIRI, « Des adages *lex posteriori derogat priori* et *specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *RRJ*, 2009-4, p. 1782.

⁶⁸⁴ E. KAGISYE, *Les conflits de normes dans l'espace OHADA*, op. cit., n° 528, p. 338.

coïncide le mieux avec la volonté particulière ou spécifique des parties, ce qui peut justifier sa primauté. Or nous pouvons considérer que l'AUSCGIE, qui pose le régime commun aux sociétés commerciales dans l'espace OHADA, est la norme générale, tandis que les dispositions de la CIMA, de l'UEMOA ou de la CEMAC, qui s'applique qu'à certaines sociétés particulières, constitueraient des normes spéciales. À ce titre ces dernières pourraient déroger aux dispositions de l'OHADA et s'appliqueraient à ces sociétés spéciales lorsqu'elles se meuvent.

309. Ainsi si les fondements législatifs ou doctrinaux d'une primauté des normes de la CIMA, de l'UEMOA ou encore de la CEMAC par rapport à celle de l'OHADA ne manquent-ils pas, il apparaît que cette hiérarchisation en leur faveur est impossible si elle conduit à appliquer exclusivement ces normes supranationales concurrentes de l'OHADA. En effet, en ce qui concerne les opérations de mobilité, tout comme dans d'autres aspects du droit des sociétés d'ailleurs, ces normes communautaires concurrentes n'ont pas instauré un régime juridique complet. Ils ont simplement adopté quelques dispositions particulières. Celles-ci ne font que compléter le régime juridique des sociétés commerciales déjà applicable au sein des États membres c'est-à-dire le droit OHADA. Ainsi les législateurs communautaires concurrents reconnaissent-ils eux mêmes leur limite en renvoyant majoritairement aux dispositions de l'OHADA. Ils n'entendent donc pas, à travers les dispositions qu'ils posent, évincer totalement le droit de l'OHADA. Ils lui font plutôt la part belle. C'est pourquoi, même si cela aurait pu être théoriquement fondé⁶⁸⁵, il est techniquement impossible d'écarter totalement l'application de l'Acte uniforme de l'OHADA sur les sociétés commerciales, et se référer exclusivement aux dispositions de la loi bancaire de l'UEMOA, par exemple, lors de la mobilité d'un établissement de crédit.

S'agissant du droit OHADA il se suffit techniquement et peut s'appliquer seule lors d'une opération de mobilité sans même renvoyer à d'autres dispositions communautaires concurrentes. Toutefois, cette application exclusive bien que possible, puisque le régime juridique est incomplet, reste malgré tout inopportune.

⁶⁸⁵ En s'appuyant sur les maximes *specialia generalibus derogat* ou *lex posterior derogat priori* que nous avons déjà évoquées

Paragraphe 2 : Une inopportune primauté des dispositions communautaires de l'OHADA : l'absence d'antinomie

311.La Primauté de l'ordre juridique OHADA par rapport aux autres ordres juridiques communautaires concurrents a pu être suggérée. En réalité, plusieurs fondements ont à ce propos été proposés pour en être le socle. Le plus invoqué parmi eux tient compte du nombre effectif des signataires des Traités concurrents⁶⁸⁶. À ce titre, il peut être soutenu que le droit OHADA est supérieur au droit supranational émanant des communautés régionales africaines qu'il peut donc évincer. En effet, le champ matériel de l'OHADA est le plus vaste parce que son Traité a été ratifié par un nombre d'États plus grand que celui des communautés concurrentes. Une hiérarchisation, qui prône la supériorité de celle des conventions qui a le plus grand nombre de membres l'ayant ratifiée, aboutit donc à donner une primauté à l'OHADA qui peut ainsi évincer ses concurrentes et s'appliquer exclusivement en cas de conflit.

Par ailleurs, nous pouvons aussi trouver en la maxime « *prior in tempore, potior in jure* » une autre justification de la primauté du droit OHADA sur les autres droits communautaires africains. Ainsi l'antériorité chronologique du Traité de Port Louis instituant l'OHADA par rapport aux Traités instituant l'UEMOA, la CEMAC et la CIMA doit-elle le rendre supérieur à ces derniers. En réalité cette maxime ne serait que l'expression de l'idée selon laquelle un « *État lié par un accord ne peut souscrire à de nouveaux textes internationaux seulement dans le respect de ses engagements antérieurs, qui doivent être exécutés de bonne foi* »⁶⁸⁷. Pourtant malgré l'analogie séduisante qu'elle fait avec le droit des contrats, l'utilisation de cette maxime pour résoudre les conflits de normes supranationales reste critiquée⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ Voir notamment sur ce fondement, D. CARREAU, *Droit international*, Paris : les cours de droit, 1984, p. 88 et s.

⁶⁸⁷ C. BRIÈRE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, op. cit., p. 177.

⁶⁸⁸ Critiques rappelées par E. KAGISYE in *Les conflits de normes dans l'espace OHADA*, op. cit., p. 466, n° 719 et s.

Dans ce même ordre d'idée, les normes OHADA pourraient prévaloir sur celles des organisations régionales concurrentes en application du principe qu'un traité général prévaut sur un traité particulier. Il en résulte que les dispositions de l'Acte uniforme, s'appliquant à toute société commerciales quelle que soit son activité, peuvent être considérées comme étant générales ce qui leur permettrait de primer sur les dispositions de la loi bancaire de l'UEMOA par exemple. Car cette dernière ne s'applique qu'aux établissements de crédit elle peut être considérée comme la disposition particulière.

312. Toutefois, si les différents fondements théoriques de la primauté de l'OHADA sont contestés, il n'en demeure pas moins qu'un auteur a pu affirmer que les législateurs communautaires concurrents tendraient elles-mêmes à admettre leur infériorité hiérarchique. C'est ainsi qu'il en déduit qu'il existe des prémisses d'une consécration normative de la primauté de l'OHADA⁶⁸⁹. Pour ce faire, il s'appuie notamment sur l'article 4 du Règlement CEMAC portant chartre des investissements⁶⁹⁰ qui dispose « *les États membres veillent à promouvoir la sécurité juridique et judiciaire et à renforcer l'État de droit (...). Ils adhèrent au traité OHADA et adaptent leur droit national et leur politique judiciaire aux règles et dispositions de l'OHADA* ». Parallèlement il note que le législateur communautaire de l'UEMOA a révisé son Règlement portant le référentiel comptable⁶⁹¹ pour la mettre en conformité avec l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises⁶⁹², qui pourtant a été adopté bien après son entrée en vigueur. Cela constitue, selon cet auteur, une preuve de l'état d'esprit des législateurs communautaires de l'UEMOA et de la CEMAC qui s'inclinent devant « *le prestige* » réservé à l'OHADA et à ses Actes uniformes⁶⁹³. Cependant l'auteur relève lui-même, et à juste titre, que cette tendance est encore très résiduelle au point qu'on ne peut la « *généraliser et conclure que tout droit dérivé de l'UEMOA est hiérarchiquement inférieur aux actes uniformes de l'OHADA* »⁶⁹⁴. C'est d'ailleurs ce qui justifie bien la prudence de

⁶⁸⁹ E. KAGISYE, *Les conflits de normes dans l'espace OHADA*, op. cit., p. 466, n° 719

⁶⁹⁰ Règlement n° 17/99/CEMAC-020-CM-03 du 17 décembre 1999 relatif à la Charte des Investissements.

⁶⁹¹ Règlement n° 04/96/CM/UEMOA du 20 décembre 1996 portant adoption du référentiel comptable commun dénommé Système Comptable Ouest Africain (SYSCOA), modifié pour la mettre en conformité avec ledit Acte uniforme par le Règlement n° 07/2001/CM/UEMOA du 20 septembre 2001.

⁶⁹² Adopté le 24 mars 2000

⁶⁹³ E. KAGISYE, *Les conflits de normes dans l'espace OHADA*, op. cit., p. 471, n° 726.

⁶⁹⁴ E. KAGISYE, *ibid.*

l'auteur qui parle de « *prémices* » de la reconnaissance normative de la supériorité de l'OHADA. En ce qui nous concerne nous verrons là plutôt une volonté de ces législateurs communautaires concurrents de rechercher une coordination avec l'OHADA et non de s'incliner devant son prestige. Nous estimons en effet qu'il s'agit plutôt d'une volonté de ces législateurs communautaires concurrents de coopérer dans la résolution du conflit de normes. Car comme nous le verrons le législateur communautaire de l'OHADA a lui aussi révisé parfois certaines de ces dispositions pour les mettre en conformité avec les lois communautaires qui le concurrencent⁶⁹⁵. Doit-on là aussi en déduire que l'OHADA s'incline devant l'UEMOA ? Peut-on là y voir une prémices de la primauté de l'UEMOA par rapport à l'OHADA ? Nous estimons que ce n'est pas le cas.

313. En outre, la jurisprudence a pu jouer un rôle dans ce débat en affirmant elle aussi la primauté du droit OHADA. Ce qui donne de l'intérêt à cette jurisprudence c'est qu'elle n'émane même pas de l'organe juridictionnel créé par l'OHADA autrement dit la CCJA. En effet nous pouvions craindre que l'opinion des juges ne soient pas vraiment intéressante dans la mesure où on considérerait qu'il ne sera « *nullement surprenant que, confronté à ce type de problème, chacun des juges concernés ait spontanément et logiquement fait prévaloir sa propre norme (...) parce qu'étant celle dont il tire son existence et sa légitimité* »⁶⁹⁶. Ainsi les magistrats de la CCJA auraient-ils plus tendance à affirmer la primauté de l'OHADA tandis que ceux des Cours de justice de l'UEMOA et de la CEMAC affirmeraient plutôt la supériorité des normes de ces communautés régionales : c'est le « *réflexe d'autoprotection* » évoqué par un auteur⁶⁹⁷. Or la Cour de justice de la CEMAC dans un avis en date du 9 avril 2003⁶⁹⁸ a affirmé la primauté de l'OHADA par rapport à la CEMAC. Elle considère que l'article 10 du Traité OHADA est une « *disposition contraignante pour les États concernés qui s'applique aux normes primaires et dérivés de la CEMAC* ». Elle en déduit qu'il est donc fait interdiction aux « *États*

⁶⁹⁵ Ce fut le cas lorsque l'article 449 de l'AUSCGIE a été révisé pour prendre en compte les dispositions de la loi bancaire de l'UEMOA.

⁶⁹⁶ F. M. SAWADOGO, « Les conflits entre normes communautaires : aspects positifs et prospectifs », Communication in *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, Matthieu FAU-NOUGARET (sous la direction de), L'Harmattan, 2012, p. 289.

⁶⁹⁷ J.-S. BERGÉ, « Chronique : Interaction du droit international et européen : approche du phénomène en trois étapes dans le contexte européen », *JDI (Clunet)*, 2009, n° 3, p. 917.

⁶⁹⁸ CJ CEMAC, Chambre judiciaire, avis n° 002/2003 du 9 avril 2003 sur l'avant-projet de Règlement CEMAC relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement.

membres de la CEMAC d'adopter tout texte législatif, réglementaire contredisant dans la forme, le fond, et/ou l'esprit des dispositions des actes uniformes ». À travers cet avis, certes critiqué⁶⁹⁹, certains ont pu voir des prémices d'une consécration cette fois-ci jurisprudentielle de la primauté de l'OHADA par une juridiction qui ne tire pas sa légitimité d'elle⁷⁰⁰.

La conséquence que nous en tirerons sera que sans qu'un fondement qui ne souffre d'aucune contestation lui ait été trouvé, la primauté de l'OHADA par rapport aux communautés régionales africaines avec lesquelles ses normes sont en conflit est certes défendue par la doctrine et parfois retenue par la jurisprudence communautaire desdits concurrents. Cela reste encore insuffisant pour en déduire un principe général de primauté de l'OHADA sur les normes supranationales concurrentes.

314. Toutefois cette primauté recherchée ou quelques fois reconnue n'est pas nécessaire, en ce qui concerne le traitement juridique des opérations de mobilité. Le droit OHADA n'aura pas besoin d'imposer sa supériorité pour abroger les dispositions du droit des communautés régionales africaines qui le concurrencent. Pour qu'une primauté débouchant sur une abrogation eût été nécessaire, il aurait fallu que les dispositions se contredisent réellement. Or dans le régime juridique des opérations de mobilité des sociétés, les dispositions supranationales en conflit ne sont pas antinomiques.

En réalité une hiérarchisation des normes qui conduit à ce que celle qui est déclarée supérieure puisse écartier de manière inconditionnelle les normes inférieures ne doit pas être systématiquement requise. Car, comme l'a écrit à juste titre un auteur, « *la hiérarchie des normes est non de fonder aveuglément la primauté des règles de droit situées au sommet de l'ordonnement juridique, mais de résoudre un conflit entre deux dispositions qui revendiquent un champ d'application identique* »⁷⁰¹. Par conséquent, comme cet auteur, nous pensons que la reconnaissance d'une primauté à une norme, ici celle de l'OHADA, par rapport à d'autres n'est fondamental qu'en la présence d'une antinomie entre ces normes concurrentes. C'est donc dire que nous souscrivons à l'idée

⁶⁹⁹ Cf. J. M. KOBILA, « Les rapports de Cour de justice de la CEMAC et la CCJA de l'OHADA » in *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, ouvrage précité, p. 357.

⁷⁰⁰ E. KAGISYE, *ibid.*

⁷⁰¹ L. GANNAGÉ, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes, l'exemple du droit de la famille », *Rev. Crit. DIP*, 2001, p. 1 et s.

selon laquelle « *la hiérarchie des normes n'a d'intérêt, à l'évidence, que si ces normes... ont le même objet et qu'elles son totalement incompatibles* »⁷⁰². Or nous ne pouvons pas en dire autant des normes de l'OHADA, de la CEMAC, de l'UEMOA ou encore de la CIMA au sujet du régime juridique de la mobilité des sociétés commerciales.

En s'appuyant sur les différentes approches⁷⁰³ que l'on peut avoir de la notion d'« *antinomie* » nous verrons qu'elle ne peut s'appliquer aux rapports entre les normes de l'OHADA et celles de communautés régionales africaines en matière de mobilité des sociétés. Dans une conception restrictive l'antinomie a été définie comme « *une véritable incompatibilité entre deux règles, autrement dit une impossibilité de les exécuter ou de les appliquer simultanément* »⁷⁰⁴, tandis que dans une conception extensive elle est considérée comme une « *opposition des orientations de deux règles applicables à un même cas* »⁷⁰⁵. De ces deux conceptions nous sommes d'avis, comme un auteur⁷⁰⁶, que la plus pertinente pour justifier une hiérarchisation des normes c'est la conception restrictive. En effet la référence à l'« *orientation* » des normes par la conception extensive, comme son nom l'indique, nous semble être assez vaste. Par conséquent son application conduirait à avoir recours à une hiérarchie des normes même dans des hypothèses où ces dernières ne se contredisent pas vraiment malgré leurs orientations différentes. Or notre objectif est de limiter le recours à la hiérarchie des normes aux situations où il est réellement impossible de cumuler leur application.

315.En se référant à la conception restrictive de l'antinomie, il nous appartient de relever que les dispositions de l'Acte uniforme ne sont pas incompatibles avec celles de l'UEMOA, de la CEMAC ou de la CIMA. Comme nous l'avons déjà vu le conflit de

⁷⁰² J. HAUSER, note sous Civ. 1^{ère}, 15 juillet 1993, RTD. civ., 1993.814

⁷⁰³ Approches tirées des différentes études spécialement consacrées à la question notamment Ch. PERELMAN (sous la direction de), *Les antinomies en droit*, travaux du centre de recherches de logique, Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1965 ; A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé*, thèse Lyon 3, 1975.

⁷⁰⁴ G. Boland, « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », in *Les antinomies en droit*, ouvrage précité, spéc. p. 185.

⁷⁰⁵ Ch. HUBERLANT, « Antinomies et recours aux principes généraux », in *Les antinomies en droit*, ouvrage précité p. 204 ; Ch. PERELMAN, « Les antinomies en droit. Essai de synthèse », in *Les antinomies en droit*, ouvrage précité, p. 393.

⁷⁰⁶ L. GANNAGÉ, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes, l'exemple du droit de la famille », article précité.

normes ne se manifeste déjà que de manière résiduelle dans le régime juridique des opérations de mobilité des sociétés. Les points d'achoppement entre le droit OHADA et les normes supranationales concurrentes ne sont que très peu nombreux. Car ces dernières font un large renvoi à l'Acte uniforme à tel point qu'il n'y a que peu de dispositions concurrentes qui ont vocation à s'appliquer simultanément. Or il n'y a pas de contradiction strictement caractérisée entre elles. L'application des normes concurrentes ne fait pas obstacle à l'application simultanée des dispositions de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales. Les dispositions de la CIMA, de L'UEMOA et de la CEMAC ne font en réalité que rajouter des conditions supplémentaires à celles déjà édictées par l'OHADA. Par exemple, en matière de mobilité par fusion d'une société anonyme d'assurance, aux conditions classiques posées par l'Acte uniforme s'ajouteront celles posées par la CIMA comme l'autorisation préalable du Ministre chargé du secteur des assurances. Cette condition supplémentaire ne fait aucunement obstacle à l'application des conditions figurant dans le régime juridique des fusions posées par l'OHADA comme par exemple la nécessité d'un projet de fusion déposé au greffe. Par conséquent, au regard de cette absence d'antinomie, il n'y a pas lieu de hiérarchiser les normes dans le régime spécifique des opérations de mobilité afin d'imposer l'application exclusive du droit OHADA au détriment des autres droits communautaires qui le concurrencent.

316.En définitive, hiérarchiser les normes communautaires africaines en concurrence afin que l'une écarte les autres et régisse exclusivement les opérations de mobilité des sociétés s'avère bien inopportune lorsqu'il s'agit de donner priorité à l'OHADA. Elle est même impossible lorsqu'il s'agit de déclarer supérieures et d'appliquer exclusivement celles des organisations régionales concurrentes. C'est pour cette raison que la solution que nous envisageons est de cumuler l'application de toutes normes qui ne se contredisent pas réellement et qu'il n'y a donc pas lieu de hiérarchiser en faveur de l'une et au détriment des autres.

Section 2 : La coopération, solution équilibrée de la concurrence normative

317.La solution à la concurrence entre ordres juridiques communautaires existant au sujet de la mobilité des sociétés ne passe pas par une hiérarchisation des normes mais par une coopération. Car comme nous avons pu le montrer les dispositions en conflit ne sont pas inapplicables simultanément. Il ne convient alors pas de se limiter à un regard classique pour observer la différence des ordres juridiques communautaires et chercher celui qui primera sur les autres dont il abrogera les dispositions. Cette hiérarchie reposant sur des fondements discutés, la coopération entre les ordres juridiques nous paraît être une solution à privilégier. Cette coopération déjà notée dans certains domaines peut se poursuivre dans la définition du régime juridique des opérations de mobilité. Ainsi tout comme les ordres juridiques communautaires concurrents ont pu la prendre en considération et se conformer parfois à elle, l'OHADA est aussi conduite à les prendre en compte. Pour cela elle a posé un fondement allant dans le sens de la concertation avec les ordres juridiques communautaires concurrents (**paragraphe 1**). En outre, le résultat de cette coopération est une solution qui ne perturbera l'application d'aucune norme supranationale (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'existence d'un fondement ohadien de la coopération entre les ordres juridiques communautaires concurrents : l'article 916 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE

318. Comme l'a bien souligné un auteur, si on s'appuie sur une approche « *fondée sur le caractère supranational des organismes en cause, on aboutit nécessairement à appréhender les rapports entre l'ordre juridique OHADA et les ordres juridiques des communautés régionales africaines essentiellement sous l'angle des conflits de normes* »⁷⁰⁷. Ces ordres juridiques étant comparables leur opposition semble brutale et inévitable. Sur cette base une hiérarchisation peut paraître nécessaire. Celle-ci conduirait à ce que l'OHADA, si elle est considérée comme supérieure, abroge les dispositions qui lui sont contraires même si elles sont d'origine supranational tout comme les Actes uniformes.

Or cette approche classique du conflit de normes supranationales, recherchant la supériorité de l'une par rapport aux autres, ne doit pas prévaloir. Car comme nous l'avons déjà évoqué nous ne sommes pas en face de dispositions antinomiques, il n'y a donc pas lieu de hiérarchiser⁷⁰⁸. De plus l'approche classique doit ici laisser place à une approche finaliste qui met en « *exergue la nécessité de la concertation* »⁷⁰⁹ entre l'OHADA et les ordres juridiques régionaux concurrents. Ainsi pourrait-on parvenir à bien délimiter les champs matériels d'intervention de l'OHADA pour pouvoir aussi laisser une place à l'application des normes de l'UEMOA de la CEMAC et de la CIMA. C'est sans doute dans cette perspective de concertation et de coordination entre ces différents ordres juridiques que comme nous avons pu le voir les législateurs des ordres juridiques communautaires concurrents de l'OHADA ont parfois accepté spontanément de mettre en conformité certaines de leurs dispositions aux Actes uniformes. Ce fut le cas, faut-il le rappeler, de l'UEMOA qui a mis en conformité avec l'Acte uniforme portant organisation

⁷⁰⁷ P.-G. POUGOUE, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », in *Encyclopédie du droit OHADA*, ouvrage précité, p. 1331, n° 45.

⁷⁰⁸ Cf. supra n° 311 et s.

⁷⁰⁹ P.-G. POUGOUE, *ibid*, p. 1333, n° 48.

et harmonisation de la comptabilité des entreprises sa réglementation de la comptabilité, pourtant adoptée antérieurement⁷¹⁰, en la révisant⁷¹¹. Par ailleurs c'est toujours dans cette logique de concertation que des juridictions supranationales, qui tirent pourtant leur légitimité, des ordres juridiques communautaires concurrents, ont pu donner un avis en faveur de la supériorité de l'OHADA⁷¹². Nous estimons, à la différence d'un auteur⁷¹³, qu'il s'agit moins de s'incliner devant « *le prestige* » de l'OHADA que plutôt d'inciter à une concertation entre les différents ordres juridiques.

319.À voir ces différentes concessions faites par ses concurrentes, il était clair qu'il appartenait aussi à l'OHADA d'entrer dans cette logique de coopération et de concertation. C'est dans ce contexte qu'intervient certainement l'article 916 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE qui dispose « *le présent Acte uniforme s'applique aux sociétés soumises à un régime particulier sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires auxquelles elles sont assujetties* ». Tout comme les ordres juridiques de l'UEMOA et de la CEMAC ont fait des concessions en prenant en compte l'OHADA, nous voyons à travers cette disposition que cette dernière a aussi laisser place à l'application des dispositions de ses concurrentes. Nous pouvons dire que l'Acte uniforme les prend clairement en compte. Car les « *sociétés soumises à un régime particulier* » dont fait référence cet article renvoient bien aux établissements de crédit ainsi qu'aux sociétés d'assurance. Or les dispositions législatives ou réglementaires qui leur sont applicables sont émises par l'UEMOA, la CEMAC et la CIMA. L'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales n'écarte donc pas, en les abrogeant, les différentes lois bancaires de l'UEMOA et de la CEMAC ainsi que les dispositions du code commun des assurances de la CIMA pour s'appliquer exclusivement aux opérations de mobilités des sociétés.

320.La preuve concrète de cette coopération entamée par l'OHADA s'est manifestée dans la résolution du conflit le plus significatif opposant l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales à la loi bancaire de l'UEMOA. Il était question de l'applicabilité de

⁷¹⁰ Règlement n° 04/CM/UEMOA adopté le 20 décembre 1996 alors que l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises n'a été adopté que le 20 mars 2000.

⁷¹¹ Révision intervenue par le Règlement n° 07/2001/CM/UEMOA le 20 septembre 2001, soit environ 18 mois après l'adoption de l'Acte uniforme de l'OHADA le 24 mars 2000.

⁷¹² CJ CEMAC, Chambre judiciaire, avis n° 002/2003 du 9 avril 2003.

⁷¹³ E. KAGISYE, *Les conflits de normes dans l'espace OHADA*, op. cit., p. 471, n° 726

l'article 449 de l'AUSCGIE avant sa révision à l'établissement de crédit. Celui-ci disposait que « *les cautions, avals, garanties à première demande souscrits par la société pour les engagements de tiers font l'objet d'une autorisation préalable du Conseil d'Administration* ». Rédigé ainsi, sans précision des sociétés commerciales concernées, il a pu être déduit que selon les dispositions de cet article « *les responsables d'établissements bancaires devraient se référer à leurs conseils d'administration avant de donner des garanties* »⁷¹⁴. Ce texte a ainsi suscité l'inquiétude parce qu'il exige le recours à une à l'autorisation préalable du conseil d'administration pour des opérations de garanties qui font partie de l'exercice normal de l'activité bancaire et qui constitue presque le quotidien de ces sociétés. Il freine donc la célérité de l'activité bancaire en l'encombrant d'une procédure assez lourde⁷¹⁵. Par ailleurs, les dispositions de l'article 449 de l'AUSCGIE étaient en totale contradiction avec celles de l'article 6 de la loi bancaire de l'UEMOA qui classe les opérations de garantie dans la liste des opérations de crédit pour l'accomplissement desquels aucune formalité particulière n'est requise. Ce vrai conflit de normes supranationales a alimenté pendant un bien long moment les débats au sein de la doctrine opposant ceux qui étaient favorables⁷¹⁶ à cette applicabilité de l'article 449 de l'AUSCGIE aux établissements de crédit à ceux qui étaient contre⁷¹⁷ cette applicabilité. Dans un avis consultatif émis à initiative du garde des sceaux du Sénégal la CCJA a apporté une réponse à ce problème en posant que « *les dispositions de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Économique étant d'ordre public et s'appliquant à toutes les sociétés commerciales à raison de leur forme et quel que soit l'objet, l'article 449 dudit Acte Uniforme s'applique aux Banques et aux Établissements financiers entrant dans cette détermination juridique. Les seules dérogations admises sont celles prévues par l'Acte Uniforme lui-même qui renvoie à cet égard aux dispositions législatives nationales auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier* »⁷¹⁸. Cette solution n'a pourtant pas mis fin au débat

⁷¹⁴ J. TIETCHEU, « Les banques sous contrôle », in : Jeune Afrique Economie du 03 au 30 Aout 1998.

⁷¹⁵ E. KAGISYE, *Les conflits de normes dans l'espace OHADA*, op. cit., p. 170, n° 298.

⁷¹⁶ J. ISSA-SAYEGH, note sous avis CCJA n° 02/2000/EP du 26 avril 2000.

⁷¹⁷ O. SOW, « Particularisme bancaire et acte uniforme OHADA relatifs aux sociétés commerciales », www.ohada.com/doctrine, D-03-12 ; B. BA, « La garantie des tiers par les banques : remarques sur l'avis consultatif n° 02/2000 du 26 avril 2000 », www.ohada.com/doctrine, D-03-10.

⁷¹⁸ CCJA avis n° 02/2000/EP du 26 avril 2000, 1^{ère} question, *Juridis Périodique*, n° 46, avril-juin 2001, p. 95 note S. SUOP.

puisque son interprétation a été divergente au sein de la doctrine. Elle n'a donc pas mis fin à l'opposition doctrinale qui était née. Il a fallu attendre l'intervention du législateur communautaire de l'OHADA pour être clairement fixé sur la question. En effet, dans la nouvelle rédaction de l'article 449 de l'AUSCGIE issue de sa révision en date du 30 janvier 2014, il apparaît clairement que les normes communautaires régissant l'activité bancaire ont été prises en compte. La coordination entre l'OHADA et les organisations concurrentes dans le but de « *retenir une approche finaliste qui amène à retenir la solution la moins perturbatrice* »⁷¹⁹ peut bien être notée là. Ainsi dans le cadre de ce conflit celle-ci a-t-elle été de ne pas imposer aux établissements de crédit cette formalité lourde qu'est le recours à une autorisation préalable du Conseil d'administration pour la réalisation d'une opération courante et si fréquente. Le nouvel article 449 dispose donc que « *les cautionnements, avals, garanties autonomes, contre-garanties autonomes et autres garanties souscrits par des sociétés autres que celles exploitant des établissements de crédit, de microfinance ou d'assurance caution dûment agréés et pour des engagements pris par des tiers font l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration* ». C'est donc l'Acte uniforme qui s'est ici conformé aux dispositions de la loi bancaire de l'UEMOA. Pourtant il ne sera pas question pour nous d'y voir une admission par l'OHADA de la supériorité de l'ordre juridique de l'UEMOA. L'OHADA ne s'est pas inclinée devant le « *prestige* »⁷²⁰ de l'UEMOA ou de la CIMA. Il y a juste là lieu d'observer un effort de coordination des dispositions de ces deux ordres juridiques communautaires pour parvenir à un résultat non perturbateur..

321. En réalité, la sensibilité de l'activité à laquelle s'adonnent ces sociétés soumises à un régime particulier a justifié une coopération conduisant l'OHADA à laisser place à l'application des dispositions de l'UEMOA de la CEMAC et de la CIMA. Cette coopération conduira, dans le traitement juridique des opérations de mobilité, à prendre en compte aussi bien les conditions posées par l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales que celles posées par le droit dérivé des autres ordres juridiques communautaires africains. D'ailleurs nous pourrions observer que certains effets de cette coopération ne seront pas

⁷¹⁹ Cf. P.-G. POUGOUE, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », in *Encyclopédie du droit OHADA*, ouvrage précité, p. 1331, n° 45.

⁷²⁰ Comme avait pu l'estimer un auteur lorsque l'UEMOA avait conformé son référentiel comptable aux dispositions de l'acte uniforme de l'OHADA portant harmonisation de la comptabilité des entreprises. Il avait en effet à travers cette recherche de conformité le signe que l'UEMOA s'inclinait devant le prestige de l'OHADA. (E. KAGISYE, *Les conflits de normes dans l'espace OHADA*, op. cit., p. 471, n° 726).

très bouleversants ou totalement méconnus dans le régime de la mobilité des sociétés peu importe qu'elles soient ou non soumises à un régime particulier.

Paragraphe 2 : Une effectivité déjà existante de certains effets de la coopération dans le régime juridique de la mobilité des sociétés

322.Le sens de la coopération entre les ordres juridiques communautaires africains a pu être, comme nous l'avons montré, que l'un révise ses dispositions pour les conformer à celles de l'autre⁷²¹, ou alors que l'un écarte ses dispositions contraires afin que celle de l'autre s'applique exclusivement. C'est-à-dire qu'un ordre juridique s'incline afin que les solutions posées par sa concurrente s'appliquent à la situation⁷²². Dans cette hypothèse ou les dispositions étaient vraiment contraires et inapplicables simultanément, l'application exclusive des dispositions d'un seul ordre juridique était justifiée dans le souci d'obtenir la solution la moins perturbatrice et la plus satisfaisante possible.

Or s'agissant de régir spécifiquement des opérations de mobilité, les dispositions des différents ordres juridiques concurrents ne sont pas vraiment contraires. Par conséquent, leur application cumulative est possible pour ne pas dire s'impose. Il entre donc dans le champ de la coopération que par exemple pour la fusion intracommunautaire d'établissements de crédit que les sociétés participantes puissent respecter le régime et les conditions posées par l'OHADA aussi bien que celles posées par l'UEMOA par exemple. La coopération dans ce domaine laisse donc place à l'application des dispositions de chaque ordre juridique.

323.En observant les solutions auxquelles nous pouvons aboutir en appliquant cumulativement les différentes dispositions supranationales concurrentes nous nous rendons compte qu'elles ne seront pas perturbatrices. En effet faut-il rappeler que les dispositions de l'UEMOA et de la CEMAC concernant les opérations de mobilité, après avoir renvoyé au droit, OHADA rajoute des conditions supplémentaires à leur réalisation. Ainsi pour une fusion ou un transfert de siège d'un établissement de crédit la loi bancaire

⁷²¹ Cela a été notamment le cas de l'UEMOA à propos de la législation sur la comptabilité des sociétés comme nous avons pu le voir.

⁷²² Cela fut le cas de l'OHADA qui a rendu inapplicable l'article 449 de l'AUSCGIE aux établissements bancaires soumis au règlement de l'UEMOA notamment.

de l'UEMOA exige-t-il par exemple une l'accord préalable du Ministre de l'économie et des finances⁷²³. Cette condition supplémentaire n'est pas antinomique avec les dispositions de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales. C'est donc dire que nous pouvons les appliquer simultanément. Les établissements devront notamment déposer leur projet de fusion au greffe comme l'exige l'Acte uniforme de l'OHADA⁷²⁴, ainsi que transmettre des informations, probablement les mêmes contenues dans le dit projet, au ministère chargé des finances. Or en y regardant de plus près cette obligation de recueillir une autorisation administrative n'est même pas méconnue. Elle devrait même s'appliquer à toutes les sociétés commerciales de l'espace OHADA indifféremment de l'activité à laquelle elles s'adonnent. Pour dire qu'elle ne perturbera aucunement l'application du régime des fusions posé par l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales.

En effet, nous avons déjà montré que pour bénéficier du régime de faveur le droit fiscal de chaque État membre imposait déjà des autorisations administratives⁷²⁵. Pour contrôler l'opération de mobilité et vérifier qu'elle n'a pas d'objectif autre que celui d'une restructuration économique, l'administration fiscale impose de recueillir son accord préalable à la réalisation de l'opération afin de bénéficier du régime de faveur. Ainsi arrive-t-elle à lutter contre les mobilités motivées par un *fiscal law shopping*. Dans ce cas de figure le contrôle aboutit donc à la délivrance d'un agrément administratif qui permettra de bénéficier du régime de faveur si la mobilité n'est pas exclusivement motivée par des motifs purement fiscaux. D'ailleurs l'obtention de cet agrément est même parfois nécessaire lorsqu'il s'agit d'opérations de fusion ou scission purement internes dans certains États de l'espace OHADA⁷²⁶. De même c'est une exigence posée pour tout type de sociétés commerciales qu'elle soit ou non soumise à un régime particulier. Au final l'exigence de communiquer le projet de mobilité par fusion ou scission à une autorité autre que le greffe, comme l'exige l'Acte uniforme, s'impose dans les faits déjà à toutes les sociétés commerciales. Et cela ne semble pas perturber l'application du régime juridique de la fusion posée par l'OHADA. Par conséquent, il n'y a aucune difficulté à ce que les

⁷²³ Article 39 loi bancaire de l'UEMOA.

⁷²⁴ Article 194 de l'AUSC.

⁷²⁵ Cf. supra n° 174.

⁷²⁶ C'est le cas de la Côte d'Ivoire (art. 27 du CGI) ou encore du Togo (art. 143 CGI).

établissements de crédit doivent obtenir l'autorisation préalable du Ministre des finances que cela soit une obligation posée par le droit fiscal ou une loi bancaire communautaire.

324. Certes l'objectif du contrôle exercé par le Ministère ne sera pas exactement identique. Dans celui concernant les établissements de crédit il faudra au-delà du but de lutter contre une fraude fiscale, s'assurer que l'opération n'est pas une menace pour l'économie ainsi que pour les épargnants. Il n'empêche que concrètement il y aura une obligation d'obtenir l'autorisation préalable du ministre chargé des finances dans tous les cas de figure.

La logique d'obtenir une autorisation administrative préalable à la réalisation d'une opération de mobilité s'appliquera aux sociétés d'assurance. Le code CIMA rend obligatoire l'accord préalable du Ministre chargé du secteur de l'assurance⁷²⁷. Cette formalité ne doit pas là aussi perturber celles imposées par l'OHADA. Les deux textes peuvent donc être appliqués cumulativement.

En définitive pour résoudre le conflit de normes supranationales portant sur le régime des opérations de mobilité la coopération est mieux adaptée que la hiérarchisation. Cette coopération, découlant d'une approche finaliste, permet en effet de parvenir à une solution qui n'est pas perturbatrice. Nous pouvons même dire qu'elle est, à certains égards, déjà effective.

⁷²⁷ Article 305 du Code unique des assurances

Conclusion du chapitre 2 :

325.Le traitement du conflit de normes supranationales relatif à la mobilité intracommunautaire des sociétés de l'espace OHADA n'exige pas qu'il faille les hiérarchiser. Car le recours à la hiérarchie des normes pour résoudre leur conflit ne doit pas être systématique. Il n'a d'intérêt que lorsque ces normes sont antinomiques, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent pas être appliquées simultanément. Or s'agissant des différentes normes communautaires qui s'affrontent pour régir la mobilité des sociétés de l'espace OHADA, il ne peut être dit qu'il existe une réelle antinomie entre elles. C'est pourquoi la solution de la coopération entre les ordres juridiques concurrents, qui conduira à cumuler l'application de leurs dispositions, nous paraît être une solution plus adaptée et de surcroît plus équilibrée puisqu'elle laisse place à chacune des normes. *In fine* face à la légère manifestation de la concurrence des normes communautaires au sujet du régime de la mobilité, la concertation permet d'avoir une solution qui n'est pas perturbatrice.

CONCLUSION DU TITRE 2 :

326.La pluralité normative poursuit la mobilité des sociétés de l'espace OHADA. En effet, en plus de faire naître un conflit international de lois opposant la *lex societatis* de l'État d'accueil à celle de l'État d'origine, la mobilité fait aussi naître un conflit interne de lois. Car au sein même du seul État d'accueil ou du seul État origine des normes émanant d'ordres juridiques distincts peuvent s'affronter.

Traditionnellement cette concurrence au sein d'un même État existe entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique supranational. Or dans les États membres de l'OHADA le conflit oppose encore des ordres juridiques supranationaux entre eux. Le régime juridique applicable à certaines sociétés est ici posé par des ordres juridiques communautaires de l'UEMOA, de la CEMAC ou encore la CIMA en plus de celui déjà posé par l'Acte uniforme de l'OHADA. C'est cette pluralité normative, qui certes se manifeste légèrement dans le régime juridique des opérations de mobilité, qu'il faut gérer de manière équilibrée.

L'équilibre a consisté à prendre en compte l'aptitude de chaque ordre juridique communautaire à régir l'opération. Instaurer une hiérarchie entre ces normes n'est ici ni une solution opportune ni utile. Car les dispositions concurrentes ne sont pas antinomiques. Nous estimons par conséquent qu'il faut plutôt privilégier la coopération entre ces ordres juridiques communautaires africains. Celle-ci est déjà effective dans certains domaines. Elle peut donc être étendue pour gérer la pluralité normative au sujet du régime juridique de la mobilité des sociétés de l'espace OHADA. Le résultat auquel on aboutira sera une application cumulative des dispositions de différents ordres juridiques communautaires portant sur le régime des opérations de mobilité

CONCLUSION DE LA PARTIE 2 :

327.Au-delà de rechercher simplement à la fluidifier, il convient aussi de rechercher un équilibre dans la réalisation de l'opération de mobilité. En effet cette dernière peut mettre en opposition des intérêts tout comme elle peut amener une concurrence de normes supranationales au niveau d'un même État membre de l'OHADA.

S'agissant de la confrontation des intérêts, elle concerne aussi bien les parties prenantes internes qu'externes à la société. En effet, la réalisation de la mobilité ne doit pas méconnaître totalement les droits des salariés ni ceux des actionnaires minoritaires qui ne l'ont pas ratifiée. De même, elle ne doit pas passer outre les intérêts des créanciers et des concurrents. Pour cela, il est nécessaire qu'une protection adéquate soit disponible pour permettre à ces différentes parties prenantes de faire valoir leurs droits. Toutefois la protection à mettre en place ne doit pas être un nouvel obstacle ou encore un nouveau frein à la réalisation de la mobilité. C'est donc l'équilibre à trouver entre les intérêts des détenteurs du pouvoir au sein de la société et ceux des toutes les autres parties prenantes. Or il nous semble que le régime mis en place par l'Acte uniforme est plus favorable à la société puisque les mécanismes de protection des intérêts des autres parties prenantes ne sont pas suffisamment efficaces. C'est pourquoi, en l'état, il nous a paru pertinent de suggérer que dans les hypothèses où la protection légale est défailante qu'elle soit complétée par une protection contractuelle ou statutaire.

S'agissant de la pluralité normative qui existe au sein de chaque État membre de l'espace OHADA, elle peut aussi donner lieu à une solution équilibrée. Sa gestion n'implique pas d'octroyer une primauté à un ordre juridique communautaire pour poser exclusivement le régime juridique de la mobilité. Les dispositions contenues dans les normes communautaires concurrentes n'étant pas antinomiques, il nous semble qu'une application cumulative doit être faite. Celle-ci va dans le sens d'une coopération entre les ordres juridiques communautaires africains plutôt que dans le sens d'une hiérarchisation dont les fondements sont encore discutés.

CONCLUSION GÉNÉRALE :

328. La réalisation d'une opération de mobilité par une société de l'espace OHADA reste très complexe pour ne pas dire souvent impossible. En effet, il faudrait un véritable alignement des planètes favorables pour que cette opération aboutisse. Il faut d'abord que la mobilité se fasse par le biais d'une opération de fusion ou de scission intracommunautaire⁷²⁸, ce qui permet d'éviter le conflit mobile et les difficultés qu'il entraîne grâce à l'uniformisation du droit des sociétés par l'OHADA. Ensuite, pour que l'opération ne soit pas fiscalement dissuasive, il faudrait que la société soit au départ rattachée à un État d'origine qui ne taxe pas immédiatement les plus-values même si la société bénéficiaire de la fusion ou de la scission n'est pas sur son territoire. Or pour l'instant il n'y a que très peu d'États qui ont levé cet obstacle fiscal⁷²⁹. De plus cette levée de la barrière fiscale est aussi limitée par le fait que l'État d'accueil doit être membre d'une même organisation sous-régionale d'intégration économique⁷³⁰ que l'État d'origine ayant consacré le régime de faveur. Au regard de toutes ces péripéties, il apparaît que tout l'espace OHADA n'est pas encore ouvert à la mobilité même intracommunautaire. Il l'est encore moins lorsqu'elle est extracommunautaire.

Il convient alors de constater que la seule uniformisation du régime juridique applicable aux sociétés ne favorise pas de manière suffisante la réalisation par ces dernières d'opérations de restructuration transfrontalières. Pourtant ces opérations présentent un

⁷²⁸ Le transfert de siège intracommunautaire ne bénéficie pas encore d'un régime fiscal favorable lui permettant de se réaliser. Il est considéré par toutes les législations fiscales des États comme une opération entraînant la cessation de l'activité. La possibilité de franchir l'obstacle juridique ne suffira donc pas à le rendre envisageable.

⁷²⁹ Il s'agit notamment du Cameroun (v. article 9 du CGI) et du Togo (v. article 143 du CGI).

⁷³⁰ CEMAC pour le Cameroun et CEDEAO pour le TOGO. Cette adhésion aux mêmes communautés permettra aussi de franchir l'obstacle de la jouissance des droits si la société bénéficiaire de l'opération n'a pas ou plus la nationalité de l'État d'accueil. Dans cette hypothèse le principe de libre établissement consacré par ces organisations d'intégration économique lui évitera toute discrimination.

véritable intérêt pour la compétitivité des sociétés de l'espace OHADA. Ainsi ne peuvent-elles pas profiter des avantages de la fusion transfrontalière alors que cette opération est à juste titre considérée comme étant « *la forme la plus achevée, la technique la plus parfaite des stratégies de concentration des entreprises* »⁷³¹. Or les sociétés africaines, comme les sociétés européennes, sont contraintes par la réalité économique « *pour des raisons de survie et de développement d'atteindre une taille optimum face aux entreprises étrangères concurrentes* »⁷³². C'est d'ailleurs pourquoi l'OHADA elle-même entend favoriser l'émergence de sociétés à « *taille régionale* »⁷³³. Cependant cela restera un doux rêve si la mobilité intracommunautaire n'est pas fluidifiée. L'OHADA ne peut donc pas pleinement remplir son objectif d'attirer les investissements si elle ne garantit pas aux sociétés commerciales la possibilité de se restructurer si le besoin se présente. C'est en effet à juste titre qu'un auteur a pu affirmer que « *ne pas évoluer, ne pas restructurer est strictement impossible dans le milieu des affaires* »⁷³⁴. Car la restructuration par une concentration intracommunautaire notamment permettra aux sociétés de l'espace OHADA de pouvoir participer à la compétition internationale auxquelles se livrent les grands groupes. Les investisseurs seraient donc attirés par cette possibilité de restructuration via un transfert de siège social, une fusion ou alors une scission intracommunautaires. La levée des obstacles à la mobilité des sociétés est donc souhaitable dans l'espace OHADA.

Pour cela, nous estimons que l'intégration juridique ne peut pas toujours marcher seul sans avoir à ses côtés une réelle intégration économique. L'inverse est aussi vrai puisqu'une intégration économique sans intégration juridique laisse subsister des obstacles à la réalisation d'une mobilité. Il n'y a qu'à voir l'évolution du droit européen dans ce domaine. Dans l'espace communautaire européen la simplification de la mobilité n'a pas été effective par le seul biais du principe de libre établissement, c'est-à-dire par la seule intégration économique. Celle-ci a bien évidemment permis de lever quelques obstacles juridiques et fiscaux. Cependant la mobilité n'a été vraiment fluidifiée que lorsqu'il a été

⁷³¹ J. BEGUIN, « La difficile harmonisation du droit des fusions transfrontalières », op. cit., p. 20.

⁷³² M. PARIENTE, « Les obstacles à la libre mobilité des entreprises européennes à l'intérieur de l'union », op. cit., p. 21

⁷³³ Cela est un objectif qu'elle s'est fixée lors de la dernière réforme de l'AUSCGIE le 30 janvier 2014 par le Conseil des ministres de l'OHADA réuni à Ouagadougou (Burkina-Faso). Cf. L. YONDO BLACK et A. T. TRAORÉ, « Les enjeux de la réforme de l'AUSCGIE », *Droit et Patrimoine*, n° 239, sept. 2014, p. 48.

⁷³⁴ M. PARIENTE, *ibid*

complété par l'harmonisation des modalités de réalisation des opérations de fusion, scission et transfert de siège social. Car la diversité des législations des États membres en la matière rend complexe la réalisation de ces opérations. Ainsi on ne peut parler de fluidité de la mobilité qu'à propos des opérations qui ont vu leur régime juridique être harmonisé en plus d'être considérées comme étant des modalités du libre établissement. C'est notamment le cas de la mobilité des SE puisque l'article 8 du règlement 2157/2001⁷³⁵ détaille et harmonise les modalités du transfert intracommunautaire de son siège social. Par ailleurs, dans l'espace communautaire européen des projets d'uniformisation du droit des affaires sont évoqués, en plus de l'intégration économique déjà présente, pour rendre le marché totalement intégré⁷³⁶. L'Europe entend là s'inspirer du succès de l'OHADA en matière d'unification du droit des affaires afin de mettre en place un marché sans frontière pour les entreprises. C'est donc dire qu'un marché totalement intégré ne peut s'obtenir qu'en complétant l'intégration économique avec l'intégration juridique.

Cela dit, il faut alors que l'OHADA s'inspire à son tour de l'Europe pour tirer profit des avantages du principe de libre établissement dans la mise en place d'un marché intégré. En effet, nous estimons que dans l'espace OHADA un principe de libre établissement devrait être consacré et les opérations de fusion scission et transfert de siège intracommunautaires en être des modalités d'exercice. C'est par le biais de cette combinaison du libre établissement avec l'uniformisation du droit qu'un marché totalement intégré regroupant les États membres de l'OHADA deviendra une réalité. Nous estimons que l'intégration juridique est certes un levier indispensable, elle n'en demeure pas moins un levier insuffisant de l'intégration économique. C'est pourquoi l'OHADA ne peut pas rester immuable en espérant qu'un vaste marché intégré résultera seulement de l'uniformisation du droit des affaires. Elle devrait plutôt évoluer et devenir une communauté économique en plus d'être une communauté juridique. La présente thèse est ainsi une modeste contribution qui vise à montrer les limites de la seule intégration juridique lorsqu'il s'agit de faire émerger un marché décloisonné entre les États membres de l'OHADA. Elle pose la question de la transformation de l'OHADA. Elle peut là observer l'évolution et la transformation de l'Union européenne. Celle-ci était au départ une communauté purement économique avant

⁷³⁵ JOCE 2001 L 294 et JOUE 2003 L 302.

⁷³⁶ Voir notamment le discours consacré à l'Europe par Monsieur Emmanuel MACRON président de la République française le 26 septembre 2017 à la Sorbonne. Il y propose d'intégrer totalement le marché français et allemand d'ici 2024 par l'unification des règles de droit des affaires.

de se transformer en englobant une intégration politique et en cours d'englober une intégration juridique⁷³⁷. Il est donc temps que l'OHADA amorce une transformation pour englober une réelle intégration économique d'abord. Ensuite pourquoi ne pas envisager une intégration politique un jour ?

329. Il ressort donc de cette étude que ce sera de la combinaison du libre établissement avec l'uniformisation du droit que naîtra un véritable droit à la mobilité des sociétés dans l'espace OHADA. Toutefois ce droit à la mobilité ne doit pas être utilisé abusivement. Les fusions, scissions et transfert de siège transfrontaliers doivent d'abord être des mécanismes de bonne gestion conformes aux intérêts de l'entreprise. Ensuite ils ne doivent pas totalement méconnaître les intérêts des actionnaires minoritaires, des salariés ainsi que ceux des tiers. Or une protection adéquate pour toutes ces parties prenantes n'est pas encore mise en place dans l'espace OHADA. C'est ainsi que nous avons proposé que la protection légale défaillante des minoritaires et créanciers soit complétée par une protection statutaire ou contractuelle. Car un parfait équilibre entre la préservation de leurs droits et la levée des obstacles à la mobilité est parfois difficile à trouver pour le législateur. S'agissant de la protection des salariés elle gagnerait à être uniformisée. Car les différences des régimes de protection d'un État membre à un autre peuvent complexifier la réalisation de la mobilité.

En définitive, il appartient à l'OHADA de parachever ce qu'elle a commencé en matière d'incitation des opérateurs économiques en mettant en place les conditions d'une mobilité sans excès de vitesse.

⁷³⁷ Voir à ce sujet les projets d'uniformisation du droit en Europe. Livre Blanc sur l'avenir de l'Europe - Réflexions et scénarios pour l'UE27 à l'horizon 2025, publié par la Commission européenne le 1er mars 2017 – les évoque d'ailleurs à sa page 21.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006.

ANOUKAHA (F.), CISSE (A), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P. G.) et SAMB (M.), *Droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique OHADA*, coll. Droit uniforme africain, Bruxelles, 2002.

ASSI-ESSO (A.-M. H.), ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), *CIMA Droit des assurances*, Coll.Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles 2002.

AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica, 7^{ème} éd., 2013.

AUDIT (M.), BOLLÉE (S.), et CALLÉ (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, coll. Domat Droit privé, LGDJ-Lextenso, 2^{ème} éd., 2016.

BATTIFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, tome 1, LGDJ, 8^{ème} éd., 1993.

BÉGUIN (J.) et MENJUCQ (M.) (Sous la direction de), *Traité de droit du commerce international*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2011.

BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit des obligations*, édition Sirey, coll. Sirey université, 15^e éd., 2016.

BUREAU (D.) et MUIR-WATT (H.), *Droit international privé*, tome 1, 3^e éd., PUF, 2014.

BUREAU (D.) et MUIR-WATT (H.), *Droit international privé*, tome 2, 3^e éd., PUF, 2014.

CASTAGNÈDE (B.), *Précis de fiscalité internationale*, Puf, 5^e éd., 2015.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des Sociétés*, LexisNexis, 29^{ème} éd., 2016.

GAVALDA (Ch.), PARLÉANI (G.) et LECOURT (B.), *Droit des affaires de l'Union européenne*, LexisNexis, coll. Manuels, 7^{ème} éd., 2015.

GUTMAN (D.), *Droit fiscal des affaires*, Précis Domat, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2016.

ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), *OHADA Harmonisation du droit des affaires*, collection Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2001.

JACQUET (J. –M.), DELEBECQUE (Ph.) et CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, Précis Dalloz, 3^e éd., 2014.

KENFACK (H.), *Droit du commerce international*, Dalloz, coll. « Mémentos », 6^e éd., 2017.

LAMARQUE (J.), NEGRIN (O.), AYRAULT (L.), *Droit fiscal général*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2016.

LE BARS (B.), *Droit des sociétés et de l'arbitrage international (Pratique en droit de l'OHADA)*, Joly éditions, 2011.

LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Précis Domat, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015.

LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et VAREILLES-SOMMIÈRES (P. de), *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd., 2013.

MARTOR (B.) et alii, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, Paris, 2004.

MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, Précis Domat, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2014.

MENJUCQ (M.), *Droit international et européen des sociétés*, Précis Domat, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2016.

MESTRE (J.), VELARDDOCCHIO (D.), et MESTRE-CHAMI (A.-S.) (sous la direction de), *Le Lamy sociétés commerciales*, Wolters Kluwer, édition 2014.

MOUSSERON (J. M.), FABRE (R.), RAYNARD (J.) et PIERRE (J.-L.), *Droit du commerce international : Droit international de l'entreprise*, Lexis Nexis, 4^e édition, 2012.

NIBOYET (J. –P.), *Traité de droit international privé français*, tome 5, Sirey, 1948.

NIBOYET (M. –L.) et GEOUFFRE de la PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 6^e éd., 2017.

NOURISSAT (C.) et de CLAVIERE-BONNAMOUR (B.), *Droit de la concurrence-libertés de circulation*, Dalloz, coll. « HyperCours », 5^e éd., 2016.

NOURISSAT (C.) et de CLAVIERE-BONNAMOUR (B.), *Droit communautaire des affaires*, Dalloz, coll. « HyperCours », 4^e éd., 2013.

NOURISSAT (C.), *Droit des affaires de l'union européenne*, Dalloz, coll. « HyperCours », 3^e éd., 2010.

OUDENOT (P.), *Fiscalité des sociétés et des restructurations*, LexisNexis, coll. Précis fiscal, 2016.

PILLET (A.), *Traité pratique de droit international privé*, tome 1, Sirey, 1923.

POUGOUÉ (P. –G.) (Sous la direction de), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011.

POUGOUÉ (P. –G.) et **KUATE TAMEGHE (S. S.)** (Sous la direction de), *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, L'Harmattan, 2010.

RACINE (J.-B.) et **SIIRIAINEN**, *Droit du commerce international*, Dalloz, coll. « Cours », 2^e éd., 2011.

SERLOOTEN (P.), *Droit fiscal des affaires*, Précis Dalloz, 16^e édition, 2017/2018.

OUVRAGES SPÉCIALISÉS

AKAM AKAM (A.) (Sous la direction de), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, l'Harmattan, Paris, 2009.

Association Henri Capitant, *La construction européenne en droit des affaires : acquis et perspectives*, Préface Président Valéry Giscard d'Estaing, LGDJ, Hors collection, 2016.

Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question. À propos des rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Société de législation comparée, 2006.

AUDIT (M.), **MUIR-WATT (H.)** et **PATAUT (E.)**, (Sous la direction de), *Les conflits de lois et régulation économique : l'expérience du marché intérieur*, LGDJ, Coll. Droit et Economie, 2008.

BADJI (P. S. A.), *Réforme du droit des sociétés commerciales OHADA*, éd. L'Harmattan, Sénégal, 2016.

BATTIFOL (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, rééd. 2002.

CADIET (L.) (Coord. Scientifique), *Droit et attractivité économique : le cas OHADA*, *Travaux de l'association pour l'Efficacité du Droit et de la Justice dans l'espace OHADA (AEDJ)*, éd. IRJS, Collection de l'IRJS-André Tunc, 2013.

Centre de droit économique (Aix-Marseille), *Recueil d'Études sur l'OHADA et l'UEMOA*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2010.

DEROUIN (Ph.) et **MARTIN (Ph.)**, *Droit communautaire et fiscalité. Sélection d'arrêts et de décisions*, Litec, 2004.

FAU-NOUGARET (M.) (sous la direction de), *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, L'Harmattan, 2012.

FUCHS (A.), MUIR-WATT (H.) et PATAUT (E.) (Sous la direction de), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004.

HOPT (K. J.), MENJUCQ (M.) et WYMEERSCH (E.) (Sous la direction de), *La société européenne, organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003.

KAHN (Ph.) et LOQUIN (É.) (Sous la direction de), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000.

LECOURT (A.) et CATHIARD (C.), *La pratique du droit européen des sociétés : Analyse comparative des structures et des fusions transfrontalières*, Editions Joly, 2^{ème} ed., 2017.

LIBCHABER (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la reconnaissance du droit*, Lextenso, LGDJ/Hors collection, 2013.

MAGNIER (V.) (Sous la direction de), *L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?*, PUF, coll. CEPRISCA, 2007.

MAGNIER (V.), *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, coll. CEPRISCA, 2006.

MELOT (N.), *Territorialité et mondialité de l'impôt*, Paris, édition Dalloz, 2004.

MEYER (P.) (sous la direction de), *La libéralisation de l'économie dans le cadre de l'intégration régionale : le cas de l'U.E.M.O.A.*, Publication du CEEI N°3, Ouagadougou, Imprimerie Presses Africaines, 2001.

MORTIER (S.), *Au cœur de l'unité africaine, le droit OHADA*, UPPR Editions, Collection au cœur de, 2017.

OTIS (G.) (Sous la direction de), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Éditions Khartala, 2012.

PERELMAN (Ch.) (sous la direction de), *Les antinomies en droit*, travaux du centre de recherches de logique, Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1965.

POILLOT-PERUZZETTO (S.) (Sous la direction de), *Vers une culture juridique européenne*, LGDJ, Montchrestien, 1998.

POILLOT-PERUZZETTO (S.) et LUBY (M.), *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Dalloz, 1998.

POUGOUÉ (P. –G.) et KALIEU ELONGO (Y.), *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, Yaoundé, 2008.

SALL (A.), *Les mutations de l'intégration des États en Afrique de l'Ouest*, Préf. J. P. QUENEUDEC, Paris, L'Harmattan, 2007.

TCHEUMALIEU FANSI (M. R.), *Droit et pratique bancaire dans l'espace OHADA*, éd. L'Harmattan, Paris, 2013.

VAREILLES-SOMMIÈRES (P. de) (Sous la direction de), *Le droit privé européen*, Economica, 1998.

L'entreprise dans le marché unique européen, Travaux de la CEDECE, La documentation française, 1995.

VOGEL (L.), *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, Paris, LGDJ, coll. « Droit global », 2001.

THÈSES, MONOGRAPHIES ET RAPPORTS

AHOUA (D.), *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le Droit français*, thèse Bordeaux 4, 2015.

AUDIT (B.), *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974.

AZENCOT (M.), *Le transfert international de siège social*, thèse Paris 2, 2011.

BAKHOUM (M.), *L'articulation du droit communautaire et des droits nationaux de la concurrence dans l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA)*, Berne, Bruxelles, Stampfli, Bruylant, 2007.

BOUCOBZA (X.), *L'acquisition internationale de société*, LGDJ, 1998.

BRIÈRE (C.), *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001.

CCI Paris, *Faciliter le transfert des sièges sociaux au sein de l'Union européenne, examen de la proposition de 14^e directive*, Rapport adopté par le bureau le 20 mai 1999. – G. Chastenet de Gery : *JCP G* 1999, act., p. 1961.

COMBET (M.), *L'établissement des sociétés en droit de l'Union européenne. Contribution à l'étude de la création jurisprudentielle d'un droit subjectif*, thèse Lyon 3, 2014.

COQUELET (M. –L.), *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, Thèse, Paris 10 Nanterre, 1994.

- DALMAU (R.),** *La désactivation de la norme nationale par la Cour de justice de l'Union européenne*, thèse Paris 1, 2014.
- DESSAINT (P.),** *Les fusions transfrontalières dans l'Union Européenne (L'exemple Franco – Belge)*, Thèse Lille 2, 1999.
- DIEDHIOU (P.),** *L'unification du droit des affaires de l'OHADA : étude de droit uniforme et de droit international privé*, thèse Univ. Genève, IHEID, 2010.
- DIENG (S.),** *Procédure de sauvetage et coexistence de normes dans l'espace OHADA : le cas des établissements de crédit*, thèse Toulouse 1, 2014.
- DIEYE (M.),** *La fiscalité des revenus des valeurs mobilières dans les pays de l'UEMOA : impact sur le fonctionnement du marché financier régional*, thèse Lyon 3, 2002.
- DUPIN (C.),** *Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux dans l'Union européenne : aspects de droit social*, LexisNexis, Collection Planète Social Thèses, 2013.
- FRANCO (O.),** *L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? L'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité. Etude de droit européen et de droit comparé*, LGDJ, 2016.
- GAILLARD (F.),** *Le droit des sociétés à l'épreuve de la société privée européenne*, thèse Bordeaux 4, 2013.
- GANNAGÉ (L.),** *La hiérarchie des normes et les méthodes de droit international privé : étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001.
- GIORGINI (G. C.),** *Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des « nouveaux instruments » de règlement de la faillite internationale*, Dalloz, 2006.
- GOLDMAN (B.),** « Rapport concernant le projet de convention sur la fusion internationale des sociétés anonymes », *RTDE*, 1974, p. 464 et s.
- GOLDMAN (B.),** « Rapport concernant la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés dans la communauté économique européenne », *RTDE*, 1968, p.405 et s.
- GUERCHOUN (F.),** *Les conflits de conventions et d'actes communautaires en droit international privé (le point de vue du juge étatique)*, thèse Paris 1, 2002.
- HATZIGAYOS (Th.),** *La fusion de sociétés anonymes en droit communautaire et en droit comparé*, Thèse Nancy, 1984.
- HEYMANN (J.),** *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, 2010.
- HUYGHE (S.),** *Rapport au Premier ministre sur L'attractivité du territoire pour les sièges sociaux des grands groupes internationaux*, La documentation française, 2003.
- JEAMMAUD (A.),** *Des oppositions de normes en droit privé*, thèse Lyon 3, 1975.

- JOBARD-BACHELIER (M. -N.),** *L'apparence en droit international privé*, LGDJ, 1984.
- KAGISYE (E.),** *Les conflits de normes dans l'espace OHADA*, Editions Universitaires Européennes (EUE), 2016.
- KALAANI (A.),** *La fusion de sociétés en droit interne et international : contribution à la notion de « contrat-organisation »*, éd. L'harmattan, 2017.
- KONTE (M.),** *Le droit commercial des pays de zone OHADA, comparaisons avec le droit français*, LGDJ, 2003.
- LABORDE (J.-P.),** *La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit*, thèse Bordeaux, 1981.
- LAGTATI (K.),** *Les succursales en droit international et européen*, thèse Clermont-Ferrand 1, 2011.
- LECOURT (B.),** *L'influence du droit communautaire sur la constitution des groupements*, LGDJ, 2000.
- LENOIR (N.),** *Rapport au Premier ministre sur La SE ou Societas Europaea, pour une citoyenneté européenne de l'entreprise*, La documentation française, 2007.
- LEVY (L.),** *La nationalité des sociétés*, LGDJ, 1984.
- LOUSSOUARN (Y.),** *Les conflits de lois en matière de sociétés*, thèse Rennes, 1949.
- LUBY (M.),** *L'entreprise européenne : étude de droit des sociétés*, thèse Pau, 1991.
- MAGNIER (V.),** *Rapprochement des droits dans l'Union Européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, LGDJ, 1999.
- MALAN (A.),** *La concurrence des conventions internationales dans le droit des conflits de lois*, PUAM, 2001
- MASTRULLO (Th.),** *le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, PUAM, 2009.
- MATHIEU (B.),** *Directives européennes et conflits de lois*, LGDJ, 2015.
- MBAYE (M. N.),** *Fusions, scissions et apports partiels d'actifs transfrontaliers en Afrique*, thèse Paris 10 Nanterre, 2006.
- MENJUCQ (M.),** *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ, 1997.
- MOGAVERO (C.),** *La contribution de l'ordre juridique communautaire à la définition du siège social en droit international privé des sociétés*, thèse Lyon 3, 2008.
- NCHANKOU MOUANSIE (N. M.),** *La liberté d'établissement des sociétés en Europe et en Afrique*, thèse Cergy-Pontoise, 2009.

- NDOUMTSA FONE (A. M.),** *Étude comparée de l'intégration juridique par l'OHADA et l'UE*, thèse Bordeaux 4, 2007.
- NGOM (M.),** *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA : le cas de la régulation juridique de la concurrence*, thèse, Nantes et Saint-Louis, 2007.
- NGOUMTSA ANOU (G.),** *Droit OHADA et conflits de lois*, LGDJ, 2012.
- NOBLET (A.),** *La lutte contre le détournement des droits nationaux en droit communautaire, contribution à l'étude de l'abus de droit*, thèse Rouen, 2004.
- NZOUABETH (D.),** *Le juge et le droit des sociétés OHADA, Contribution pour le traitement judiciaire des litiges entre associés*, thèse Dakar, préf. N. DIOUF, Editions universitaires européennes (EUE), 2011.
- OPREA (E.-A.),** *Droit de l'Union européenne et lois de police*, L'harmattan, 2015.
- PILLET,** *Des personnes morales en droit international privé*, thèse Paris, 1914.
- POHE (D.),** *La nationalité des sociétés dans les pays en voie de développement*, thèse Bordeaux, 1989.
- PRIETO (C.),** *La société contractante*, PUAM, 1994.
- RAFFRAY (R.),** *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Dalloz, Nouvelles Bibliothèques de Thèses, 2011.
- ROUTIER (R.),** *Les fusions internationales des sociétés commerciales. Prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements*, LGDJ, 1994.
- SAINTOURENS (B.),** *Droit du travail et restructurations juridiques des entreprises*, thèse de 3^e cycle, Bordeaux 1, 1982.
- SARR (A. Y.),** *L'intégration juridique dans l'Union Économique et Monétaire Ouest Africain (UEMOA) et dans l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)*, PUAM, 2008.
- SCHMEIDLER (J.),** *La protection des créanciers dans les fusions internationales de sociétés : droit international et comparé*, thèse Paris 2, 2011.
- SCHMIDT (D.),** *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly éd., Paris, 2004.
- SOULEAU-BERTRAND (M.),** *Le conflit mobile*, Dalloz, Nouvelles Bibliothèques de Thèses, 2005.
- SULES (J.),** *Droit uniforme et conflit de lois : rôle de la théorie des conflits de lois en matière d'interprétation divergente des règles de droit uniforme*, Thèse dactyl., Paris, 1966.

SYNVET (H.), *L'organisation juridique du groupe international de sociétés (Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale)*, thèse Rennes, 1979.

TAP (J.-B.), *La localisation des sociétés*, thèse Aix-Marseille 3, 2015.

TCHANTCHOU (H.), *La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA*, L'Harmattan, Paris, 2009.

VIANGALLI (F.), *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, PUAM, 2004.

VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), *Le rattachement juridique des sociétés commerciales supranationales. Proposition d'un système de rattachement pour une « société du Mercosur » à la lumière du droit européen des sociétés*, thèse Strasbourg, 2014.

ZOUMPOULIS (Ch.), *Aspects juridiques et fiscaux de la mobilité des sociétés dans l'espace régional européen*, thèse Paris 2, 2016.

ARTICLES, COURS ET CHRONIQUES

ABARCHI (D.), « Sécurité juridique et enjeux normatifs en Afrique de l'Ouest dans le domaine du droit des affaires », in *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, Matthieu FAU-NOUGARET (sous la direction de), L'Harmattan, 2012, p. 315 et s.

ABARCHI (D.), « La supranationalité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des affaires (OHADA) », *Revue Burkinabé de droit*, n° 37, 1^{er} semestre 2000.

ALLAIN (T.), « Le transfert transfrontalier du siège social sous le prisme de la transformation », *Dr. Sociétés*, 2012, Étude 18.

ATHLAN (L.) et TORCK (S.), « Les scissions transfrontalières », *cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, novembre 2011, dossier 36.

D'AVOUT (L.) et TRÉMEAU (I.), « L'avenir européen du droit des affaires », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LexisNexis, 2015, p. 43 et s.

BA (D. B.), « Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA », Actes du colloque de Ouagadougou des 16 et 17 décembre 1999 sur le thème « La libéralisation de

l'économie dans le cadre de l'intégration régionale : le cas de l'UEMOA », publiés par le CEEI n° 3, p. 157, www.ohada.com/doctrine, D-11-06.

BACCI (B.), « Stratégie d'implantation géographique des entreprises », in *La territorialité fiscale dans l'union européenne, Petites affiches*, 15 mai 2002, n° 97, p. 17 et s.

BADJI (P. S. A.), « Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires – Pratique professionnelle*, N° 6, janvier 2016, Doctrine, p. 9 et s.

BAKANDEJA wa MPUNGU (G.), « L'internationalisation des échanges et le droit OHADA », *RLDC*, 2010, n° 67, p. 82 et s.

BAKHOUM (M.), « Cohérence institutionnelle et effectivité d'une politique régionale de la concurrence : le cas de l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) », *RIDE*, 2011/3, p. 305 et s.

BAKHOUM (M.), « Perspectives africaines d'une politique de la concurrence dans l'espace OHADA », *RIDE*, 2011/3, p. 351 et s.

BAKHOUM (M.), « Répartition et exercice des compétences entre l'union et les États membres en droit de la concurrence dans l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine (UEOMA) », *RIDE*, 2005/3, p. 319 et s.

BARNIER (M.), « L'avenir du droit européen des sociétés », discours, Bruxelles, 16 mai 2011.

BARRIÈRE (F.), « La fusion-filialisation », *Rev. Sociétés*, 2013, p.667.

BASTID (S.), « La nationalité de sociétés et la protection diplomatique », in *Travaux du comité français de DIP*, 1966_1969, p. 247 et s.

BATTIFOL (H.), « Pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, 1973, tome 139, p. 75 et s.

BATTIFOL (H.), « Le changement de nationalité de sociétés », in *Travaux du comité français de DIP*, 1966-1969, p. 65 et s.

BEGUIN (J.), « L'avènement de la Société européenne », in *Le droit international privé esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.75 et s.

BEGUIN (J.), « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », in *Aspects organisationnels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, Dalloz, 2003, p. 43 et s.

BEGUIN (J.), « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p.859 et s.

BEGUIN (J.), « La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières », in *Propos impertinent du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 19 et s.

BEGUIN (J.), « Un texte à abroger : la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations extérieures à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 1 et s.

BEGUIN (J.), « Le rattachement de la société européenne », in *La société européenne*, Dalloz, 2003, p. 31 et s.

BEGUIN (J.), « L'évolution de l'environnement international et communautaire de la loi du 24 juillet 1966 », *Rev. sociétés* 1996, p. 512 et s.

BEGUIN (J.), « Quel avenir pour la société européenne ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 309 s.,

BEITZKE (G.), « Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé) », *Rev. Crit. DIP*, 1967, p. 1 et s.

BELANGER (L.), « Un code européen des affaires, le droit au cœur de la consolidation de l'Europe », *JCP éd. G.*, 2017, 455, p. 790.

BERGÉ (J.-S.), « Droit international privé et approche contextualisée des cas de pluralisme juridique mondial », in *Les relations privées internationales, Mélanges en l'honneur de Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 59 et s.

BERGÉ (J. -S.), « Chronique : Interaction du droit international et européen : approche du phénomène en trois étapes dans le contexte européen », *JDI (Clunet)*, 2009, n° 3, p. 917 et s.

BERGÉ (J. -S.), « Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 113 et s.

BERNARDEAU (L.), « Droit communautaire et lois de police », *JCP éd. G.*, 2001, I, 328, p. 1158 et s.

BERNARDEAU (L.), « Droit communautaire d'établissement et transfert du siège des sociétés », *Gaz. Pal.*, 11-12 juil. 2003, p. 2012 et s.

BERTREL (J.-P.) et MENJUCQ (M.), « L'Europe et les opérations transfrontalières de rapprochement des sociétés », Introduction, *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 6, Novembre 2011, dossier 33.

BÉZARD (P.), « le droit des sociétés français face aux défis de la mondialisation », *Rev. Sociétés*, 2000, p. 55 et s.

BISCHOFF (J. –M.), « La SE, aspects de droit international privé », *Petites affiches*, 16 avr. 2002, n° 76, p. 43 et s.

BISCHOFF (J. –M.), « Observations sur la validité du transfert international de siège social », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, T. I, Librairies techniques 1974, p.

BLAISE (J.-B.), « Groupes de sociétés, intégration fiscale et liberté d'établissement », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LexisNexis, 2015, p. 137 et s.

BLAISE (J. –B.), « Une cohabitation difficile : nationalité des sociétés et libre établissement dans la communauté européenne », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 585 et s.

BLANC (G.), « la société européenne : la pluralité des rattachements en question », *Dalloz*, 2002, p. 1052 et s.

BLANLUET (G.), « La mobilité des sociétés en Europe : Barrières juridiques, Barrières fiscales », *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p.45 et s.

BLANLUET (G.), « Transfert de siège au sein de l'Union européenne » ; *Dr. Fisc.*, n° 5, 2 février 2012, n° 125.

BLANQUET (F.), « Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *Rev. Sociétés*, 2000, p. 115 et s.

BLANQUET (F.), « Droit communautaire des sociétés de capitaux : quelles tendances générales prévisibles à l'aube du 3^e millénaire ? », *Rev. Sociétés*, 2000, p. 73 et s.

BOCCARA (V.), « Adaptation du droit des sociétés au droit communautaire », *LPA* 30/07/2008, n° 152, p. 4 et s.

BOELE-WOELCKI, « L'interaction entre le droit matériel uniforme et conflit de lois », Cours Académie de droit international de la Haye, session de Juillet 2009.

BOUCOBZA (X.), « Les techniques de réglementation favorisant la mobilité des sociétés », in *La mobilité internationale des sociétés*, *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2006, n° 2, p. 23 et s.

BOY (L.), « Quel droit de la concurrence pour l'Afrique francophone subsaharienne ? Introduction », *RIDE*, 2011/3, p. 263 et s.

BROUILLAUD (J. –P.), « La SAE : La "société approximativement européenne" », *JCP, éd. E*, 2007, 1100, p. 39 et s.

BUCHBERGER (M.), « L'ordre public sociétaire », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LexisNexis, 2015, p. 181 et s.

BUREAU (D.), « Le conflit de conventions », *Travaux comité fr. DIP*, 2000, p. 201 et s.

CALISTI (J. -L.), « La mobilité internationale des sociétés : le point de vue du fiscaliste », in *La mobilité internationale des sociétés, Cahiers de droit de l'entreprise*, 2006, n° 2, p. 55 et s.

CATHIARD (C.), « Le « volet social » de *societas europaea* est enfin précisé », *Petites affiches*, 1^{er} déc. 2006, n° 240, p. 7 et s.

CATHIARD (C.), « La sociétés européenne en droit français », *Dr. Sociétés*, déc. 2005, p. 7 et s., et janv. 2006, p. 5 et s.

CATHIARD (C.), « La nationalité et la naturalisation des sociétés dans l'espace européen », *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e, n° 105, 1^{er} mai 2009.

CATHIARD (C.), « Le régimes des fusions transfrontalières depuis la loi du 3 juillet 2008 », *Dr. Sociétés*, 2009, n° 10, étude 8.

CATHIARD (C.), « Les nouveaux atouts de la société européenne », *Bull. Joly Sociétés*, 2007.

CATHIARD (C.) et LECOURT (A.), « Les structures européennes : principales caractéristiques et intérêts pour les entreprises », *Dr. Sociétés*, 2008, n°8, étude 11.

CAUSSAIN (J. -J.), « Des fusions transfrontalières dans l'Union européenne », *Mélanges AEDBF-France II*, Banque éditeur, 1999, p. 113 et s.

CAUSSAIN (J. -J.), « Fusions transfrontalière », *JCPE* 1999.897

CAVALLINI (J.), « Liberté du commerce et de l'industrie et libertés de circulation en Europe », in *Le code de commerce, 1807-2007, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 651 et s.

CHACORNAC (J.), « La protection des créanciers de la société absorbée à l'issue d'une fusion internationale », *D.* 2016, p. 1404 et s.

CHAMPAUD (C.), « Le droit français des sociétés à l'aube du 21^e siècle », *Rev. Des sociétés*, 2000, p. 77 et s.

CHEMINADE (Y.), « Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes », *RTD com.* 1970, p. 15 et s.

CISSÉ (A.), « Pour une approche plurale du droit africain », in *De l'esprit du droit africain, mélanges en l'honneur de Paul GERARD POUGOUE*, Kluwer & CREDIJ, 2014, p. 1 et s.

CISSÉ (A.), « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », *RIDE*, 2004, p. 197 et s.

CISSÉ (A.), « La pluralité juridique et le droit OHADA », in *Méthodologie du pluralisme juridique*, G. OTIS (Sous la direction de), Éditions Khartala, 2012, p. 188 et s.

CISSÉ (A.), « Production normative et intégration économique en Afrique noire francophone », in *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, L. BOY, J.-B. RACINE, J.-J. SUEUR (Sous la direction de), Larcier, p. 165 et s.

CISSÉ (A.), « Le nouvel élan de l'OHADA », *Revue droit et patrimoine*, mars 2011, p. 47-50.

CLAVEL (S.), « Le droit international privé européen est-il « honorable » ? Retour sur une controverse doctrinale », in *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 119 et s.

COHEN (D.), « Droit du commerce international et modernité », in *Études à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT*, Litec, 2009, p. 109 et s.

COLLIN (F.) et DOM (J. –PH.), « Enjeux et perspectives de la Société Européenne », *Actes pratiques, Sociétés*, nov.-déc. 2005, p. 5 et s.

COMBET (M.), « Le droit d'établissement des sociétés dans en droit de l'Union européenne et l'existence présumée d'une concurrence normative », *RLDA*, 2016, n° 116.

COURET (A.), « Mondialisation et droit des sociétés. La structure juridique des entreprises (corporate governance) », *RIDE*, 2002, p. 339 et s.

COZIAN (M.), « Les fusions internationales : mythe ou réalité », *Petites Affiches*, n° 255, 22 Décembre 2000, p. 3

DAIGRE (J.-J.), « Les fusions internationales », *Dr. Sociétés, Actes pratiques*, n° 40, juillet-aout 1998, p. 3 et s.

DAMMANN (R.) et WYNAENDTS (L.), « La renaissance inattendue de la théorie du siège réel », *D.* 2009, p. 574 et s.

DAMMANN (R.), « Mobilité des sociétés et localisation des actifs », in *La mobilité internationale des sociétés*, Cahiers de droit de l'entreprise, 2006, n° 2, p. 41 et s.

DELMAS-MARTY (M.), « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, Chron., p. 951 et s.

DELVAUX (Th.), « La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace ? Quelques réflexions à propos de la liberté d'établissement des sociétés », *Rev. prat. soc.*, 2004, p. 207 et s.

DEMAISON (J.), « La société européenne « à la française » : un pas important vers une modernisation de la société anonyme ? », *RLDA*, janv. 2007, p. 10 et s.

DEROUIN (Ph.) et LADREY (G.), « L'incomplète adaptation du régime fiscal des fusions de sociétés et opérations assimilées à la directive communautaire du 23 juillet 1990 », *Dr. Fisc.* 1992, n° 5, p. 224.

DIALLO (B.), « Une lecture pluraliste du droit communautaire des entreprises en difficulté en Afrique de l'ouest », in *De l'esprit du droit africain, mélanges en l'honneur de Paul GERARD POUGOUE*, Kluwer & CREDIJ, 2014, p. 199 et s.

DIARRA (E.), « Coopération ou intégration fiscale au sein de l'union Economique et Monétaire Ouest Africain (UEMOA) », *Revue burkinabé de droit*, n° 45, 2004, www.ohada.com/doctrine, D-05-28.

DIEDHIOU (P.), « L'article 10 du Traité de l'OHADA : quelle portée abrogatoire et supranationale », *Rev. Droit uniforme*, 2007, p. 265 et s.

DOM (J. –Ph.), « La liberté d'établissement comme fondement de la reconnaissance mutuelle des sociétés : principe et conditions de mise en œuvre », note sous CJCE 5 novembre 2002 *Uberseering*, *Rev. Des sociétés*, 2003, p. 315 et s.

DOM (J. –Ph.), « La société européenne – Aspects de droit des sociétés », *Droit et Patrimoine*, avril 2004, n° 125, p. 77 et s.

DOUVIER (P. –J.), « Résidence de l'entreprise : l'établissement stable et la résidence des sociétés dans l'Union européenne », in *La territorialité fiscale dans l'Union européenne*, Petites affiches, 15 mai 2002, n° 97, p. 30 et s.

DREXL (J.), « Perspectives européennes sur la politique de la concurrence dans l'espace OHADA », *RIDE*, 2011/3, p. 281 et s.

DUCOULOUX-FAVARD (C.), « Fraude et droit d'établissement dans l'Union européenne », *LPA* 12 Nov. 1999, n° 226, p. 5 et s.

DUTHEIL de la ROCHÈRE (J.), « Mondialisation et régionalisation », in *La mondialisation du droit*, sous la direction de Ph. Kahn. Et É. Loquin, Paris, Litec, 2000, p. 435 et s.

FALLON (M.), « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la direction de A. Fuchs, H. Muir-Watt et É. Pataut, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004, p. 31 et s.

FALLON (M.), « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la communauté européenne », *RCADI*, 1995, tome 253, p. 9 et s.

FISHELSON (M.-D.), « L'implication des salariés dans les différentes structures européennes », *Bulletin Joly sociétés*, 01/10/2008, n° 10, p. 818

FOMETEU (J.), « L'OHADA : l'idéologie et le système », in *De l'esprit du droit africain, mélanges en l'honneur de Paul GERARD POUGOUE*, Kluwer & CREDIJ, 2014, p. 305 et s.

FRANCESKAKIS (Ph.), « Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux », *Rev. Crit. DIP*, 1970, p. 609 et s.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « La société européenne », *D.* 2001, Interview, p. 290.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « le droit des deux mondialisations », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, *Arch. Phil. Dr.*, t. 47 (2003), p. 17 et s.

FRÉMINET (P. de), « À défaut d'une harmonisation, une coordination fiscale est-elle possible ? », in *La territorialité fiscale dans l'Union européenne*, Petites affiches, 15 mai 2002, n° 97, p. 41 et s.

GANNAGÉ (L.), « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes, l'exemple du droit de la famille », *Rev. Crit. DIP*, 2001, p. 1 et s.

GAUDEMET-TALLON (H.), « Le pluralisme en droit international privé : richesse et faiblesse (Le funambule de l'arc-en-ciel) », *RCADI*, tome 312, p. 28.

GERMAIN (M.), « Rapports entre droit communautaire et droit interne des sociétés », in *L'entreprise dans le marché unique européen*, Travaux de la CEDECE, La documentation française, 1995, p. 267 et s.

GOLDMAN (B.), « La nationalité des sociétés dans la communauté économique européenne », *Travaux du comité français de DIP*, 1969, p. 215 et s.

GOLDMAN (B.), « Le droit des sociétés internationales », *JDI* 1963, p. 32. Et s.

GOLDMAN (B.), « Rapport sur les obstacles juridiques aux fusions internationales de sociétés », *Rev. Marché commun*, 1968, p. 301 et s.

GRIMALDI (M.), « Le droit continental face à la mondialisation », in *Études à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT*, Litec, 2009, p. 293 et s.

GUYON (Y.), « Rapport de synthèse de la 2^{ème} Journée internationale de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour du 18 mai 2001, *L'Entreprise sous les influences réciproques du droit européen et des droits nationaux* », *Rev. Sociétés*, 2000, p. 314 et s.

HERTZOG (B.), « La société européenne et l'optimisation fiscale : l'attrait du français », in *Colloque : La société européenne*, *Gaz. Pal.*, 2-3 avr. 2003, p. 819 et s.

HEYMANN (J.), « De la mobilité des sociétés dans l'Union. Réflexions sur le droit d'établissement », in *Les relations privées internationales, Mélanges en l'Honneur de Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 425 et s.

HUBERLANT (Ch.), « Antinomies et recours aux principes généraux », in *Les antinomies en droit*, Etudes publiées par Ch. PERELMAN, travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 204 et s.

IBRIGA (L. M.), « Le problème de la compatibilité entre l'U.E.M.O.A. et la C.E.D.E.AO. », in *La libéralisation de l'économie dans le cadre de l'intégration régionale : le cas de l'U.E.M.O.A.*, sous la direction de Pierre MEYER, Publication du CEEI N°3, Ouagadougou, Imprimerie Presses Africaines, 2001 pp.198-227.

IDOT (L.), « À propos de la libre circulation des entreprises », in *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman*, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 59 et s.

ISSA-SAYEGH (J.), « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », *Revue de droit uniforme*, UNIDROIT-Rome, 1999, p. 5 et s.

ISSA-SAYEGH (J.), « Le caractère d'ordre public des dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) », *Penant*, 2009, p. 393 et s.

ISSA-SAYEGH (J.), « L'intégration juridique des Etats africains dans la zone franc », *Recueil Penant*, n° 823, p. 5 et s.

ISSA-SAYEGH (J.), « Les instruments nationaux de l'intégration juridique dans les États de la zone franc », in *De l'esprit du droit africain, mélanges en l'honneur de Paul GERARD POUGOUE*, Kluwer & CREDIJ, 2014, p. 365 et s.

ISSA-SAYEGH (J.), « Conflits entre droit communautaire et droit régional dans l'espace OHADA », www.ohada.com/doctrine, D-06-05.

ISSA-SAYEGH (J.), « L'ordre juridique de l'UEMOA et l'intégration juridique africaine : essai d'un bilan et de perspectives », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Études en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Pédone 2004, p. 663 et s., www.ohada.com/doctrine, D-03-18.

ISSA-SAYEGH (J.), « L'ordre juridique OHADA », Communication au Colloque ARPEJE/IDEF, ERSUMA, Porto Novo 3-5 juin 2004, www.ohada.com/doctrine, D-04-02.

JAULT-SESEKE (F.) et MENJUCQ (M.), « Droit international privé et droit communautaire dans le code de commerce », in *D'un code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, LE CANNU (Sous la direction de), LGDJ, 2008, p. 393 et s.

JONET (J. –M.), « Sociétés commerciales – La théorie du siège réel à l'épreuve de la liberté d'établissement – Autour de l'arrêt *Überseering* », *JTDE*, n° 96, 2003, p. 33 et s.

KALIEU ELONGO (Y. R.), « De la concurrence à la cohabitation des droits communautaires », in *L'environnement juridique des affaires mis en place par les droits communautaires* (OHADA, UEMOA, CEMAC, CEDEAO, OAPI, CIMA, CIPRES), CREDERSUMA, 24-26 janvier 2011.

KANTE (P. N.), « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », *RTD com.*, 2010, p. 1.

KENFACK DOUAJNI (G.), « La modification du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, dit Traité OHADA », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n°43 oct-nov-déc 2008, p. 3.

KENFACK DOUAJNI (G.), « Le Traité OHADA révisé », *Recueil Penant*, n° 872, 2010, p. 305.

KINSCH (P.), « Quel droit international privé pour une époque néolibérale », in *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 377 et s.

KLEINER (C.), « Le transfert de siège social en droit international privé », *JDI (Clunet)*, n° 2, Avril 2010, p. 4 et s.

KOBILA (J. M.), « Les rapports de la Cour de justice de la CEMAC et la CCJA de l'OHADA » in *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, M. FAU-NOUGARET (sous la direction de), L'Harmattan, 2012, p. 357 et s.

KOKOROKO (D.), « La coexistence entre organisations sous régionales : limites et perspectives », in *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, Matthieu FAU-NOUGARET (sous la direction de), L'Harmattan, 2012, p. 197 et s.

KONATE (M. I.), « l'OHADA et les autres législations communautaires UEMOA, CEMAC, CIMA, OAPI, CIPRES, etc. », www.ohada.com/doctrine, D-11-90.

KONE (M.), « La notion de groupe de sociétés en droit OHADA », *Recueil Penant*, n° 856, juillet-septembre 2006, p. 285.

KOUADIO (K.), « conflits de normes et application du droit communautaire dans l'espace OHADA », www.ohada.com/doctrine, D-13-29.

KOVAR (R.), « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », *D.* 2009, p. 465 et s.

KREUZER (K.), « La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères », *Rev. crit. DIP* 1995, p.465 et s.

KRIEF (B.), « Le droit européen des sociétés, un droit en construction », *JCP E.*, 9 févr. 2012, n° 6, p. 27 et s.

LABORDE (J.-P.), « Droit international privé et groupes internationaux de sociétés : une mise à l'épreuve réciproque », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derrupé*, GLN Joly éd. Litec, 1991, p. 49 et s.

LAGARDE (P.), « La fraude en matière de nationalité », in *Les relations privées internationales, Mélanges en l'Honneur de Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 511 et s.

LAGARDE (P.), « La reconnaissance mode d'emploi », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 481 et s.

LAGARDE (P.), « Rapport de synthèse », in *conflits de lois et le système juridique communautaire*, A. Fuchs, H. Muir-Watt et É. Pataut (sous la direction de), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004, p. 283 et s.

LAGARDE (P.), « Liberté d'établissement et reconnaissance mutuelle des sociétés », *Rev. Crit. DIP* 2003, p. 508.

LAGARDE (P.), « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? (à propos de l'arrêt HOCKE de la section commerciale du 4 mars 1963) », *Rev. Crit. DIP*, 1964, p. 235.

LAGARDE (P.), « La formation progressive du droit international privé communautaire », *Deffrénois* 15 avril 2005, n°1, p. 31 et s.

LAMBERT (T.), « Marché intérieur et évasion fiscale », in *La territorialité fiscale dans l'Union européenne*, Colloque organisé par les Éditions législatives et l'Université Paris 13 le 27 novembre 2001, Petites affiches, 15 mai 2002, n° 97, p. 34 et s.

LECOURT (A.), « Adaptation du droit des sociétés au droit communautaire », *Bull. joly Sociétés* 2008, n°3, p. 172.

LECOURT (A.), « La transposition en France des fusions transfrontalières : entre innovations et espoirs déçus », *Bull. joly Sociétés*, 2008, p. 806 et s.

LECOURT (B.), « Fusions transfrontalières : rapport sur l'application de la directive », *Rev. sociétés*, 2014, p. 135 et s.

LECOURT (B.), « Le droit européen des sociétés face à la crise », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri HOVASSE*, LexisNexis, 2016, p. 101 et s.

LECOURT (B.), « La société privée européenne a-t-elle encore un avenir ? (à propos du retrait de la proposition de règlement) », *Rev. Sociétés*, 2014, p. 133.

LECOURT (B.), « Droit des sociétés de l'Union européenne », *Dalloz, répertoire de droit européen*, 2016.

- LECOURT (B.),** « Société européenne : vers une réforme du statut », *Rev. Sociétés*, 2010, p. 338 et s.
- LECOURT (B.),** « Adoption de la directive sur les fusions transfrontalières », *Chron. De droit européen des sociétés, Rev. Sociétés*, 2005, p. 923 et s.
- LECOURT (B.),** « Codifier le droit européen des sociétés », *Rev. Sociétés*, 2013, p. 419 et s.
- LECOURT (B.),** « L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? », *Rev. sociétés* 2004, p. 228 et s.
- LE BRAS (W.),** « Le transfert du siège social des sociétés étrangères en France », *Bull. Joly* 1983.795.
- LE CANNU (P.),** « Les salariés au conseil d'administration ou au conseil de surveillance : pour quoi faire ? », in *Des liens et des doits, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre LABORDE*, Dalloz, 2015, p. 757 et s.
- LE GALL (J.-P.),** « L'harmonisation européenne de la fiscalité directe des entreprises : Analyse et perspectives du rapport Ruding », *Dr. fisc.*, n° 13, 31 mars 1993, 100013.
- LE NABASQUE (H.),** « Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 », *Rev. Sociétés*, 2008, p. 493.
- LE NABASQUE (H.),** « L'incidence des normes européennes sur le droit français applicable aux fusions et au transfert de siège social », in *colloque Gavalda : Incidence des normes européennes sur le droit français des sociétés, Rev. Sociétés*, 2005, p. 81 et s.
- LE NABASQUE (H.),** « Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations extérieures à la fin du XXème siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, 9. 417 et s.
- LENOIR (N.), BRUNEAU (P.) et MENJUCQ (M.),** « Les enjeux de la localisation de la SE dans l'espace européen (l'apport de la SE au débat sur les délocalisations et à l'optimisation de la gestion des entreprises en Europe) », *Droit et Patrimoine*, 2007, n° 163, p. 62 et s.
- LESCOT (P.),** « L'interprétation judiciaire des règles du droit international privé uniformes », *JCP*, 1963, I, doctrine, 1756.
- LOHOUES-OBLE (J.),** « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », *RIDC*, 1999, p. 543 et s.
- LOUIS-LUCAS (P.),** « Remarques sur la nationalité des sociétés », *JCP*, 1953, I, 1104.
- LOUSSOUARN (Y.),** « Le droit d'établissement des sociétés », *RTD eur.*, 1990, p. 229 et s.

LOUSSOUARN (Y.), « Règles de conflit et règles matérielles dans le droit international des sociétés », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 167 et s.

LOUSSOUARN (Y.), « La concentration des entreprises dans la communauté économique européenne », *Rev. Crit. DIP*, 1974, p. 246 et s.

LOUSSOUARN (Y.), « L'harmonisation du droit d'établissement », *RTDE*, 1969, p. 275 et s.

LOUSSOUARN (Y.), « La libération de l'établissement dans la communauté économique européenne », *RTDE*, 1965, p. 169 et s.

LOUSSOUARN (Y.), « La convention de la Haye sur la reconnaissance des personnes morales étrangères », *Travaux du comité français de DIP*, 1958-1959, p. 67 et s.

LOUSSOUARN (Y.), « La condition des personnes morales en droit international privé », *RCADI*, 1959, I, t. 96, p. 443 et s.

LOY (M.), « Les fusions transfrontalières : entre présent et avenir », *JCPE* 2007, p. 1987 et s.

LUBY (M.), « Impromptu sur la directive n° 2005/56 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux », *Dr. Sociétés*, juin 2006, p. 5 et s.

LUBY (M.), « Droit européen des affaires », *Chron., RTD com.*, 2006, n° 2, p. 243 et s.

LUBY (M.), « Droit communautaires des sociétés en 2004 : cap sur la transparence ! », *Dr. Sociétés*, mai 2005, p. 7 et s.

LUBY (M.), « Droit européen des affaires », *Chron., RTD com.*, 2004, n° 1, p. 178 et s.

LUBY (M.), « Droit communautaires des sociétés en 2002 : coup de houle à l'horizon ?... », *Dr. Sociétés*, mai 2003, p. 8 et s.

LUBY (M.), « Droit européen des affaires », *Chron., RTD com.*, 2003, n° 4, p. 1999 et s.

LUBY (M.), « La *societas europaea* : beaucoup de bruit pour rien (ou si peu...) », *Dr. Sociétés*, févr. 2002, p. 4 et s.

LUBY (M.), « Libre établissement des sociétés et fiscalité directe : un bilan contrasté », *Europe*, janv. 2002, p. 5 et s.

LUBY (M.), « Droit communautaire des sociétés : qui tient la barre en 2003 ? », *Droit des sociétés* 2004, étude n° 7.

LUBY (M.), « Droit européen des affaires », *Chron., RTD com.*, 2001, n° 2, p. 829 et s.

LUBY (M.), « Liberté d'établissement des sociétés et fusion transfrontalière », *D.* 2006, p. 451 et s.

- LUBY (M.)**, « La société anonyme européenne : quel devenir ? Quel avenir ? », *Act. comm.* sept.-oct. 1991, p. 8 et s.
- LUBY (M.)**, « Le droit communautaire des sociétés : au carrefour des normes », in *Internormativité et réseaux d'autorités*, ss dir. L. Idot et S. Poillot-Peruzzetto, *LPA* 2004, n° 200, p. 36
- LUBY (M.)**, « Droit communautaire et entreprises : droit des sociétés, financement, fiscalité » in *Vers une culture juridique européenne ?*, ss dir. S. Poillot-Peruzzetto, *Montchrestien*, 1998, p. 61 et s.
- LUCAS de LEYSSAC (C.)**, « Vers une citoyenneté économique de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, 13 févr. 1997, p. 265 et s.
- MAGNIER (V.)**, « Les droits des sociétés dans l'Union européenne : entre concurrence et équivalence », in *L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?*, PUF, coll. CEPRISCA, 2007, p. 67 et s.
- MAGNIER (V.)**, « Mobilité des sociétés et liberté d'établissement : le point de vue communautaire », in *la mobilité internationale des sociétés*, Cahier de droit de l'entreprise, 2006, n° 2, p. 28 et s.
- MAGNIER (V.)**, « La société européenne en question », *Rev. Crit. DIP*, 2004, p. 555 et s.
- MALAURIE (Ph.)**, « Loi uniforme et conflits de lois », *Trav. Com. Fr. DIP 1964-1966*, Paris, *D.*, 1967, p. 83 et s.
- MARCHESSOU (Ph.)**, « Impôts directs », *Dalloz*, répertoire de droit européen, 2016, n° 12 et s.
- MASTRULLO (Th.)**, « La transposition en droit français de la directive sur les fusions transfrontalières : une avancée, des regrets », *Europe*, août 2009, n° 8, étude 8.
- MASAMBA (R.)**, « L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique », *Rec. Penant* 2006, p. 137 et s.
- MAYER (P.)**, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547 et s.
- MAYER (P.)**, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cors général de droit international privé », *RCADI* 2007, t. 327.
- MAZEAUD (L.)**, « La nationalité des sociétés », *JDI*, 1928, p. 30 et s.
- MBAYE (K.)**, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », *Petites Affiches*, n° 205, 13 oct. 2004, p. 4 et s.

MBAYE (M. N.), « Le transfert intracommunautaire de siège social dans l'espace OHADA », *Rev. Penant (Rev. trim. Dr. Africain)*, 2006, p. 416 et s.

MENJUCQ (M.), « Groupe international de sociétés et lois nationales : entre pluralité et universalité », in *Des liens et des doits, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre LABORDE*, Dalloz, 2015, p. 127 et s.

MENJUCQ (M.), « Le transfert international de siège social : Réalité ou Mirage ? », *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 533 et s.

MENJUCQ (M.), « Les possibilités de transfert de siège social au sein de la communauté européenne », *JCP éd. G*, 2009, 10027

MENJUCQ (M.), « Quels sont les attraits de la société européenne par rapport aux autres types de sociétés françaises ? », in *La société européenne. Premier bilan et perspectives d'évolution*, RLDA, juin 2007, p. 87 et s.

MENJUCQ (M.), « L'Europe et le droit de l'entreprise », *JCP, éd. G.*, 2007, I, 130, p. 32 et s.

MENJUCQ (M.), « Premiers pas et premier bilan de la société européenne en France », *Rev. Sociétés*, 2007, p. 253 et s.

MENJUCQ (M.), « les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux », *RLDA*, mai 2006, p. 10 et s.

MENJUCQ (M.), « Adoption de la directive sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux », *JCP G*, 2006, Actualité, p. 3 et s.

MENJUCQ (M.), « Les atouts et faiblesses de la société européenne « à la française » », *RLDA*, oct. 2005, p. 5 et s.

MENJUCQ (M.), « La notion de siège social : une unité introuvable en droit international et en droit communautaire », in *Droit et actualité, mélanges en l'honneur de Jacques BEGUIN*, Litec, 2005, p. 499 et s.

MENJUCQ (M.), « La notion de circulation internationale d'entreprise », in *Les séparations internationales d'entreprise, Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux*, sous la direction de E. Loquin, Litec 2004, p. 13 et s.

MENJUCQ (M.), « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 831 et s.

MENJUCQ (M.), « Rattachement de la société européenne et jurisprudence communautaire sur la liberté d'établissement : incompatibilité ou paradoxe ? », *D.* 2003, p. 2874 et s.

MENJUCQ (M.), « Régime juridique et fiscal du transfert de siège de la société européenne », in *La Société Européenne (SE), organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, sous la direction de K. J. Hopt, M. Menjucq et E. Wymcersch, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 211 et s.

MENJUCQ (M.), « La mobilité des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2001, p. 210 et s.

MENJUCQ (M.), « Offre publique de retrait et liberté d'établissement », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LexisNexis, 2015, p. 557 et s.

MENJUCQ (M.), « La circulation internationale des sociétés », *Bull. Joly Sociétés*, 01 mars 2001, n° 3, p. 2333 et s.

MENJUCQ (M.), « La société européenne : enfin l'aboutissement ! », *D.* 2001, Chron., p. 1085 et s.

MENJUCQ (M.), « Transfert international de siège social : état du droit positif », *JCP E*, 1999, n° 41, p. 1617 et s.

MENJUCQ (M.), « Les opérations transfrontalières de rapprochement et de mobilité à l'épreuve de la diversité des droits nationaux », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, Novembre 2011, dossier 34.

MENJUCQ (M.), « Un modèle de mobilité : la société européenne », in *La mobilité internationale des sociétés*, Cahiers de droit de l'entreprise, 2006, n° 2, p. 35 et s.

MENJUCQ (M.), « La transformation transfrontalière, nouvelle frontière de la mobilité des entreprises en Europe », in *Regards français et étrangers en hommage à Yves Chaput*, LexisNexis, 2014, p. 211 et s.

MENJUCQ (M.) et FAGES (F.), « Le transfert communautaire du siège social enfin à la portée des sociétés françaises », *Droit et patrimoine*, 2005, n° 139, p. 34 et s.

MENJUCQ (M.), FAGES (F.) et VUIDARD (L.), « La société européenne : un nouvel instrument au service des groupes de sociétés », *D.* 2007, Chron., p. 30 et s.

MENJUCQ (M.) et LENCOU (D.), « Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux : enfin une réalité mais des difficultés persistantes », *D.* 2009, p. 886 et s.

MERLE (Ph.), « Le nouveau droit des sociétés de l'OHADA », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LexisNexis, 2015, p. 565 et s.

MESTRE (J.), « Regards contractuels sur l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires », *RLDC*, 2010, n° 67, p. 72 et s.

MESTRE (J.) et MESTRE-CHAMI (A.-S.), « Le nouveau droit OHADA des sociétés se préoccupe à son tour d'apaiser les conflits entre associés », *RLDA*, 2014, n° 98, p. 84.

MEYER (P.), « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA » *Rec. Penant* 2006, p.151 et s.

MIGLIORINI (S.), « Le transfert de siège social d'un Etat membre à un autre, entre droit européen et droit international privé », *Gaz. Pal.* 17-19 novembre 2013, p. 11

MODI KOKO BEBEY (H.-D.), « La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Rev. Sociétés*, 2002, p. 255.

MODI KOKO BEBEY (H.-D.), « Le contrôle de la gestion des filiales par la société mère dans le droit uniforme des sociétés en Afrique », *Mélanges Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 846 et s.

MOULIN (J.-M.), « La fusion à l'épreuve de la liberté contractuelle », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, Mélanges en l'honneur du Professeur Paul LE CANNU*, Dalloz, 2014, p. 741 et s.

MOULY (Ch.), « Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne ? », *RIDC*, 1985, p. 895 et s.

MOUSOULAS (S.), « La société européenne : société de type communautaire ou société nationale », *LPA*, 10 février 1992, n° 18, p. 16 et s.

MUIR-WATT (H.), « La globalisation et le droit international privé », in *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 591 et s.

MUIR-WATT (H.), « L'entrave à la prestation transfrontalière de services : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des États membres », in *Droit et actualité, Mélanges en l'honneur de Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 79 et s.

MUIR-WATT (H.), « Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé », in *le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 615 et s.

MUIR-WATT (H.), « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI*, 2004, tome 307, p. 25 et s.

MUIR-WATT (H.), « globalisation des marchés et économie politique du droit international privé », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, Arch. Phil. Droit, tome 47, 2003, p. 243 et s.

MUIR-WATT (H.), « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *Rev. Crit. DIP*, 1986, p. 425 et s.

NDIAYE (A. T.), « conflits de normes en droit communautaire OHADA et UEMOA : Exemple des paiements réalisés dans les systèmes de paiement intégrés en cas de procédure collectives d'apurement du passif », www.ohada.com/doctrine, D-08-06.

NGOM (M.), « Intégration régionale et politique de la concurrence dans l'espace CEDEAO », *RIDE*, 2011/3, p. 333 et s.

NGOUMTSA ANOU (G.), « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires : Présentation générale », *Jurisclasseur droit international*, fasc. 170, Paris, Lexis Nexis.

NGOUMTSA ANOU (G.), « Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage CIRDI », *JDI (Clunet)*, n° 2, Avril 2015, doct. 5 et s.

NIBOYET (J. -P.), « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *Rev. Crit. DIP*, 1927, p. 401 et s.

NJANDEU (M. M. A.), « L'esprit innovateur du législateur OHADA au ralenti dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés et coopératives », in *De l'esprit du droit africain, mélanges en l'honneur de Paul GERARD POUGOUE*, Kluwer & CREDIJ, 2014, p. 501 et s.

NOURISSAT (C.), « Le droit international privé à l'épreuve du droit communautaire ? Quelques brèves observations optimistes... », in *Les cinquante ans du Traité de Rome*, Petites affiches, 19 avr. 2007, n° 79, p. 82 et s.

NSIÉ (E.), « Le renouvellement des sources du droit commercial contemporain en Afrique francophone », in *Mélanges en l'honneur de Gilles Goubeaux*, LGDJ, 2009, p. 397 et s.

ONANA ETOUNDI (F.), « L'état de la jurisprudence de la CCJA de l'OHADA », *Rec. Penant* 2008, p. 465 et s.

ONANA ETOUNDI (F.), « La révision di traité de Port-Louis », *Rec. Penant* 2008, n°865, p. 397 et s.

OPPÉTIT (B.), « Droit commun et droit européen », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 311 et s.

OPPÉTIT (B.), « Les sociétés multinationales et les États nationaux », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, T. I, Librairies techniques 1974, p. 161 et s.

OUTIN-ADAM (A.) et TANGUY (A.), « Projet de 14^e directive sur les transferts de sièges sociaux : Présentation du rapport de la CCIP et des travaux du Club des juristes », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, Novembre 2011, dossier 40.

- PAILLUSSEAU (J.)**, « Une révolution juridique en Afrique francophone, l'OHADA », in *Prospective de droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 98 et s.
- PAILLUSSEAU (J.)**, « Le droit des activités économiques à l'aube du 21^e siècle », *D.* 2003, chron., p. 260 et s.
- PAILLUSSEAU (J.)**, « L'acte uniforme sur le droit des sociétés », *Petites Affiches*, n° 205, 13 oct. 2004, p. 19 et s.
- PAILLUSSEAU (J.)**, « Mondialisation et droit des sociétés », *RIDE*, 2002, p. 368 et s.
- PALMER (S.)**, « Transfert international de siège social », *Bull. Joly Sociétés*, 01 Avr. 2010, n° 4, p. 426 et s.
- PAMBOUKIS (Ch.)**, « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *RCADI*, tome 330 (2007), p. 9-474.
- PANOPOULOS (G.)**, « Pour une nouvelle compréhension du droit international des sociétés à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice : du conflit de lois au conflit d'autorités », *Cah. dr. eur.*, 2006, p. 697 et s.
- PARIENTE (M.)**, « Les obstacles à la libre mobilité des entreprises européennes à l'intérieur de l'Union », *Bull. Joly*, 2002, n° 2, p. 21 et s.
- PARLEANI (G.)**, « Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droits nationaux », *Rev. Sociétés*, 2004, p. 74
- PARLÉANI (G.)**, « L'impact possible de la création de la société européenne sur le droit français », in Colloque : La société européenne, *Gaz. Pal.*, 2-3 avr. 2003, p. 800 et s.
- PARLÉANI (G.)**, « Réflexions collectives sur le nouveau plan d'action en droit européen des sociétés. Le transfert du siège », *Rev. Sociétés*, 2013, p. 408 et s.
- PAROT (J.-C.)**, « La société européenne – Aspects de droit fiscal », *Droit et Patrimoine*, avril 2004, n° 125.
- PATAUT (E.)**, « Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés : un pas de plus », *D.* 2004, jurisp., p. 491 et s.
- PATAUT (E.)**, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la direction de A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Pataut, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004, p. 74 et s.
- PERTEK (J.)**, « L'Europe et la liberté de circulation », *JCP, éd. G.*, 2007, I, 131, p. 37 et s.
- PICONE (P.)**, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé (cours général de droit international privé) », *RCADI*, 1999, tome 276, p. 9 et s.

POILLOT-PERUZZETTO (S.), « L'Europe et le droit : entre rêve et crise ? », in *Des liens et des doits, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre LABORDE*, Dalloz, 2015, p. 181 et s.

POILLOT-PERUZZETTO (S.), « Questions de méthodes, question d'Europe », *JCP, éd. G*, 2007, I, 133, p. 48 et s.

POILLOT-PERUZZETTO (S.), « Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », *Travaux du comité français de DIP*, 2003-2004, p. 65 et s.

POILLOT-PERUZZETTO (S.), « Le défi de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 581 et s.

POILLOT-PERUZZETTO (S.), « L'internationalité du point de vue de l'ordre communautaire », *Revue Lamy Droit des affaires*, n° 46, février 2002, p. 31 et s.

POUGOUÉ (P.-G.), « Doctrine OHADA et théorie juridique », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires – Pratique professionnelle*, n° spéciale, novembre-décembre 2011, p. 9 et s.

PRISO-ESSAWE (S.-J.), « Les « espaces juridiques » de sécurisation des investissements en Afrique : entre droits communautaires et droit uniforme », *RLDC*, 2010, n° 67, p. 59 et s.

PRIETO (C.), « Liberté d'établissement et de prestation de services », *Chron., RTDE*, 2007, p. 75 et s.

PRIETO (C.), « Liberté d'établissement et de prestation de services », *Chron., RTDE*, 2005, p. 867 et s.

PRIETO (C.), « Liberté d'établissement et de prestation de services », *Chron., RTDE*, 2004, p. 533 et s.

PRIETO (C.), « Liberté d'établissement et de prestation de services », *Chron., RTDE*, 2003, p. 489 et s.

PRIOUX (R.), « Les sociétés étrangères dans le Code des sociétés : une occasion manquée », *J.T.*, 2003, p. 17 et s.

RADICATI di BROZOLO (L. G.), « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *Rev. Crit. DIP*, 1993, p. 401 et s.

RANDOUX (D.), « Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre », *Rev. Sociétés*, 2000, p. 105 et s.

RAYNAL (J. -P.), « Intégration et souveraineté : le problème de la constitutionnalité du traité OHADA », *Recueil Penant*, n° 832, 2000, p. 5 et s.

RÉMY-CORLAY (P.), « Propos introductifs au colloque du 17 novembre 2005 organisé au sein de l'Université Paris XI sur *La mobilité internationale des sociétés* », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2006, n° 2, p. 20 et s.

RICHARD (J.), « Le régime fiscal de faveur des fusions de sociétés et opérations assimilées », *JCP*, éd E, 1974, II, 116111.

RIGAUX (F.), « Droit international privé et droit communautaire », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 341 et s.

RIGAUX (F.), « Le conflit mobile en droit international privé », *RCADI*, 1966, t. 117.

RODRIGUEZ (K.), « L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés », *Bull. Joly*, 2004, § 63, p. 330 et s.

SAINTOURENS (B.), « La contribution du droit communautaire à l'édification d'un droit européen des sociétés : un nouvel élan ? », in *Dynamiques du droit européen en début de siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pédone, 2004, p. 501 et s.

SAINTOURENS (B.), « Société européenne : l'intervention obligatoire du notaire », *JCP N et imm.*, 2005, 1413.

SALL (A.), « Les systèmes normatifs de la CEDEAO et de l'UEMOA : considérations historiques et critiques », *Nouvelles annales africaines*, n° 1, 2007, p. 119.

SAWADOGO (F. M.), « Les conflits entre normes communautaires : aspects positifs et prospectifs », in *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, Matthieu FAU-NOUGARET (sous la direction de), L'Harmattan, 2012, p. 283 et s.

SAWADOGO (F. M.), « Les 20 ans de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) : bilan et perspectives », in *Droit et attractivité économique : le cas OHADA, Travaux de l'association pour l'Efficacité du Droit et de la Justice dans l'espace OHADA (AEDJ)*, L. CADIET (Coord. Scientifique), éd. IRJS, Collection de l'IRJS-André Tunc, 2013, p. 31 et s.

SAWADOGO (F. M.), « La prise en compte du droit comparé dans l'œuvre d'unification de l'Organisation pour l'Harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) », *Revue de droit international comparé*, 2008/2-3, p. 307 et s.

SERLOOTEN (P.), « Droit fiscal des sociétés : perspectives pour le 21^e siècle », *Rev. Sociétés*, 2000, p. 147 et s.

SIRI (A.), « Des adages *lex posteriori derogat priori* et *specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *RRJ*, 2009-4, p. 1782.

SONNENBERGER (H. J.), et BAUER (F.), « Proposition du Deutscher Rat für Internationales Privatrecht en vue de l'adoption d'une réglementation du droit international des sociétés au niveau européen/national », *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 712 et s.

SOSSA (D. C.), « Les concurrences de compétence entre les hautes juridictions communautaires de l'Afrique de l'ouest et du centre : réalités et approche de solutions », in *De l'esprit du droit africain, mélanges en l'honneur de Paul GERARD POUGOUE*, Kluwer & CREDIJ, 2014, p. 685 et s.

SOTIROPOULOU (A.), « Concurrence normative et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur la mobilité des sociétés », in *La concurrence normative mythes et réalités*, R. SEFTON-GREEN et L. USUNIER (Sous la direction de), Paris, Société de législation comparée, 2013, p. 68 et s.

SOW (O.), « Particularisme bancaire et acte uniforme OHADA relatifs aux sociétés commerciales », www.ohada.com/doctrine, D-03-12.

SYNVET (H.), « Les conséquences du transfert du siège d'une SE immatriculée en France sur les porteurs d'obligations et de valeurs mobilières donnant accès à son capital », *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri HOVASSE*, LexisNexis, 2016, p. 187 et s.

SYNVET (H.), « L'internationalisation du droit des affaires », in *Le Code de commerce, 1807-2007, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 727 et s.

SYNVET (H.), *Société*, Rép. Internat. Dalloz, 2004.

SYNVET (H.), « La société européenne et les fusions transfrontalières, techniques de concentration des entreprises », in *L'entreprise dans le marché unique européen*, Travaux de la CEDECE, La documentation française, 1995, p. 293 et s.

SYNVET (H.), « Enfin la société européenne ? », *RTDE*, 1990, p. 253 et s.

TALL (S. N.), « La CEDEAO et l'UEMOA : concurrence ou complémentarité ? », *Nouvelles annales africaines*, N° 1, 2007, p. 41 et s.

TEISSIER (A.), « Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux : la participation des salariés », *JCP S*, 2008, 1517.

TEISSIER (A.), « L'implication des salariés dans la société européenne : la loi de transposition française du 26 juillet 2005 (loi pour la confiance et la modernisation de l'économie) », *LPA*, 2005, n° 229, p. 63 et s.

TEYSSIE (B.), « Les accords relatifs à l'implication des salariés dans les sociétés européennes », *JCP S*, 2005, act. 127 et 148.

TEYSSIE (B.), « L'implication des salariés dans la société européenne, normes subsidiaires », *JCP S*, 2005, act. 168 et 187.

TILQUIN (T.), « L'incorporation comme facteur de rattachement de la *lex societatis* », *Rev. prat. soc.*, 1998, p. 5 et s.

TISSANDIER (H.), « Les salariés, nouveaux acteurs du droit des sociétés », in *L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?*, V. MAGNIER (sous la direction de), PUF, coll. CEPRISCA, p. 51 et s.

TISSANDIER (H.), « La mobilité internationale des sociétés : le point de vue du travailleur », in *La mobilité internationale des sociétés*, Cahiers de droit de l'entreprise, 2006, n° 2, p. 48 et s.

URBAIN-PARLEANI (I.) et LECOURT (B.) (Sous la direction de), « Réflexions collectives sur le nouveau plan d'action en droit européen des sociétés », *Rev. Sociétés*, 2013, p. 391 et s.

URBAN (Q.), « La protection juridique incertaine des salariés dans une procédure collective transfrontalière », *JCP, éd. G*, 2006, I, 122, p. 545 et s.

VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), « Libre circulation des sociétés en Europe : concurrence ou convergence des modèles juridiques », *RTD eur.*, 2014, p. 7 et s.

VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), « Pour une interprétation autonome de la notion de « *raisons d'intérêt public* » dans le régime des opérations transfrontalières concernant la société anonyme européenne », *RTD eur.*, 2012, p. 771 et s.

VIGNAUD (F.) et FAVERIE (Th. R. de la), « Changement de nationalité d'une société de droit étranger en société de droit français : aspects pratiques d'une réalisation concrète », *LPA*, 13 mai 2009, n° 95, p. 4 et s.

VOGEL (L.), « Droit européen des affaires : du mythe à la réalité », in *Le droit privé français à la fin du 20^e siècle, études offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 919 et s.

WILDERSPIN (M.) et LEWIS (X.), « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres », *Rev. Crit. DIP*, 2002, p. 7 et s.

YONDO BLACK (L.) et TRAORÉ (A. T.), « Les enjeux de la réforme de l'AUSCGIE », *Rev. Droit et Patrimoine*, n° 239, sept. 2014, p. 48.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphe)

A

Abus :

- clauses anti- : 206
- de majorité : 231, 235, 242
- de minorité : 42, 119, 120, 138

Apport partiel d'actif : 4

Associés :

- droit de retrait des (-) : 225, 232, 235 et s., 239
- information des (-) : 227 et s.
- protection des (-) : 225 et s.

B

Boni de fusion :

- imposition du (-) : 76, 78

Boni de liquidation :

- imposition du (-) : 70, 75, 78, 168, 169, 196, 200

C

Concentration de sociétés :

- contrôle des (-) : 7, 275, 279, 281

Concurrents :

- protection des (-) : 271 et s.

Contractualisation de la protection des créanciers : 262 et s.

Contrats de travail

- transmission des (-) : 220 et s.

Contrôle :

- critère du (-) : 20, 22
- des concentrations : v. concentration des sociétés

Coopération :

-des autorités : 54 et s.

-des ordres juridiques communautaires : 177, 187, 199, 207, 279, 293, 295, 300, 317 et s.

Coordination :

-des lois : 2, 13, 14, 45 et s., 101

-des écritures : 52 et s., 153 et s.

Créanciers :

-non-obligataires : 137, 249 et s.

-obligataires : 124, 132, 255 et s., 265, 268

-opposition : 6, 50, 248, 252, 268, 269

-protection des (-) : 247 et s.

Entreprise d'assurance : v. mobilité des sociétés exerçant une activité d'assurance

Etablissement de crédit : v. mobilité des sociétés exerçant une activité bancaire

F

Fiction de la personnalité morale : 88 et s.

Fictivité :

-du siège : 33

Fiscalité des opérations de mobilité :

-harmonisation et uniformisation de la (-) : 191 et s., 210

-régime de droit commun : 70 et s., 170

-régime de faveur : 74, 77, 166, 169 et s., 176 et s., 183, 189 et s., 202 et s., 211

Fiscal law shopping : 189, 202

Fraude :

-à la loi : 34, 207

-fiscale : 202, 204, 205, 206

Fusion et scission

- mobilité des sociétés : 4

-processus de (-) : 128 et s.

I

Immatriculation : 46, 47, 52 et s., 84, 126, 136, 146, 152, 153 et s.

-lien avec personnalité morale : 88 et s.

Incorporation :

-système d'(-) : 87, 92

-critère de l'(-) : 17, 206

Information :

-des associés : 124, 227 et s., 238, 242

-des salariés : 223 et s., 243

L

Lex societatis :

-changement : 4, 5, 7, 11, 13, 16 et s., 45, 57, 84, 115, 116, 119, 125, 138, 215, 216, 249

-facteur de rattachement : 17 et s., 44, 59

Liberté d'établissement : 1, 6, 7, 8, 9, 12, 28, 29, 83, 104, 142, 143, 145, 148, 161 et s., 177, 181, 185, 186, 191, 198, 204, 210, 211, 328, 324

Licenciement : 222, 233, 243

Mobilité des sociétés :

-définition : 4

-et concentration d'entreprises : 281

-exerçant une activité d'assurance : 301 et s.

-exerçant une activité bancaire : 11, 298 et s.

-modalités : 4

-risques pour les créanciers : 249

N

Nationalité des sociétés :

-critères de détermination : 19 et s.

-lien avec la *lex societatis* : 18 et s., 25 et s.

-rôle de la (-) : 27 et s.

Neutralité fiscale : 12, 169 et s., 195 et s.

O

Obligataires : v. créanciers obligataires

Opposition :

- des créanciers : 6, 248, 252, 268, 269
- des obligataires : 256

P

Personnalité morale :

- fiction : v. fiction de la personnalité morale
- réalité : 20, 85, 89
- survie de (-) : 4, 58, 79, 82, 84, 88, 101, 152

Porteurs de titres :

- protection des (-) : 255 et s.

Protection :

- des associés : v. associés
- des concurrents : v. concurrents
- du marché : 279, 282
- des obligataires : v. créanciers obligataires
- des salariés : v. salariés

R

Rattachement des sociétés :

- communautaire : 142 et s.
- critère de (-) : 17 et s.
- fiscal : 60 et s.
- par le siège social statutaire : 31 et s.
- plural : 144, 145
- subsidaire : 141, 144, 145

Reconnaissance des sociétés :

- automatique : 89, 91, 141 et s., 157
- et transformation transfrontalière : 94 et s., 149 et s.
- mutuelle : 7, 83, 86, 142, 143, 147, 148, 164
- rôle dans la mobilité par transfert de siège social : 81 et s.
- rôle dans la mobilité par fusion et scission : 84 et s., 147

Registre du commerce : 126, 153, 157

Règles :

- de conflit : 5, 19, 25, 136, 142, 249

-matérielles : 51, 105, 136, 144, 247

S

Salariés :

-participation des (-) : 216 et s., 224, 243

-protection : 7, 12, 215 et s.

Siège social :

-facteur de rattachement : v. rattachement par le siège social

-fictif : v. fictivité du siège

-processus de transfert communautaire du (-) : 123 et s.

-réel : 19, 31 et s., 92, 127, 142

-statutaire : 19, 31 et., 127, 142, 145, 197, 218, 254

Scission :

-processus : v. processus de fusion

Société européenne :

-participation des salariés : 216 et s.

-rattachement : 143 et s.

Sociétés étrangères :

-jouissance des droits : 29, 159 et s.

Statuts :

-modification : 37, 38, 39, 41, 81, 112, 113, 115, 120, 123, 134, 254

Suicide fiscal : 77

Suicide juridique : 79, 82

Sûretés et garanties :

-conventionnelles : 263 et s., 269

-octroi de (-) : 252 et s., 256,

-reconnaissance communautaire des (-) : 249, 266

T

Transformation transfrontalière : v. reconnaissance et transformation transfrontalière

U

Unanimité : 14, 35, 39, 41 et s., 57, 101, 105, 111 et s., 125, 126, 134, 138, 174, 192, 213, 225, 229, 242

TABLE DES MATIERES

PRINCIPAUX SIGLES ET ABREVIATIONS	8
SOMMAIRE	11
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	12
PREMIÈRE PARTIE :	37
UNE MOBILITÉ À LA RECHERCHE D'UNE FLUIDITÉ.....	37
Titre 1 : La quête infructueuse de fluidité de la mobilité extracommunautaire	40
Chapitre 1 : L'obstacle lié au règlement du conflit mobile	41
Section 1 : Les difficultés liées au changement de la <i>lex societatis</i>	42
Paragraphe 1 : L'identification du critère de rattachement de la <i>lex Societatis</i> dans l'espace OHADA	42
A- La nationalité, facteur de rattachement non retenu par l'Acte uniforme	43
1. La détermination non uniforme de la nationalité des sociétés dans l'espace OHADA.....	43
2. La nationalité un obstacle à la mobilité malgré son rôle limité dans l'espace OHADA	49
a. Les raisons du rejet de la nationalité comme critère rattachement de la <i>lex societatis</i>	49
b. Le rôle cantonné de la nationalité, un obstacle à la mobilité des sociétés	52
B- Le siège social statutaire, facteur de rattachement de principe en droit OHADA	55
Paragraphe 2 : L'obstacle lié aux dispositions contraignantes encadrant le changement de la <i>lex societatis</i> ..	59
A- L'exigence de ratification de l'opération par une assemblée collective extraordinaire	59
B- L'unanimité, une exigence particulière difficilement accessible.....	62
Section 2 : Les difficultés liées à la multiplicité de régimes juridiques applicables : l'absence de coordination des lois des États d'origine et d'accueil.....	66
Paragraphe 1 : Les insuffisances des méthodes de répartition de la compétence législative	67
A- Les insuffisances de la méthode de l'application distributive des lois en conflit	67
B- Les insuffisances de la méthode de l'application cumulative des lois en conflit.....	71
Paragraphe 2 : L'obstacle lié à la transcription dans les registres d'immatriculation : l'absence de coordination des écritures.....	74
Chapitre 2 : L'obstacle lié à l'absence de maintien de l'existence de la société et de son activité.....	79
Section 1 : Un traitement fiscal dissuasif de la mobilité considérée comme une cessation de l'activité.....	81
Paragraphe 1 : La détermination du rattachement fiscal des sociétés : une absence de coïncidence systématique entre le siège social statutaire et la résidence fiscale	82
A- Le rattachement des sociétés soumises à l'impôt sur les revenus.....	82
B- Le rattachement fiscal des sociétés soumises à l'Impôt sur les sociétés.....	85
Paragraphe 2 : Le traitement fiscal dissuasif de la mobilité extracommunautaire des sociétés	88
A- Des conséquences fiscales onéreuses et dissuasives pour la société elle-même.....	89
B- Des conséquences fiscales onéreuses pour les associés de la société	91
Section 2 : L'obstacle lié à la reconnaissance mutuelle des sociétés.....	94
Paragraphe 2 : L'intérêt de la reconnaissance pour la mobilité des sociétés	96
A- Le rôle essentiel de la reconnaissance dans la mobilité par transfert de siège social	96
B- Le rôle de préalable essentiel de la reconnaissance dans la mobilité par fusion ou scission	98
Paragraphe 2 : L'obstacle constitué par le défaut de reconnaissance	101
A- Des oppositions théoriques justifiant le refus de reconnaissance	101

B- L'absence de réglementation de la transformation transfrontalière, un obstacle pratique à la reconnaissance.....	105
Conclusion du Chapitre 2 :	111
Conclusion du Titre 1 :	112
Titre 2 : La quête déficiente de fluidité de la mobilité intracommunautaire.....	113
Chapitre 1 : Vers une levée des obstacles juridiques	116
Section 1 : La levée des obstacles par l'extension du régime des opérations de restructuration internes à la mobilité intracommunautaire.....	118
Paragraphe 1 : Des exigences non contraignantes pour la ratification de la mobilité intracommunautaire ...	119
A- L'éventail large des sociétés éligibles à la mobilité intracommunautaire dans l'espace OHADA : une mobilité généralisée à toute forme de sociétés	119
B- Une exigence d'unanimité assouplie au profit de la mobilité intracommunautaire	123
Paragraphe 2 : La simplification du processus de mobilité par un régime unitaire	131
A- Le processus unitaire du transfert intracommunautaire de siège social.....	132
B- La procédure unitaire de réalisation des fusions et scissions intracommunautaires	136
Section 2 : La levée partielle de l'obstacle lié à l'accueil de la société immigrante dans l'État d'arrivée	145
Paragraphe 1 : La garantie de la reconnaissance des sociétés dans l'espace communautaire OHADA	146
A- Une reconnaissance automatique des sociétés dans l'espace intracommunautaire	146
1- Une reconnaissance automatique découlant du rattachement principal de la société à l'ordre juridique communautaire de l'OHADA.....	147
2- Une reconnaissance automatique non conditionnée par la transformation intracommunautaire de la société	157
B- Une possible coordination des écritures garantissant la survie sans discontinue de la personnalité morale	160
Paragraphe 2 : La nécessité de lever l'obstacle lié au statut des sociétés étrangères	165
Conclusion du Chapitre 1 :	169
Chapitre 2 : Pour un franchissement de l'obstacle fiscal.....	171
Section 1 : Un traitement fiscal non communautaire de la mobilité intracommunautaire des sociétés de l'espace OHADA	173
Paragraphe 1 : L'indispensable neutralité de l'opération entraînée par le régime de faveur	174
Paragraphe 2 : Une application rare du régime de faveur aux opérations intracommunautaires	177
A- Un régime de faveur unanimement instauré pour les opérations de restructuration domestiques	177
B- Un régime de faveur instauré par peu d'États membres pour des opérations de mobilité intracommunautaires	180
Section 2 : Pour une solution communautaire : l'exemple à suivre du droit européen.....	185
Paragraphe 1 : Les difficultés d'une unification complète de la fiscalité des sociétés dans l'espace communautaire : l'utopie d'un Acte uniforme sur la fiscalité complète des entreprises	186
Paragraphe 2 : Pour une uniformisation de la fiscalité spécifique des opérations de mobilité intracommunautaire fondée sur le libre établissement	190
A- Pour une consécration du régime de faveur au profit les opérations mobilités intracommunautaires	191
1. Les voies de la consécration communautaire du régime de faveur dans l'espace OHADA	191
2. La neutralité recherchée par le régime de faveur à consacrer dans l'espace communautaire.....	195
B- Une limitation de l'application du régime de faveur aux mobilités non motivées exclusivement par des motifs fiscaux	203
Conclusion du Chapitre 2 :	208
Conclusion du Titre 2 :	209
Conclusion de la partie 1 :	210

SECONDE PARTIE :	212
UNE MOBILITÉ À LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE	212
Titre 1 : La quête déficiente d'équilibre dans la gestion de la pluralité des intérêts	215
Chapitre 1 : Un équilibre totalement déficient dans la prise en compte des intérêts des parties prenantes internes à la société.....	217
Section 1 : Un équilibre encore recherché dans la protection des salariés de la société	218
Paragraphe 1 : L'absence justifiée de protection spécifique liée à la participation des salariés dans l'AUSCGIE	220
Paragraphe 2 : La limitation injustifiée de la protection à la transmission du contrat de travail	226
Section 2 : Un équilibre encore recherché dans la protection des associés minoritaires	232
Paragraphe 1 : L'existence d'une protection générale	234
A- Une protection par l'information préalable	234
B- Une protection contre l'usage abusif du vote à la majorité	237
Paragraphe 2 : Une absence de régime de protection spécifique des minoritaires à corriger	240
A- L'absence d'un droit de retrait légal.....	240
B- Une protection spécifique pouvant relever des statuts.....	245
Conclusion du Chapitre 1 :	247
Chapitre 2 : Un équilibre partiellement déficient dans la prise en compte des intérêts des parties prenantes externes à la société	249
Section : Un équilibre encore recherché dans la protection des créanciers de la société	251
Paragraphe 1 : Une protection légale des créanciers manifestant un déséquilibre dans la prise en compte des intérêts	253
A- Un déséquilibre dans la protection légale des créanciers non obligataires	254
B- Un déséquilibre dans la protection légale des créanciers obligataires et porteurs de titres.....	260
Paragraphe 2 : Un possible complètement de la protection légale par une protection contractuelle	266
Section 2 : Un équilibre trouvé dans la protection des concurrents de la société	273
Paragraphe 1 : Une protection non régie par le droit OHADA : à la recherche de l'autorité et de la loi compétentes pour la protection des concurrents	274
Paragraphe 2 : Le contenu équilibré de la protection des concurrents.....	283
Conclusion du Chapitre 2 :	287
Conclusion du Titre 1 :	288
Titre 2 : La quête fructueuse d'équilibre dans la gestion de la pluralité normative	289
Chapitre 1 : L'existence d'autres normes communautaires coexistant avec le droit ohada.....	291
Section1 : Les sources de la pluralité normative dans l'espace OHADA.....	292
Section 2 : Les manifestations de la pluralité normatives dans le régime de la mobilité des sociétés de l'espace OHADA	298
Paragraphe 1 : Une concurrence normative résiduelle dans la mobilité des établissements de crédit	299
Paragraphe 2 : Une concurrence normative résiduelle dans la mobilité des entreprises d'assurance	303
Conclusion du Chapitre 1 :	306
Chapitre 2 : L'existence d'un traitement équilibré du conflit de normes communautaires portant sur les opérations de mobilité	307
Section 1 : L'inutile hiérarchisation des normes supranationales concurrentes.....	309
Paragraphe 1 : Une impossible application exclusive des normes communautaires concurrentes de l'OHADA	310

Paragraphe 2 : Une inopportune primauté des dispositions communautaires de l'OHADA : l'absence d'antinomie.....	313
Section 2 : La coopération, solution équilibrée de la concurrence normative	319
Paragraphe 1 : L'existence d'un fondement ohadien de la coopération entre les ordres juridiques communautaires concurrents : l'article 916 alinéa 1 ^{er} de l'AUSCGIE.....	320
Paragraphe 2 : Une effectivité déjà existante de certains effets de la coopération dans le régime juridique de la mobilité des sociétés.....	325
Conclusion du chapitre 2 :.....	328
Conclusion du Titre 2 :.....	329
Conclusion de la Partie 2 :	330
CONCLUSION GÉNÉRALE :	331
BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE	335
INDEX ALPHABETIQUE	366
TABLE DES MATIERES.....	372