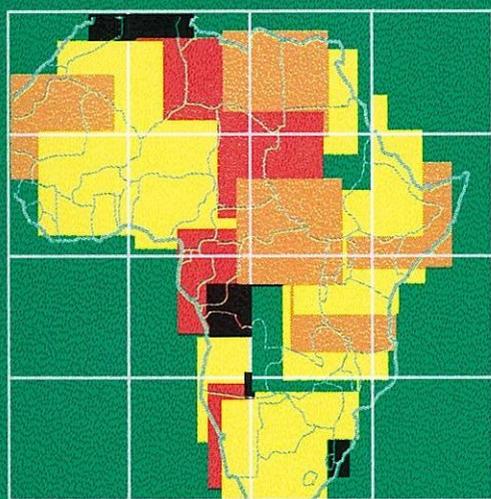


# OHADA



COLLECTION  
DROIT UNIFORME AFRICAIN

## Sociétés commerciales et G.I.E.

François Anoukaha  
Abdoullah Cisse  
Ndiaw Diouf  
Josette Nguebou Toukam  
Paul-Gérard Pougoué  
Moussa Samb

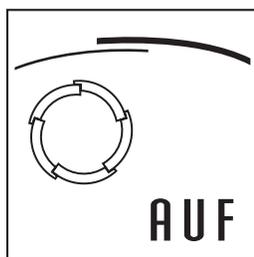
BRUYLANT  
BRUXELLES

UNIDA

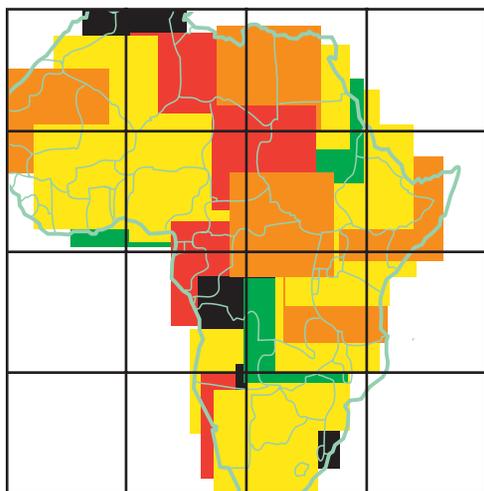


.be  
BELGIË  
BELGIQUE  
BELGIEN

JURISCOPE



# OHADA



# Sociétés commerciales et G.I.E.

**François ANOUKAHA**

Maître de conférences agrégé à l'Université de Dschang

**Abdoullah CISSE**

Professeur à l'Université Gaston Berger

**Ndiaw DIOUF**

Maître de conférences agrégé à l'Université Cheikh Anta Diop

**Josette NGUEBOU TOUKAM**

Maître de conférences agrégé à l'Université Yaoundé II

**Paul-Gérard POUGOUE**

Professeur agrégé à l'Université Yaoundé II

**Moussa SAMB**

Maître de conférences agrégé à l'Université Cheikh Anta Diop

Coordination scientifique

**Paul-Gérard POUGOUE**

**BRUYLANT**  
BRUXELLES  
2 0 0 2

## Collection **DROIT UNIFORME AFRICAIN**

Ouvrages publiés ou à paraître

---

- **OHADA - Harmonisation du droit des affaires**
- **OHADA - Droit commercial général**
- **OHADA - Sociétés commerciales et G.I.E.**
- **OHADA - Sûretés**
- **OHADA - Recouvrement des créances**
- **OHADA - Droit des entreprises en difficulté**
- **OHADA - Droit de l'arbitrage**
- **CIMA - Droit des assurances**

Réalisation

**JURISCOPE**

Coordination scientifique

**Joseph ISSA-SAYEGH**

**Paul-Gérard POUGOUE**

**Filiga Michel SAWADOGO**

ISBN 2-8027-1596-8

Etablissements Emile Bruylant, S.A.

Rue de la Régence 67, B.1000 Bruxelles.

D 2002 / 0023 / 44

© **CNRS/UMS 2268 JURISCOPE - AUF**

Seules «les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective», d'une part, «les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration», d'autre part, sont autorisées par la loi.

Dans tous les autres cas, la reproduction et l'adaptation de cet ouvrage, par quelque moyen que ce soit, sont strictement interdites sans une autorisation particulière et préalable de l'Agence Universitaire de la Francophonie et du CNRS/JURISCOPE.

## AVANT-PROPOS

*Réalisation du rêve fait au lendemain des indépendances par de grands juristes africains, expression d'une politique décidée par les Etats à Port-Louis le 17 octobre 1993, l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (l'OHADA, qui regroupe aujourd'hui seize Etats membres) a voulu garantir la sécurité juridique aux agents économiques régionaux et étrangers en offrant à un vaste espace économique un droit des affaires commun, dont l'interprétation ultime est confiée à une seule instance juridictionnelle dotée par ailleurs du pouvoir exceptionnel d'évoquer, après cassation, le fond des affaires qui lui sont soumises. La volonté de créer un grand marché régional, le souhait aussi de rassurer les investisseurs étrangers ont justifié des abandons de souveraineté puisque l'harmonisation affichée par le Traité s'apparente à s'y méprendre à une véritable uniformisation du droit.*

*A ce jour, l'œuvre de l'OHADA n'est pas achevée; il reste des pans entiers à construire (vente, transport par exemple) et les règles déjà adoptées auront vraisemblablement besoin d'être elles-mêmes modifiées à l'avenir, au cas notamment où de nouveaux Etats proches de la Common Law envisageraient d'y adhérer.*

*Il reste que ce nouveau droit des affaires doit vivre dès maintenant, c'est-à-dire être effectivement pratiqué par les opérateurs, leurs conseils, les juridictions et les services publics. Pour cela, il lui faut être mieux connu et assimilé. Il revenait naturellement à la communauté des juristes universitaires africains, comme elle l'a déjà fait pour le «code vert», d'en assurer la présentation raisonnée aux nouvelles générations d'étudiants et aux autres, magistrats, professions juridiques, juristes d'entreprise, agents des services publics. La tâche n'était pas sans receler quelques dangers: ce droit est neuf, le temps n'en a pas encore révélé toutes les difficultés de mise en œuvre.*

*Que tous soient remerciés d'avoir, malgré ces écueils, spontanément adhéré au projet d'une collection de manuels de droit uniforme, plus particulièrement ceux qui, parmi eux, ont accepté de coordonner les travaux de leurs collègues.*

*Notre gratitude va également aux institutions publiques qui, par leurs importantes contributions financières, ont permis de rendre ces ouvrages accessibles aux étudiants africains auxquels ils sont destinés en priorité.*

Jacques DAVID  
Agrégé des facultés de droit  
Directeur de Juriscope

## REMERCIEMENTS

Cet ouvrage fait partie des huit premiers titres de la Collection «Droit uniforme africain», qui est destinée à accueillir des publications réalisées dans le même style sur les différents systèmes d'intégration juridique en Afrique.

Sa réalisation a été favorisée par l'appui financier

- du MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES français,
- du MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES belge,
- de l'AGENCE INTERGOUVERNEMENTALE DE LA FRANCOPHONIE (AIF),
- de l'AGENCE UNIVERSITAIRE DE LA FRANCOPHONIE (AUF) et
- de l'UNIDA (Association pour l'unification du droit en Afrique).

## CONTRIBUTIONS DES AUTEURS

L'ouvrage est le fruit d'une amicale et féconde collaboration. Les auteurs appartiennent à plusieurs universités de l'espace OHADA ; ils enseignent ou font des travaux de recherche en droit des sociétés et sont convaincus de l'urgence d'un manuel exposant de manière didactique et exhaustive le nouveau droit des sociétés, issu de l'Acte uniforme OHADA.

Cette collaboration indique par ailleurs la nécessité d'un réseau d'enseignants/chercheurs dans l'espace OHADA pour décloisonner les uns et les autres et suivre ensemble l'évolution de ce nouveau patrimoine juridique commun.

Il s'agit donc d'un travail de longue haleine qui aboutit à une étude approfondie du droit OHADA des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ; à la fois sont présentés l'héritage historique de ce droit, le contexte et les enjeux de l'adoption de l'Acte uniforme, ainsi que les originalités du droit uniforme ; est exposée la théorie générale du droit des sociétés commerciales et est expliqué le régime juridique spécifique de chaque type de société ou groupement d'affaires.

C'est surtout un travail d'équipe qui suppose partage de contributions à partir d'un plan discuté et accepté par tous et respect d'une coordination pour asseoir l'estime réciproque et assurer à l'œuvre son esprit et sa cohérence.

**Josette NGUEBOU TOUKAM** a rédigé, dans la première partie, les deux premiers titres relatifs respectivement au « Contrat de société » et à la « Personnalité morale » et, dans la seconde partie, le chapitre consacré à la « Société à responsabilité limitée ». Elle a, par ailleurs, confectionné la table analytique.

**Abdoullah CISSE** est l'auteur du titre III de la première partie réservée au « Droit pénal des sociétés ».

**François ANOUKAHA** a pris en charge, dans la seconde partie, le chapitre consacré à la « Société anonyme », à l'exception du paragraphe relatif aux valeurs mobilières.

**Diouf NDIAW** s'est chargé, également dans la seconde partie, du titre I concernant les « Sociétés de personnes ».

**Moussa SAMB** a mis au point le titre III, « Les autres groupements d'affaires ».

Ayant assuré la coordination scientifique, le professeur **Paul-Gérard POUGOUE** a en outre rédigé l'introduction générale, le chapeau des par-

ties, le paragraphe sur les valeurs mobilières dans le chapitre de la société anonyme.

Les rédacteurs ont conscience des limites de ce travail tenant essentiellement à la «jeunesse» d'un droit encore peu éprouvé par la pratique. Du moins, ont-ils sondé les promesses inscrites au cœur de l'Acte uniforme OHADA relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique. Ils espèrent avoir très prochainement à revenir à l'ouvrage pour tenir compte des observations et des critiques des lecteurs ainsi que des applications jurisprudentielles des juridictions nationales et de la Cour commune de justice et d'arbitrage.

Paul-Gérard POUGOUE

# SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE</b> .....	1
<b>PREMIÈRE PARTIE</b>	
<b>Les règles communes à toutes les sociétés commerciales</b> .....	41
<b>TITRE I: LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ</b> .....	45
CHAPITRE 1: LES PARTIES AU CONTRAT.....	47
Section 1: <i>Le nombre d'associés</i> .....	47
Section 2: <i>La qualité d'associé</i> .....	51
Section 3: <i>Les droits et obligations des associés</i> .....	74
CHAPITRE 2: LA FORMATION DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.....	82
Section 1: <i>Les conditions de fond</i> .....	82
Section 2: <i>Les conditions de forme</i> .....	94
Section 3: <i>Sanction des irrégularités de formation</i> .....	109
<b>TITRE II: LA PERSONNALITÉ MORALE</b> .....	121
CHAPITRE 1: NOTION DE PERSONNALITÉ MORALE.....	123
Section 1: <i>Le fondement de la personnalité morale</i> .....	123
Section 2: <i>L'individualisation de la personne morale</i> .....	134
Section 3: <i>Le patrimoine de la personne morale</i> .....	138
CHAPITRE 2: VIE ET ÉVOLUTION DE LA SOCIÉTÉ.....	142
Section 1: <i>Le fonctionnement de la société</i> .....	142
Section 2: <i>La restructuration des sociétés</i> .....	180
Section 3: <i>La dissolution des sociétés</i> .....	209
<b>TITRE III: LES INCRIMINATIONS PÉNALES</b> .....	225
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE: OBSERVATIONS SUR LE DROIT PÉNAL DES AFFAIRES DE L'OHADA.....	227
Section 1: <i>L'harmonisation des incriminations</i> .....	228
Section 2: <i>L'hétérogénéité des sanctions</i> .....	233
CHAPITRE 1: LES INFRACTIONS LIÉES À LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS.....	240
Section 1: <i>La formation du capital social</i> .....	240
Section 2: <i>L'activité d'une société irrégulièrement constituée</i> .....	256
CHAPITRE 2: LES INFRACTIONS LIÉES AU FONCTIONNEMENT DES SOCIÉTÉS.....	267
Section 1: <i>Les infractions liées à la gestion de la société</i> .....	267
Section 2: <i>Les infractions relatives à la comptabilité de la société</i> .....	282
CHAPITRE 3: LES INFRACTIONS LIÉES À LA DISPARITION DE LA SOCIÉTÉ.....	295
Section 1: <i>L'échec de la société</i> .....	295
Section 2: <i>La dissolution de la société</i> .....	303

**DEUXIÈME PARTIE**

<b>Les règles propres aux diverses sociétés et au G.I.E.</b> .....	307
<b>TITRE I: LES SOCIÉTÉS DE PERSONNES</b> .....	311
CHAPITRE 1: LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF .....	313
<i>Section 1: La constitution de la société en nom collectif</i> .....	313
<i>Section 2: Le fonctionnement de la société en nom collectif</i> .....	320
<i>Section 3: La disparition de la société en nom collectif</i> .....	347
CHAPITRE 2: LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE .....	349
<i>Section 1: La constitution de la société en commandite simple</i> .....	350
<i>Section 2: Le fonctionnement de la société en commandite simple</i> .....	354
<i>Section 3: La disparition de la société en commandite simple</i> .....	363
<b>TITRE II: LES SOCIÉTÉS À RISQUE LIMITÉ</b> .....	365
CHAPITRE 1: LA SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE .....	367
<i>Section 1: La S.A.R.L. pluripersonnelle</i> .....	368
<i>Section 2: La S.A.R.L. unipersonnelle</i> .....	400
CHAPITRE 2: LA SOCIÉTÉ ANONYME .....	404
<i>Section 1: La constitution de la société anonyme</i> .....	407
<i>Section 2: L'organisation de la société anonyme</i> .....	416
<i>Section 3: Le fonctionnement de la société anonyme</i> .....	456
<b>TITRE III: LES GROUPEMENTS D'AFFAIRES PARTICULIERS</b> .....	499
CHAPITRE 1: LES SOCIÉTÉS SANS PERSONNALITÉ JURIDIQUE .....	501
<i>Section 1: La société en participation</i> .....	501
<i>Section 2: La société de fait</i> .....	525
CHAPITRE 2: LE GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE .....	532
<i>Section 1: La constitution du G.I.E.</i> .....	532
<i>Section 2: Le fonctionnement du G.I.E.</i> .....	534
<i>Section 3: L'évolution du G.I.E.</i> .....	539

# INTRODUCTION GÉNÉRALE

---

## §1. L'état du droit africain des sociétés à l'aube de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

### A. Genèse et importance des sociétés commerciales

1. Les sociétés sont les principaux acteurs de la scène des affaires. Des personnes mettent en commun des biens et des énergies en vue de réaliser, par les opérations qu'elles font ensemble, des bénéfices partageables ou tout simplement pour profiter de l'économie qui pourra en résulter. Si l'on y ajoute que le partage des bénéfices a pour corollaire la contribution aux pertes de tous les associés, on se convainc vite que l'idée de groupement est née pour pallier les limites de l'entreprise individuelle: seuil de productivité faible, absence de patrimoine d'affection *a priori*, intérêt fiscal. De plus, le groupement est personnifié<sup>(1)</sup>; c'est un être juridique capable d'avoir, sur sa tête, des droits et des obligations, ne se confondant pas avec ceux de ses membres et qui correspondent à la nature du groupement<sup>(2)</sup>.
2. L'évolution vers la reconnaissance de la notion de société s'est faite progressivement. Avant Rome, la notion de «société» était presque inconnue. Dans l'Antiquité, il n'existait qu'une forme de contrat pouvant être assimilée à une société: le prêt de fonds ou de marchandises, avec participation du prêteur aux résultats. Malgré la méfiance des Grecs et l'indifférence des Romains, dès le 12<sup>e</sup> siècle (Moyen Age), on voit se dessiner la véritable société. Ce sont d'abord les Phéniciens qui la pratiquent dans le commerce international. Puis vient la *lex Rhodia de Jactu*, mère de la règle des avaries communes, qui organise la contribution aux pertes et par là même assortit le contrat de transport maritime d'une clause sociétaire entre ceux qui confient leurs marchandises aux aléas de la mer et du négoce international (près de 1000 ans avant Jésus-Christ). Grâce au développement du com-

---

<sup>(1)</sup> On parle de personne morale par rapport aux personnes physiques. C'est une abstraction juridique et une réalité technique pour des besoins précis.

<sup>(2)</sup> On est très loin de l'anthropomorphisme de la personne morale.

merce maritime et terrestre, il s'est créé des sociétés dites «sociétés générales», semblables à des sociétés de personnes en nom collectif dont la responsabilité des associés est indéfinie et solidaire, mais dépourvues de personnalité morale; il existe cependant un intérêt commun entre associés faisant penser à la personnalité morale et qu'on désigne sous le nom «*corpus mysticum*». Sous l'Ancien régime est née une autre forme de société créée à la base du contrat de command, assimilable à la société en commandite, et permettant à des personnes interdites de commerce de participer à la société à titre de bailleurs de fonds. Sociétés générales et sociétés en commandite sont sommairement réglementées par l'Ordonnance de Louis XIV, sur le commerce de terre (dite Code marchand) en date de 1673. Puis, au 19<sup>e</sup> siècle, sont apparues les Grandes Compagnies ou Compagnies coloniales. Ce sont des compagnies par actions de caractère semi-public, et certains y voient les premières sociétés d'économie mixte, parce qu'elles sont le fruit du pouvoir royal et des particuliers qui participent à leur création et qui se partagent les bénéfices. Enfin, la société anonyme dont la création est libre succède aux Grandes Compagnies juste avant la Révolution française.

3. Avec la révolution industrielle aux 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècle, grâce au développement du machinisme, des moyens de communication, des manufactures, des commerces nécessitant la conquête des marchés et donc la recherche plus poussée des capitaux, le recours à la société connaît un essor prodigieux. Avec la concentration des capitaux, vont naître de grandes entreprises souvent trop puissantes, débordant bien souvent le cadre national. A l'ère de la mondialisation, le phénomène est appelé à s'amplifier considérablement avec les sociétés multinationales et les groupes de sociétés. Face à la situation une autre nécessité s'impose: c'est la protection des associés contre les dirigeants de sociétés et celle bien comprise des épargnants. L'arsenal juridique doit pouvoir canaliser cette effervescence en en minimisant les dangers. Le développement des sociétés est cependant moins marqué dans les pays dits en voie de développement. Les capitaux privés susceptibles d'être placés en société sont plutôt rares, et cette rareté se répercute sur l'existence de grandes sociétés privées. Plus fréquemment cependant, on rencontre des sociétés dont le capital est partagé par des investisseurs nationaux et étrangers, ou investi par l'Etat seul ou avec des investissements nationaux et/ou étrangers.

Néanmoins, en Afrique comme ailleurs, et particulièrement dans quelques pays, le droit des sociétés a subi une certaine évolution si l'on en juge par l'ensemble des textes qui gouvernaient cette matière avant l'avènement de

## l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)<sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Le Traité instituant l'OHADA a été signé, en marge du sommet de la Francophonie par les Chefs d'Etat et de délégation de pays appartenant pour la plupart à la zone franc, à Port-Louis (Ile Maurice) le 17 octobre 1993. Il est entré en vigueur le 18 septembre 1995 ; aujourd'hui, 16 Etats en font partie : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et Togo. Des pays comme la République Démocratique du Congo, Madagascar, le Djibouti, la Mauritanie, la Tunisie, le Maroc manifestent leur intérêt. Il faut d'ailleurs préciser que tout Etat membre de l'OUA (bientôt U.A.) peut devenir membre de l'OHADA.

L'OHADA est donc un groupement d'Etats et un Traité international enregistré auprès du Secrétariat de l'Organisation de l'Unité Africaine et auprès du Secrétariat des Nations unies. Il s'agit d'une organisation dotée de la personnalité juridique internationale : pleine capacité juridique et bénéficiaire des immunités et privilèges sur le territoire de chaque Etat partie (art. 46 à 51 du Traité). L'originalité du Traité réside aussi bien dans l'ampleur de l'intégration proposée, dans l'objectif poursuivi que dans les moyens et méthodes préconisés pour atteindre sa mission. La réalisation des tâches prévues dans ce Traité est assurée par une Organisation structurée ; celle-ci comprend d'après l'article 3 :

- un Conseil des ministres (composé des ministres de la justice et des finances des Etats parties) qui est une institution supranationale dotée d'un pouvoir normatif général et qui assure le pouvoir de décision ; les Actes qu'il prend, appelés Actes uniformes, sont d'application directe ; les parlement nationaux n'interviennent donc pas ;
- ce Conseil des ministres est assisté d'un Secrétariat permanent (art. 3 al. 2) situé au Cameroun qui est l'organe administratif de l'OHADA : il prépare les projets d'Actes uniformes et se charge du suivi de la procédure ;
- au Secrétariat permanent est rattachée une Ecole régionale supérieure de la magistrature au Bénin qui est chargée de la formation et du perfectionnement du personnel judiciaire des Etats parties. L'ERSUMA est censée leur inculquer l'esprit de l'intégration ;
- enfin, une Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) qui est une juridiction commune aux Etats parties dont le siège est à Abidjan en Côte d'Ivoire. Elle est aussi le centre d'un arbitrage spécifique (Cf. POUGOUE (P.G.), «Le système d'arbitrage de la CCJA», *in l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruylant Bruxelles, 2000, p. 120 à 150). Erigée en juridiction suprême du système judiciaire institué par l'OHADA, la CCJA est saisie «pour se prononcer sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des règlements prévus au Traité OHADA à l'exception de celles appliquant des sanctions pénales (art. 14, al. 3). La juridiction communautaire apparaît ainsi comme étant le juge de cassation de droit commun en matière d'AU, hormis toutefois celles impliquant l'application de sanctions pénales. Son rôle sera, comme toute cour de cassation, de vérifier la fidélité des juges nationaux aux textes de l'OHADA. Les qualifications que ces derniers opèrent passent par sa censure, les violations de la loi communautaire seront détectées et des mesures prises en vue de rétablir la légalité.

Elle est saisie «soit par la juridiction nationale statuant en cassation saisie d'une affaire soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes», soit par ... et relevant donc du juge communautaire. Les conflits de compétence entre les cours de cassations nationales et la CCJA sont vidés par cette dernière.

La saisine de la CCJA suspend toute procédure de cassation engagée devant une juridiction nationale contre la décision attaquée. En cas de cassation, la CCJA évoque et statue au fond. Les décisions de la Cour commune s'imposent aux parties et sont revêtues de l'autorité de la chose jugée et de la force exécutoire. A ce titre, elles reçoivent application au même titre que les décisions des juridictions nationales. Cette disposition de l'article 20 est d'autant

## *B. Evolution du droit des sociétés en Afrique*

### **1. Introduction du droit des sociétés en Afrique**

4. En général, les règles juridiques applicables dans la plupart des pays d'Afrique en matière de sociétés, portent la marque de l'héritage de la puissance mandataire ou coloniale<sup>(1)</sup>, à savoir le droit français d'avant les indépendances.

Au moment des indépendances, la plupart des pays aujourd'hui OHADA étaient dotés d'une législation complexe. Comme l'a relevé G. MEISSONNIER<sup>(2)</sup>, dans le domaine du droit des sociétés, ces territoires d'outre-mer étaient entièrement soumis au principe de la spécialité législative, et donc les lois françaises ne s'appliquaient que si elles avaient fait l'objet d'une extension spéciale. Or, d'une part, de nombreux textes du droit français des sociétés n'avaient pas été étendus en Afrique, et même parfois ceux qui avaient été étendus, faisaient l'objet de diverses réserves contenues dans les décrets d'application. Bien plus, l'extension du droit métropolitain n'avait pas obéi à des règles identiques dans tous les territoires. La législation de la Métropole ne s'appliquait pas en bloc dans les territoires d'Afrique Occidentale Française (AOF) ou d'Afrique Equatoriale Française (AEF)<sup>(3)</sup>. Dès lors, deux situations devaient être distinguées :

– dans les territoires d'AOF avant le 6 août 1902, et d'AEF (avant le 17 mars 1903, c'est la législation introduite au Sénégal qui était applicable. Et

---

plus importante que, du fait des compétences d'évocation et d'examen au fond de la CCJA, ses décisions pourront aussi porter sur le fond des litiges qui lui sont soumis.

L'OHADA, à travers l'article 14 du Traité de Port Louis, confie à la CCJA la charge « d'assurer dans les Etats parties l'interprétation [...] du Traité, des règlements pris pour son application et des Actes uniformes ». Cette disposition est une solution de sagesse car une interprétation centralisée des dispositions de l'OHADA sera le gage de l'harmonie du système juridique de la communauté que l'organisation africaine a pour ambition de créer. Dans cette perspective, l'unité d'interprétation, quelles que soient les difficultés éventuelles, semble incontournable. Elle sera assurée par le biais d'une consultation « par tout Etat partie et par le Conseil des ministres sur toute question » entrant dans le champ de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 14 du Traité OHADA.

Selon ce même article, la faculté de saisir la CCJA pour avis est reconnue aux « juridictions nationales » saisies d'un contentieux relatif à l'application des Actes uniformes. Le recours ainsi prévu prendra la forme d'une exception préjudicielle portée directement devant la CCJA par une juridiction nationale ou un des Etats parties.

<sup>(1)</sup> Voy. sur l'état de la question dans un certain nombre de pays africains: « *Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti* », Troisième rencontre de droit comparé du Centre International de la *Common Law* en français (CICLEF), Université de Moncton – Ecole de droit –, Été 1997.

<sup>(2)</sup> Georges MEISSONNIER, « Les sources du droit des sociétés », in *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, tome 7 « Droit des Entreprises », p. 103.

<sup>(3)</sup> Georges MEISSONNIER, *op. cit.*, p. 103; citant François LUCHAIRE, « Territoires d'outre-mer », *Encyclopédie Dalloz*, Droit des sociétés, 1959, n<sup>os</sup> IV et s.).

par la suite, c'est la législation introduite au Congo qui a été étendue par un décret du 15 janvier 1910 à toute l'AEF.

– après ces dates, les textes français ne s'appliquaient à ces territoires que s'ils avaient été spécialement étendus.

5. Particulièrement en droit des sociétés, le Code de commerce français avait été déclaré applicable au Sénégal par la loi du 7 décembre 1850, au Gabon par la loi du 1<sup>er</sup> juin 1878, en Guinée par le décret du 11 mai 1892, au Bénin par le décret du 26 juillet 1894, en Côte d'Ivoire par le décret du 16 décembre 1896, au Congo par la loi du 28 septembre 1897. Comme précisé ci-dessus, il a été ensuite étendu à l'ensemble de l'AOF par le décret du 6 août 1901 et de l'AEF par décret du 15 janvier 1910. Plus tard, les décrets du 22 mai 1924 ont étendu au Congo l'ensemble du Code de commerce et, d'une manière plus générale, toute la législation commerciale applicable en AOF avant le 1<sup>er</sup> janvier 1924 et, au Cameroun, la totalité du droit commercial promulguée en AEF avant cette même date.
6. Cependant, le Code lui-même a au fil du temps subi quelques modifications. Ainsi, les articles 27 et 28 du Code de commerce ont été modifiés par la loi du 6 mai 1863 rendue applicable par décret du 30 décembre 1868. L'article 34 a été modifié par la loi du 16 novembre 1903 rendue applicable par décret du 20 mars 1910 et par la loi du 1<sup>er</sup> mai 1930. Par ailleurs, les dispositions applicables du Code de commerce ont été complétées par une grande loi qui est la Charte des sociétés par actions et qui date du 24 juillet 1867. Cette loi est largement imitée du droit anglais puisqu'elle est une conséquence du Traité de Libre Echange conclu entre l'Angleterre et la France<sup>(1)</sup>. L'article 40 du Code de commerce a été abrogé par la loi du 24 juillet 1867 rendue applicable par décret du 30 décembre 1868 : l'article

---

<sup>(1)</sup> Comme l'explique un auteur, qu'il s'agisse des droits de la *Common Law* ou des droits d'inspiration romano-germaniques, les formes de sociétés sont largement semblables ; partout, il existe (même si ces expressions ne sont pas en usage dans les pays de *Common Law*), des « sociétés de personnes », dont le régime demeure fondé pour l'essentiel sur le droit des contrats et plus spécialement sur les règles propres aux contrats conclus *intuitu personae* et des « sociétés de capitaux » largement détachés de ces principes en raison de leur nature institutionnelle. Les premières sont principalement, d'une part la « partnership » (pays de *Common Law*) ou « société en nom collectif » (pays romano-germaniques), dans laquelle tous les membres sont indéfiniment tenus des engagements envers les tiers, et d'autre part la « limited partnership » ou « société en commandite simple », dans laquelle la responsabilité de certains associés est limitée à leur apport. ... La forme universellement répandue de société de capitaux est la « société par actions » – en Grande-Bretagne « company limited by share », aux Etats-Unis « stock corporation » dans laquelle, en plus d'autres avantages liés à sa nature institutionnelle (permanence, règle majoritaire, libre cessibilité des parts), la responsabilité de tous est limitée à l'apport. Cf. B. GLANSDORFF, « Les sociétés commerciales en Afrique et Haïti. Regards d'un comparatiste », in *Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti, op. cit.*, p. 9 et s., spéc. p. 15-16.

41 du même Code a été modifié par la loi du 21 décembre 1930 rendue applicable par le décret du 22 juin 1932. Les articles 42 à 46 ont été abrogés et ont été remplacés par les articles 55 et 65 de la loi du 24 juillet 1867<sup>(1)</sup>. En fin de compte, diverses lois et décrets promulgués en France surtout entre 1935 et 1937, intégrés ou non à la loi de 1867<sup>(2)</sup>, ont complété la réglementation des sociétés par actions<sup>(3)</sup> telle que prévue par le Code de commerce de 1807.

7. Il convient de préciser que la législation africaine avait comme le droit français, à travers le Code de commerce, retenu une classification tripartite des sociétés commerciales: la société en nom collectif, la société en commandite et la société anonyme. La loi de 1867 portait quant à elle sur les sociétés par actions. On pouvait donc y voir l'adoption du principe fondamental selon lequel les sociétés commerciales se divisent en sociétés de personnes et en sociétés de capitaux.
8. En conséquence, de l'ensemble de la réglementation sur les sociétés avant l'OHADA, on peut retenir que diverses formes de sociétés pouvaient être constituées dans les pays concernés. Parmi les sociétés de personnes, on comptait la société en nom collectif (articles 20 à 22 du Code de commerce) et la société en commandite simple (articles 23 à 28 du Code de commerce). La première forme est caractérisée par la responsabilité indéfinie et solidaire des associés qui ont la qualité de commerçant; la seconde par la réunion de deux sortes d'associés: les commandités assimilés aux associés en nom et les commanditaires, bailleurs de fonds, dont la contribution au passif social

---

<sup>(1)</sup> Rendue applicable au Cameroun par le décret du 24 juillet 1924; au Sénégal par le décret du 30 novembre 1869.

<sup>(2)</sup> Par exemple, la loi du 16 novembre 1940, sur le régime du président-directeur général, modifiée par celle du 4 mars 1943, n'a pas été étendue aux territoires d'outre-mer. Les dispositions de la loi du 4 mars n'ont quant à elles été étendues qu'en ce qui concerne le titre I, visant les dispositions communes aux sociétés anonymes et aux *sociétés par actions* et, exclusivement, en ce qui concerne le titre II, pour les articles 10 et 11 (relatifs aux jetons de présence et tantièmes).

<sup>(3)</sup> Le droit des *sociétés par actions* était, au moment de l'indépendance de la plupart des Etats africains, constitué par la loi de 1867 plusieurs fois modifiée: lois du 1<sup>er</sup> août 1893, 9 juillet 1902, 16 novembre 1903, 22 novembre 1913, 31 mars 1927, 1<sup>er</sup> mai 1930, 13 novembre 1933 sur le droit de vote dans les assemblées générales, 13 avril 1935; décrets-loi du 8 août 1935 sur le droit préférentiel de souscription, 30 juillet et 31 août 1937; loi du 3 mars 1943, ordonnance du 18 octobre 1945, loi du 18 septembre 1948, décret du 30 octobre 1948, décret du 4 mai 1949, loi du 4 août 1949, décret du 7 décembre 1954, décret n° 55-624 du 20 mai 1955, décret n° 57-216 du 25 février 1957. La loi du 25 février 1953 avait été déclarée applicable par le décret n° 56-1143 du 13 novembre 1956 (Ce texte, simple décret d'application rendait néanmoins applicables trois mois après sa promulgation dans les territoires d'outre-mer certaines dispositions des décrets des 30 juillet et 31 août 1937, 29 novembre 1939, de l'ordonnance du 18 octobre 1945, de la loi du 25 février 1953 et du décret du 7 décembre 1954); Cf. en ce sens, G. MEISSONNIER, *op. cit.*, p. 103.

est limitée au montant de leurs apports<sup>(1)</sup>. Si divers textes ont modelé les sociétés par actions ou de capitaux, le même phénomène ne s'est pas produit en matière de sociétés de personnes; aucun texte particulier n'ayant porté sur ces dernières, elles sont restées régies par le Code de commerce.

Les sociétés de capitaux comprennent la société anonyme (articles 29 à 36 du C. com; articles 21 à 47 de la loi de 1807) dans laquelle les associés n'ont pas la qualité de commerçant, sont titulaires de titres négociables, ne sont responsables qu'à concurrence de leurs apports, et la société en commandite par actions (articles 23 à 28 du C. com.; article 1<sup>er</sup> de la loi de 1867), dont le capital est divisé en actions, mais qui comporte des commandités ayant la qualité de commerçant, tenus solidairement et indéfiniment du passif social, et des commanditaires, assimilables aux actionnaires<sup>(2)</sup>.

La loi du 1<sup>er</sup> août 1893 modifiant l'article 6 de la loi de 1867 avait fait des sociétés par actions des sociétés commerciales par leur forme; ce qui emmenait à déduire que les sociétés en nom et en commandite simple n'étaient commerciales que si leur objet était commercial.

9. Beaucoup plus tard, une nouvelle variété de société avait été introduite dans le champ juridique africain. Inspiré du droit allemand, la France avait créé la société à responsabilité limitée par une loi du 7 mars 1925, commerciale aussi par la forme. Les avantages de la S.A.R.L. étaient nombreux. Elle était adaptée aux besoins des entreprises de dimension moyenne, bénéficiait de règles de fonctionnement plus simples que celles de la société par actions, tout en conservant de celle-ci les avantages essentiels – à l'exception de la libre cessibilité des parts (pour qu'elles demeurent moyennes)<sup>(3)</sup>. En effet, la S.A.R.L. apparaissait comme une société hybride, mélangeant les caractéristiques des sociétés de personnes et des sociétés par actions, et permettant à ses membres de participer à une société commerciale sans s'engager personnellement. C'est en raison de ces intérêts que la loi du 7 mars 1925 fut déclarée applicable aux colonies par son article 33. Cette disposition fut par la suite complétée par la loi du 13 janvier 1927, puis par le décret-loi du 30 octobre 1935, le décret du 14 juin 1938, le décret n° 53-706 du 9 août 1953 et 4 juin 1954, tous ces textes ayant été déclarés applicables outre-mer en vertu du décret n° 56-1144 du 13 novembre 1956. Par ailleurs, le décret

---

(1) La société en nom collectif et la société en commandite simple ont été supprimées en Guinée; le Mali a supprimé la société en commandite simple.

(2) La Guinée et le Mali ont aussi supprimé la société en commandite par actions.

(3) B. GLANSDORFF, «Les sociétés commerciales en Afrique et Haïti. Regards d'un comparatiste», in *Common Law et droit des sociétés commerciales et d'Haïti*, op. cit., p. 9 et s., spéc. p. 16.

n° 57-217 du 23 février 1957 portait application outre-mer, au Cameroun<sup>(1)</sup> et au Togo, des modifications apportées par le Parlement concernant le décret n° 56-1144 du 13 novembre 1956.

10. Pour compléter le tableau, le Code de commerce reconnaissait un type de société occulte. Tel était le cas de l'association en participation prévu par l'article 47 du Code.
11. Les règles de gestion des différents types de sociétés étaient organisées par le Code de commerce et les lois particulières. Ainsi, la gestion des sociétés de personnes était assumée par un ou plusieurs gérants, associés ou non. D'une manière générale, la société anonyme et la société en commandite par actions, étaient régies par les dispositions de l'article 22 de la loi de 1867. Ce texte précisait alors que ces deux types de sociétés sont administrés par un ou plusieurs mandataires pris parmi les associés et ces mandataires peuvent choisir parmi eux un directeur ou, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils sont responsables envers elle. Le président d'une S.A. n'a pas, de plein droit, les pouvoirs de direction générale<sup>(2)</sup>. S'agissant des organes, en l'occurrence ceux de contrôle de la société, il faut préciser que le régime applicable en matière de commissariat aux comptes dans les Etats francophones d'Afrique Noire d'expression française était contenu dans les articles 25, 32 et 33 de la loi du 24 juillet 1867, modifiée par les décrets-lois du 8 août 1935 et 31 août 1937.
12. En tout état de cause, au Cameroun comme au Bénin ou au Burkina Faso, ou au Tchad, ou plus généralement dans les pays africains francophones aujourd'hui membres de l'OHADA, le contrat romain de société restait la base contractuelle nécessaire à toutes les sociétés. Celui-ci était réglementé par le Code civil napoléonien de 1804 dans sa version applicable à certains pays africains aux articles 1832 à 1873<sup>(3)</sup>. Et sur cette base, le droit commercial avait édifié les trois types de sociétés régies par le Code de commerce de 1807 des articles 18 aux articles 39 et 41 à 50.

Cet héritage colonial avait toutefois subi ici et là des modifications par les Etats africains après leur indépendance. Mais le développement du droit des

---

<sup>(1)</sup> Il faut préciser que c'est un décret en date du 14 mai 1930 qui a introduit au Cameroun les sociétés à responsabilité limitée et au Sénégal un décret du 19 novembre 1928.

<sup>(2)</sup> Il en était autrement dans quelques pays tels que le Congo, le Gabon, la Guinée et le Niger.

<sup>(3)</sup> Le Code civil français fut rendu applicable dans les colonies françaises par une loi du 24 avril 1833. Il est devenu le droit commun à l'exclusion de quelques matières, notamment celles relevant de l'état et de la capacité des personnes, des régimes matrimoniaux, des successions et des biens, soumises soit au Code civil français, soit aux règles coutumières.

sociétés dans les pays d'Afrique aujourd'hui membres de l'OHADA était assez inégal.

## 2. Développement du droit des sociétés en Afrique

13. Depuis l'indépendance, peu de chose a été modifié dans la législation sur les sociétés commerciales léguée par la France. Ce constat est valable pour la plupart des pays précédemment colonies ou sous mandat français. Il en a été ainsi entre autres du Togo, mais aussi du Tchad qui non seulement n'a pas modifié l'ancienne législation française applicable avant son indépendance<sup>(1)</sup>, mais encore, pour des raisons de modernité, appliquait en pratique la loi française du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales<sup>(2)</sup>.
14. Dans d'autres pays, l'activité du législateur africain en matière de sociétés est restée relativement réduite. Les interventions des législateurs nationaux se sont orientées dans diverses directions. On a pu noter que certains des Etats étaient préoccupés par les créations de sociétés d'Etat, ou par les prises de participations de l'Etat dans les entreprises (Cameroun: loi n° 74/18 du 5 décembre 1974 relative au contrôle des ordonnateurs, gestionnaires et gérants des crédits publics et des entreprises d'Etat<sup>(3)</sup>; ordonnance n° 95/003 du 17 mai 1995 portant statut général des entreprises du secteur public et parapublic<sup>(4)</sup>; Niger: ordonnance 86-01 du 1<sup>er</sup> janvier 1986 et ses décrets d'application; Gabon: ordonnances n° 41-72 du 10 juin 1972, 27-75

---

<sup>(1)</sup> En ce sens: Enoch NODJINGOTO, «Analyse du droit tchadienne des sociétés», in *Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti, op. cit.*, p. 437; citant G. MEISSONNIER, «Analyse de la législation africaine en matière de droit des sociétés», *Revue Juridique et Politique, Indépendance et Coopération*, 1976, p. 331.

<sup>(2)</sup> NODJINGOTO, *loc. cit.*

<sup>(3)</sup> Ce texte précisait la notion d'entreprise d'Etat; son article 2 disposait alors que sont réputés entreprises d'Etat:

- les organismes et établissements à caractère industriel et commercial;
- les sociétés dont l'Etat ou les collectivités publiques sont actionnaires exclusifs;
- les sociétés d'économie mixte à participation majoritaire de l'Etat, des collectivités publiques locales ou des entreprises visées ci-dessus;
- les sociétés présentant un intérêt stratégique pour la défense nationale quelle que soit la participation de la puissance publique.

Pour plus de détails en ce qui concerne les entreprises d'Etat au Cameroun avant l'OHADA, voy. MBENDANG EBONGUE (J.), *Les entreprises d'Etat au Cameroun*, Thèse, Paris, I, 1989; KWUIMO (J.), *L'interventionnisme économique au Cameroun et au Congo*, Thèse, Orléans, 1980.

<sup>(4)</sup> Cf. TCHOKOMAKOUA (V.), «La réforme du cadre juridique des entreprises du secteur public et parapublic (Essai sur l'ordonnance n° 95/003 du 17 mai 1995)», *Juridis Périodique*, n° 26, 1996, p. 97 et s.

du 11 avril 1975 et 18-76 du 6 décembre 1976<sup>(1)</sup>; Haute Volta<sup>(2)</sup> – ou Burkina Faso – par une ordonnance n° 75-049 du 30 octobre 1975; Bénin (ancien Dahomey) où pendant la période révolutionnaire marxiste-léniniste de 1972 à 1989, les sociétés d'Etat et les sociétés d'économie mixte ont été créées par une ordonnance n° 72-11 du 8 avril 1972).

15. D'autres textes nationaux ont eu pour but de filialiser les entreprises étrangères; ils imposaient alors aux sociétés étrangères qui ont des succursales et des établissements dans leurs Etats de transformer ces établissements en sociétés de droit local: par exemple, le Bénin (ordonnance n° 73-11 du 7 février 1973), le Cameroun (loi n° 76-9 du 8 juillet 1976), le Congo (loi de finances n° 30/74 du 30 décembre 1974); le Gabon (loi n° 10-73 du 20 décembre 1973).
16. S'agissant de la réglementation des sociétés en général, peu de textes ont été pris par les législateurs africains. On note la présence de quelques textes éparpillés ici et là et n'ayant pas une portée considérable. La plupart des modifications ont porté davantage sur les S.A., un peu moins sur les S.A.R.L.<sup>(3)</sup> et quasiment pas sur les sociétés de personnes<sup>(4)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Les ordonnances n°s 41-72 du 10 juin 1972, 27-75 du 11 avril 1975 et 18-76 du 6 décembre 1976 étaient relatives aux prises de participation de l'Etat dans les sociétés de capitaux, à la participation des nationaux et des employés de la société dans le capital social et à l'intervention des représentants de l'Etat dans la gestion de ladite société. Ainsi par exemple, l'ordonnance n° 41-72 du 10 juin 1972, modifiée par celle n° 72-75 du 11 avril 1975, précise que les sociétés légalement constituées pour exercer leur activité au Gabon, à l'exclusion des sociétés de personnes, doivent céder gratuitement à l'Etat au moment de leur constitution ou lors de toute augmentation de capital, une quotité fixée à 10% du capital social. Cette solution a été reprise avec un peu plus de souplesse par la loi 8-83 du 31 décembre 1983 modifiée par la loi 24-84 portant loi de finance 1985. Cette offre n'était plus alors nécessaire lors d'une augmentation de capital de la société en cause; l'Etat disposait alors du droit de souscription à titre onéreux, comme tout actionnaire, s'il avait pris sa participation gratuite lors de la constitution. Il appartenait en tout état de cause au ministre des participations de décider s'il y avait lieu ou non d'accepter l'offre de participation à titre gratuit. Cf. en ce sens, Equipe HSD, *Droit commercial et des sociétés en Afrique*, EDICEF, UREF, p. 65-66.

<sup>(2)</sup> Par exemple, il était alors question de la voltaïisation du capital des entreprises. Il faut entendre par là le système de prises de participation des nationaux voltaïque dans le capital des sociétés.

<sup>(3)</sup> On constate à la lumière de ces quelques réformes législatives que s'agissant de la S.A.R.L., en dehors du Niger (ordonnance 80-15 du 19 juin 1980), du Sénégal (loi 85-40 du 29 juillet 1985 – COCC), du Mali (loi 86-13 du 21 mars 1986) et de la Guinée (ordonnance 119 du 17 mars 1985), presque tous les autres Etats africains sont restés jusqu'à l'OHADA régis par les dispositions de la loi de 1925. Cf. Equipe HSD, *Droit commercial et des sociétés en Afrique*, *op. cit.*, p. 115.

<sup>(4)</sup> La même remarque vaut pour les sociétés de personnes. Mises à part les dispositions prévues pour les sociétés en nom collectif dans les législations guinéenne (ordonnance 119, art. 96 à 132, et arrêté 5745 du 13 juin 1985), sénégalaise (C.O.C.C. livre II art. 1168 à 1180 – loi 85-40 du 29 juillet 1985) et malienne (loi 86-13 du 21 mars 1986), celles relatives aux

17. Certains pays se sont contentés de quelques retouches aux lois de 1867 et de 1925, ou alors ont modifié leur droit des sociétés par le biais de la législation relative à la réglementation de l'exercice des activités commerciales<sup>(1)</sup>.

Le Bénin: une loi n° 90-005 du 15 mai 1990 fixait les conditions d'exercice du commerce.

Le Burkina Faso: quelques textes dont la loi n° 15-72 du 30 décembre 1972, le décret n° 73-006 du 7 février 1973 et l'ordonnance du 26 août 1981 ont réglementé la profession de commerçant; pour l'essentiel, la loi élargissait le domaine des sociétés commerciales par la forme en ajoutant aux sociétés par actions et aux S.A.R.L. (admis par les lois coloniales), les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandites simples<sup>(2)</sup>.

Le Cameroun: une loi n° 61-20 du 27 juin 1961 relative à la forme des sociétés a imposé la forme notariée pour tous actes constitutifs de société anonyme, en commandite par actions ou à responsabilité limitée, ainsi que tous actes relatifs aux modifications statutaires et à la liquidation des dites sociétés; une loi n° 90/031 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale suivie du décret 93/720/PM du 22 novembre 1993 fixant les modalités d'application de cette loi d'orientation du 10 août.

La Côte d'Ivoire: un décret du 17 janvier 1973 est venu réglementer les opérations comportant appel public à l'épargne; une loi du 24 juillet 1974, portant création d'un marché financier, a fait obligation aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, de procéder à diverses mesures de publicité, analogues à celles prévues par la loi française du 24 juillet 1966 et le décret d'application du 23 mars 1967. Un décret n° 71-74 du 16 février 1971 a eu pour finalité d'exiger l'intervention des notaires en matière d'actes sociaux portant sur des droits réels ou des baux d'une durée supérieure à trois ans, la forme notariée s'imposant en particulier en matière d'apport visant des immeubles. Un décret n° 75-51 du 29 janvier 1975 a été pris relativement à la tarification des honoraires des commissaires aux comptes des sociétés, dans la mesure où ces commissaires sont agréés près la Cour d'appel d'Abidjan. Enfin, une loi n° 83-789 du 2 août 1983 est venue modifier certains aspects de la loi de 1867 (adoption pour la gestion des sociétés anonymes du système prévu par les lois du 16 novembre 1940 et 4 mars 1943 modifiant l'article 22 de la loi de 1867, du conseil d'administration avec pré-

---

sociétés en commandite simple dans la loi guinéenne (ordonnance 119, art. 96 à 132, et arrêté 5745 du 13 juin 1985), ce sont les textes antérieurs à l'indépendance qui régissaient encore les sociétés de personnes dans la plupart des Etats africains. Cf. Equipe HSD, *Droit commercial et des sociétés en Afrique*, op. cit., p. 139.

<sup>(1)</sup> Georges MEISSONNIER, Les sources du droit des sociétés, op. cit., p. 101.

<sup>(2)</sup> Jean Yado TOE, «Les sociétés commerciales au Burkina Faso», in *Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti*, op. cit., p. 53 et s.

sident-directeur général, réglementation de la cotation des actions en bourse, etc.).

Le Gabon: la législation sur les sociétés a été modifiée par plusieurs textes: la loi n° 13-69 du 31 décembre 1969 a modifié l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 en précisant qu'en cas d'apport en nature comme dans le cas de stipulation d'avantages particuliers, un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés par décision de justice, à la demande du ou des fondateurs; la loi 10-73 du 20 décembre 1973 a institué le régime du président-directeur général pour les S.A. sans préciser s'il doit être une personne physique et sans rien mentionner en ce qui concerne le conseil d'administration; cependant, ce texte assez important, complétés par des textes ultérieurs (loi 1-74 du 31 mai 1974, loi 12-79 du 28 mars 1979, décret 276 du 28 mars 1979, loi 8-86 du 4 août 1986), prévoit un ensemble de dispositions relatives à toutes les sociétés: ainsi en est-il des règles de tenue des assemblées générales, de l'inscription au registre de commerce et de son incidence sur la naissance de la société personne morale, de la reprise des engagements contractés au nom de la société pendant la phase de sa constitution, de la transformation d'une société, et d'une manière générale des règles puisées dans la loi française du 24 juillet 1966, notamment celles relatives à l'atténuation des nullités de sociétés, des possibilités de régularisation et des limitations des cas de dissolution de la société, du contrôle et des rapports des commissaires aux comptes, etc. Il faut aussi ajouter la loi n° 7-72 du 5 juin 1972 réglementant la profession de commerçant, modifiée par la loi 10-73 du 20 décembre 1973.

Le Congo: une loi n° 62-26 du 16 octobre 1962 ratifiée par la loi n° 34-62 du 21 novembre 1962, a modifié l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, en reprenant les dispositions de la loi du 4 mars 1943; en outre, une ordonnance n° 62-26 a institué le régime du président-directeur général, ainsi que le système du conseil d'administration comportant trois membres au moins et douze membres au plus<sup>(1)</sup>.

Le Mali: sans abroger les lois du 24 juillet 1867 et 7 mars 1925, a pris des textes modifiant le droit des sociétés: on peut ainsi citer une ordonnance n° 58 du 14 octobre 1975 portant réglementation de la profession de commerçant, complétée par le décret n° 189 du 14 novembre 1975 sur l'organisation du commerce et par une circulaire n° 41 du 28 janvier 1976. Le premier de ces textes réglemente les formes de sociétés admises au Mali, à savoir les sociétés en nom collectif, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes et les sociétés à caution mutuelle des commerçants. Il

---

<sup>(1)</sup> Système qui sera du reste repris par l'OHADA: article 416 de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés.

supprime donc les sociétés en commandite. Le même texte contient entre autres des dispositions relatives au capital social minimum, au nombre d'associés, à la cessibilité des titres sociaux, à l'exigence d'un agrément préalable du ministre chargé du commerce pour toute création de société. Enfin, une loi 86-13 du 21 mars 1986 instituait un livre II, Titre I, à son Code de commerce. Elle fut complétée par la loi 86-17 du 21 mars 1986.

Le Niger: on peut signaler une petite retouche qui s'est faite d'abord un décret n° 75-52 du 13 mars 1975, puis par une ordonnance n° 80-15 du 19 juin 1980 concernant la forme de l'acte constitutif des sociétés (forme notariée) et le montant minimum du capital social de certaines sociétés. Cette loi qui modifiait la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés anonymes et la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée, indiquait alors que la société anonyme est administrée par un conseil composé de deux membres au moins et de douze au plus, et que le conseil choisit en son sein un directeur ou un président-directeur général, selon les dispositions statutaires. Cependant, le seul texte significatif, mais très parcellaire a été l'ordonnance 92-48 du 7 octobre 1992 instituant un livre premier au nouveau Code de commerce; celui-ci consacrait alors un élargissement de la commercialité de sociétés par la forme qui passait ainsi de la seule S.A. aux S.N.C., S.C.S., S.C.A. et S.A.R.L.

La République centrafricaine: on peut citer une ordonnance n° 83/083 du 31 décembre 1983 portant réglementation des activités de commerce et de prestations de services, une loi n° 88.014 du 27 août 1988 instituant un régime préférentiel en faveur des petites et moyennes entreprises et des petites et moyennes industries.

18. D'autres en s'inspirant largement de la loi française du 24 juillet 1966, sont allés plus loin en refondant leur législation sur les sociétés. Les cas de la Guinée et du Sénégal mériteraient d'être signalés.

La Guinée, pratiquement le seul pays à avoir opté pour l'unité des textes applicables en matière de sociétés, avait par une loi du 1<sup>er</sup> septembre 1962 institué un Code. Après une ordonnance 119 en date du 17 mai 1985 régissant l'activité commerciale et des sociétés (à l'exception de la société en commandite par actions), les sociétés furent réglementées par la loi n° L/92/043/CTRN du 8 décembre 1992 portant Code des activités économiques, et cela quels que soient leur forme ou leur objet (article 50 CAE). En Guinée, il n'y avait ni société civile, ni société commerciale, ni droit commercial, mais simplement un droit des activités économiques<sup>(1)</sup>. Au

---

<sup>(1)</sup> Mara Makalé TRAORE, «Droit des sociétés commerciales en Guinée», in *Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti*, op. cit., p. 229.

surplus, le domaine réservé aux entreprises privées était considérablement réduit par la création des sociétés d'Etat dans différents secteurs de l'économie. En effet, les principaux secteurs de l'activité économique guinéenne étaient placés sous le contrôle des sociétés d'Etat qui avait le monopole des opérations commerciales<sup>(1)</sup>. Ces sociétés d'Etat étaient gérées conformément aux dispositions des décrets n° 175 PRG du 27 juin 1960 (statuts types des sociétés d'Etat), et 382 du 4 septembre 1976 portant création et fonctionnement des sociétés sectorielles d'Etat. La législation prévoyait donc l'intervention en général de l'Etat dans les opérations commerciales.

– Le Sénégal aussi a procédé à une véritable réforme ; partant du constat que la législation héritée de la colonisation avait fondamentalement vieillie et laissait dans l'ombre des matières importantes<sup>(2)</sup>, le législateur a par une loi 85-40 du 29 juillet 1985 refondu le droit sénégalais des sociétés ; cette importante loi exclusivement consacrée aux sociétés commerciales est venue s'intégrer aux dispositions normatives du Code des obligations civiles et commerciales (4<sup>e</sup> partie). Contrairement aux autres pays d'Afrique, le Sénégal s'était donc doté d'un arsenal législatif important et complet, intégrant les évolutions modernes du droit des sociétés et autres groupements d'affaires<sup>(3)</sup>, et les acquis de la jurisprudence. Du reste, la loi de 85 a subi des modifications dans le sens d'une amélioration des règles régissant les sociétés commerciales : la première est la loi n° 89-09 du 17 janvier 1989 prorogeant la date à laquelle les sociétés devaient être soumises aux dispositions de la loi de 1985 ; la seconde résultait de la loi n° 93-07 du 10 février 1993. Ce texte semblait alors beaucoup plus important dans la mesure où, selon son exposé des motifs, le législateur sénégalais déclarait avoir pour objectif « d'améliorer le cadre juridique dans lequel les sociétés commerciales doivent développer leurs activités pour sécuriser davantage aussi bien les associés que les tiers »<sup>(4)</sup>. Ladite loi modifiait alors en profondeur les dispositions d'un nombre important d'articles de la loi de 1985 : allègement des procédures et formalités de constitution des sociétés commerciales, simplification et amélioration de leurs règles de fonctionnement, réduction des sanctions pénales jugées trop défavorables aux investisseurs. Entre-temps,

---

<sup>(1)</sup> G. MEISSONNIER, *op. cit.*, p. 101 : citant le décret n° 382 du 4 septembre 1976, portant création et fonctionnement des sociétés sectorielles d'Etat, le décret n° 160 du 18 avril 1979 créant la Société nationale d'import-export dénommée IMPORTEX, ayant le monopole de l'importation des marchandises de consommation et des biens d'équipement, etc.

<sup>(2)</sup> Ibrahima BA, « Le droit des sociétés commerciales au Sénégal », in *Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti*, *op. cit.*, p. 395 et s.

<sup>(3)</sup> Le livre VI (articles 1473 à 1488) du C.O.C.C., par exemple, reprenant les dispositions de la loi n° 84-37 du 11 mai 1984 instituant le groupement d'intérêt économique, est également consacré à ce groupement jugé utile en affaires en raison de la possibilité de collaboration qu'il offre aux entreprises.

<sup>(4)</sup> Ibrahima BA, *loc. cit.*, p. 397.

un décret 88.1003 du 22 juillet 1988 complétant le COCC avait fixé les diligences minimales que doit accomplir tout commissaire aux comptes dans l'exercice de sa mission<sup>(1)</sup>.

19. En somme, les réformes dans différents pays d'Afrique francophone étaient assez peu profondes. C'est la raison pour laquelle un essai de codification du droit des sociétés à l'échelle régionale a été tenté. Il s'agit particulièrement du projet de Code des sociétés<sup>(2)</sup> de l'Union douanière et économique des Etats de l'Afrique Centrale (UDEAC)<sup>(3)</sup> aujourd'hui devenue Communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC).

L'esprit du projet UDEAC était au regard du rôle prépondérant des sociétés dans l'économie moderne, de prévoir des mesures favorisant la bonne marche de la société<sup>(4)</sup>. Ce projet se caractérisait par un triple souci d'applicabilité, d'efficacité et de réalisme<sup>(5)</sup> et il apparaissait alors comme une loi uniforme gommant à la base les disparités entre un système hispanisant, un système anglo-saxon et un système de culture juridique française. Il se voulait aussi un code moderne en tant qu'il intégrait les enseignements du droit comparé et particulièrement les récentes modifications survenues dans les pays du Marché commun<sup>(6)</sup>. Le souci de réalisme transparaissait dans un certain nombre de propositions des rédacteurs du projet : le choix des types de sociétés qui avaient été reçues ou pouvaient l'être par la pratique tout en tenant compte des possibilités des individus impliqués dans l'activité économique ; l'accent sur les préoccupations devenues classiques du droit des sociétés (mais tout en cherchant à coller à la réalité socio-économique, en l'occurrence la protection des associés et celle bien comprise des tiers), l'as-

(1) Equipe HSD, «Droit commercial et des sociétés en Afrique», *op. cit.*, p. 102.

(2) Tout a commencé avec un Acte n° 18/81/UDEAC-322 du 19 décembre 1981 donnant mandat au Secrétaire général de l'UDEAC de mener une étude en vue de la réforme du droit des sociétés commerciales dans la région. Ce travail fut confié à divers enseignants qui rédigèrent ainsi un projet de code et le déposèrent au Secrétariat général de l'UDEAC le 5 octobre 1984.

(3) Regroupant le Cameroun, le Gabon, la Guinée Equatoriale, la République Centrafricaine et le Tchad.

(4) Pour une analyse détaillée de ce projet, cf. NGOMO (A.F.), *Le projet de code des sociétés de l'UDEAC*, Thèse Paris II, 1989; POUGOUE (P.G.), «Scolie sur le projet de code des sociétés UDEAC», *Revue Juridique Africaine*, n° 1, 1991, p. 7 à 29.

(5) POUGOUE (P.G.), «Scolie sur le projet de code des sociétés UDEAC», *loc. cit.*, p. 9-10.

(6) Le droit d'inspiration française a été retenu comme dénominateur commun de la réforme dans la mesure où plusieurs des Etats membres de l'UDEAC sont des anciennes colonies de la France, auxquels il faut ajouter le Cameroun, territoire précédemment sous mandat placé sous la tutelle française ; dès lors, le projet de code UDEAC s'inspire largement des lois françaises du 24 juillet 1966 et du 4 janvier 1978, elles proches des autres législations occidentales.

sainissement de la gestion (par une redéfinition des pouvoirs des organes dirigeants des sociétés et particulièrement de sociétés anonymes<sup>(1)</sup>, par le renforcement du contrôle de gestion de toute société et du contrôle des comptes par les professionnels indépendants). L'objectif du législateur de l'UDEAC était en tout cas de renouveler la théorie de la société commerciale et d'éviter les dérives des dirigeants de sociétés. Mais ce projet de code n'a malheureusement jamais abouti.

L'UDEAC a également conçu des textes régissant le commissariat aux comptes dans sa sous-région. Il s'agit de l'Acte n° 4/70-UDEAC-133 du 27 novembre 1970 portant statut des experts comptables et comptables agréés, et de l'Acte n° 5/82-UDEAC-324 du 18 décembre 1982 portant adoption des dispositions diverses relatives au commissariat aux comptes et à l'expertise judiciaire en comptabilité. Ces textes portant sur l'organisation de la profession de commissaires aux comptes prévoient notamment que ceux-ci doivent être agréés dans les conditions qu'ils fixent, et déterminent le contenu de leur mission (contrôles, rapports, dénonciations des anomalies). Pour l'essentiel, l'Acte n° 5/82 étend considérablement le domaine d'application du pouvoir d'investigation des commissaires aux comptes qui peut aller au-delà de la société contrôlée et s'exercer même dans le cadre des sociétés mères, des filiales ou même auprès des tiers.

### *C. Appréciation critique*

- 20.** Le constat final à propos du contexte législatif africain avant l'OHADA est qu'il y avait véritablement une insécurité juridique pour quiconque aurait voulu connaître la législation applicable dans l'un de ces pays et à plus forte raison dans l'ensemble des pays concernés. Eparpillement des textes, législation disparate et inadaptée, vétusté et archaïsme des textes: tels sont les maux qui caractérisaient les législations d'Afrique à la veille de l'OHADA; certains n'ont pas hésité à parler d'un véritable «maquis juridique»<sup>(2)</sup>.

Il était alors parfois impossible de savoir si telle ou telle disposition pourtant contenue dans le Code civil ou le Code de commerce était applicable ou était applicable dans son intégralité, à cause du système de la spécialité législative qui a gouverné l'élaboration du droit dans les colonies et territoires sous tutelle. Il faut rappeler qu'en vertu de ce système, les lois et règlements pris par les autorités de la métropole ne s'appliquaient pas dans les colonies

<sup>(1)</sup> NGOMO (A.F.), «Pour une redéfinition des pouvoirs des organes intervenant dans la gestion des sociétés anonymes» (Réflexions à partir du projet de code des sociétés de l'UDEAC dans la perspective de l'harmonisation du droit des affaires de la zone franc, *Juridis Info*, n° 16, 1993, p. 74 à 84.

<sup>(2)</sup> Djibril ABARCHI, «Droit nigérien des sociétés», in *Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti*, op. cit., p. 374.

de plein droit. Sauf lorsqu'ils avaient été pris spécialement à leur intention, ils ne pouvaient s'y appliquer qu'en vertu d'une disposition spéciale.

En conséquence, le droit des sociétés commerciales était disséminé dans de nombreux textes, tantôt applicables à un grand nombre de pays, tantôt aux uns et pas aux autres, tantôt propres à un pays en particulier.

De plus, certains de ces textes, conçus depuis plus d'une centaine d'années, apparaissaient considérablement vieilliss au regard des techniques modernes de constitution, de fonctionnement et de contrôle des sociétés commerciales<sup>(1)</sup>. En effet, les règles juridiques ne répondaient pas véritablement aux besoins des opérateurs économiques locaux ; n'étaient pas adaptées aux agents économiques pour lesquelles elles étaient destinées. Il y a longtemps que l'on réclamait une mise en ordre<sup>(2)</sup>.

Le législateur OHADA a donc à juste titre entendu, dans son espace, réhabiliter la société commerciale<sup>(3)</sup>, à travers l'adoption d'un Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

## **§2. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E.**

21. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique est une pièce maîtresse de l'arsenal OHADA. Adopté à Cotonou le 17 avril 1997, et publié dans le journal officiel de l'OHADA à Yaoundé le 11 octobre 1997<sup>(4)</sup>, cet Acte uniforme est entré en

---

<sup>(1)</sup> Cf. Jean YADO TOE, «Les sociétés commerciales au Burkina Faso», in *Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti*, op. cit., p. 53.

<sup>(2)</sup> Cf. MEISSONNIER (G.), «Analyse de la législation africaine en matière de droit des sociétés», *Revue Juridique et Politique, Indépendance et Coopération*, 1976, p. 331 et s. ; *Droit des sociétés en Afrique*, LGDJ, 1978 ; NKROYOK (J.), *La situation juridique des sociétés commerciales au Cameroun : adaptation ou inadaptation de la loi du 24 juillet 1867*, thèse, Doctorat Droit Montpellier, 1985 ; GLANSDORFF (B.), «Les sociétés commerciales en Afrique et en Haïti : regards d'un comparatiste», in *Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti*, 1997, 3<sup>e</sup> rencontre de droit comparé du CICLEF, Moncton-Canada, 1998, p. 11 ; GOMEZ (J.R.), *Les Etats d'Afrique noire francophone à la recherche d'un droit des sociétés*, Thèse Doctorat, Montpellier, 1989.

<sup>(3)</sup> Cf. A.-F. NGOMO, *La réhabilitation de la société commerciale dans la réforme du droit des affaires au sein de l'espace OHADA*, inédit.

<sup>(4)</sup> Cf. Les premiers ouvrages sur cet Acte uniforme : POUGOUE (P.-G.), ANOUKAHA (F.), NGUEBOU (J.), *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, PUA, Yaoundé, 1998, 630 p. ; PRICE WATERHOUSE COOPERS, *Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, 1998, 376 p. ; Ouvrage collectif, OHADA, *Droit des sociétés commerciales et du G.I.E.*, Commentaires, EDICEF, Editions FFA, 1998 ; SAMBE (O.), DIALLO (M.I.), *Guide pratique des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (G.I.E.) OHADA*, Editions comptables et juridiques, Dakar, 1998.

vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998 conformément à son article 920-2. C'est un pavé de 920 articles comprenant un chapitre préliminaire et quatre parties :

– Chapitre préliminaire: Champ d'application des dispositions du présent Acte uniforme.

– Partie I: Dispositions générales sur la société commerciale.

– Partie II: Dispositions particulières aux sociétés commerciales.

– Partie III: Dispositions pénales.

– Partie IV: Dispositions transitoires et finales.

Pour présenter ce droit nouveau, seront exposés en trois points: les caractères de la réforme, ses idées générales et ses modalités d'application.

#### *A. Les caractères de la réforme*

- 22.** La réforme réalisée par l'Acte uniforme OHADA relatif aux sociétés commerciales et au G.I.E. peut se présenter en trois mots: c'est à la fois une œuvre de codification, de modernisation et d'intégration.

#### **1. Une œuvre de codification**

- 23.** On a déjà vu combien le droit des sociétés des pays africains de la zone franc avant l'OHADA se présentait sous l'aspect d'une législation touffue et dispersée. Du Code civil (articles 1832 à 1873) au Code de commerce (articles 18 à 46) en passant par des lois particulières de la période coloniale (loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions et la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée) et des indépendances, sans compter des nombreuses lois spéciales qui dérogeaient aux textes de base ou les complétaient, la connaissance du droit était devenue une gageure. C'était un véritable maquis législatif au milieu duquel se retrouvaient difficilement les praticiens et à plus forte raison les profanes et qui ne facilitait pas les relations commerciales des sociétés avec l'étranger.

- 24.** De ce point de vue, l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique est une œuvre de codification incontestable. C'est un ensemble important traitant des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Les dispositions sont assez complètes et souvent impératives réduisant du coup le renvoi à d'autres textes. Le caractère unitaire de la codification est ainsi renforcé. C'est véritablement le code des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Et dans ce domaine, c'est un code qui modernise.

## 2. Une œuvre de modernisation

25. Si l'Acte uniforme est un code, c'est résolument un code moderne. Il s'inspire des modifications récentes en France et dans les autres pays de l'Union européenne avec lesquels, pour des raisons historiques connues, les Etats membres de l'OHADA entretiennent des relations privilégiées. Il rénove aussi les avancées significatives de certains pays africains comme le Sénégal, le Mali et la Guinée<sup>(1)</sup> et du projet du code des sociétés UDEAC. Fondamentalement cet Acte uniforme vise à adapter le droit africain des sociétés aux impératifs de l'économie moderne; on en trouve la trace dans l'exigence d'un capital minimum pour les sociétés de capitaux ou dans les règles relatives aux fusions, aux scissions et aux transformations.
26. Allant même plus loin dans ce désir, l'Acte uniforme bouleverse le droit des sociétés et du groupement d'intérêt économique. Les révolutions sont profondes. Elles concernent aussi bien la théorie générale de la société commerciale que ses formes.

### *a) Modernisation de la théorie générale des sociétés commerciales*

27. Cette modernisation a pour point de départ une nouvelle définition plus complète de la société commerciale. Celle-ci est une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes, par contrat, affectent à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter; les associés s'engagent à contribuer aux pertes; la société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés (article 4 Acte uniforme).
28. De nouvelles orientations de l'acte uniforme fondent ensuite la théorie de la société commerciale. Sur le plan de la théorie juridique, ces orientations renforcent la remise en doute de l'analyse contractuelle de la société au profit de l'analyse institutionnelle. Cela correspond sans doute à l'objectif de performance recherché par cette nouvelle loi. A cet égard, plusieurs aspects de la réforme visent à rendre la société plus opérationnelle, plus performante: la réduction des cas d'annulation de la société<sup>(2)</sup> contrebalancée par l'accroissement des responsabilités tant civiles que pénales, l'adaptation de l'en-

---

<sup>(1)</sup> Il s'agit là des rares pays africains de la zone franc ayant refondu leur législation sur les sociétés commerciales avant les textes OHADA:

Sénégal: loi n° 85/40 du 29 juillet 1985

Mali: loi n° 86/13 du 21 mars 1986

Guinée: ordonnance n° 119 du 17 mai 1985 et arrêté n° 5745 du 29 juillet 1985.

<sup>(2)</sup> Les irrégularités de constitution ou des actes sociaux échappent autant que possible à la nullité.

treprise aux nécessités du moment, le renforcement du contrôle avec un accent particulier à la professionnalisation et une plus grande flexibilité dans l'organisation et le fonctionnement ou la direction des sociétés, la rénovation des infractions pénales en matière de société.

***b) Modernisation des formes des sociétés commerciales***

29. L'Acte uniforme organise les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique.
30. *Sociétés commerciales.* Dans sa classification des sociétés commerciales, l'Acte uniforme reconnaît comme les législations précédentes trois catégories de sociétés :
- les sociétés de personnes ;
  - les sociétés de capitaux ;
  - un type de société qui emprunte les caractéristiques des deux catégories ci-dessus : c'est la société à responsabilité limitée (S.A.R.L.).
31. S'agissant des sociétés de personnes ou sociétés par intérêts, l'Acte retient d'une part les sociétés en nom collectif et d'autre part les sociétés en commandite simple. Dans ces deux espèces de sociétés, les associés se connaissent tous et contractent en considération de la personne : contrat de société conclu *intuitus personae* ; la contrepartie de l'apport est constituée par des parts sociales attribuées à chaque associé ; les parts sociales sont désormais en principe cessibles mais il faut le consentement unanime de tous les autres associés ; les dirigeants sont nommés et révoqués à l'unanimité des associés. Dans ces sociétés, l'aspect contractuel est prépondérant (priorité aux stipulations statutaires).
32. Les sociétés de capitaux ou par actions quant à elles sont ainsi appelées parce qu'elles sont constituées principalement en vue des capitaux qui doivent être mis en commun par les associés. La considération de la personne des associés est en principe indifférente. D'ailleurs, ils s'ignorent le plus souvent et peuvent s'interchanger sans aucun problème. Chacun n'attend de ses coassociés qu'une chose : qu'il libère son apport. La contrepartie de l'apport est appelée action ; celle-ci est librement transmissible voire négociable. La forme retenue par l'Acte uniforme est la société anonyme.
- Considérant la S.A. comme société d'affaires par excellence, celle-ci peut désormais faire appel public à l'épargne. L'article 81 définit les critères de l'appel public à l'épargne pour une société : comprendre plus de cent actionnaires, inscrire ses titres à la Bourse des valeurs d'un Etat partie ; ou avoir recours soit à des établissements de crédit ou agents de change, soit à des

procédés de publicité quelconque, soit au démarchage, pour offrir au public d'un Etat partie des titres quels qu'ils soient, ou enfin, diffuser ses titres au-delà d'un cercle de 100 personnes. Le souci de transparence a dicté l'institution d'une réglementation très stricte de ces sociétés.

Il faut aussi assimiler aux sociétés anonymes de droit commun, les sociétés d'Etat régies par l'Acte uniforme.

- 33.** La société à responsabilité limitée a une nature mixte :
- elle se rapproche des sociétés de personnes en ce que la contrepartie des apports est constituée de parts sociales : ce qui implique les difficultés de cessibilité, le contrôle par les associés des adhésions nouvelles : on retrouve ici les caractéristiques de l'*intuitus personae*.
  - elle se rapproche des sociétés de capitaux parce que la responsabilité des associés est limitée au montant de leur apport.
- 34.** L'Acte uniforme prévoit que la société commerciale peut être unipersonnelle ou pluripersonnelle. Ainsi aux termes de l'article 5, la société commerciale peut être créée par une seule personne, dénommée « associée unique ». Répondant à l'idée implicite de patrimoine d'affectation, le législateur décide que la société peut être l'œuvre d'un associé unique. Cette consécration de la société unipersonnelle demeure cependant limitée à certains types de sociétés à savoir les S.A. et les S.A.R.L. Cela montre que dans les principes, la société est et demeure un contrat. Néanmoins, on ne peut pas parler de contrat de société en ce qui concerne ces sociétés d'un seul associé. En tout état de cause, la consécration de la société unipersonnelle a un double mérite. Comme a pu le dire un des rédacteurs de l'Acte uniforme, cette institution va permettre à la fois de conjuguer l'intérêt des grands groupes privés qui ont des filiales en Afrique et la simplification de la gestion de ces groupes ; mais aussi, cela cadre avec la conception que peuvent avoir certains hommes d'affaires africains de leurs affaires. Il est sûr qu'ils n'auront plus besoin d'associés de paille pour masquer les sociétés dans lesquelles ils sont les seuls vrais maîtres.
- 35.** Sur cette classification des sociétés par l'Acte uniforme OHADA, plusieurs remarques s'imposent :
- l'abandon de la société en commandite par actions, tombée en désuétude<sup>(1)</sup> ;

---

<sup>(1)</sup> POUGOUE (P.G.), « celle-ci (la société en commandite par actions) n'est pas sans intérêt pour financer une entreprise sans en perdre le contrôle. Le droit ne peut être vivant que s'il évolue pour s'adapter constamment aux besoins des rapports sociaux. La codification n'est pas une pétrification, elle n'en est pas moins utile lorsqu'elle est le support d'un progrès », *in Scolie sur le projet de code de sociétés UDEAC*, article précité, note de bas de page n° 22.

– l'atténuation de la distinction initiale société de personnes-sociétés de capitaux s'est atténuée ; elle n'est pas ressentie au plan de la législation, mais elle se manifeste sur le terrain juridique par certaines dispositions statutaires. On constate que par des clauses insérées dans le pacte social, les associés peuvent modifier le jeu normal de certaines règles légales. Ainsi en est-il de la possibilité d'assouplir ou d'introduire l'*intuitus personae* dans les sociétés. Dans la S.N.C., ils peuvent décider par exemple d'écarter la dissolution pour cause de décès ou d'incapacité de l'un d'eux, en insérant dans le contrat, une clause de continuation de la société, malgré cet événement (l'Acte uniforme le permet expressément). Dans une S.A., les clauses d'agrément ou de préemption peuvent fermer l'accès à la société de certaines personnes désireuses d'en faire partie (manifestation de l'*intuitus personae* dans une société dont les caractéristiques l'excluent *a priori*).

Parmi les sociétés commerciales, il faut certes distinguer les sociétés commerciales par l'objet, et les sociétés commerciales par la forme. Jusqu'ici, la loi de 1867 modifiée par la loi du 1<sup>er</sup> août 1893 dont l'article 6 disposait que les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions sont commerciales par leur forme (quel que soit leur objet). La loi de 1925 en décidait de même pour la S.A.R.L. L'objectif était alors de soumettre ces sociétés qui brassent d'importants capitaux à la procédure de faillite, même si leur objet est civil<sup>(1)</sup>. Toutes les autres sociétés, pour être commerciales devaient avoir un objet commercial : S.N.C., S.C.S. La loi de 1966 (article 1<sup>er</sup> alinéa 2 en France a uniformisé la règle et l'a appliquée à toutes ces sociétés (S.N.C., S.C.S., S.A., S.C.A., S.A.R.L.), désormais commerciales par leur forme, quel que soit leur objet. L'Acte uniforme reprend la même solution dans son article 6.

Parmi les sociétés commerciales par leur objet, il y en a qui n'existent que dans les faits ; le législateur OHADA a en effet intégré ces structures occultes dans le champ juridique : il s'agit de la société en participation qui était faut-il le rappeler autrefois dite association en participation par le Code de commerce, et de la société créée de fait. L'Acte uniforme n'a pas manqué

---

<sup>(1)</sup> Dans le Code de commerce de 1807, la commercialité des sociétés dépendait de leur objet et seuls les commerçants pouvaient être mis en faillite (le terme « faillite » désignait sous le Code de commerce, ce qui est aujourd'hui la liquidation de biens). Lors de la déconfiture de la Société du Canal de Panama, la procédure de faillite ne put lui être appliquée en raison de son objet civil. Les tiers ayant contracté avec elle subirent d'importants préjudices. Aussi, la loi du 1<sup>er</sup> août 1893 décida que les *sociétés par actions* étaient nécessairement commerciales. La règle a été ensuite étendue à d'autres formes de sociétés (L. 66 en France). La société, personne morale, est considérée comme commerçante. Les actes qu'elle passe au cours de son existence, sont qualifiés d'actes de commerce. La jurisprudence estime même que cette commercialité s'étend aux actes de constitution et de dissolution de la société (en ce sens, Cf. Cass. com. du 25 octobre 1899, S., 1900, 1, 65, note LYON-CAEN).

de réglementer ces deux types de sociétés qu'il qualifie alors de sociétés sans personnalité morale.

Au terme impropre d'association en participation utilisé par le Code de commerce en son article 47, le législateur OHADA a réglementé la société en participation (improprement désignée à l'article 47 du Code de commerce par le vocable «association en participation»). Tout en reprenant les règles classiques applicables en la matière, il définit la société en participation comme une société dans laquelle les associés conviennent qu'elle ne sera pas immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier et qu'elle n'aura pas la personnalité morale (article 114). C'est donc une société transparente dont l'ensemble des règles qui la gouvernent dépend de la volonté des parties (article 855). Règne de la liberté contractuelle en la matière, la S.E.P. est une forme de société simple, constituée au mépris des formes légales prévues; la collaboration entre les associés est secrète ou discrète, et ne laisse paraître aucune vie sociale extérieure; la société est en principe occulte, et non révélée aux tiers.

La société créée de fait, quant à elle, semble une notion fourre-tout. Elle résulte aux termes de l'Acte uniforme de diverses situations: elle est soit déduite du comportement des parties (article 864), soit constituée au mépris des formalités légales (article 865). Il faut y ajouter l'hypothèse de l'article 115 à savoir, société constituée sans acte écrit. Cette variété d'espèces montre bien que le problème des sociétés créées de fait est celui de la preuve de leur existence. Une telle société n'existe qu'autant que tous les éléments constitutifs de la société se trouvent réunis. Une fois établie, la société créée de fait se voit appliquer les règles de la S.N.C. (article 868). Reste que le législateur communautaire assez maladroitement emploie indifféremment les termes société de fait et société créée de fait<sup>(1)</sup>. Or, sur le plan juridique une différenciation doit être faite. La S.C.F. est une société dans laquelle les associés n'ont voulu respecter aucune formalité juridique. Par contre, la société est bien révélée aux tiers; la société fonctionne ouvertement; mais étant de fait, elle est seulement présumée; tous les éléments du contrat de société doivent paraître aux yeux des tiers, malgré le caractère verbal de la société.

---

<sup>(1)</sup> POUGOUE, ANOUKAHA, NGUEBOU, «Le droit des sociétés commerciales et du G.I.E. OHADA», *op. cit.*, p. 264, n<sup>os</sup> 615 et s.; AFANA BINDOUGA (M.), *La société de fait* dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, Mémoire de DEA, Université de Yaoundé II, 2001, 61 p., spéc. p. 6. Sur la notion de société de fait et ses applications, voir Henri TEMPLE, *Les sociétés de fait*, préface de Jean Calais-Auloy, Paris, L.G.D.J., 1975.

36. *Groupement d'intérêt économique.* L'organisation du groupement d'intérêt économique est une innovation de valeur considérable pour les investisseurs. L'objectif est de faciliter la recherche conjointe ou des efforts de commercialisation<sup>(1)</sup>. Ainsi, des entreprises membres, tout en conservant leur individualité réalisent des actions communes même dans doter la structure d'un capital initial, à condition que l'activité de la structure se rattache essentiellement à l'activité économique de ses membres.

Avant OHADA, seuls quelques pays africains de la zone franc connaissaient le G.I.E. : le Sénégal, le Mali, le Burkina Faso, le Cameroun<sup>(2)</sup>.

L'Acte uniforme le rénove et l'étend à tous les Etats parties dans ses articles 869 à 885.

### 3. Une œuvre d'intégration

37. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique est une expression de la volonté des Etats africains de la zone franc d'harmoniser leur droit des affaires dans le cadre de l'OHADA. L'objectif est la réalisation progressive de l'intégration économique des Etats parties<sup>(3)</sup>. La démarche épistémologique qui se dessine alors semble indiquer que l'intégration juridique doit désormais être considérée comme un levier indispensable de l'intégration économique. Et l'originalité tient précisément en l'utilisation du droit pour impulser l'économie ; l'intégration juridique est un facteur de réussite de l'intégration économique<sup>(4)</sup>. En effet, l'OHADA, en tant qu'ordre juridique, est appelée à façonner la réalité et l'intégration économiques.

#### a) *Intégration juridique*

38. L'article 1<sup>er</sup> du Traité de l'OHADA indique clairement la mission d'intégration juridique de ce dernier : élaboration et adoption par les Etats parties de règles communes ...

<sup>(1)</sup> On peut citer des exemples célèbres de AIRBUS et de la Carte Bleue.

<sup>(2)</sup> Sénégal: articles 1473 à 1488 du C.O.C.C. (auparavant: loi 84/37 du 31 mai 1984 ); Mali: articles 722 à 741 du Code de commerce; Burkina Faso: ZATU 86-9 du 29 janvier 1986; Cameroun: loi n° 93/015 du 22 décembre 1993. Voy. NYAMA (J.M.), «Les groupements d'intérêt économique et le droit camerounais de la concurrence», *Juridis Périodique*, n° 26, 1996, p. 63 et s.

<sup>(3)</sup> BAYZELON (P.), «Intégration économique dans la zone franc: un mouvement prometteur», in *Marchés Tropicaux*, nov. 1991, p. 2921; GUILLAUMON, «L'intégration économique: un nouvel enjeu pour la Zone Franc», *Revue d'Economie du développement* n° 1991, n° 2, p. 67 et s.

<sup>(4)</sup> POUGOUE (P.G.), *OHADA et intégration économique*, Communication au colloque international Georges Ngango, Yaoundé 26, 27 et 28 février 2001.

L'OHADA a choisi la forme la plus radicale d'intégration juridique aussi bien dans la méthodologie (articles 5 à 10 du Traité OHADA) que dans les effets<sup>(1)</sup>. Sur ce dernier point, le traité parle d'harmonisation. Mais, en réalité, il s'agit plus d'uniformisation que d'harmonisation<sup>(2)</sup>. Dans l'harmonisation, on cherche à coordonner des systèmes juridiques différents ou à respecter la sensibilité essentielle d'une législation donnée. Il s'agit de réduire les différences pour atteindre des objectifs communautaires. L'uniformisation ou l'unification est plus radicale. Elle aboutit, dans une matière juridique donnée, à une réglementation unique, identique en tout point pour les Etats concernés. Il n'y a plus place, en principe, pour les différences. C'est cette seconde voie qu'a emprunté l'OHADA.

39. L'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et du G.I.E. aboutit tout simplement à l'unification du droit et de la jurisprudence des Etats parties. C'est certainement par rapport aux autres Actes uniformes, celui qui laisse peu de place aux législations nationales non seulement à cause de la réglementation minutieuse et détaillée de ses dispositions<sup>(3)</sup>, mais aussi du caractère d'ordre public de la plupart de celles-ci. De la sorte, il contribue à construire l'intégration économique de l'espace OHADA.

#### *b) Intégration économique*

40. Si l'OHADA est, *prima facie*, un espace géographique regroupant les Etats signataires, elle est surtout un espace matériel, le droit des affaires. L'élaboration de règles simples, modernes et adaptées doit faciliter les échanges et les investissements pour faire de l'espace géographique en question un nouveau pôle de développement en Afrique.

Le rôle des sociétés dans les affaires et le développement n'est plus à démontrer. En terme de volume, plus de 95% des affaires se font par le truchement des sociétés. Dans le monde désormais très ouvert, les économies ne sont véritablement viables qu'à l'échelle des régions, voire des continents. L'Acte uniforme sur les sociétés commerciales, par la flexibilité dans sa conception pour offrir des choix et la rigidité dans sa technicité pour pro-

---

<sup>(1)</sup> ISSA-SAYEGH (J.), «L'intégration juridique des Etats de la zone Franc», *Penant* 1997, n° 823, p. 5 et s. et n° 824, p. 125 et s.; LOHOUES-OBLE (J.), «L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique», *RIDC*, 3-1999, p. 543 et s.; POUGOUE (P.G.), «OHADA, instrument d'intégration juridique», *Communication Journées ivoiriennes de l'Association Capitant*, Abidjan, 2001.

<sup>(2)</sup> POUGOUE (P.G.), *Présentation générale et procédure en OHADA*, PUA, Yaoundé 1998, 90 p.

<sup>(3)</sup> Même si en matière pénale, les peines sont laissées à l'appréciation de chaque législateur national (article 5 du Traité de l'OHADA).

téger les associés, les tiers, l'économie et la société tout entière, est de nature à faciliter les groupements et dynamiser l'économie dans l'espace OHADA.

Tout cela montre la place prépondérante de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le G.I.E. dans l'émergence d'une véritable zone économique d'importance en Afrique indispensable à cette ère de la mondialisation des échanges. Les idées générales qui irriguent la réforme des sociétés commerciales dans le cadre OHADA sont tout à fait de la même veine.

### *B. Les idées générales de la réforme*

41. Trois idées directrices ont essentiellement inspiré le législateur OHADA dans son œuvre. Elles n'ont peut-être rien d'original car on les retrouve tout au long de l'histoire de la législation et de la jurisprudence commerciale sur les sociétés. Mais elles sont amplifiées. Ce sont la protection des tiers, la protection des associés, la protection des investisseurs.

Pour assurer la protection des tiers, tout en facilitant le fonctionnement des sociétés, il faut accorder aux dirigeants sociaux, les pouvoirs les plus étendus, donc la plus grande indépendance possible à l'égard des associés. Dès lors, pour protéger ceux-ci contre les abus des dirigeants, il n'est d'autre ressource que d'accroître leurs prérogatives de contrôle, mais d'un contrôle qui ne pourra pratiquement s'exercer qu'*a posteriori*, et pour le surplus de renforcer la responsabilité civile et pénale des dirigeants. A quoi l'on réplique qu'une responsabilité trop forte paralyse celui qu'elle vise et nuit à l'indépendance, à l'esprit d'initiative des dirigeants. L'équilibre n'est donc pas facile à réaliser. Ainsi s'applique la pérennité des soucis qui préoccupent depuis longtemps tant de législateurs.

Par ailleurs, favoriser les investisseurs étrangers est un objectif de l'OHADA en général. Il ne sera pas toujours aisé de combiner cette préoccupation avec les deux autres.

L'Acte uniforme a le mérite de prendre nettement parti. Ces préoccupations sont si contradictoires que c'est déjà une avancée de trouver un équilibre.

#### **1. Protection des tiers**

42. La sécurité des tiers s'inscrit dans le cadre plus général de la sécurité du commerce et du crédit. On comprend que le législateur y ait accordé une attention particulière.

Dans le droit en vigueur avant la réforme OHADA, l'insécurité apparaissait dès la constitution de la société. En effet, la personnalité morale des sociétés courrait à compter de la signature des statuts, l'appel public à

l'épargne comportait peu de mesures protectrices des tiers, les causes de nullité étaient nombreuses. De même, les mesures protectrices du fonctionnement de la société étaient nettement insuffisantes du fait du flou qui entourait la notion d'engagement social. Il en résultait une grande insécurité pour les tiers qui n'étaient pas toujours assurés de ne pas se voir opposer soit la nullité de l'engagement pour cause d'inexistence ou de nullité de la société avec laquelle ils avaient traité du fait de la maladresse des fondateurs, soit l'irrégularité de l'engagement social contracté par les organes de représentation sous le couvert de l'irrégularité juridique dans la situation de ces derniers ou encore de l'abus de pouvoir commis par eux.

43. Sur tous ces points, l'Acte uniforme OHADA apporte des changements qui sont de nature à sécuriser davantage les tiers qui traitent avec la société. Désormais, la naissance juridique de la société est connue de manière précise : aux termes de l'article 98 de l'Acte uniforme, la société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation. Le même souci de sécurité des tiers se retrouve dans la clarification du régime des actes intervenus au nom de la société avant son immatriculation. Que les actes soient accomplis pour le compte de la société alors qu'elle n'est qu'en formation, qu'ils soient accomplis entre sa constitution et son immatriculation, l'Acte uniforme pose en principe la responsabilité solidaire et indéfinie des personnes ayant agi au nom de la société<sup>(1)</sup>. De même, pour limiter les escroqueries auxquelles l'appel public à l'épargne a souvent donné lieu en Afrique, le législateur OHADA a déterminé avec précision le champ d'application de l'appel public à l'épargne et régleme avec minutie l'information à mettre à la disposition du public sollicité<sup>(2)</sup>. Pareillement, alors qu'en droit commercial la nullité est la sanction normale de toute irrégularité substantielle, le législateur OHADA définit strictement les causes de nullité ; dans le même sens, les mesures palliatives sont prévues, le régime de l'action en nullité aménagé, la mise en cause de la responsabilité des fondateurs et premiers organes de gestion recentrée<sup>(3)</sup>. Enfin, à l'égard des tiers, l'Acte uniforme donne aux dirigeants sociaux les pouvoirs les plus larges, l'indépendance la plus complète ; les tiers seront ainsi à l'abri de toute contestation quant à la validité des actes qu'ils passent avec les dirigeants de sociétés<sup>(4)</sup>.

---

(1) Article 110 A.U.S.C.G.I.E. La rigueur est cependant tempérée par une exception, la reprise possible par la société des actes accomplis pour son compte alors qu'elle n'était encore qu'en formation ou avant son immatriculation (articles 107 et 108 A.U. S.C.G.I.E.).

(2) Articles 58 et 823 à 853 A.U. S.C.G.I.E.

(3) Articles 75 à 80 A.U. S.C.G.I.E.

(4) Articles 171 à 123 A.U. S.C.G.I.E.

## 2. Protection des associés

44. Protéger les associés, c'est protéger l'épargne. Ce souci est largement partagé, investir des capitaux dans les sociétés supposant nécessairement la mise en place de mécanismes efficaces de contrôle.

Rationaliser la gestion est justement l'une des idées maîtresses de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique. Tout d'abord, il impose des obligations plus contraignantes aux dirigeants sociaux. Ainsi, quelle que soit la finalité recherchée par la société, les dirigeants sociaux ont l'obligation, à la clôture de chaque exercice, de faire le point des résultats obtenus<sup>(1)</sup>. Le dessein est l'amélioration de l'information des associés. Ensuite, les associés bénéficient de moyens de contrôle plus efficaces. Leur information, dans toutes les sociétés, est mieux assurée. Et, soit par eux-mêmes, soit par l'intermédiaire de commissaires aux comptes compétents et indépendants, ils pourront exercer un contrôle plus sérieux de la gestion au besoin par une procédure d'alerte destinée à réveiller les dirigeants ou en provoquant une expertise de gestion<sup>(2)</sup>. Enfin, pour couronner le tout, l'Acte uniforme multiplie les incriminations pénales à l'égard des dirigeants sociaux. Toute la Partie 3 (articles 886 à 905) est consacrée aux dispositions pénales. Ainsi, par la crainte du gendarme, espère-t-on mieux assurer non seulement la protection des tiers et des associés, mais aussi celle, nouvelle, des investisseurs étrangers.

## 3. Protection des investisseurs étrangers

45. A côté des préoccupations désormais traditionnelles de la protection des tiers et de la protection des associés, les auteurs de l'Acte uniforme ont le souci d'encourager les investissements<sup>(3)</sup>. C'est vrai, c'est tout le droit OHADA dont la mission est de sécuriser l'environnement juridique et judiciaire des affaires qui entend attirer les capitaux étrangers<sup>(4)</sup>. Toutes les dispositions de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique visant la protection des tiers et celle des

<sup>(1)</sup> Article 137 A.U. S.C.G.I.E.; comparer dans le même sens, article 2 A.U. relatif au droit comptable, articles 13 et 14 A.U. D.C.G.

<sup>(2)</sup> Articles 150 à 160 A.U. S.C.G.I.E.

<sup>(3)</sup> Cf. Préambule Traité OHADA.

<sup>(4)</sup> On sent nettement cette préoccupation dans le nouveau droit OHADA des sûretés (Cf. ANOUKAHA (F.), *Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, PUA, Yaoundé, 1998, 166 p.), celui des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (Cf. ANOUKAHA (F.) et TJOUE (A.D.), *L'organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution OHADA*, PUA, Yaoundé, 1999, 193 p.), celui de l'arbitrage (Cf. POUGOUE (P.G.), en collaboration avec FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.M.), *Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, PUA, Yaoundé, 2000, 506 p.

associés intéressent les investisseurs étrangers. Mais certaines dispositions incarnent fortement cette préoccupation. Il en est ainsi de la généralisation du groupement d'intérêt économique, ce qui pourra permettre à certains investisseurs étrangers de se mettre ensemble pour réaliser un objet économique qui n'est pas leur propre profit. On peut aussi déceler cette préoccupation dans la réglementation des liens de droit entre les sociétés, singulièrement les participations et les filiales<sup>(1)</sup>. Mais s'agissant des investisseurs étrangers, les dispositions les plus attractives sont sans aucun doute celles organisant les sociétés (S.A.R.L. ou S.A.) unipersonnelles<sup>(2)</sup> et les sociétés anonymes avec administrateur général<sup>(3)</sup>. Ce sont deux créations particulières du législateur africain. Désormais, grâce à elles, les sociétés à portefeuille (sociétés holding) sont possibles. C'est une nouveauté considérable.

### *C. L'application de la réforme*

46. L'application d'une réforme d'une telle ampleur ne va pas de soi. Elle nécessite à tout le moins un régime transitoire voire une adaptation progressive aux sociétés déjà constituées. De plus, l'Acte uniforme étant un texte communautaire, se trouveront au centre de son application les rapports entre le droit uniforme et le droit national. Le champ spatial d'application résolu, il restera à préciser le champ matériel de la réforme.

#### **1. Entrée en vigueur de la réforme**

47. Il convient, dès le départ, de soigneusement distinguer l'entrée en vigueur de l'opposabilité.

D'après l'article 9 du Traité OHADA, les Actes uniformes sont d'une applicabilité directe 90 jours après leur adoption par le Conseil des ministres de l'OHADA sauf modalités particulières d'entrée en vigueur prévues par l'Acte uniforme lui-même. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E. est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998 conformément à son article 920.

---

<sup>(1)</sup> Il faut cependant noter à cet égard que l'article 120 de l'Acte uniforme qui exige que les filiales des sociétés étrangères soient converties en sociétés locales dans les deux ans, n'est pas très attrayant. Heureusement, ce même article prévoit une dispense par le ministre chargé du commerce. Et dans la pratique, cette dispense est généralement accordée.

<sup>(2)</sup> Articles 385 et 309 A.U.

<sup>(3)</sup> Article 494 A.U. Il s'agit de sociétés anonymes comprenant un nombre d'actionnaires égal ou inférieur à trois. Elles ont alors la faculté de ne pas constituer un conseil d'administration et de désigner un administrateur général qui assume, sous sa responsabilité, les fonctions d'administration et de direction de la société.

D'après ce même article, les Actes uniformes sont opposables trente (30) jours francs après leur publication au journal officiel de l'OHADA<sup>(1)</sup>. Cette publication étant antérieure de 30 jours à sa date d'entrée en vigueur, il est, sous réserve des mesures transitoires, applicable sans aucune restriction dans tous les Etats parties depuis son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998.

Les mesures transitoires ont été prévues par l'article 908 de l'Acte qui a aménagé une indispensable période de transition de deux ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1998 pour permettre aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique déjà existants de mettre en harmonie leurs statuts avec les nouvelles dispositions. La décision de mise en harmonie relève de l'assemblée des associés qui, aux termes de l'article 910 de l'Acte uniforme, peut être aussi bien l'assemblée générale ordinaire que l'assemblée générale extraordinaire.

Bien que la période transitoire soit aujourd'hui expirée, il n'est pas superfluetatoire de rappeler les différentes situations qui ont eu à se présenter et les règles juridiques y afférentes<sup>(2)</sup>.

48. *Trois situations se sont présentées.* Pour les sociétés constituées avant le 1<sup>er</sup> janvier 1998, fallait-il attendre la mise en harmonie avec l'A.U. pour appliquer ce dernier? La réponse peut être trouvée dans l'article 908-1. Il en ressort que ces sociétés sont soumises en principe à l'A.U. Toutefois, les dispositions des droits nationaux contraires à celles de l'A.U. demeurent applicables de manière transitoire (jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2000) aux sociétés qui n'auront pas procédé à la mise en harmonie de leurs statuts avec les dispositions de l'Acte uniforme. Il peut y avoir des controverses dans la compréhension de cette disposition de l'Acte uniforme. Mais, il semble que l'interprétation la plus cohérente est de considérer que les dispositions de l'Acte uniforme s'appliquent immédiatement à ces sociétés dès lors que le droit national ne comporte aucune disposition contraire expresse et écrite à celle de l'Acte uniforme. On peut conclure que :

– en présence d'une disposition nouvelle de l'A.U. (c'est-à-dire ne figurant pas dans le droit national de l'Etat considéré), on applique immédiatement cette disposition même en l'absence d'une mise en harmonie des statuts ;

---

<sup>(1)</sup> En conséquence, la publication ou non dans le journal officiel d'un Etat n'a aucune incidence sur l'application de l'Acte uniforme dans le pays concerné. Cependant, la publication au journal officiel de l'OHADA n'interdit pas celle au journal officiel de l'Etat partie ou par tout autre moyen approprié. L'Article 9 du Traité OHADA le recommande d'ailleurs pour une meilleure lisibilité de l'Acte et pour en faciliter la vulgarisation.

<sup>(2)</sup> Sur la période transitoire du droit des sociétés OHADA, voir Mémento Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, Price Waterhouse Coopers, Fidafrica Juridique et Fiscal, 1998, spécialement p. 14 à 22.

– en présence d'une disposition nouvelle contraire à une disposition nationale, on applique cette disposition nouvelle, uniquement après la mise en harmonie des statuts.

Lorsqu'un texte national ne comporte aucune disposition sur un sujet déterminé, ce mutisme équivaut à une absence de dispositions contraires et les dispositions de l'A.U. sont immédiatement applicables.

En tout cas, le débat est aujourd'hui clos. L'Acte uniforme s'applique sans réserve, les éventuelles dispositions internes contraires antérieures comme postérieures sont abrogées (article 10 Traité OHADA ; article 919-1 A.U.).

Pour les sociétés en cours de constitution au 1<sup>er</sup> janvier 1998, en l'occurrence les sociétés dont les statuts n'étaient pas signés ou dont l'assemblée constitutive n'avait pas été tenue avant l'entrée en vigueur de l'Acte, l'article 907-2 donne quelques indications. Ces sociétés n'avaient pas à renouveler les formalités constitutives accomplies antérieurement. Elles auraient donc du être constituées selon les modalités imposées par l'A.U., sauf à ne pas refaire les formalités éventuellement accomplies avant.

Enfin, les sociétés constituées après le 1<sup>er</sup> janvier 1998 auraient dû respecter l'Acte uniforme.

**49.** Un problème important concerne le défaut de mise en harmonie dans le délai imparti. L'Acte uniforme prévoit des sanctions mais il faut faire une distinction en fonction des clauses statutaires non harmonisées :

– s'il s'agit de clauses relatives au capital social minimum imposé par l'Acte uniforme, les sociétés concernées sont dissoutes de plein droit (article 914) ;

– pour les autres clauses, elles sont purement et simplement réputées non écrites (art. 915).

**50.** Que décider si personne ne soulève le défaut de mise en harmonie ? Il est clair que le problème du sort de la société se pose. Peut-on l'assimiler à une société de fait par interprétation de l'article 865 ? Ou faut-il envisager une possibilité de régularisation ?

Il faut distinguer selon qu'il s'agit des clauses relatives au capital ou des autres clauses. Pour les premières, en attendant la dissolution, la société fonctionne comme une société de fait. Dans la seconde hypothèse, les clauses étant réputées non écrites, il y aurait lieu de régulariser la situation ; en attendant, les dispositions de l'Acte uniforme relatives au type de société en question semblent devoir s'appliquer.

51. Reste le sort des sociétés en commandites par actions : celles existant régulièrement dans l'un des Etats parties devaient sous le même délai de deux ans se transformer en sociétés anonymes. Au 1<sup>er</sup> janvier 2000, de telles sociétés non transformées ont été dissoutes de plein droit (article 908 alinéa 2). De nouvelles ne pourront plus être créées, puisque l'interdiction est d'ordre public.

## 2. Rapports entre l'Acte uniforme et les législations nationales

52. Il faut, pour étudier les rapports entre l'Acte uniforme et les législations nationales, combiner l'article 10 du Traité OHADA et les articles 2 et 919-1 de l'Acte uniforme.

Les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés sont d'ordre public, sauf dans les cas où l'Acte autorise expressément l'associé unique ou les associés à lui substituer les dispositions dont ils ont convenu, soit à le compléter par des stipulations propres (article 2 A.U.). C'est dire que toute autre substitution aux dispositions de l'A.U. est soit frappée d'une nullité absolue, soit réputée non écrite.

Le Traité OHADA a en effet opté pour «la manière forte», en affirmant la force obligatoire des Actes uniformes et leur supériorité sur les normes juridiques existantes et futures. Dès lors, les Actes uniformes se substituent obligatoirement et sans autre formalité aux règles de droit interne applicables dans chaque Etat partie.

L'article 919-1 prévoit que les dispositions légales nationales sur le droit des sociétés qui sont contraires à celles de l'A.U. sont abrogées. Il s'ensuit donc que seules les lois nationales non contraires à l'Acte uniforme restent applicables (article 1<sup>er</sup> al. 3). Pourtant, dans la pratique, une difficulté de compétence pourrait se poser lorsqu'un pourvoi est formé contre une décision rendue sur la base du droit national : quelle est la juridiction compétente, de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) et de la Cour de cassation nationale ? Le droit national ayant un caractère résiduel ou supplétif, le régime de droit commun reste le droit uniforme. Il paraît donc judicieux de donner la compétence à la CCJA.

Un autre problème est susceptible de se poser. Que décider si un Etat maintient sa législation alors qu'elle se révèle contraire à une disposition du Traité ? Il n'existe pas de possibilité de recours en manquement dans cette hypothèse. Mais le traité n'ayant pas été dénoncé, il emporte en tout état de cause.

Ces analyses viennent de recevoir un avis conforme de la Cour commune de justice et d'arbitrage<sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> Avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001, points 1, 2, 3, 4a, 4b, et 4c.

1. Sur la première question, en deux branches :

### 3. Domaine matériel de la réforme

53. Les articles 1<sup>er</sup>, 6 et 916 de l'Acte uniforme montrent l'ampleur de la question<sup>(1)</sup>.

Article 1<sup>er</sup>: Toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège est situé sur le territoire de l'un des Etats parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (...) est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme.

---

a) L'article 10 du Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique contient une règle de supranationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire dans les Etats parties des Actes uniformes et institue, par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures ou postérieures.

b) En vertu du principe de supranationalité qu'il consacre, l'article 10 du Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique qui prévoit l'application directe et obligatoire des Actes uniformes dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure, contient bien une règle relative à l'abrogation du droit interne par les Actes uniformes.

2. sur la deuxième question, en deux branches :

Sauf dérogations prévues par les Actes uniformes eux-mêmes, l'effet abrogatoire de l'article 10 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique concerne l'abrogation de l'interdiction de l'adoption de toute disposition d'un texte législatif ou réglementaire de droit interne présent ou à venir ayant le même objet que les dispositions des Actes uniformes et étant contraires à celles-ci. Il y a lieu d'ajouter que cette abrogation concerne également les dispositions du droit interne identiques à celles des Actes uniformes.

Selon les cas d'espèce, «la disposition» peut désigner un article d'un texte, un alinéa de cet article ou une phrase de cet article.

c) Les dispositions abrogatoires contenues dans les Actes uniformes sont conforme à l'article 10 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

3. Sur la troisième question, en deux branches :

L'effet abrogatoire évoqué dans la question découlant du Traité lui-même d'une part, et les Actes uniformes dérivant de celui-ci d'autre part, il s'en suit que les Actes uniformes n'ont pas seuls compétence pour déterminer leur effet abrogatoire sur le droit interne.

Au regard des dispositions impératives et suffisantes des articles 9 et 10 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, sont superfétatoires les textes d'abrogation expresse du droit interne que pourraient prendre les Etats parties en application des Actes uniformes.

4. Sur la quatrième question, en sept branches :

4-a) et 4-b) réunis en raison de leur identité: L'appréciation du caractère contraire d'une loi étant tributaire de la contexture juridique des cas d'espèce, il s'en suit qu'une loi contraire peut s'entendre aussi bien d'une loi ou d'un règlement de droit interne ayant le même objet qu'un Acte uniforme et dont toutes les dispositions sont contraires à cet Acte uniforme que d'une loi ou d'un règlement dont seulement l'une des dispositions ou quelques unes de celles-ci sont contraires. Dans ce dernier cas, les dispositions non contraires à celles de l'Acte uniforme demeurent applicables.

4-c: Dans le cadre de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, les formules «Lois contraires» et «Disposition contraires» indifféremment employées sont absolument équivalentes.

<sup>(1)</sup> NGAMALEU (S.), «Le domaine matériel de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E.», *Mémoire*, DEA Droit Privé Fondamental, Université de Yaoundé II, 2001.

Tout groupement d'intérêt économique est également soumis aux dispositions du présent Acte uniforme<sup>(1)</sup>.

Article 6: Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet<sup>(2)</sup>.

Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandites simples, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes.

Article 916: Le présent Acte uniforme n'abroge pas les dispositions législatives auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier.

Les clauses de ces sociétés, conformes aux dispositions abrogées par le présent Acte uniforme mais contraires aux dispositions du présent Acte uniforme et non prévues par le régime particulier desdites sociétés, seront mises en harmonie avec le présent Acte uniforme dans les conditions prévues à l'article 908 du présent Acte uniforme.

Leur lecture combinée permet d'explicitier les certitudes et d'éclairer les zones d'ombre.

#### *a) Les certitudes*

- 54.** L'Acte uniforme s'applique certainement aux sociétés commerciales, c'est-à-dire celles qui ont épousé une forme déclarée commerciale par l'Acte

---

<sup>(1)</sup> L'article 1 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général donne la même indication: «Tout commerçant, personne physique ou morale y compris toutes sociétés commerciales dans lesquelles un Etat ou une personne de droit public est associé, ainsi que tout groupement d'intérêt économique, dont l'établissement ou le siège social est situé sur le territoire de l'un des Etats parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (...), est soumis aux dispositions du présent Acte uniforme.»

<sup>(2)</sup> L'objet commercial est défini par les articles 3 et 4 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général.

Article 3: «Ont le caractère d'actes de commerce, notamment:

- l'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente,
- les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance, et de transit,
- les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce,
- l'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles,
- les opérations de location de meubles,
- les opérations des intermédiaires de commerce, telles que commission, courtages, agences, ainsi que les opérations d'intermédiaires pour l'achat, la souscription, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de société commerciale ou immobilière,
- les actes effectués par les sociétés commerciales.»

Article 4: «Ont également le caractère d'actes de commerce, et ce, par leur forme la lettre de change et le billet à ordre, et le warrant.»

Voy. NGUEBOU (J.), *Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, PUA, Yaoundé, 1998, 250 p.; FENEON (A.) et GOMEZ (J.R.), *Droit commercial général. Commentaires*, EDICEF, Editions FFA, 1999, 168 p., spéc. p. 14 et 15.

uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique lui-même – S.N.C., S.C.S., S.A.R.L., S.A. – ou qui accomplissent à titre de profession habituelle des actes de commerce par application de l'Acte uniforme portant droit commercial général.

Il s'applique aussi, de par les textes OHADA, aux groupements d'intérêt économique.

L'Acte uniforme ne s'applique certainement pas aux sociétés civiles, c'est-à-dire les sociétés dont l'objet est civil et qui n'ont pas adopté une forme commerciale par détermination de la loi OHADA. On peut rapprocher de ces sociétés non commerciales assurément les mutuelles précisément parce qu'il s'agit d'une mutualité et non de la commercialité<sup>(1)</sup>, ainsi que les coopératives parce qu'il s'agit d'une forme d'entrepreneuriat humaniste fermée sur ses membres<sup>(2)</sup>.

#### *b) Les zones d'ombre*

#### **55.** Elles concernent les entreprises publiques et les sociétés à régime particulier.

S'agissant des entreprises publiques, la lecture de l'article 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme invite à en avoir désormais une compréhension stricte.

La présence de l'Etat ou d'une personne morale de droit public dans l'une des formes de sociétés commerciales de par la loi n'affecte en rien la nature commerciale de la société qui, pour cela, est régie par l'Acte uniforme. Peu importe que l'Etat soit associé unique ou associé avec d'autres. C'est dire que les sociétés d'Etat ou nationales, les sociétés à capital public, les sociétés d'économie mixte quel que soit le niveau de participation de l'Etat sont régies par l'Acte uniforme. Des textes nationaux spécifiques pourront être pris pour tenir compte de l'origine publique du capital; mais ils ne sauraient ni être contraires à l'Acte uniforme ni entraver l'application de ce dernier<sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Ainsi les mutuelles d'assurance sont régies par le seul code CIMA (Conférence interafricaine des marchés de l'assurance). Le Traité CIMA a été signé le 10 juin 1992 à Yaoundé. Il est entré en vigueur le 14 avril 1994 et le code le 15 février 1995. Le Traité regroupe à l'heure actuelle le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la République Centrafricaine, le Congo (Brazzaville), la Côte d'Ivoire, le Gabon, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad, le Togo. Les Comores viennent de le signer mais ne l'ont pas encore ratifié.

<sup>(2)</sup> Mais il faut relever que si une mutuelle ou une coopérative adopte une des formes de sociétés commerciales retenues par l'Acte uniforme ou exerce à titre habituel des actes de commerce, elle est commerçante et l'Acte uniforme s'applique. Donc, seules les mutuelles et les coopératives entièrement civiles restent en dehors du champ d'application de l'Acte uniforme.

<sup>(3)</sup> Par exemple au Cameroun, la loi n° 99/016/ du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic, tout en rappelant que les entreprises de ce secteur qui ont adopté une forme anonyme sont régies par le droit privé, organise à côté un régime de droit public.

En revanche, les entreprises publiques qui se présentent seulement comme une excroissance de l'administration centrale ne relèvent pas de l'Acte uniforme. Il s'agit des établissements administratifs quel que soit leur spécificité et leur degré d'autonomie.

Entre ces extrêmes, se trouvent les établissements publics à caractère industriel et commercial. On peut hésiter quant à leur soumission à l'Acte uniforme. Mais, étant donné que ces établissements exercent une activité commerciale, ils sont commerçants conformément à l'article 2 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général. Par conséquent, ils relèvent de la législation OHADA, singulièrement de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales<sup>(1)</sup>.

S'agissant des sociétés à régime particulier, mais commerciales par leur objet ou leur forme, elles restent régies par l'Acte uniforme. Ce dernier constitue le droit commun, les régimes particuliers ne s'appliquant que dans la mesure où ils ne sont pas contraires à l'Acte uniforme. C'est le sens de l'article 916. Il en est ainsi notamment des S.A. à capital variable, des S.A. de banque ou d'assurance. Cette interprétation soutenue par une partie de la doctrine dès l'adoption de l'Acte uniforme<sup>(2)</sup> vient d'être confortée par un avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage<sup>(3)</sup>.

### §3. Orientations bibliographiques et de l'étude

56. Doivent être distinguées la bibliographie du droit des sociétés avant le droit OHADA et celle susceptible d'éclairer aujourd'hui ce droit.

---

<sup>(1)</sup> Il est intéressant de noter qu'au Cameroun par exemple, la nouvelle réforme des entreprises du secteur public et parapublic (loi n° 99/016/ du 22 décembre 1999) a remplacé les établissements publics à caractère industriel et commercial par les sociétés à capital public. On mesure la commercialité de ces établissements!

<sup>(2)</sup> POUGUE (P.G.), ANOUKAHA (F.), NGUEBOU (J.), «Commentaires de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique», in *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 1999, voir Présentation générale, p. 248.

<sup>(3)</sup> Avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001, 4<sup>e</sup> question 4<sup>e</sup> branche (4-d): «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 leur objet régissent les sociétés soumises à un régime particulier entrant dans le cadre juridique ainsi défini. Toutefois, à l'égard de ces sociétés, l'article 916 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme précité laisse également subsister les dispositions législatives spécifiques auxquelles lesdites sociétés sont soumises».

## A. Bibliographie sélective sur le droit africain des sociétés avant OHADA

### 1. Ouvrages généraux

- CICLEF, *Common Law et droit des sociétés commerciales d’Afrique et d’Haïti*, Troisième rencontre de droit comparé, Été 1997, Université de Moncton.
- DREUX BREZE (J. de), «Le problème du regroupement en Afrique équatoriale», *Du régime colonial à l’UDEAC*, L.G.D.J., Paris, 1968.
- *Encyclopédie Juridique de l’Afrique*, Tome 7, Droit des entreprises, Les Nouvelles Editions Africaines, 1982.
- Equipe HSD, *Droit commercial et droit des sociétés en Afrique*, EDICEF/AUPELF, Paris, 1989.
- LUCHAIRE (F.), *Manuel du droit d’outre-mer. Droit des sociétés*, Dalloz, Paris, 1959.
- LUCHAIRE (F.), *Rép. Dr. Com. Dalloz*, Sociétés, Verbis Territoires d’outre-mer.
- LUSSAN (Cl.), «La législation des sociétés commerciales dans les TOM et territoires associés (AOF, AEF, Madagascar, Togo et Cameroun)», *AIDE*, Paris, 1953.
- MEISSONNIER (G.), *Droit des sociétés en Afrique*, Paris, L.G.D.J., 1978.
- NGOMO (A.F.), *Guide pratique du droit des sociétés commerciales au Cameroun*, PUA, Yaoundé, 1996.
- ROBERT (J.H.), *Le droit des sociétés commerciales dans l’ex-Cameroun Oriental*, CLE, Yaoundé, 1980.

### 2. Thèses

- BALIMA (M.), *Les sociétés commerciales en Afrique de l’Ouest*, Thèse, Dijon, 1979.
- GOMEZ (J.R.), *Les pays africains francophones à la recherche d’un droit des sociétés*, Thèse, Montpellier, 1989.
- NGOMO (A.F.), *Le Projet de Code des sociétés de l’UDEAC, Etude d’une réforme*, Thèse, Droit, Paris II, 1989.
- NKOYOK (J.), *La situation juridique des sociétés commerciales au Cameroun. Adaptation ou inadaptation de la loi du 24 juillet 1867*, Thèse, Droit, Montpellier, 1985.
- YAYA YOUSSAOU, *L’administration des sociétés anonymes au Cameroun*, Thèse 3<sup>e</sup> cycle, Droit, Yaoundé, 1990.

### 3. Articles

- ABARCHI (D.), «Droit nigérien des sociétés», in *Common Law et droit des sociétés commerciales d’Afrique et d’Haïti*, Troisième rencontre de droit comparé du CICLEF, Moncton Canada, 1998, p. 373 et s.
- BA (I.), «Le droit des sociétés commerciales au Sénégal», in *Common Law et droit des sociétés commerciales d’Afrique et d’Haïti*, Troisième rencontre de droit comparé du CICLEF, Moncton Canada, 1998, p. 395 et s.

- DEBALLE (M.), «Les sociétés commerciales en République Centrafricaine», in *Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti*, Troisième rencontre de droit comparé du CICLEF, Moncton Canada, 1998, p. 165 et s.
- DENIS-OUINSOU (C.), «Les sociétés commerciales en droit positif béninois», in *Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti*, Troisième rencontre de droit comparé du CICLEF, Moncton Canada, 1998, p. 21 et s.
- GLANSDORFF (B.), «Les sociétés commerciales en Afrique et en Haïti: regards d'un comparatiste», in *Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti*, Troisième rencontre de droit comparé du CICLEF, Moncton Canada, 1998, p. 9 et s.
- GOMEZ (J.R.), «Pour une orientation différente du droit africain des sociétés: l'institution de la société simple et le refus de la société unipersonnelle», *Revue congolaise du droit*, n° 90, juillet-décembre 1991, p. 164.
- MEISSONNIER (G.), «Analyse de la législation africaine en matière de droit des sociétés», *Revue juridique et politique, Indépendance et Coopération*, 1976, p. 331.
- NGOMO (A.F.), «Pour une redéfinition des pouvoirs des organes intervenant dans la gestion des sociétés anonymes (Réflexions à partir du projet de code des Sociétés de l'UDEAC dans la perspective de l'harmonisation du droit des affaires de la zone franc)», *Juridis Périodique*, n° 16, p. 74 et s.
- NGUEBOU TOUKAM (J.), «Droit des sociétés au Cameroun», in *Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti*, Troisième rencontre de droit comparé du CICLEF, Moncton Canada, 1998, p. 112 et s.
- NODJIGOTO (E.), «Analyse du droit tchadien des sociétés», in *Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti*, Troisième rencontre de droit comparé du CICLEF, Moncton Canada, 1998, p. 437 et s.
- POUGOUE (P.G.), «Scolie sur le projet de code des sociétés UDEAC», *Revue Juridique en Afrique*, n° 1, 1991, p. 8.
- ROBERT (J.H.), «Les sources du droit des sociétés au Cameroun Oriental», *Mélanges Roblot, L.G.D.J.*, Paris, 1984, p. 239 à 246.
- TCHOUNGANG (Ch.), «Le cadre juridique des sociétés commerciales au Cameroun», *Revue Camerounaise de Management*, 1986, N°s 3 et 4, p. 247.
- TRAORE (M.M.), «Droit des sociétés commerciales en Guinée», in *Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti*, Troisième rencontre de droit comparé du CICLEF, Moncton Canada, 1998, p. 229 et s.
- YADO TOË (J.), «Les sociétés commerciales au Burkina Faso», in *Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti*, Troisième rencontre de droit comparé du CICLEF, Moncton Canada, 1998, p. 53 et s.

## B. Bibliographie sélective sur le droit des sociétés OHADA

### 1. Ouvrages généraux

- CABINET ERNST & YOUNG, *Droit des sociétés commerciales et du G.I.E., Commentaires*, EDICEF/Editions FFA.
- POUGOUE (P.G.), ANOUKAHA (F.) & NGUEBOU (J.), *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, PUA, Yaoundé, 1998, 630 pages.
- PRICE WATERHOUSE COOPERS, *Mémento du droit des sociétés commerciales et du G.I.E. OHADA, Fidafrica Juridique et Fiscale*, 1998, 376 pages.
- SAMBE (O.) et DIALLO (M.I.), *Guide pratique des sociétés commerciales et du G.I.E., OHADA*, Editions comptables et juridiques, Dakar.
- TIGER (Ph.), *Le droit des affaires en Afrique (OHADA)*, Que sais-je? PUF, 1999, 127 pages.
- *Traité et Actes uniformes OHADA commentés et annotés: Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E.*, commenté par POUGOUE (P.G.), ANOUKAHA (F.), NGUEBOU (J.), *Juriscopus*, 1999.

### 2. Articles

- AGBOYIBOR (P.K.), «Nouveau droit uniforme des sociétés», *Revue de droit des affaires internationales*, 1998, n° 6.
- HOMMAN-LUDIYE (L.) et DJEDJE (P.), «Le contrôle de la gestion des S.A. et des S.A.R.L.», *Cahiers juridiques et fiscaux*, CFCE, 1998, n° 2, p. 317.
- HOMMAN-LUDIYE (L.) et EPESSE (H.), «La société anonyme unipersonnelle et le groupement d'intérêt économique. Deux nouvelles formes originales», *Cahiers juridiques et fiscaux*, CFCE, 1998, n° 2, p. 303.
- HOMMAN-LUDIYE (L.) et MISSAINHOUN (J.E.), «La gestion des S.A. et des S.A.R.L.», *Cahiers juridiques et fiscaux*, CFCE, 1998, n° 2, p. 309.
- LECERF (M.), «Comment interpréter les dispositions transitoires de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique», *Cahiers juridiques et fiscaux*, CFCE, 1998, n° 2, p. 333.
- LECERF (M.), «La procédure d'alerte. Un nouveau moyen de prévention des difficultés de l'entreprise», *Cahiers juridiques et fiscaux*, CFCE, 1998, p. 325.
- OUSMANOU (S.), «L'action sociale *ut singuli* ou l'apport éthique de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E.», *Juridis Périodique*, n° 39, p. 93 et s.
- TAPIN (D.), «Droit des sociétés commerciales et du G.I.E.», *Penant*, 1998, n° 827, p. 136.

### C. Annonce du plan

57. Malgré la réforme, sa révolution, son souci d'intégration et son effort de codification, le droit des sociétés demeure et sera toujours une matière complexe en raison de la variété des types de sociétés. La société est un cadre juridique présentant certaines constances mais où peuvent se manifester des formes et des modalités très diverses.

Cette diversité permet de concevoir deux méthodes.

La première consiste à centrer l'étude sur la notion même de société, abstraction faite des formes diverses qu'elle peut prendre. On distingue alors trois groupes de questions – constitution<sup>(1)</sup>, fonctionnement, dissolution – qui correspondent à la conclusion, aux effets et à la résolution d'un contrat ou à la naissance, à la vie et à la mort d'une personne. Ou alors, on essaie de construire l'analyse autour des idées-forces qui guident le droit de la société en question. Ainsi, on pourra bâtir l'étude autour de la modernisation de la société et de la protection des tiers.

Cette méthode n'est pas entièrement satisfaisante car :

- elle oblige pour chaque groupe de questions à distinguer les règles communes à toutes les sociétés et les règles particulières à chaque type, ce qui peut apparaître déjà comme une complication ;

- surtout, elle a l'inconvénient de ne pas donner une vue d'ensemble de chaque type de société. Or, dans la pratique, ce qui intéresse l'homme d'affaires, l'associé, l'investisseur étranger ou le juriste, c'est un type de société.

La seconde méthode consiste à faire l'étude séparée de chaque type de société. Mais, en réalité, on ne peut pas l'appliquer de façon absolue, car il y a des notions fondamentales et certaines règles techniques qui sont communes à toutes les sociétés. Il est nécessaire de grouper ces questions si l'on veut éviter des répétitions et avoir une idée de la société en elle-même indépendamment de ses formes et de l'esprit de la réforme.

Cette dernière observation indique le chemin à suivre. Nous ferons donc l'étude de ces questions communes dans une première partie intitulée «Théorie générale des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique» et celle des différents types de groupements d'affaires retenus par l'Acte uniforme dans une deuxième partie intitulée «Droit spécial des groupements d'affaires».

---

<sup>(1)</sup> KENNE (V.L.), «Les règles de constitution des sociétés commerciales dans le droit des sociétés OHADA», *Mémoire de DEA*, Université de Dschang, 1999.

# Partie 1

---

## **Les règles communes à toutes les sociétés commerciales**



58. On s'est beaucoup interrogé assez récemment sur la question de savoir si le contrat de société existait encore<sup>(1)</sup>. Une réponse affirmative s'impose toujours. Pourtant il n'en a pas toujours été ainsi. Avec le droit romain<sup>(2)</sup>, est née la société, «type contractuel», sûr et reconnu, et donc «contrat nommé». C'est seulement à ce moment qu'ont été définis ses éléments caractéristiques. Le contrat de société, synallagmatique par définition est donc apparu comme un contrat par essence consensuel. Par nature, il est conclu à titre onéreux et est donc commutatif par destination. La pratique et la doctrine ont conservé l'héritage de ces caractères essentiels du contrat de société défini par les Romains.
59. La doctrine et la jurisprudence en ont tiré deux conséquences fondamentales apparaissant comme des conditions même de l'existence de ce contrat et de sa qualification. Il s'agit de la pluralité d'individus, et de l'échange de consentement. Cette dernière condition rejoint alors celles exigées pour tout contrat. De la même manière, les éléments constitutifs de la formation du contrat de société ont été déduits et sont devenus des caractères propres à la convention sociétaire. Celle-ci pour être reconnue exige :
- la mise en commun de biens: ce sont les apports ;
  - le partage des bénéfices ou des pertes ;
  - et un élément psychologique qualifié traditionnellement *affectio societatis*.
60. Une fois ces éléments réunis, le contrat de société qui n'est pas une fin en soi, crée un être juridique distinct: la société-personne morale. Celle-ci va alors fonctionner de manière autonome et peut même dans un intérêt social certain se restructurer pour s'adapter aux circonstances économiques du moment. Un arsenal pénal spécifique est conçu pour endiguer la criminalité des affaires.

La théorie générale des sociétés intègre donc les notions fondamentales et les règles techniques communes, qu'il s'agisse du contrat de société, ou de la personne morale qui en résulte, ou des pénalités.

<sup>(1)</sup> CHAMPAUD (Cl.), «Le contrat de société existe-t-il encore?», in *Le droit contemporain des contrats. Travaux de la Faculté des Sciences juridiques de Rennes*, Economica, 1987, p. 125 et s.

<sup>(2)</sup> La société a certainement évolué avec le droit romain classique: des écrits, il ressort l'analyse juridique élaborée à partir de la volonté d'association qui peut être considérée comme une expression de l'instinct grégaire qui anime les hommes ou comme l'une des formes du sentiment de solidarité qui peut les rassembler.



# TITRE I

## LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ

61. La société naît en principe d'un contrat. Si la formation de celui-ci est essentielle, il n'en demeure pas moins qu'aujourd'hui, la question des partenaires à ce contrat mérite tout autant d'être examinée. En effet, l'existence d'un contrat de société, même s'il exige la réunion d'éléments spécifiques, implique nécessairement un échange de consentements entre une pluralité d'individus. Pourtant, lorsqu'elle est unipersonnelle, la société naît d'un acte unilatéral. Dès lors, on peut estimer que la société pluripersonnelle est quant à elle créée par un acte unilatéral collectif par opposition à l'acte unilatéral individuel à l'origine de la société unipersonnelle. Selon certains auteurs, «l'acte unilatéral collectif se définirait alors comme l'acte émanant de deux ou plusieurs participants dont les volontés conjointes poursuivent un même but»<sup>(1)</sup>.
62. Quoiqu'il en soit, une évolution des textes, des faits et les mutations socio-économiques ont aujourd'hui rénové la théorie de la société commerciale. L'analyse contractuelle de la société peut sembler remise en cause dans la mesure où le législateur OHADA consacre la société d'une seule personne. Si l'on y ajoute la multiplication des cas dans lesquels la société n'est pas seulement un contrat, on en déduit que la question des partenaires détermine largement les conditions de la formation de la société.

---

<sup>(1)</sup> Tel est le cas en matière de société puisque les associés poursuivent tous un même but, à savoir partager les bénéfices ou profiter des économies qui pourra en résulter : en ce sens, COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, 13<sup>e</sup> éd., 2000, n<sup>os</sup> 10 et 11.



# CHAPITRE 1

## LES PARTIES AU CONTRAT

---

63. L'acte créateur de la société est en principe un contrat ; or, qui dit contrat dit pluralité de personnes. Le nombre de partenaires à un contrat de société est donc important.

C'est le consentement de chacun de ces partenaires qui démontre son adhésion à la société ; c'est donc le contrat conclu qui détermine la qualité d'associé. Ce dernier est alors investi de droits et d'obligations.

### SECTION 1. LE NOMBRE D'ASSOCIÉS

64. La définition théorique des éléments du contrat de société, de même que leur reconnaissance concrète donne lieu à quelques débats. L'une des questions essentielles est relative au nombre d'associés nécessaires pour constituer une société : pluralité ou unicité ?

#### §1. La pluralité d'individus

65. Tout comme la vente, ou le bail, la société est un contrat. Le Code civil la définit ainsi dans l'article 1832, qui dispose encore que : «La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de se partager le bénéfice qui pourra en résulter». Cette définition sobre connaît aujourd'hui avec l'avènement de l'Acte uniforme OHADA sur le droit des sociétés commerciales, une modification notable. L'Acte uniforme donne de la société une définition assez différente.

L'article 4 alinéa 1<sup>er</sup> de ce texte dispose : «La société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme». L'alinéa 2 ajoute : «La société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés».

66. Plusieurs constatations peuvent être faites à propos de cette nouvelle définition de la société commerciale dont la plus importante est que la société reste un contrat : dès lors, toute société exige pour son fonctionnement la réunion d'un certain nombre de personnes, les associés. Selon le type de société, les textes exigent tantôt un minimum, tantôt un maximum, tantôt

un nombre déterminé librement par les membres de la société. S'agissant de la société en nom collectif, de la société créée de fait, et de la société en participation, le minimum exigé est de deux associés compte tenu de la règle de la pluralité d'associés découlant du droit commun des sociétés et de l'article 4 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme. Il n'y a aucun plafond, mais en pratique le nombre des associés, qui doivent se connaître tous est peu élevé; dans les sociétés à responsabilité limitée, initialement il ressortait de la loi de 1925 que le minimum d'associés était de 2 et le maximum de 50; aujourd'hui, l'article 309 alinéa 2 de l'Acte uniforme dispose que la société à responsabilité limitée peut être constituée par une personne physique ou morale ou entre deux ou plusieurs personnes physiques ou morales; la société à responsabilité limitée d'une personne est donc admise; dans la société en commandite simple, il faut au moins deux associés, dont un commandité et un commanditaire. En pratique, il y a peu de commandités (associés en nom); enfin, dans les sociétés anonymes, initialement la loi de 1867 exigeait un minimum de 7 actionnaires; l'Acte uniforme dans son article 385 alinéa 2 précise que la société anonyme peut ne comprendre qu'un seul actionnaire.

L'associé, participant à la société, peut être une personne physique ou morale<sup>(1)</sup>.

- 67.** La société est donc avant tout un contrat. En tant que tel, la définition qui en est donnée cadre bien avec la théorie générale de l'autonomie de la volonté et autorise, au nom de la liberté contractuelle, toutes sortes de combinaisons et modifications des règles légales; on peut à cet effet, mentionner la liberté de constitution même des sociétés anonymes; les conditions de validité d'une société s'apprécient lors de sa constitution qu'il s'agisse de conditions de fond et de forme: appréciation de l'intention de s'associer, de l'engagement pris – qui est contractuel –, choix de l'objet de la société, et volonté des associés de collaborer à une œuvre commune. Au surplus, la liberté apparaît comme la terre d'élection surtout des sociétés de personnes: les juges respectent davantage les volontés individuelles des associés (en petit nombre, l'unanimité est plus facilement réalisée)<sup>(2)</sup>; de même, les clauses claires et précises des statuts s'imposent aux juges sous peine du grief de dénaturation. Dans le même sens, sont multipliés les contrats qui permet-

---

<sup>(1)</sup> On doit distinguer plusieurs situations qui encourent chacune une désignation différente: dans les sociétés de personnes ou par intérêt, on parle notamment d'associé en nom dans la S.N.C., de commandité et de commanditaire dans la S.C.S. et même de participant dans la société en participation; dans les sociétés anonymes, on parle d'actionnaire; et enfin, dans la S.A.R.L., de porteur de parts.

<sup>(2)</sup> Par exemple, pour valider une clause de non concurrence (clause usuelle des contrats) insérée dans une société et s'appliquant aux associés.

tent de régler les problèmes posés par la création de la société, sa croissance ou d'en assumer le fonctionnement : par exemple, le contrat de fusion, les conventions de vote, etc.

68. Cependant, comme on l'a fait remarquer «la société est plus qu'un contrat, ne serait-ce que parce qu'elle donne naissance à une personne juridique nouvelle; en outre, surtout dans les sociétés de capitaux, le mode de fonctionnement de la société est minutieusement réglementé par la loi et il n'est pas du pouvoir des associés de bouleverser l'agencement légal; ils ne peuvent pas par exemple modifier les prérogatives que la loi attribue aux différents organes de la société anonyme. La société a enfin un intérêt propre qui se distingue de celui des associés. C'est pour tenter d'expliquer ce dépassement du rôle de la volonté et de l'intérêt des associés que l'on recourt à la théorie, vague au demeurant, de l'institution»<sup>(1)</sup>.

De plus cette thèse a reçu une consécration législative dans la création de la société d'une seule personne<sup>(2)</sup>.

## §2. L'unicité de personne

69. L'article 5 dispose enfin que : «La société commerciale peut être également créée, dans les cas prévus par le présent Acte uniforme, par une seule personne, dénommée associé unique, par un acte écrit».

La société peut ainsi désormais résulter d'un acte unilatéral. L'acte de volonté du seul associé suffirait. Dès lors, la théorie contractuelle est par conséquent inadaptée au concept de société unipersonnelle<sup>(3)</sup>. Il n'y a pas de rapports entre associés ou entre eux avec les dirigeants à préserver. Ainsi, pour critiquer, certains auteurs ont écrit : «Dans son application à la société unipersonnelle, l'institution devient une simple structure légale, vidée d'une partie de son contenu»<sup>(4)</sup>. En effet, une telle société d'une personne ne peut par définition comporter les éléments spécifiques du contrat de société.

<sup>(1)</sup> COZIAN (M.) et VIANDIER (A.), *Droit des sociétés*, 9<sup>e</sup> éd., n° 152.

<sup>(2)</sup> Cf. notamment : HOMMAN-LUDIYE (L.) et EPESSE (H.), «La société anonyme unipersonnelle et le groupement d'intérêt économique. Deux nouvelles formes originales», *Cahiers juridiques et fiscaux*, CFCE, 1998, n° 2, p. 303; KENGNE KAMGA (A.P.), «La société unipersonnelle dans l'Acte uniforme (OHADA)», *Mémoire de DEA*, Université de Dschang, 1999; NOUBISSI DZUKO Victor, «La société unipersonnelle et l'entreprise commerciale individuelle», *Mémoire DEA*, Université de Dschang, 2001, 104 p.

<sup>(3)</sup> Cf. par exemple B. GLANSDORFF, «Les sociétés commerciales en Afrique et Haïti. Regards d'un comparatiste», *op. cit.*, p. 17, n° 10 : qui estime que le mécanisme de la société unipersonnelle est en contradiction radicale avec la notion même de société dont on aperçoit aisément les dangers.

<sup>(4)</sup> RIPERT, ROBLLOT et GERMAIN, *Traité de Droit commercial*, 16<sup>e</sup> éd., p. 518.

70. Si l'on considère que l'Acte uniforme a apporté des innovations à la définition de la société, il faut dire qu'elles ont une importance très variable. L'Acte uniforme OHADA ne marque pas la date d'une révolution. En réalité, s'agissant de la société unipersonnelle, le législateur africain n'a fait que légitimer une évolution constatée de longue date. Nombre de sociétés sont en fait la chose d'un seul homme<sup>(1)</sup>. C'est ce constat de la pratique qui a sans doute guidé les initiateurs de l'Acte OHADA<sup>(2)</sup>.
71. Cependant, parce que la société est constituée par une seule personne, il faut déterminer les caractéristiques de l'acte créateur de la société. Traditionnellement la société est un groupement de personnes; or, on ne contracte pas avec soi-même; dès lors, l'acte constitutif de la société unipersonnelle ne peut être qu'un engagement unilatéral et non un contrat.
72. On a ainsi plusieurs facettes de la notion de société: tantôt contrat, tantôt acte unilatéral. Cette dualité dans la notion de société confirme l'idée selon laquelle, la société est davantage une institution qu'un contrat. En effet, l'idée de contrat ne suffit pas à rendre compte de tout le droit des sociétés. Comme on le verra tout au long des développements: le législateur règle de façon impérative les règles de constitution; les associés apportent leurs capitaux sans discuter les clauses; la personnalité morale naît d'une formalité administrative et non de l'échange des consentements; le contrat ne détermine pas librement la condition juridique de la personne morale surtout dans les grandes sociétés qui comptent des centaines ou des milliers d'actionnaires; les partenaires ont davantage le souci de préservation de l'intérêt social et de l'instrument sociétaire; les associés peuvent à la majorité modifier dans toutes ses dispositions le pacte social alors que la modification d'un contrat exige le consentement unanime des associés; les droits des associés ne sont pas fixés par l'acte constitutif d'une manière définitive, mais peuvent être modifiés par une décision de la majorité si la vie ou la prospérité de la société exigent cette modification; les administrateurs et directeurs ne sont plus seulement considérés comme les mandataires des associés, mais ils sont les organes de la société (autorités chargées d'assurer la réalisation du but commun, leurs pouvoirs (règle des pouvoirs légaux) et leur responsabilité étant fixés par des règles impératives; la personne morale

---

<sup>(1)</sup> D'ailleurs, en ce sens, un auteur, écrivant sur les P.M.E. africaines (cas de la plupart des sociétés), affirme à juste titre que «les entrepreneurs des P.M.E. africaines sont très individualistes. Il règne entre eux un climat de concurrence, de rivalité...»; Cf. David FONGANG, *La P.M.E. africaine face à la mondialisation*, PUA, 2001, p. 112.

<sup>(2)</sup> POUGOUE, ANOUKAHA, NGUEBOU, «Le droit des sociétés commerciales et du G.I.E. OHADA», *op. cit.*, p. 10, n° 18.

a un intérêt propre distinct des intérêts personnels des associés; elle peut donc s'opposer à eux.

73. C'est donc la thèse de l'institution qui sert à expliquer les nombreuses interventions législatives dont l'objectif est le désir de surveiller l'action des sociétés dans la vie économique. Créée en face de la thèse contractuelle, elle permet aussi de rendre compte des rapports des associés entre eux et avec les dirigeants. La société apparaît aujourd'hui comme un mécanisme juridique permettant de réunir les capitaux indispensables aux grandes entreprises, et donnant à ceux qui les apportent une situation juridique qui n'est plus celle découlant d'un contrat. La société exige une armature propre qui est créée par la loi, et non par la volonté des intéressés<sup>(1)</sup>.
74. En fin de compte, comme l'affirment à juste titre certains auteurs, «il n'y a pas un, mais plusieurs modèles de sociétés; selon le cas, c'est l'aspect contractuel ou l'aspect institutionnel qui l'emporte, sans toutefois être exclusif; autrement dit, il est vain d'espérer une vue moniste de la société. Au départ, la société n'était qu'une variété de contrat, les associés réglant librement le cadre de leur action commune. Cet aspect contractuel ne doit pas être minimisé de nos jours; la création d'une société relève par principe de la rencontre de plusieurs volontés; certes, dans la société unipersonnelle (mais ce n'est qu'un modèle marginal) il n'y a pas contrat, mais acte unilatéral, ce qui est encore une manifestation de volonté; les sociétés de personnes sont avant tout des mécanismes contractuels, les règles impératives étant réduites au maximum; même dans les S.A.R.L. et les sociétés anonymes, le rôle de la volonté est loin d'être négligeable; le mécanisme légal est sans doute plus rigide, mais les adaptations restent possibles, si les créateurs ont quelque imagination»<sup>(2)</sup>.

## SECTION 2. LA QUALITÉ D'ASSOCIÉ

75. La qualité d'associé se prouve en principe par le contrat de société<sup>(3)</sup>. Celui-ci se particularise par trois éléments essentiels contenus dans la définition même de la société tel qu'il résulte de l'article 4 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme précité. Cette définition contient les éléments substantiels sans lesquels un contrat ne pourrait pas être qualifié contrat de société. Il s'agit de l'affectation à une activité des biens, du partage du bénéfice ou du profit de l'économie qui pourra en résulter. Ces éléments spécifiques ne se retrouvent

---

(1) RIPERT, ROBLLOT et GERMAIN, *op. cit.*, p. 518.

(2) COZIAN et VIANDIER, *Droit des sociétés*, 9<sup>e</sup> éd., n° 152.

(3) Dans les *sociétés par actions*, elle se prouve en plus par le registre de transfert si les actions sont nominatives, et par la simple possession du titre si les actions sont au porteur.

pas il faut le rappeler dans la société d'une seule personne qui ne peut par définition comporter ni mise en commun, ni partage, ni volonté de collaboration. Dans son sens étymologique, la société évoque la pluralité de personnes. Celles-ci doivent mettre ensemble quelque chose et se partager le résultat qui pourra en résulter, cela traduisant un esprit de collaboration égalitaire entre les différents partenaires. L'alinéa 2 de l'article 4 rappelle cet esprit d'équipe déjà induit par la jurisprudence de l'article 1382 du Code civil. Dire que la société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés, rejoint l'exigence de l'*affectio societatis*, dans le contrat de société.

En schématisant, le contrat de société n'est ainsi qualifié que s'il y a affectation d'apport (§ 1), participation aux résultats (§ 2) et *affectio societatis* (§ 3).

### § 1. Les apports

76. L'apport est un bien qu'un associé s'engage à mettre à la disposition de la société en vue d'une exploitation commune. Chaque associé est tenu de faire un apport, car celui-ci représente la mesure de son engagement envers la société. Les apports promis doivent être effectivement libérés<sup>(1)</sup>. Cependant, il n'est pas nécessaire que la libération soit consécutive à la souscription. Le souscripteur qui est déjà juridiquement un associé, bénéficie alors de titres sociaux non libérés qui peuvent même donner lieu à des dividendes<sup>(2)</sup>.
77. La société est annulable pour cause d'apport fictif ou d'absence d'apport. En effet, il peut arriver que des débiteurs organisent leur insolvabilité par le biais d'apports à une société ami ou composée d'amis. Diverses actions sont alors envisageables (si les conditions sont remplies) pour protéger les créanciers: réintégration dans le patrimoine du débiteur si l'apport est effectué lors de la cessation des paiements du débiteur (art. 67 et s. de l'A.U. relatif aux procédures collectives d'apurement du passif qui prévoient l'inopposabilité à la masse des créanciers de certains actes du débiteur); mise en jeu de l'action paulienne (art. 1167 C. civ.); ou de l'action en déclaration de simulation (art. 1321 C. civ.); ou même de l'action oblique (art. 1166 C. civ.).

<sup>(1)</sup> La jurisprudence affirme alors que le souscripteur est obligé de remettre les biens promis (non libérés), même après la dissolution de la société : Cf. Trib. Civ. Cholet, 24 mars 1954, *JCP*, 1954, II, 8279. A défaut, l'associé pourrait être poursuivi par un créancier social qui pourrait lui réclamer sa « contribution » subsistante, c'est-à-dire la portion non libérée. En ce sens, Jacques DELGA, *Le droit des sociétés*, Dalloz, 1998, p. 71.

<sup>(2)</sup> En ce sens, J. DELGA, *Droit des sociétés*, Dalloz, 1998, p. 71.

78. Les apports susceptibles d'être faits sont de plusieurs sortes (I) et ils donnent le droit pour les associés d'obtenir de la société des titres d'associés (B); les apports saisissables servent à former une part importante du capital social (III).

*A. Les différentes sortes d'apports*

79. Reprenant les dispositions de l'article 1833 alinéa 2 du Code civil, l'article 40 de l'Acte uniforme prévoit de manière limitative que: «Chaque associé peut apporter à la société:

- 1° de l'argent, par apport en numéraire;
- 2° de l'industrie, par apport de main-d'œuvre;
- 3° des droits portant sur des biens en nature, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels, par apport en nature».

On a alors trois sortes d'apports: en numéraire, en nature et en industrie.

**1. Les apports en numéraire<sup>(1)</sup>**

80. L'apport en numéraire est réalisé par le versement d'une somme d'argent promise par l'associé, soit en une seule fois lors de la constitution de la société, soit en plusieurs fois selon les vœux des associés. Les statuts fixent alors librement le pourcentage du capital à libérer lors de la souscription. Mais en vue de protéger les créanciers sociaux, le législateur a dû prévoir dans les sociétés de capitaux des dispositions impératives. D'après l'article 389 de l'Acte uniforme, dans la société anonyme, le quart au moins de la valeur nominale<sup>(2)</sup> des actions doit être versé lors de la souscription. La libération du surplus doit intervenir dans un délai qui ne peut excéder trois ans à compter de l'immatriculation au registre de commerce et du crédit mobilier (RCCM), selon les modalités définies par les statuts ou par une décision du conseil d'administration ou de l'administrateur général. Dans les S.A.R.L., on peut déduire des dispositions sur le dépôt des fonds et leur mise à disposition (articles 313 et suivants) que comme par le passé, les apports doivent être intégralement libérés dès la souscription; deux raisons ont toujours justifié cette solution:

- le capital social est généralement modique,

---

<sup>(1)</sup> Il ne faut pas confondre l'apport en numéraire et la pratique de l'avance en compte courant d'associé; celle-ci n'est qu'une sorte de dépôt à vue de l'associé au profit de la société; ce dépôt est donc concrètement un prêt à la société, et il peut même être constitué par une renonciation de l'associé à un droit (tel que le droit de percevoir des rémunérations dues ou des dividendes. L'associé agit alors seulement comme un créancier de la société.

<sup>(2)</sup> C'est la valeur théorique c'est-à-dire celle inscrite sur le titre.

– on ne peut prévoir la vente forcée des parts du défaillant, puisque la société est dominée par l'*intuitus personae*; un acheteur pourrait ainsi entrer dans la société sans que les associés le désirent; et la transmission des parts sociales n'est pas libre.

En revanche, pour les sociétés de personnes, où règne généralement plus de libéralisme, aucune règle autre que statutaire n'est prévue; les associés étant solidairement et indéfiniment tenus, les créanciers sociaux sont protégés. Dès lors, aucune règle n'est prévue par la loi pour les dépôts des fonds de constitution des sociétés de personnes. Il appartient alors aux associés de l'organiser dans l'acte de société. Il n'en est pas de même des S.A. et des S.A.R.L. dans lesquelles règne une rigueur supplémentaire en ce sens. Une procédure particulière a été conçue pour chaque type de société.

81. Quel que soit le type de société, le débiteur de l'apport en numéraire est soumis à des modalités plus sévères que celles du droit commun. D'après l'article 43 de l'Acte, en cas de retard dans la libération des apports, les sommes restant dues à la société portent de plein droit intérêt au taux légal à compter du jour où le versement devait être effectué. Le tribunal peut aussi accorder à la société des dommages et intérêts complémentaires, destinés à réparer le dommage qu'elle a pu éprouver à la suite de ce retard; cette solution est plus rigoureuse qu'en droit commun, car la bonne ou la mauvaise foi du débiteur de l'apport promis et non libéré n'est pas prise en compte; or, en droit civil, le débiteur de sommes d'argent ne doit les intérêts qu'à compter de la mise en demeure; par ailleurs, sa condamnation à réparer le préjudice causé par son retard n'est prononcée que s'il est reconnu de mauvaise foi.
82. L'Acte uniforme prévoit enfin une possibilité de compensation entre les apports en numéraire en cas d'augmentation de capital de la société et une créance certaine, liquide et exigible que l'intéressé aurait sur la société. Les statuts conservent la latitude d'interdire une telle transaction.

## 2. Les apports en nature

83. D'après l'article 45 de l'Acte uniforme, «Les apports en nature sont réalisés par le transfert des droits réels ou personnels correspondant aux biens apportés et par la mise à la disposition effective de la société des biens sur lesquels portent ces droits».

Les articles 46 et 47 déterminent les modalités de l'apport en nature. Mais en tous les cas, le problème des apports en nature reste celui de leur évaluation.

*a) Les modalités de l'apport en nature*

84. L'apport en nature peut être fait en pleine propriété ou en jouissance.
85. *L'apport en pleine propriété.* Dès l'apport, il y a transfert de propriété de la chose, de l'apporteur à la société. Ce transfert de propriété suppose que la société a déjà acquis la personnalité juridique. Il peut en être ainsi lorsque le transfert a lieu au jour de l'immatriculation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier<sup>(1)</sup>.

L'apport en propriété produit le même effet qu'une vente, car dès la conclusion de la convention d'apport, les risques de la chose sont transférés à la société. L'article 46 dispose clairement que l'apporteur est alors garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur. En ce sens donc, l'apporteur est tenu d'offrir à la société certaines garanties qui pèsent sur la tête du vendeur à l'égard de l'acheteur : garantie d'éviction et garantie des vices cachés. D'un autre côté, l'apporteur en propriété peut, par cette opération, léser ses créanciers en diminuant leur gage général. Ceux-ci sont cependant protégés par l'action paulienne si l'apport a été fait pour soustraire le bien à leur poursuite (article 1167 du Code civil) ; mais en ce cas, il leur faut prouver la fraude de l'apporteur et celle des coassociés qui ont accepté en toute connaissance de cause (le but de l'action est de réintégrer le bien dans le patrimoine de leur débiteur et faire annuler la société). Les créanciers disposent aussi de l'action oblique (article 1166 du Code civil), lorsqu'ils constatent que leur débiteur s'abstient d'agir alors qu'il pourrait demander la nullité de la société ou de son apport. Enfin, l'apport en propriété d'un bien à une société peut figurer dans les actes inopposables à la masse des créanciers lorsqu'il a été effectué par un débiteur en état de cessation de paiements (articles 68 et 69 de l'Acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif).

S'agissant particulièrement de l'apport d'un fonds de commerce en société, l'Acte uniforme portant droit commercial général dispose en son article 117 que cette opération est soumise au même régime juridique que la cession du fonds. Il faut donc se reporter aux articles 115 et suivants de ce texte pour cerner les règles juridiques applicables.

86. *L'apport en jouissance.* Il faut comprendre sous cette forme d'apport aussi bien l'apport de l'usufruit que l'apport de jouissance.

---

<sup>(1)</sup> Il faut en déduire que l'apport en propriété est exclu dans les sociétés en participation et dans les sociétés créées de fait, puisque celles-ci, non immatriculées, n'ont pas de personnalité morale. Les biens sociaux sont soit la propriété d'un seul associé, soit la propriété indivise de l'ensemble des associés. Voy. *infra*, nos 225, 1105 et s.

- 87.** L'apport en usufruit. L'apporteur transfère à la société l'usufruit d'un bien dont il conserve la nue-propriété ; dans ce cas, l'usufruit ne peut excéder 30 ans conformément à l'article 619 du Code civil : «*L'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que 30 ans*»<sup>(1)</sup>. La société usufruitière du bien apporté a le droit d'user de la chose (*usus*), et de s'approprier les fruits (*fructus*), mais elle ne peut en disposer (*abusus*). L'article 47 dispose alors que l'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur. Il doit maintenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été apportée, et il a le devoir d'en faire jouir paisiblement la société. Cependant, lorsqu'il s'agit des choses qui se consomment par le premier usage (consomptibles), ou de choses de genre (fongibles ou interchangeables), la société devient propriétaire du bien et est seulement tenue de restituer à l'apporteur, lors de la dissolution, des choses de même quantité et qualité. Comme pour l'apport en propriété, la société supporte alors les risques de la chose apportée dont elle a la jouissance.». C'est l'application des règles du quasi-usufruit (article 487 C. civ.).
- 88.** L'apport de jouissance. Il consiste en une obligation de faire, c'est-à-dire fournir l'usage du bien apporté. Le bien promis doit être mis à la disposition de la société pour un temps déterminé (terme fixé par les parties). La société peut user librement de ce bien pendant le délai prévu, mais l'apporteur demeure seul propriétaire. Il récupérera donc son bien à la dissolution de la société. En effet, alors qu'il ne peut réclamer le bien apporté en pleine propriété, l'apporteur reprend, en cas d'apport en jouissance ou en usufruit, le plein usage de son bien au terme convenu. D'un autre côté, parce que l'apporteur en jouissance conserve la nue-propriété de son bien, il doit par conséquent en assumer les risques. L'article 1831 du Code civil dispose à cet effet : «*Si les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société sont des corps certains et déterminées qui ne se consomment point par l'usage, elles sont aux risques de l'associé propriétaire*». Dès lors, l'apporteur doit garantir à la société une jouissance paisible du bien apporté. Les risques de perte ou de détérioration restent à sa charge, sauf s'il s'agit de choses fongibles.

### *b) L'évaluation des apports en nature*

- 89.** Le problème de tout apport en nature est son évaluation. La tendance des apporteurs est de les surévaluer artificiellement. Il faut donc pouvoir les

---

<sup>(1)</sup> L'usufruitier est en effet un possesseur et après 30 ans le possesseur de bonne foi acquiert la propriété par application de l'usucapion (prescription acquisitive).

apprécier à leur juste valeur. La question de l'évaluation est importante à plus d'un titre :

- chaque associé reçoit en contrepartie de son apport des parts sociales ou actions proportionnelles à son apport ;
- la même proportionnalité s'applique dans le partage des bénéfices ou du boni de liquidation ;
- le capital social somme des apports se trouve aussi surévalué ; or cette apparence est trompeuse pour les créanciers sociaux qui ont pour gage général ce capital (capital fictif) ; même une sous-évaluation serait dangereuse, notamment l'attrance des investisseurs en dépend ;
- le paiement des droits d'enregistrement sur l'acte de société ainsi que celui de la taxe spéciale sur les sociétés, nécessite une détermination précise du montant du capital social sur lequel sont assis ces impôts indirects ;
- la surévaluation des apports en nature lèse les apporteurs en numéraire qui reçoivent exactement le nombre de parts ou d'actions qui correspondent à leurs apports, et qui fondent la mesure de leur droits (nombre de voix à l'assemblée, parts de dividendes reçues...).

Pour toutes ces raisons, l'Acte uniforme prévoit d'abord que les apports en nature doivent être libérés intégralement lors de la constitution de la société (article 45 alinéa 2), ensuite que leur évaluation doit être faite par les associés dans les statuts (article 50), et enfin qu'elle est contrôlée dans les cas prévus par l'Acte uniforme par un commissaire aux apports (article 49)<sup>(1)</sup>.

### 3. Les apports en industrie

90. L'Acte uniforme s'est contenté de mentionner l'existence éventuelle des apports en industrie sans en préciser son régime. Ils sont constitués en général par le travail ou l'activité que l'apporteur effectue ou promet d'effectuer, en raison de ses compétences techniques ou commerciales, ou encore des services qu'il rendra en faisant bénéficier la société de son crédit, de son savoir-faire ou même de son expérience. Cependant, l'Acte uniforme précise bien que sous cette forme, seul l'apport de main d'œuvre est autorisé. L'apporteur en industrie doit donc être un travailleur. Son apport consiste en un engagement de travailler pour la société. Le mot industrie doit être pris au sens étymologique du terme (du latin «*industria*»), c'est-à-dire d'un

---

<sup>(1)</sup> Il en est ainsi dans les S.A.R.L. notamment lorsque la valeur de l'apport ou la valeur de l'ensemble des apports considérés excède cinq millions (5.000.000) de francs CFA (art. 312 A.U.) ; et dans tous les cas dans les S.A. (art. 400 A.U.).

travail de direction exécuté en qualité d'associé. Si tel n'est pas le cas, le prétendu associé ne serait qu'un employé participant au bénéfice.

Ainsi, à la différence du salarié, l'apporteur en industrie n'est pas subordonné à ses coassociés, il ne reçoit pas de salaires, mais une part dans d'éventuels bénéfices comme les autres associés. Comme le salarié cependant, et sans que cela soit une obligation de non concurrence, l'apporteur en industrie doit être loyal à l'égard de ses coassociés ; il doit réserver son industrie à la société et non à lui-même ou à un concurrent (généralement il est inséré une clause de non-concurrence dans les statuts pour des activités semblables ou similaires).

On a traditionnellement estimé que l'apport en industrie n'est pas admis dans toutes les sociétés. N'étant pas saisissable, il ne peut être effectué au profit des sociétés dont la responsabilité des associés est limitée au montant de leurs apports (S.A., S.A.R.L.). Il en est ainsi parce que lorsque l'apport est effectué en industrie ou en crédit, les créanciers sociaux ne peuvent exercer sur lui de saisie. Il n'a donc pas de valeur patrimoniale réelle. Ce genre d'apport n'est possible que de la part d'associés qui répondent du passif social sur leurs biens personnels (car dans ce cas, leur patrimoine personnel serait la garantie des créanciers). Mais l'Acte uniforme n'a pas opéré une telle distinction. On peut donc penser que l'apport en industrie est possible dans toutes sortes de sociétés. En tout cas, l'apport en industrie présente un certain intérêt lorsqu'il s'agit de détecter l'existence d'une société créée de fait ; celle-ci aurait alors pour but de permettre à celui qui par son travail a contribué à l'œuvre commune de participer au partage du boni de liquidation, même s'il n'a pas effectué de mise initiale en espèce ou en nature<sup>(1)</sup>.

A la dissolution de la société, l'associé reprend son apport ; il n'est plus à la disposition de la société et dispose librement de son temps.

Comme pour les apports en nature, les apports en industrie posent le problème de leur évaluation. Comme il a toujours été admis et par référence à l'article 1853 alinéa 2 du Code civil, à défaut de précision dans l'acte de société, celui qui n'a apporté que son industrie, doit être traité comme l'apporteur en nature ou en numéraire le plus petit.

### *B. La contrepartie des apports : les droits sociaux*

91. En contrepartie des apports, l'apporteur reçoit des titres sociaux, selon la forme de la société, pour une valeur égale à celle des apports. De même, en contrepartie des incorporations de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission, la société émet des titres sociaux ou élève le montant nominal

<sup>(1)</sup> Cf. VIANDIER et COZIAN, *op. cit.*, p. 64, n<sup>os</sup> 172 et 1561 et s.

des titres sociaux existants, ou combine les deux procédés au profit des associés (article 63 alinéa 2). Les titres sociaux émis sont des actions pour la société anonyme et des parts sociales pour les autres. Ce sont des biens meubles. Ils ont une valeur nominale déterminée. En ce sens, l'article 56 dispose que les titres émis par une société doivent avoir la même valeur nominale. La valeur nominale des parts sociales est librement fixée dans les S.N.C. et les S.C.S. Dans les S.A.R.L., elle est d'au moins 5.000 F. CFA (article 311) et dans les S.A., celle des actions est d'au moins 10.000 F. CFA (article 387). Ces deux sortes de titres obéissent à des régimes juridiques différents.

### 1. Les actions

92. Les actions sont immédiatement négociables, pourvu qu'elles soient intégralement libérées. Les actions partiellement libérées doivent revêtir la forme nominative (article 389) de même que les actions d'apport qui ne peuvent être converties en actions au porteur que deux ans après l'apport. Toutefois, les statuts peuvent prévoir des clauses restreignant la libre transmission (clauses d'agrément et de préemption<sup>(1)</sup>) des actions nominatives; ces restrictions ne peuvent concerner les transmissions entre actionnaires ou au profit d'un conjoint, d'un descendant ou d'un ascendant d'un actionnaire.

Il convient de préciser que la S.A. est la seule société dont les droits sociaux sont représentés par des titres négociables: les actions (nominatives ou au porteur) matérialisées ou inscrites en compte lorsqu'il s'agit de S.A. faisant appel public à l'épargne, et les obligations (nominatives ou au porteur). L'émission de parts bénéficiaires ou de parts de fondateur n'est plus possible.

Il convient encore de préciser, bien que cela ait plus trait au fonctionnement de la société, que l'Acte uniforme régit certaines opérations portant sur les actions et donc directement sur le capital de la société. A l'exception de l'augmentation du capital, les variations de capital ne faisaient l'objet dans la plupart des Etats parties d'aucune réglementation particulière. L'Acte uniforme est venu combler cette lacune. Pour l'essentiel, quatre points sont visés:

– c'est d'abord l'interdiction de certaines opérations portant sur les actions. Ainsi, il est désormais interdit à toute société anonyme de prendre en gage ses propres actions (article 642), sauf naturellement les entreprises de crédit pour lesquelles les gages sont des opérations courantes (article

---

<sup>(1)</sup> Articles 765 et s.

642). De même, il est interdit aux S.A. de souscrire ou d'acheter ses propres actions (article 639);

– c'est ensuite l'augmentation du capital. L'A.U. reprend globalement l'ensemble de la législation antérieure. Les aménagements éventuels concernent surtout les délais; par exemple le délai accordé aux actionnaires pour exercer leur droit de préférence est porté de 15 à 20 jours;

– c'est aussi la réduction du capital. La matière n'a pas été réglementée auparavant. L'A.U. pose désormais des règles claires. La plus importante est celle de l'égalité des actionnaires. En aucun cas, la réduction ne saurait y porter atteinte sauf consentement exprès des actionnaires défavorisés (article 628 al. 2);

– c'est enfin l'amortissement du capital social. Il s'agit d'une opération qui consiste à rembourser aux actionnaires tout ou partie du montant nominal de leurs actions, à titre d'avance sur le produit de la liquidation future de la société, et ce sans entamer le capital (article 651). Les sommes de l'opération sont prélevées sur les bénéfices ou sur les réserves non statutaires. Il est strictement interdit de toucher à cette fin à la réserve légale. Si l'assemblée générale extraordinaire le décide, les réserves statutaires peuvent être mises à contribution.

Ces différentes opérations montrent combien les actions constituant le capital des sociétés anonymes ne sont pas figées. Elles peuvent varier en nombre soit à la hausse, soit à la baisse ou encore varier en valeur.

En revanche, les actions peuvent être nanties. Au lieu d'être cédée, l'action peut être plus simplement nantie. Les conditions d'une telle opération sont prévues par l'article 747 de l'Acte uniforme<sup>(1)</sup>.

## 2. Les parts sociales

93. Il était jusqu'ici de principe que les parts de sociétés de personnes étaient incessibles et non négociables. C'est par ce moyen que les associés évitaient l'entrée de personnes inconnues ou indésirables dans leur société. Dès lors, cette cession ou cette transmission de parts, même aux héritiers devait se faire avec le consentement unanime de tous les autres associés. L'associé qui souhaitait céder ses parts et qui n'obtenait pas ce consentement, pouvait seulement parvenir à un résultat voisin en concluant avec un tiers une convention de croupier (article 1861 du Code civil).

<sup>(1)</sup> Sur la procédure de réalisation du nantissement, voy. les articles 44 et 45 de l'Acte uniforme portant droit commercial général et les articles 64 à 68 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés qui régissent le nantissement des valeurs mobilières y compris les obligations. Cf. ANOUKHA (F.), *Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, PUA, 1998, p. 63 et s., n<sup>os</sup> 156 et s.

Aujourd'hui, le législateur OHADA a un peu assoupli les règles. Néanmoins, pour respecter l'esprit des sociétés caractérisées par *l'intuitu personae*, l'article 57 de l'Acte uniforme pose le principe que les parts sociales sont cessibles mais, contrairement aux actions, la loi consacre leur cessibilité contrôlée et leur non-négociabilité. Il faut distinguer selon le type de société. Dans les S.N.C., il faut toujours et il s'agit d'une règle d'ordre public, le consentement unanime des associés (article 274). Afin que la S.N.C. ne soit une prison pour l'associé, notamment lorsque l'unanimité n'a pu être réalisée, il est alors admis que les statuts peuvent aménager une procédure de rachat pour permettre le retrait de l'associé cédant; pour les S.C.S., les parts sociales ne peuvent aussi être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. Toutefois les statuts peuvent en disposer autrement et prévoir des règles de cessibilité beaucoup plus souples davantage en ce qui concerne les parts de commanditaires que de celles des commandités (article 296); enfin, pour la S.A.R.L., les parts sociales sont, en principe et sauf clause statutaire (clause d'agrément et de préemption) limitative, librement transmissibles entre associés ou au profit des proches parents. Elles ne peuvent être cédées à des tiers qu'après agrément de ces derniers (article 319). Les parts sociales de S.A.R.L. peuvent être nanties sous certaines conditions (article 322).

94. Un autre problème est susceptible de se poser relativement à la cession des droits sociaux. Il peut arriver que le cessionnaire se retrouve face à une situation financière catastrophique. Or, si par application des règles de droit commun (articles 1693 à 1695 du Code civil), le cédant doit garantir l'existence des parts qu'il cède (ce qui implique son libre usage et sa qualité de propriétaire), il ne garantit pas la solvabilité du débiteur cédé, c'est-à-dire la solvabilité de la société. Il s'ensuit que le cédant ne garantit ni l'actif, ni le passif de la société. Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance; lorsqu'il a promis la garantie de la solvabilité du débiteur, cette promesse ne s'entend que de la solvabilité actuelle, et ne s'étend pas au temps à venir, si le cédant ne l'a expressément stipulé.

Pour pallier ces difficultés inhérentes à la cession des droits sociaux, on peut concevoir aussi bien l'existence des clauses de garantie du cessionnaire que celles de garantie du cédant<sup>(1)</sup>. Dans la pratique en effet, le besoin de sécurité du cessionnaire a poussé à créer des « clauses de garantie du passif ». Celles-ci visant à garantir la valeur de la société, engagent le cédant envers l'acquéreur; celui-ci est alors tenu de supporter les conséquences patrimo-

---

<sup>(1)</sup> J. DELGA, *op. cit.*, p. 271 et s.

niales des avatars qui se produiraient après la cession et résultant de la découverte d'éléments de passif se rapportant à la période antérieure à la cession et ne surgissant que postérieurement à celle-ci<sup>(1)</sup>. Il peut même s'agir de garantir l'image de la société, telle qu'elle apparaît au travers des documents comptables. Ce serait alors une garantie de sincérité et de fidélité des chiffres, exigences voulues par l'Acte uniforme portant organisation des comptabilités des entreprises<sup>(2)</sup>. Dans une autre optique, les clauses de garantie du cessionnaire peuvent porter sur toute diminution de l'actif. Le cédant déclare alors au cessionnaire que le résultat net sera égal ou supérieur à un certain montant<sup>(3)</sup>. Enfin, on peut tout aussi bien concevoir l'existence des clauses de non-garantie; fréquentes en matière de sociétés de personnes, elles permettent au cédant de se décharger de la responsabilité qui pèse sur lui pour les dettes antérieures à la cession et qui se révéleraient par exemple après son départ<sup>(4)</sup>.

### *C. La somme des apports: le capital social*

95. L'article 61 de l'Acte uniforme dispose que «Toute société doit avoir un capital social indiqué dans ses statuts ...». Le capital social est au moment de la constitution de la société, la somme des apports en numéraire et en nature, c'est-à-dire les apports saisissables (auquel on ajoute le capital technique, c'est-à-dire le fonds de commerce). L'Acte uniforme parle d'apports en capital<sup>(5)</sup>.

Le capital social peut être constitué par des valeurs qui ne correspondent pas à des apports; par exemple, une société en cours de fonctionnement

(1) Par exemple, un redressement fiscal concernant un exercice antérieur.

(2) Il ressort de l'article 3 de cet Acte uniforme qui porte droit comptable que : «La comptabilité doit satisfaire, dans le respect de la règle de prudence, aux obligations de régularité, de sincérité et de transparence inhérentes à la tenue, au contrôle, à la présentation et à la communication des informations qu'elle a traitées». La régularité de la comptabilité suppose sa conformité aux règles et procédures en vigueur. La sincérité doit être entendue comme l'application de bonne foi de ces règles et procédures en fonction de la connaissance que les responsables des comptes doivent normalement avoir de la réalité et de l'importance des opérations, événements et situations.

L'article 9 de l'Acte apporte d'autres précisions en ce qui concerne la régularité et la sincérité des informations. Regroupés dans les états financiers annuels de l'entreprise, ces qualités résultent, dit l'alinéa 1<sup>er</sup> de ce texte, «d'une description adéquate, loyale, claire, précise et complète des événements, opérations et situations se rapportant à l'exercice.» Voy. aussi articles 74 et 100 relatifs aux comptes consolidés.

(3) J. DELGA, *loc. cit.*

(4) Cf. sur la question, POUGOUE, ANOUKAHA, NGUEBOU, *Le droit des sociétés commerciales et du G.I.E. OHADA*, PUA, 1998, p. 156, n° 345.

(5) Si grâce à ces apports les associés participent au financement de la société, il ne faut pas perdre de vue qu'ils peuvent également contribuer par des apports en compte courant, c'est-à-dire par des prêts consentis à la société. Sur la question, cf. COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 13<sup>e</sup> éd., n°s 310 et s.

peut décider d'incorporer ses réserves à son capital et augmenter ainsi celui-ci à due concurrence. Le capital social se trouverait augmenté sans que les apports aient été modifiés. L'article 62 précise qu'il faut comprendre dans le capital social outre les apports en capital, les incorporations de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission. Il s'agit dans ce dernier cas des primes versées par une société par actions possédant des réserves et qui procède à une augmentation de son capital à la suite de versements en espèces.

Toutefois, il ne faut pas confondre le capital social, notion abstraite, et les capitaux propres qui représentent une réalité concrète susceptible de varier; ils représentent la richesse de la société. Il est admis par l'Acte uniforme que ces capitaux ne doivent pas tomber en dessous de la moitié du capital social, car cela signifierait alors que la société «mange» son capital. Et dans les S.A. et les S.A.R.L., les partenaires doivent, aux termes de l'Acte uniforme, prendre des dispositions immédiates pour remédier à la situation<sup>(1)</sup>.

**96. Plusieurs dispositions légales sont attachées au capital social.**

Si le montant du capital social est déterminé par les associés, l'Acte uniforme, comme les lois antérieures, fixe un capital social minimum en raison de la forme ou de l'objet de la société (article 65). Dans le droit antérieur de la plupart des Etats membres de l'OHADA, un décret du 23 février 1957 fixait à 250.000 F CFA le montant minimum du capital de constitution de la S.A.R.L.; l'article 311 de l'Acte uniforme le fixe à 1.000.000 F CFA, qui doivent être entièrement libérés au moment de la constitution de la société. L'article 387 de l'Acte uniforme prévoit aussi un capital minimum pour la société anonyme, soit 10.000.000 F CFA qui doivent être entièrement souscrits avant la date de signature des statuts ou de la tenue de l'assemblée générale constitutive. Dès lors, si le capital de la société en cours de formation n'atteint pas le montant minimum fixé, la société ne peut valablement être constituée. De même, si après sa constitution, le capital est réduit à un montant inférieur au minimum légal, la société doit être dissoute, à moins que le capital soit porté dans les conditions fixées par l'Acte uniforme, à un montant au moins égal au montant minimum exigé.

Le capital social étant un élément fixé par le contrat (article 67), il ne peut être modifié sans l'accord des contractants; son montant est fixe et invariable tant que les associés n'ont pas décidé de le modifier. La modification peut être une augmentation ou une réduction. Les conditions de modification sont prévues par les articles 67 et suivants de l'Acte uniforme; mais elles dépendent aussi pour une part du type de la société.

---

<sup>(1)</sup> Voy. les articles 371 et s. pour la S.A.R.L.; 664 et s. pour la S.A.

La notion de capital social revêt deux aspects : un aspect comptable et un aspect juridique. Du point de vue comptable, le capital est une valeur inscrite au passif du bilan. C'est la dette de la société envers les apporteurs. La société ayant reçu de ces derniers des apports, devient débitrice de leur valeur. A la dissolution de la société, chaque associé reprendra la valeur de ses apports sur l'actif net.

Du point de vue juridique, le capital social se caractérise par sa fixité et son intangibilité<sup>(1)</sup>. Cela signifie que le capital social est la valeur portée à l'actif du bilan et indiquant le montant au-dessous duquel les associés s'interdisent tout prélèvement à leur profit. A concurrence du capital social, lorsqu'il y a eu des mauvaises affaires et des pertes, il n'y a pas de distribution, aucun prélèvement ; l'actif ne peut jamais servir à payer les bénéfices aux associés, cela pour éviter de dissiper le capital. La clause d'intérêt fixe au profit de chaque associé est en principe interdite. Il s'agit d'une clause prévoyant le paiement d'un intérêt aux associés, même en l'absence de bénéfices et qui peut alors porter atteinte à l'intégrité du capital social ; mais elle était admise par la jurisprudence ancienne et par l'article 34 de la loi de 1925 qui prévoyait une action en répétition des dividendes pour les associés lésés contre ceux qui les ont reçus. Aujourd'hui, l'article 143 alinéa 3 de l'Acte uniforme affirme implicitement cette prohibition : il déclare que sauf en cas de réduction de capital, aucune distribution ne peut être faite aux associés lorsque les capitaux propres sont ou deviendraient, à la suite de cette distribution, inférieurs au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer.

Le capital social est la garantie des créanciers sociaux. Cependant, dans les sociétés de personnes, la meilleure garantie est la responsabilité solidaire et indéfinie des associés.

## §2. La participation aux résultats

97. Aux termes du contrat de société, les parties se promettent mutuellement de se partager les bénéfices qui résulteraient de leur entreprise commune. Ceci a pour contrepartie évidente la promesse de contribuer aussi aux pertes éventuelles. La participation des associés aux bénéfices, aux économies et aux pertes apparaît ainsi comme un élément fondamental du contrat de société (B). Cet élément est d'autant plus important que la seule notion de bénéfice a toujours été considérée comme le critère distinctif de la société (I).

---

<sup>(1)</sup> Exceptionnellement, il est possible de créer des sociétés à capital variable. La clause de variabilité est alors inscrite dans les statuts. Elle est fréquente dans les sociétés coopératives.

*A. Le bénéfice: critère distinctif de la société*

98. La notion de bénéfice est primordiale pour toute société, celle-ci ayant pour but principal de rechercher et de partager les bénéfices entre ses membres. En ce sens, elle a permis jusqu'ici de distinguer la société d'autres groupements voisins tel l'association.

**1. Société et Association**

99. L'association a été admise par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901<sup>(1)</sup>. Comme la société, c'est un groupement de personnes, mais leurs régimes sont différents.

Le véritable critère de distinction de la société et de l'association semble être le but poursuivi. En principe, lorsque le groupement est constitué pour réaliser des bénéfices, c'est une société. S'il est constitué pour un but autre que de réaliser et de partager des bénéfices, c'est une association. Ce critère appelle quelques précisions: une erreur née d'une mauvaise rédaction de l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1901 disposant que l'association est constituée dans un but autre que le partage des bénéfices, a permis de croire que ce groupement ne réalise pas des bénéfices. La vérité est que même si l'association fait des bénéfices, elle n'a pas le droit de les distribuer à ses sociétaires, alors que par ailleurs la vocation même de la société c'est de distribuer les bénéfices à ses membres.

Exemple: La Croix Rouge fait des quêtes, des ventes de charité qui l'enrichissent et constituent des bénéfices; mais parce qu'elle ne distribue jamais ses recettes à ses membres, elle est une association.

100. La notion de bénéfice s'apprécie en considérant l'avantage que le groupement doit à ses membres. Il n'y a aucun problème lorsque le but de l'association est d'apporter à ses membres des avantages moraux ou extrapatrimoniaux (but artistique, intellectuel, charitable, religieux, culturel, politique, sportif, c'est-à-dire, en général, un but désintéressé<sup>(2)</sup>).

Lorsque par contre l'association poursuit un but différent, la distinction avec la société n'est plus aisée. C'est ainsi qu'on peut qualifier de société commerciale, un groupement désigné association si l'on constate qu'elle se

---

<sup>(1)</sup> D'abord réglementée au Cameroun par la loi n° 67/LF/19 du 12 juin 1967 sur la liberté d'association, elle fait aujourd'hui l'objet de la loi n° 90-53 du 19 décembre 1990 portant sur la liberté d'association.

<sup>(2)</sup> Un exemple connu, celui de la Croix Rouge qui poursuit un but philanthropique, la propagande d'une philosophie, d'un idéal; ses recettes permettent d'aider toutes personnes ou organismes dans le besoin, par exemple un don de médicaments dans un hôpital. Il existe ainsi toutes sortes d'associations: par exemple celle de défense des animaux, etc.

comporte dans les faits comme un commerçant<sup>(1)</sup>. L'argument décisif a donc toujours semblé se trouver dans le but poursuivi par le groupement. La question est reposée avec la nouvelle définition de la société par l'Acte uniforme. Il faut alors non plus seulement tenir compte de la recherche de bénéfices, mais aussi de la recherche d'économie pour définir la société et la distinguer de groupements voisins.

## 2. La notion de bénéfice

101. Cette notion a été initialement définie par un arrêt des Chambres réunies en date du 11 mars 1914<sup>(2)</sup>. Il s'agissait en l'espèce d'un groupement dénommé «Caisse rurale de la Commune de Manigod» qui avait choisi comme objectif, de faire à ses membres, apporteurs d'argent, des prêts à un taux inférieur à celui pratiqué par les banques. Il empruntait aux membres nantis ou à des tiers étrangers pour prêter aux membres nécessiteux (crédit nécessaire à leurs exploitations). Les intérêts récoltés servaient au financement de la gestion de la Caisse (capital social), le reliquat étant destiné à constituer un fonds de réserve permettant une diminution du taux d'intérêt et, à la dissolution, le remboursement aux membres des intérêts payés par chacun d'eux. Les adhérents ne bénéficiaient pas alors d'un accroissement de leur patrimoine en tant que tel, mais faisaient plutôt une économie de dépense. L'arrêt de 1914 estima que ce groupement qui n'avait pas pour but de faire des bénéfices, était une association. Les juges donnèrent alors une définition du bénéfice qui selon eux devait être: «tout gain pécuniaire ou gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés».

La définition de 1914 est apparue très restrictive. En effet, le bénéfice, dans l'esprit du droit commercial, ou du droit comptable, résulte non seulement d'une augmentation des produits, mais aussi d'une diminution des charges. On peut s'enrichir en faisant des économies. Dès lors, la définition étroite du bénéfice ci-dessus n'étant pas appropriée à toutes les circonstances, le législateur de l'époque n'a pas hésité à élargir dans certains cas, la notion et à donner la qualité de société à des groupements, qui *a priori* ne faisaient pas de bénéfices au sens de l'arrêt de 1914<sup>(3)</sup>. Par la suite, le législateur français a carrément condamné la jurisprudence de 1914 et adopté une nouvelle définition du bénéfice. L'article 1832 modifié par la loi du

<sup>(1)</sup> En ce sens, cf. O. SIMON, «La commercialité de l'association du 1<sup>er</sup> juillet 1901», *D.*, 1977, chr. 153.

<sup>(2)</sup> Arrêt *Caisse Rurale de Manigod*, *D.P.*, 1914, I, 257, note SARRUT.

<sup>(3)</sup> Par exemple, le décret du 14 juin 1938, modifié par l'ordonnance du 31 mars 1962 sur les mutuelles d'assurances (le but de celles-ci est l'économie réalisée par les membres); la loi du 10 septembre 1947 sur les coopératives (qui qualifie les coopératives de sociétés, alors qu'elles n'ont pas pour but de réaliser des bénéfices, mais de rechercher une économie).

4 janvier 1978 dispose dorénavant que : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun des biens en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». Ce texte fait donc ainsi de la recherche d'économies une finalité de la société au même titre que la poursuite d'un but lucratif au sens de l'arrêt de 1914. Cette solution doit être approuvée, car il est évident que la réalisation d'économies équivaut incontestablement à la recherche d'un gain. C'est donc à juste titre que l'Acte uniforme a adopté la même règle.

**102.** Le problème dans ces conditions est de déterminer la frontière entre la société, l'association et des groupements intermédiaires, tel le groupement d'intérêt économique<sup>(1)</sup>.

La doctrine s'est essayée à cette tâche. D'après M. MERLE<sup>(2)</sup>, il faut distinguer trois hypothèses :

- un groupement se constitue pour procurer à ses membres un gain pécuniaire ou matériel qu'ils se partageront : c'est une société ;

- un groupement est constitué à des fins désintéressées, sans aucune recherche d'un avantage matériel : c'est une association au sens de la loi de 1901 ; on s'attache ici au but poursuivi même si accessoirement, les adhérents bénéficient d'un avantage matériel ;

- un groupement est constitué pour permettre à ses membres de réaliser des économies ; il peut alors se constituer sous forme d'association ou de société. S'il y a doute sur la qualification du groupement, le juge saisi apprécie : il recherche si les membres du groupement souhaitaient s'enrichir en se partageant le bénéfice d'une entreprise commune. On s'attache ici à la philosophie qui anime le groupe.

Concernant les associations, M. GUYON<sup>(3)</sup> estime qu'on doit distinguer le but principal et le but accessoire ; si le but principal est la réalisation d'économie, c'est une société. Mais il reconnaît que ce critère n'est pas évident dans tous les cas. Il propose alors de considérer deux sortes de personnes morales par référence au but lucratif poursuivi par le groupement :

- personnes morales à but altruiste : elles poursuivent des fins de bienfaisance, en tout cas agissent dans le domaine extrapatrimonial. Si c'est un groupement de personnes, c'est une association ; si c'est un groupement de biens, c'est une fondation. Dans tous les cas, il n'y a pas partage de patrimoine entre les membres ;

<sup>(1)</sup> Il est prévu par les articles 869 et s. de l'Acte uniforme.

<sup>(2)</sup> In *Précis de Droit commercial*, p. 45.

<sup>(3)</sup> In *Droit des affaires*, n° 117.

– personnes morales à but lucratif. Il y en a deux groupes : les unes ont pour but de permettre à leurs membres de réaliser plus de bénéfices ou de faire des économies ; ainsi peuvent-elles par exemple mettre en commun des moyens de production comme dans les sociétés de moyens, les G.I.E., les coopératives<sup>(1)</sup>. Les autres ont pour but la réalisation des bénéfices soit pour les conserver, soit pour les répartir entre leurs membres. Ce sont alors des sociétés, et on reconnaît bien là l'un des éléments spécifiques du contrat de société, la participation des associés aux bénéfices, auquel on doit adjoindre la contribution aux pertes.

*B. La participation des associés aux bénéfices, aux économies et aux pertes*

- 103.** La vocation des associés aux bénéfices et aux économies comme la contribution aux pertes doivent se faire équitablement, c'est-à-dire en principe proportionnellement aux apports.

**1. La vocation aux bénéfices et aux économies**

- 104.** Les associés ont tous vocation aux bénéfices et aux économies. Cela signifie qu'ils ne recevront rien s'il n'y a pas de bénéfices ; et même s'il y en a, la société peut décider de les mettre en réserve pour s'autofinancer. Le contrat de société détermine librement la part de chaque associé dans les bénéfices ; un mode de répartition inégalitaire est donc permis.

Dans le silence des statuts, on doit appliquer la règle supplétive de l'article 1853 du Code civil reprise par l'article 54 de l'Acte uniforme d'après laquelle, la part de chacun des associés est proportionnelle à l'importance de son apport. Une difficulté reste non résolue en ce qui concerne l'apporteur en industrie. Le silence du législateur doit-il s'interpréter comme une obligation de l'évaluer dans les statuts, ou faut-il se référer à l'alinéa 2 de l'article 1853 du Code civil qui précise que l'apporteur en industrie est sauf disposition contraire des statuts, assimilé à l'associé ayant effectué l'apport en numéraire ou en nature le plus petit ? Cette seconde solution nous semble envisageable.

- 105.** Lorsque les associés ont prévu dans les statuts, une répartition non proportionnelle des bénéfices, il ne faut pas que les clauses prévues à cet effet soient des clauses léonines. C'est la règle posée par l'article 54 de l'Acte uniforme qui se calque ainsi sur celle de l'article 1855 du Code civil. Les asso-

---

<sup>(1)</sup> Par exemple, un groupement des consommateurs ayant pour but d'acheter à meilleur compte les produits qui leur sont nécessaires ; un groupement des producteurs ayant pour objectif de réduire leurs frais généraux ou de stabiliser leurs prix ; le résultat dans ces hypothèses est d'éviter une perte à ses membres.

ciés peuvent valablement prévoir que certains associés auront des dividendes privilégiés, par exemple celui qui a apporté les trois quarts du capital, aura droit à la moitié des bénéfices. Mais, ils ne peuvent décider qu'un seul associé prendra tous les bénéfices, car ce serait une clause léonine réputée non écrite parce que contraire au *jus fraternitatis* (lien ou idéal d'affection entre ceux qui devraient se traiter comme frères) qui doit animer chaque associé. Cette clause du reste peut entraîner la nullité du contrat si elle est déterminante.

- 106.** L'Acte uniforme détermine dans les articles 144 à 146 les modalités de répartition des dividendes aux associés. C'est l'assemblée générale qui décide de l'affectation du bénéfice réalisé et, en l'occurrence, de la part de bénéfice revenant à chaque action ou à chaque part sociale, appelée dividende. Tout dividende distribué en violation des règles établies est donc un dividende fictif.

Les statuts peuvent prévoir l'attribution d'un premier dividende : celui-ci est aux termes de l'article 145, versé aux titres sociaux dans la mesure où l'assemblée constate l'existence de bénéfices distribuables et à la condition que ces bénéfices soient suffisants pour en permettre le paiement. Il est calculé comme un intérêt sur le montant libéré des actions.

En vertu de l'article 146, les modalités de paiement des dividendes sont fixées par l'assemblée générale. Celle-ci peut déléguer ce droit selon le cas, au gérant, au président directeur général, au directeur général ou à l'administrateur général. Dans tous les cas, la mise en paiement des dividendes doit avoir lieu dans un délai maximum de neuf mois après la clôture de l'exercice. La prolongation de ce délai peut être accordée par le président de la juridiction compétente.

Comme elle décide des dotations à des réserves facultatives, l'assemblée peut, dans les conditions prévues par les statuts, décider de la distribution de tout ou partie des réserves ; cette distribution ne doit pas porter sur des réserves stipulées indisponibles par la loi ou les statuts. L'article 143 de l'Acte exige dans ce cas que l'assemblée indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués.

## **2. La contribution aux pertes**

- 107.** Il y a perte quand l'actif net diminue. Tant que la société dure, les créanciers se paient sur l'actif brut, et les associés ne déboursent rien. La participation de ces derniers aux pertes ne devient concrète qu'au moment de la liquidation. Plusieurs cas peuvent être envisagés :

– l'actif brut est supérieur ou égal au passif, mais inférieur au capital initial : les associés contribuent aux pertes en emportant moins qu'ils n'a-

vaient apporté. Par exemple, si l'actif est de un quart du capital initial, chacun perd les trois quarts de son apport.

– le passif est supérieur à l'actif: deux hypothèses sont à considérer:

- dans les S.A.R.L. et les sociétés anonymes: les associés perdent la totalité de leur apport, mais ne déboursent pas d'argent pour satisfaire les créanciers sociaux; ceux-ci supportent donc la perte de la différence actif/passif;
- dans les sociétés de personnes: en plus de leur apport, les associés doivent déboursier pour payer la totalité des créanciers.

**108.** Comme en ce qui concerne le partage des bénéfices, toute clause qui exonère un seul ou plusieurs associés de toute contribution aux pertes, est une clause léonine. On a pu relever dans une jurisprudence de la chambre commerciale française que doit être annulée une convention conclue entre associés d'une société en nom collectif exploitant un fonds de commerce; celle-ci stipulait que l'un d'eux abandonnait tous les bénéfices correspondant à ses parts sociales moyennant une redevance forfaitaire indexée sur la moyenne arithmétique du prix de vente de certains articles du fonds; il a été relevé que ladite convention lui assurait en toutes circonstances la certitude d'un profit même en cas de pertes sociales, celles-ci devant être supportées par le coassocié seul<sup>(1)</sup>.

**109.** Seules sont valables les clauses de dispense partielle. On peut par exemple décider que l'apporteur en industrie qui a travaillé pour rien sera dispensé de contribuer à l'excédent du passif sur l'actif, le travail non rémunéré étant considéré comme sa part de contribution. Il a même été décidé que n'est pas prohibée, une clause dans une société de personnes qui prévoit qu'un associé ne contribuera aux pertes que jusqu'à concurrence de son apport<sup>(2)</sup>. Les statuts peuvent même prévoir une répartition égale des bénéfices et des pertes, malgré des apports inégaux, ou une répartition inégale des résultats d'exploitation en présence d'apports égaux. En tout cas, dans aucune de ses dispositions, le législateur n'impose un parallélisme entre la répartition des bénéfices et la contribution aux pertes. Par conséquent, la contribution des associés aux pertes, ne se fait proportionnellement aux apports que lorsque les stipulations du contrat de société n'en disposent pas autrement.

---

<sup>(1)</sup> Cass. com., 18 octobre 1994, *Bull. civ.*, IV, n° 300, p. 243.

<sup>(2)</sup> Cass. req., 5 décembre 1887, *S.*, 1890, I, p. 467.

### §3. L'*affectio societatis*

110. L'*affectio societatis* n'est pas expressément prévue par la loi, mais induit par la jurisprudence de la définition de la société par l'article 1832 du Code civil. Il s'agit de l'élément intentionnel dans la société. Une société ne saurait exister sans *affectio societatis*, c'est-à-dire sans une volonté de s'associer, une volonté de former une société. En effet cette exigence n'est pas récente. Les juristes romains ont eu recours à cette notion pour faire la distinction entre société (état voulu) et indivision (état subi). Pour le droit romain les associés devaient se présenter au contrat non comme des adversaires ayant chacun son intérêt propre, mais comme des collaborateurs animés d'un esprit de fraternité; l'expression utilisée à cet effet était alors *jus fraternitatis* désignant l'ancien consortium entre frères. Dès lors, on s'est servi de cette expression pour justifier l'égalité qui doit régner dans le contrat de société et empêcher l'introduction des clauses léonines dans celui-ci, sous peine de nullité. Dans le même sens, le droit romain estimait qu'il fallait l'*animus contrahendae societatis*, c'est-à-dire l'intention de conclure un contrat de société. Le consentement doit être donné en connaissance de la nature du contrat conclu. Tout se ramenait donc à cette exigence, et l'expression *jus fraternitatis* a été de plus en plus abandonnée au profit de celle d'*affectio societatis*.
111. La notion d'*affectio societatis* paraît cependant ambiguë. De nombreux auteurs se disputent sur son sens véritable. M. GUYON<sup>(1)</sup> semble avoir résumé la situation et relevé toutes les thèses avancées par les différentes doctrines. Mais qu'on distingue comme cet auteur les conceptions unitaires, ou la conception pluraliste, on retient certaines composantes de l'*affectio societatis*: une volonté explicite ou implicite de collaboration égalitaire, une perspective commune intéressée.

En tout état de cause, il ne faut pas confondre l'*affectio societatis* dans la société avec le consentement. Ce dernier est la volonté de contracter au moment de la constitution de la société. L'élément *affectio societatis* existe quant à lui, aussi bien au moment de la constitution de la société que dans le cours de sa vie. Les associés doivent avoir la volonté de contracter et de vivre en société. Dès lors, une rupture flagrante de l'égalité doit être sanctionnée; c'est le cas par exemple lorsqu'une clause léonine figure dans le contrat de société.

M. GUYON, se ralliant à M. VIANDIER<sup>(2)</sup>, estime qu'il ne faut pas voir dans l'*affectio societatis* une notion unique<sup>(3)</sup>, mais une notion multiforme: «

(1) In *Droit des affaires*, n<sup>os</sup> 124 et s.

(2) A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préface de F. Terre, Paris, L.G.D.J., 1978, n<sup>o</sup> 76.

(3) Cf. HAMEL, LAGARDE, JAUFFRET, *Droit com.*, 2<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 409.

Elle est à la fois le révélateur de l'existence d'une société<sup>(1)</sup>, le régulateur de la vie sociale et le moyen de distinguer la qualité d'associé des situations voisines». L'*affectio societatis* varie alors d'intensité selon la forme de la société; elle est plus ou moins accentuée selon le degré de risques encourus par les associés. Il y a en réalité autant d'*affectio societatis* que de société.

112. L'analyse de la jurisprudence fait ressortir que l'*affectio societatis* est une notion multiforme. La base commune est le but lucratif de la société (caractère intéressé). Mais il existe des éléments sous-entendus et plus ou moins prépondérants, qui varient d'une société à une autre.

Le caractère volontaire de la collaboration: Il permet de distinguer la société de l'indivision (*état subi, accidentel*). Il permet aussi de déterminer si une société a existé entre un époux ou un concubin et son partenaire, lorsqu'ils ont collaboré ensemble à une exploitation quelconque<sup>(2)</sup>. L'argument de la société permet alors dans certains de ces cas, de suppléer au régime matrimonial qui n'existe pas, et d'admettre le partage des bénéfices de l'exploitation entre les deux.

La participation à la gestion: On ne peut exiger que tous les associés participent à la gestion quotidienne de la société. C'est l'œuvre des dirigeants. Mais ils doivent au moins donner leur opinion sur l'orientation générale de l'affaire, exercer leurs droits d'associés, notamment celui de contrôle et de critique, ou celui de vote. (le prêteur n'a pas ce droit par exemple; ainsi, si le soi-disant prêteur se comporte comme un associé, collabore réellement, intervient dans la marche de l'affaire, le juge qui n'est pas lié par la qualification des parties peut requalifier le contrat en contrat de société<sup>(3)</sup>). L'*affectio societatis* dans ce sens est plus effective dans les petites sociétés que dans les grandes, où généralement la qualité d'associé est relativement indifférente. On peut en effet rappeler une jurisprudence qui énonce que l'existence de l'*affectio societatis* en tant qu'élément constitutif du contrat de société, doit s'apprécier au jour de la constitution de la société et que, par ailleurs, cette existence peut être examinée par les juges avec plus ou moins de rigueur selon qu'il s'agit d'une société de personnes ou d'une société de capitaux<sup>(4)</sup>. Il ressort plus clairement d'un arrêt que «l'*affectio societatis* est un élément essentiel de toute société, mais son intensité est fonction du type

<sup>(1)</sup> C'est par application de l'*affectio societatis* que la jurisprudence reconnaît les sociétés créées de fait (au regard de la collaboration des partenaires sans un écrit); ou même des sociétés de façade (car alors il n'y a pas d'*affectio societatis*).

<sup>(2)</sup> Cass. com., 25 juillet 1949, *JCP*, éd. G., 1950, II, n° 5798, note BASTIAN.

<sup>(3)</sup> Voy. par exemple en France, Paris, 21 février 1986, *D.*, 1986, p. 548 (Affaire *Tapie c/ Crédit Lyonnais*: on a pu se demander si la banque n'avait pas dépassé les diligences ordinaires d'un banquier prêteur).

<sup>(4)</sup> En ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 octobre 1978, *Bull. civ.*, I, n° 318, p. 245.

adopté et des dispositions particulières des statuts»<sup>(1)</sup> ou «Si dans les sociétés de personnes, l'*affectio societatis* implique une complète entente entre les associés, il n'en est pas de même dans les sociétés de capitaux où joue avec plus de rigueur la loi du nombre»<sup>(2)</sup>.

La convergence ou divergence des intérêts: Les associés mènent une aventure commune; c'est ce qui résulte de l'article 4 alinéa 2 de l'Acte uniforme. Ils encaissent ensemble les profits et subissent ensemble les pertes. Ils acceptent donc de courir ensemble les aléas communs de la société. La société se distingue ainsi d'une vente ou d'un contrat d'édition qui se caractérisent par une divergence des intérêts des contractants. Ainsi, on a pu qualifier de vente, l'opération par laquelle le propriétaire d'un immeuble l'apporte à une société, puis cède immédiatement ses parts à un coassocié ou à un tiers. Les juges relèvent alors que l'intention de l'apporteur n'est pas de s'associer mais de dissimuler une vente immobilière sous l'apparence d'un apport en société; en requalifiant le contrat, les juges ont pu lui reconnaître néanmoins la possibilité d'exercer une action en rescision pour lésion de plus de 7/12<sup>e</sup><sup>(3)</sup>.

L'absence du lien de subordination: L'égalité doit exister entre associés. Il s'agit d'une égalité des prérogatives attachées à la qualité d'associé. L'*affectio societatis* ainsi entendue permet de distinguer le contrat de société et le louage de services, même lorsque celui-ci est assorti de clauses de participation aux bénéfices. En effet, le salarié à la différence de l'associé est subordonné; il ne court pas en principe les aléas de l'entreprise, de telle sorte qu'en cas de perte, il reçoit toujours son salaire (contrairement à l'associé qui ne reçoit rien en cas de perte). D'une manière générale, les tribunaux retiennent la qualification de société lorsqu'ils constatent l'indépendance de celui qui travaille dans l'intérêt commun, à partir des conditions mises à l'exercice de son activité: par exemple, le droit pour un individu «de contrôler la marche de l'entreprise et la comptabilité»<sup>(4)</sup>; une convention par laquelle l'intéressé a la signature en banque, la disposition de carnets de chèque et joue un rôle actif dans la gestion de l'entreprise<sup>(5)</sup>, etc.

Dans le même ordre d'idée, les associés qui dirigent la société ne sont pas les supérieurs des autres; ils détiennent leurs pouvoirs en vertu d'un mandat qui leur est donné par ces derniers, exercent donc le pouvoir en leur nom.

(1) C.A. Lyon, 11 octobre 1954, *D.*, 1955, p. 14.

(2) C.A. Besançon, 3 novembre 1955, *JCP*, éd. 1955, II, n° 8750.

(3) Cass. com., 10 juin 1953, *JCP*, 1954, II, n° 7908, note BASTIAN; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 mai 1954, *JCP*, 1954, II, n° 8377.

(4) Cass. req., 3 janvier 1940, *DH*, 1940, p. 88.

(5) Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 1971, *Bull. civ.*, n° 66, p. 62.

Il apparaît ainsi que l'*affectio societatis* est un élément psychologique, sentimental. Les associés s'attachent à l'affaire sociale, s'obligent à traiter les affaires de la société, comme les leur propres. Ils ont l'esprit d'équipe. L'Acte uniforme lui-même reconnaît la nécessité de l'existence dans la société de quelque chose qu'on peut considérer comme l'*affectio societatis*: l'alinéa 2 de l'article 4 ne dit-il pas que la société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés?

### SECTION 3. LES DROITS ET OBLIGATIONS DES ASSOCIÉS

- 113.** La qualité d'associé confère à leurs titulaires des titres sociaux en vertu desquels un ensemble de droits leur est reconnu dans la société; cela montre bien l'importance de l'associé dans une société. Un associé quel qu'il soit doit jouir d'un minimum de droits et de pouvoirs qui montrent qu'il est plus qu'un créancier de la société, qu'il est un membre du groupement né du fait du pacte social.

La société étant avant tout un contrat, les parties contractantes y jouent un rôle important aussi bien au moment de la formation du contrat qu'au-delà, lorsque naît la personne morale. En tant qu'organe de celle-ci, ils ont diverses prérogatives, mais aussi une obligation.

#### §1. Les droits

- 114.** Aux termes de l'Acte uniforme, divers attributs sont attachés aux titres d'associés. D'après l'article 53, les titres sociaux confèrent à leur titulaire :
- un droit sur les bénéfices réalisés par la société lorsque leur distribution a été décidée;
  - un droit sur les actifs nets de la société lors de leur répartition, à sa dissolution ou à l'occasion d'une réduction de son capital;
  - le droit de participer et de voter aux décisions collectives des associés, à moins que l'Acte uniforme en dispose autrement pour certaines catégories de titres sociaux.

Les droits ainsi mentionnés doivent être exercés dans les conditions prévues pour chaque forme de société. Ils ne peuvent être suspendus ou supprimés que par des dispositions expresses de l'Acte uniforme (article 55 de l'Acte). Le regroupement des droits de l'associé énumérés par l'Acte uniforme conduit à distinguer les droits pécuniaires des droits extrapécuniaires.

##### *A. Les droits extrapécuniaires*

- 115.** Ces droits d'associé découlent de l'*affectio societatis*. Ce sont des droits propres ou individuels qui lui permettent d'exercer une influence sur la gestion

de la société. A cet effet, chaque titulaire de parts ou d'actions dans une société, compte pour un associé quelle que soit sa qualité ou sa fonction dans la société. C'est la manifestation du principe d'égalité entre les associés. Il ne s'agit pas cependant, d'une égalité dans le sens politique. La société est créée par la mise en commun d'apports. Les apports ne sont pas forcément égaux. Il y a donc dans la société, en vertu de l'*affectio societatis*, une égalité des droits entre associés, mais celle-ci est relative, en ce sens qu'elle dépend des apports respectifs et même en certains cas, du rôle joué par l'associé dans la société. Toutefois, cette relativité n'enlève rien au principe qui est posé à savoir, que chaque membre de la société doit jouir et exercer ses droits d'associé. Tout avantage particulier stipulé au profit d'un associé doit être approuvé par les autres associés.

Pour l'essentiel, les associés ont le droit de participer à la vie sociale, de participer à la prise des décisions collectives au moyen d'un vote et un droit d'information très poussé.

### 1. Le droit de participer à la vie sociale

116. Tout associé a le droit de faire partie de la société, sans en être exclu sauf cas exceptionnels tels que le défaut de libération totale des actions souscrites, la réduction par suite de pertes du capital par la procédure de réduction du nombre des actions (car dans ce cas, les actionnaires qui ne possèdent pas le nombre minimum d'actions requises sont éliminés), et aussi le cas où la société étant à capital variable, la menace d'exclusion permet d'assurer la discipline entre associés : l'exclusion est alors possible pour motifs graves.
117. Dans un autre sens, on ne peut exiger que tous les associés participent à la gestion quotidienne de la société. C'est l'œuvre des dirigeants. Mais, ils doivent au moins donner leur opinion sur l'orientation générale de l'affaire, exercer leurs droits d'associés, notamment celui de contrôle et de critique, ou celui de vote. L'*affectio societatis* est ainsi plus effective dans les petites sociétés que dans les grandes, où généralement la qualité d'associé est relativement indifférente. Les associés doivent, pour l'expression de leurs droits, se regrouper au sein des assemblées<sup>(1)</sup> (article 125 de l'Acte). En collectivité, ils peuvent contrôler les organes de gestion, et participer à la prise des

---

<sup>(1)</sup> De tout temps, l'assemblée des associés a été considérée en droit des sociétés commerciales comme l'instance suprême d'exercice du pouvoir commercial et financier du capitalisme. Ainsi, même dans l'esprit du législateur de 1867, l'assemblée est apparue comme « l'âme même de la personne morale », car c'est elle qui est la mieux indiquée pour veiller à la sauvegarde de l'intérêt social. Cf. en ce sens, Conceptia DENIS-OUINSOU, « Les sociétés commerciales en droit positif béninois », in *Common Law et droit des sociétés d'Afrique et d'Haïti*, op. cit., p. 21 et s., spéc. p. 38 ; citant G. MEISSONNIER, *Droit des sociétés en Afrique*, Paris, L.G.D.J., 1978, p. 325, spéc. n° 298.

décisions importantes relatives à l'orientation de la vie sociale ou à la modification des statuts. La tenue d'assemblée est «l'une des plus hautes fonctions qui puisse échoir aux institutions chargées de l'administration des sociétés commerciales et qui consiste à arbitrer en permanence les conflits susceptibles d'opposer les intérêts particuliers de catégories d'associés aux intérêts généraux de tous les associés»<sup>(1)</sup>. L'article 125 de l'Acte uniforme fait de cette formalité une obligation. D'après ce texte, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives, sauf si la loi en dispose autrement. Toute clause statutaire en sens inverse est alors réputée non écrite. Bien plus, l'article 892 de l'Acte uniforme prévoit une sanction pénale contre ceux qui, sciemment, auront empêché un actionnaire ou un associé de participer à une assemblée générale. La mauvaise foi du contrevenant est donc exigée.

118. Les articles 126 et 127 déterminent compte tenu de l'importance de cette obligation, les modalités de représentation d'un associé par un mandataire généralement associé lui aussi, et les règles applicables lorsque diverses personnes sont copropriétaires d'une action ou part sociale.
119. Selon l'article 133 de l'Acte, les décisions collectives peuvent être prises en assemblées générale ou par correspondance. L'assemblée générale est un organe souverain dont le rôle est de nommer et de révoquer les autres organes sociaux; elle doit agir en conformité avec l'intérêt social. Par ailleurs, il lui est interdit d'intervenir dans le domaine de compétence des autres organes et notamment des organes de direction. Le principe de la séparation des fonctions des différents organes de la société doit être respecté<sup>(2)</sup>. Les articles 134 à 136 de l'Acte uniforme déterminent les formalités des délibérations en assemblées (AGO et AGE; quorum c'est-à-dire partie du capital présent ou représenté et majorité) ou de la consultation écrite ainsi que l'établissement des procès-verbaux y relatifs.

## 2. Le droit de vote

120. Les associés expriment leur opinion par un vote. Le droit de vote est une prérogative élémentaire et un droit d'ordre public; les statuts ne peuvent contrevenir au droit d'expression de l'associé, ni au principe selon lequel «à valeur nominale égale, droit de vote égal». En ce sens, l'article 129 de l'Acte uniforme précise bien que les droits de vote de chaque associé sont proportionnels à sa participation au capital de la société, à moins qu'il en soit disposé autrement par ledit Acte. Le droit de vote est un des attributs essen-

---

<sup>(1)</sup> Conceptia DENIS-OUINSOU, *loc. cit.*, p. 38.

<sup>(2)</sup> Cf. Civ., 4 janvier 1946, *JCP* 47, II, 3518, note BASTIAN; Com., 18 mai 1982, *Bull.*, IV, 185.

tiel de l'action; à capital égal, vote égal. En principe, chaque actionnaire a droit à une voix. Peut-on dès lors concevoir des actions sans droit de vote? Bien que ce soit admis dans certaines législations, en l'occurrence celle de la France, l'Acte uniforme ne semble pas avoir envisagé cette possibilité. Tout associé doit donc jouir de son droit de participer aux assemblées et d'y voter.

Cependant, lorsqu'une action ou une part sociale est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, à moins que les statuts n'en disposent autrement; mais pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, le droit de vote est réservé à l'usufruitier (article 128 Acte uniforme).

- 121.** Le principe de l'attribution du droit de vote en proportion des apports peut subir quelques atteintes. L'Acte uniforme précise qu'il ne peut en être ainsi que dans les cas prévus par la loi elle-même. Sous l'ancienne législation, étaient exceptionnellement permis, et sur le plan des avantages relatifs à l'*affectio societatis*, des actions à vote double ou plural. L'action à vote plural jugée comme un moyen de fraude de certains administrateurs, avait été interdite par le décret du 13 novembre 1956. Le privilège du vote double était quant à lui attaché à l'actionnaire pour sa fidélité ou pour la manière dont il exécute son contrat. Le bénéfice d'un tel privilège était conditionné: selon la loi il était acquis de plein droit à celui qui avait libéré intégralement ses actions dès la souscription et les avait conservées sous la forme nominative pendant deux ans, quel que soit le moment de leur acquisition. L'article 752 de l'Acte uniforme consacre également le privilège du vote double à certaines actions. Il ressort de ce texte que: «Un droit de vote double de celui conféré aux autres actions, eu égard à la quotité du capital qu'elles représentent, peut être conféré par les statuts ou l'assemblée générale extraordinaire aux actions nominatives entièrement libérées pour lesquelles il est justifié d'une inscription nominative depuis au moins deux ans au nom d'un même actionnaire.

De même, en cas d'augmentation de capital par incorporation de réserves, de bénéfices ou de prime d'émission, le droit de vote double peut être conféré dès leur émission aux actions nominatives attribuées gratuitement à un actionnaire à raison des actions anciennes pour lesquelles il bénéficie déjà de ce droit».

- 122.** L'abus du droit de vote est sanctionné. Reprenant à son compte une jurisprudence établie, le législateur sanctionne certaines infractions dans l'intérêt de la protection des associés contre les décisions collectives<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Cf. D. TRICOT, «Abus de droit dans les sociétés : abus de majorité et abus de minorité», *RTD com.*, 1994, p. 617; E. LEPOUTRE, «Les sanctions des abus de minorité et de

L'Acte uniforme vise expressément l'abus de majorité et l'abus de minorité et en donne une définition précise. Ainsi l'article 130 pose d'abord le principe que les décisions collectives peuvent être annulées pour abus de majorité et engager la responsabilité des associés qui les ont votées à l'égard des associés minoritaires; puis, expliquant l'abus de majorité, il dispose que celui-ci est constitué lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt<sup>(1)</sup>, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, et que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société<sup>(2)</sup>. Dans le même sens, l'article 131 de l'Acte prévoit que les associés peuvent aussi engager leur responsabilité en cas d'abus de minorité; et celui-ci est réalisé lorsque les associés minoritaires, en exerçant leur vote, s'opposent à ce que des décisions soient prises, alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime. La question qu'on peut se poser est celle de savoir si le juge peut prendre une décision se substituant à la décision invalidée pour abus de minorité. La jurisprudence française a eu à statuer en ce sens<sup>(3)</sup>, avant d'évoluer vers une décision contraire; elle admet aujourd'hui que la reconnaissance de l'abus de minorité n'est pas susceptible d'entraîner la validité d'une décision judiciaire se substituant à la décision qui doit être prise par les organes sociaux; il est seulement possible aux juges de désigner un mandataire pour représenter les associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée et voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires<sup>(4)</sup>.

---

majorité dans les sociétés commerciales», *Dr. et Patrimoine*, déc. 1995, p. 68; P. LECANNU, «L'abus de minorité», *Bull. Joly*, 1987, p. 429; M. BOIZARD, «L'abus de minorité», *Rev. sociétés*, 1988, p. 365; Ph. MERLE, «L'abus de minorité», *RJ com.*, 1991, p. 81; A. COURET, «Le harcèlement des majoritaires», *Bull. Joly*, 1996, p. 112; M. CABRILLAC, «De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité», *Mélanges Colomer*, 1993, 103, etc.

<sup>(1)</sup> La jurisprudence française avait retenu une formule quasiment identique dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 18 avril 1961 (*D.*, 1961, n° 661) : «les majoritaires agissent contrairement à l'intérêt général de la société et dans le seul dessein de favoriser la majorité au détriment de la minorité». Cette formule, bien que jugée redondante, fut reprise dans de nombreux arrêts.

<sup>(2)</sup> Voy., par exemple, l'absence de distribution de bénéfices sans raison, ceux-ci étant systématiquement mis en réserves depuis de très nombreuses années; plainte des minoritaires (Trib. Com. Paris, 29 janvier 1981, p. 687; Cass. com., 22 avril 1976, *Rev. soc.*, 1976, p. 479).

<sup>(3)</sup> Cass. com., 14 janvier 1992, *Bull. Joly*, 1992, 273, note LE CANNU, *JCP* 1992, II, 21849, note BARBIÉRI; rapp. C.A. Lyon, 25 juin 1987, *RTD com.*, 1988, 70, Obs. Y. REINHARD.

<sup>(4)</sup> Cass. com., 15 juillet 1992, *JCP*, éd. E, II, 375, note GUYON et Cass. com., 9 mars 1993, arrêt *Flandin S.A.R.L. Alarme Service électronique*, *D.* 1993, p. 363; *JCP*, éd. G., 1993, II, 22107.

### 3. Le droit à l'information

123. Pour mieux exprimer leur avis sur les affaires sociales, les associés ont un droit d'information plus renforcé que par le passé; il s'agit d'un de leurs droits politiques. Il peut s'exercer périodiquement ou en permanence selon le cas et permet en tout état de cause aux associés de contrôler la gestion.

Dans les sociétés de personnes, par exemple la S.N.C., en contrepartie de leur lourde responsabilité, les associés en nom possèdent un droit de contrôle étendu sur l'activité du gérant. D'une manière générale, la gérance a l'obligation de rendre des comptes aux associés chaque fois qu'ils le demandent. Mais, pour ne pas gêner le gérant dans l'exercice de ses fonctions, il peut être convenu dans les statuts que le gérant rendra compte annuellement, à la clôture de l'exercice social. C'est par le biais du droit à l'information qu'ils peuvent contrôler la marche de la société, droit qui est intimement lié à leur droit de vote.

Dans les S.A.R.L., l'associé non gérant a pareillement le droit d'être informé sur la marche de la société. Les modalités d'exercice de ce droit différaient jusqu'à présent selon que la société comptait plus ou moins vingt membres. Sans faire cette distinction, l'Acte uniforme consacre de larges dispositions sur le droit de communication de l'associé de S.A.R.L., tout en précisant que ces associés ont un droit d'information permanent sur les affaires sociales (articles 344 et suivants).

Dans les S.A., c'est un droit permanent et renforcé dans la période qui précède la réunion de l'assemblée générale. L'exercice du droit est assuré par le contrôle opéré par les commissaires aux comptes. Les assemblées d'actionnaires constituent l'occasion pour eux de contrôler la gestion des administrateurs. Pris isolément, ils sont démunis. Le droit individuel à l'information était déjà délimité par l'article 35 de la loi de 1867 pour les actionnaires; pour éviter le désordre matériel, ceux-ci devaient recevoir l'information au cours des assemblées, sauf exception. Actuellement les articles 525 et suivants de l'Acte uniforme organisent, dans les mêmes termes, le droit de communication des documents sociaux aux actionnaires, lors des assemblées, ou à toute époque de l'année; ils peuvent aussi poser des questions écrites aux dirigeants deux fois par exercice, sur tous faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Ainsi donc, certaines informations sont limitées dans le temps (documents soumis à une assemblée); d'autres sont permanentes tel que le droit de consulter les documents soumis aux assemblées des trois dernières années, les procès verbaux de leurs délibérations et leur feuille de présence. La communication donne droit de prendre copie. En cas de refus de faire droit aux demandes des actionnaires,

les dirigeants peuvent y être contraints par la juridiction saisie (article 528 de l'Acte uniforme).

*B. Les droits pécuniaires*

- 124.** Il faut rappeler ici ce qui a déjà été dit à propos de la vocation aux bénéfices et aux pertes. L'associé bénéficie principalement d'un droit aux dividendes distribués par la société dans des conditions fixées par les statuts ou à défaut proportionnellement aux apports, d'un droit sur les bénéfices mis en réserves (par exemple, l'attribution gratuite d'actions en cas d'augmentation de capital par incorporation des réserves), d'un droit de reprise de son apport initial en cas de liquidation de la société doublé d'un droit au boni de liquidation, voire même d'un droit préférentiel de souscription en cas d'augmentation de capital, notamment par apports en numéraire (l'ancien actionnaire peut vendre son droit à un nouveau). D'après l'article 54 de l'Acte uniforme, sauf clause contraire des statuts, les droits et l'obligation de chaque associé, visés à l'article 53 de l'Acte uniforme, sont proportionnels au montant de ses apports, qu'ils soient faits lors de la constitution de la société ou au cours de la vie sociale. Cette règle s'applique donc au partage des bénéfices et à la détermination des droits des associés au moment de la dissolution de la société. Il faut préciser qu'aux termes de l'article 54 alinéa 2, lorsque les parties ont prévu dans les statuts une répartition non proportionnelle des bénéfices, les clauses léonines sont réputées non écrites.
- 125.** S'agissant du partage des bénéfices, il faut d'abord dire que les associés ont tous vocation aux bénéfices. Cela signifie qu'ils ne recevront rien s'il n'y a pas de bénéfices; et même s'il y en a, la société peut décider de les mettre en réserve pour s'autofinancer. L'article 143 de l'Acte uniforme définit la notion de bénéfice distribuable comme le résultat de l'exercice, augmenté du report bénéficiaire et diminué des pertes antérieures ainsi que des sommes portées en réserve en application de la loi ou des statuts. Le contrat de société détermine la part de chaque associé dans les bénéfices. Ils peuvent valablement prévoir que certains associés auront des dividendes privilégiés.
- 126.** En ce qui concerne les droits des associés au moment de la dissolution de la société, ils sont aussi relatifs au partage. Les associés doivent se partager ce qui reste de l'actif social après désintéressement des créanciers. Le partage de la société comporte deux étapes: la reprise des apports et le partage proprement dit qui porte sur le boni de liquidation.
- 127.** La reprise des apports s'effectue en valeur sauf stipulation contraire. Il s'ensuit que l'apporteur d'un immeuble ou d'un fonds de commerce ayant perdu la propriété du bien, ne peut le reprendre en nature, à moins qu'il ne

se soit réservé cette faculté dans l'acte de société. Il n'a plus qu'un droit mobilier contre la société. L'apporteur en jouissance quant à lui reprend la libre propriété de son bien, tandis que celui en industrie reprend sa liberté. Lorsque l'actif est inférieur au capital, il y a perte et les associés doivent régler entre eux la contribution aux pertes. En principe, chacun ne reprend qu'une fraction de ce qu'il avait apporté. Si par contre, l'actif est supérieur au capital, l'associé a une autre créance contre la société, c'est le droit au boni de liquidation. Il est constitué des plus-values et des bénéfices mis en réserve. Il est réparti entre les associés conformément au pacte social ou, dans le silence des statuts, proportionnellement aux apports respectifs.

- 128.** Par référence au droit commun, le partage devrait être judiciaire s'il y a parmi les copartageants un mineur ou un incapable, ou alors quand un associé élève une contestation. Mais ces règles ne sont pratiquement jamais appliquées en matière commerciale, compte tenu de la lourdeur des formalités exigées. Quoi qu'il en soit, lorsqu'un créancier de la société a été oublié et que le partage est intervenu, il peut réclamer son dû aux anciens associés. Malgré le silence de l'Acte uniforme, les créanciers personnels des copartageants sont également protégés ; il est classiquement admis qu'ils peuvent se faire communiquer les pièces du partage pour vérifier que le lot de leur débiteur a été correctement calculé.

## **§2. Les obligations**

- 129.** Les titres sociaux confèrent à l'associé, le cas échéant, l'obligation de contribuer aux pertes sociales dans les conditions prévues pour chaque forme de société. Dans tous les cas, le retour sur les investissements des associés dépend des résultats de l'entreprise. Le partage des bénéfices comme la contribution aux pertes doivent se faire équitablement, c'est-à-dire en principe proportionnellement aux apports. Il faut rappeler que toutes clauses qui dispensent un seul ou plusieurs associés de toute contribution aux pertes, sont des clauses léonines. Seules sont valables les clauses de dispense partielle. Par conséquent, la contribution des associés aux pertes, ne se fait proportionnellement aux apports que lorsque les stipulations du contrat de société n'en disposent autrement. Dans tous les cas, dans les rapports entre associés, ils contribuent tous aux pertes ; dans leurs rapports avec les créanciers sociaux, ils ont l'obligation aux dettes. Dès lors, les créanciers sociaux ont contre eux un droit de poursuite, et l'étendue de leur obligation aux dettes varie selon la nature de la société.

## CHAPITRE 2

# LA FORMATION DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

---

- 130.** L'article 4 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme dispose: «La société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat». Cette disposition est générale, même si l'article 5 dispose aussi que: «La société commerciale peut être également créée, dans les cas prévus par le présent Acte uniforme, par une seule personne, dénommée associé unique, par un acte écrit».

L'article 5 doit apparaître comme l'exception qui confirme la règle puisque l'admission de telles sociétés est limitée à des cas bien précis. D'une manière générale, la société est un contrat et il convient, pour sa validité, d'en rechercher les éléments constitutifs, que la société existe juridiquement ou dans les faits.

Comme toute convention, le contrat de société se forme librement. En principe, la constitution d'une société commerciale n'exige pas d'autorisation administrative, sauf lorsque l'activité exercée est soumise à une telle formalité<sup>(1)</sup>. Cependant, le contrat de société, pour être parfait, doit remplir un certain nombre de conditions. Celles-ci sont de fond et de forme. En effet, la volonté des parties ne suffit pas à former le contrat de société; pour la protection des parties et surtout des tiers, le législateur a estimé qu'il devait s'agir d'un contrat formaliste.

Enfin, autour des nullités, et responsabilités diverses, le législateur organise soigneusement les sanctions du non respect des conditions de formation du contrat de société.

### SECTION 1. LES CONDITIONS DE FOND

- 131.** Pour être valide sur le fond, le contrat de société suppose deux séries de conditions: celles relatives de manière spécifique au contrat de société<sup>(2)</sup> et qui déterminent la qualité d'associé et celles concernant tout contrat. Ainsi, sur le plan général, le contrat de société est valable s'il réunit pour sa for-

---

<sup>(1)</sup> Si parmi les associés, il y a un étranger, l'article 8 de la loi camerounaise du 10 août 1990 sur l'activité commerciale au Cameroun, est applicable; un agrément est requis, et une autorisation peut être exigée compte tenu du genre d'activité exploitée par la société, notamment lorsque celle-ci est réglementée: banque, assurance, etc.

<sup>(2)</sup> Voy. *supra*, n<sup>os</sup> 76 et s. (les apports, la participation aux résultats et l'*affectio societatis*).

mation le consentement des parties contractantes, la capacité de celles-ci, avec un objet et une cause licites.

- 132.** Ce régime est-il applicable à l'acte unilatéral qui crée une société unipersonnelle?

Il est certain qu'il faut lui appliquer le droit commun de l'acte juridique. Mais, a-t-on fait remarquer<sup>(1)</sup>, il faut transposer à l'acte unilatéral le régime des contrats, en l'occurrence ces règles générales de validité de l'article 1108 du Code civil. Ainsi, lorsque la société est unipersonnelle, par une simple déclaration unilatérale de volonté, exprimée dans les statuts, l'associé unique manifeste son adhésion à un statut légal organisant la personne morale. Il doit par conséquent manifester une volonté réelle et consciente d'affecter à la société une partie de son patrimoine et de remplir les obligations inhérentes à sa qualité d'associé; il doit avoir la capacité de contracter; l'objet de la société doit être déterminé, possible et licite; le défaut ou l'illicéité de la cause doit entraîner la nullité de la société. Mais dans la plupart des autres cas où la société dérive d'un contrat de société, le mécanisme de constitution est relativement plus complexe.

### §1. Le consentement des associés

- 133.** Le consentement est la volonté de s'engager. Les partenaires à un contrat de société doivent tous avoir cette volonté. Le consentement doit par conséquent exister, être intègre et sincère.

#### *A. Existence du consentement*

- 134.** Bien qu'aujourd'hui certains considèrent que le contrat de société a mué en contrat d'adhésion (adhésion à un statut que les associés n'ont pas souvent été en mesure de discuter efficacement), le consentement doit exister chez tous les associés. Le consentement individuel se trouve à l'origine de toute société. Il ne s'agit pas d'un simple projet de société. On entend par là le projet par lequel les parties envisagent éventuellement de s'associer, mais ne sont pas encore d'accord sur les éléments essentiels de la future personne morale. Aucune obligation ne naît de ce projet à la charge des parties; elles sont donc libres d'y donner suite ou d'y renoncer<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> J. MESTRE, in *RTD civ.*, 1985, p. 379 qui reconnaît qu'il faut alors éliminer toutes les règles qui supposent nécessairement deux parties.

<sup>(2)</sup> En droit comparé, dans une affaire où les deux parties étaient convenues de s'associer à parts égales dans une société de déménagement ..., étant stipulé que les dispositions entre associés seraient définies par un contrat, il a été admis que l'une d'elles pouvait abandonner le projet (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 février 1977, *Rev. sociétés*, 1977, p. 681, note GUYON).

**135.** La volonté de s'engager est aussi distincte d'une promesse de société. Les fondateurs veulent bien constituer la société mais décident dans un premier temps de matérialiser leur accord par une promesse de société. Il s'agit alors d'une convention autonome distincte à la fois des pourparlers, du simple projet et du contrat de société. Les pourparlers ne font naître aucune obligation d'exclusivité; dès lors, les négociations parallèles restent possibles. Cependant, il faut rappeler que le fait de rompre brutalement et unilatéralement des pourparlers avancés en concluant le contrat avec un tiers peut être considéré comme une faute. Il faut en dire autant du fait de poursuivre exagérément des pourparlers dans son seul intérêt personnel et en violation de l'intérêt de l'autre. Mais d'une manière générale, la jurisprudence considère que les parties sont libres de donner suite ou non à une promesse de société. Celle-ci ne crée qu'une obligation de faire à la charge du promettant. Cette solution confortée par la doctrine est établie depuis longtemps en jurisprudence. Il ressort d'une décision que: «... la nature de l'engagement qui s'attache à la qualité d'associé dans une société en nom collectif implique nécessairement le libre consentement de celui qu'il intéresse, et par suite ne permet pas aux tribunaux de le contraindre, contre sa volonté, à exécuter la promesse qu'il a pu faire à ce sujet.»<sup>(1)</sup>

Ainsi entendu, l'inexécution d'une telle obligation ne peut se résoudre qu'en dommages-intérêts.

### *B. Intégrité du consentement*

**136.** Conformément au Code civil, le contrat de société n'est valide que si le consentement de chaque associé est intègre, c'est-à-dire exempt de vices, en l'occurrence l'erreur, le dol ou la violence. Mais la soumission du contrat de société au Code civil s'atténue lorsqu'on envisage les sanctions des vices du consentement. En réalité, la nullité est exceptionnelle et est souvent remplacée par la responsabilité des auteurs de ces irrégularités (coassociés, fondateurs, premiers dirigeants sociaux)<sup>(2)</sup>.

L'erreur peut porter par référence à l'article 1110 du Code civil, sur la substance ou sur la personne :

– sur la substance: par exemple, un associé croit entrer dans une société de capitaux, alors qu'il adhère à une société où son engagement personnel est illimité<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> Cass. Req., 19 février 1907, *DP*, 1910, I, p. 517, S., 1912, I, p. 217, note PERROUD.

<sup>(2)</sup> Voir à propos des sanctions et de l'extension des responsabilités, nos 185 et s.

<sup>(3)</sup> Cf. : Cass. req., 9 décembre 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, I, p. 220.

– sur la personne lorsque la qualité de celle-ci était déterminante : fausse appréciation de l'identité d'un associé, ou de ses qualités substantielles (moralité, compétence, etc.). La situation est plus fréquente dans les sociétés de personnes, le contrat étant en principe conclu *intuitu personae*.

Le dol peut aussi être retenu dans les conditions de l'article 1116 du Code civil. Il en est ainsi lorsqu'un des partenaires a usé de manœuvres destinées à tromper le consentement de l'autre partie. A été retenu comme dol les agissements trompeurs et les déclarations mensongères ou encore la dissimulation tendant à donner une vision inexacte de la société en exagérant son importance et ses chances de réussite<sup>(1)</sup>. La loyauté contractuelle impose que celui qui détient une information importante la porte à la connaissance de l'autre partie. Ainsi, le dol étant retenu en cas de réticence, peut-on considérer le silence d'une des parties à un contrat de société, dans la mesure où il porte sur des faits dont la connaissance par l'autre partie aurait été exclusive de son consentement.

### C. Sincérité du consentement

- 137.** Pour qu'il y ait contrat de société, le consentement des parties ne doit pas être simulé ou seulement apparent<sup>(2)</sup>. Sous l'apparence d'un contrat de société, les intéressés ne doivent pas dissimuler un autre contrat, faute de quoi une disqualification par le juge serait possible. En d'autres termes, la société ne doit pas être fictive ou de façade.
- 138.** Les parties peuvent simuler sur la nature du contrat : le contrat fictif de société masque alors un contrat de nature différente : masquer un contrat de travail<sup>(3)</sup> ; un contrat de vente, de donation, de prêt. La simulation peut porter sur la personne de l'associé (masquer en tant que prête-nom une autre personne), masquer le véritable maître de l'affaire, tous les associés étant fictifs. D'ailleurs, on entendait jusqu'ici par sociétés fictives, des sociétés constituées pour masquer les agissements d'une seule personne ; la pratique consistait alors à recourir à d'autres personnes qui paraissaient associées, mais qui n'étaient en réalité que des prête-noms ; ou des personnes ayant simulé un apport (apport fictif...)<sup>(4)</sup>. Cette crainte ne se justifierait plus

<sup>(1)</sup> C.A. Lyon, 14 juin 1895, *J. Soc.*, 1895, p. 498.

<sup>(2)</sup> On doit ici aussi faire application des règles de droit commun sanctionnant la simulation, aussi bien à propos de l'acte secret que de l'acte apparent ; en plus la faculté est offerte aux tiers et spécialement au fisc, d'opter pour l'acte apparent ou pour l'acte secret selon leur intérêt.

<sup>(3)</sup> Par exemple, un employeur simule la constitution d'une société avec son salarié, étranger sans permis de travail, pour échapper aux règles du droit du travail.

<sup>(4)</sup> Par exemple, cas dans lequel une donation serait dissimulée sous la forme d'un contrat de société pour se soustraire aux règles protégeant la réserve héréditaire : C.A. Paris, 14 février 1946, *JCP*, 1946, II, n° 3036.

aujourd'hui pour certaines sociétés qui peuvent se constituer avec un seul associé. De plus, même si la société n'est pas unipersonnelle, le recours à la société en participation (qui est par essence occulte<sup>(1)</sup>) offre des possibilités de dissimulation du contrat de société entre diverses personnes.

139. Le contrat de société suppose par sa seule existence un accord de volontés des parties et une volonté durable de collaboration en vue de réaliser l'œuvre commune. S'il n'y a pas au moins deux associés (mis à part les sociétés unipersonnelles) et s'ils n'ont pas cette volonté de collaboration, il n'y a pas contrat de société. La société n'est qu'apparence. Dès lors, on peut considérer tout en atténuant l'exigence du consentement, que la personne qui crée l'apparence, à l'égard d'un tiers, d'une société dont elle serait l'un des associés, est tenue des obligations contractuelles envers ce tiers<sup>(2)</sup>.
140. Par ailleurs, le contrat de société ne doit contenir aucune clause léonine. L'article 54 al. 2 de l'Acte uniforme les répute non écrites. Bien plus, lorsque ladite clause est déterminante, si les associés n'ont donné leur consentement au contrat qu'en considération de cette clause, elle peut entraîner la nullité du contrat. Cette nullité est absolue.
141. Enfin, en application du droit commun, la convention de croupier est admise. D'après l'article 1861 du Code civil, «chaque associé peut, sans le consentement de ses coassociés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société; il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration».

## §2. La capacité des parties contractantes.

142. Les associés peuvent être des personnes physiques ou morales. Il est donc possible de constituer une S.N.C. dont les associés sont des S.A. ou des S.A.R.L. L'aptitude à être associé d'une société a été réglementée par le législateur communautaire. L'article 7 de l'A.U. dispose de manière générale que «toute personne physique ou morale peut être associée dans une société commerciale lorsqu'elle ne fait l'objet d'aucune interdiction, incapacité ou incompatibilité visée notamment par l'A.U. portant sur le Droit

---

(1) Voy. *infra*, n<sup>os</sup> 1105 et s.

(2) Voy. par exemple l'admission d'une société entre deux époux en application de la théorie de l'apparence.

commercial général»<sup>(1)</sup>. Il faut sans doute y ajouter les incapacités liées aux procédures collectives<sup>(2)</sup>.

143. Les droits des personnes morales seront exercés par l'intermédiaire de leurs représentants, personnes physiques.
144. L'exigence d'une capacité spéciale pour les parties à un contrat de société dépend non seulement du type de société, mais de la qualité de l'associé. La capacité commerciale est requise à l'égard de tous les associés tenus personnellement et solidairement des dettes de la société, parce qu'ils ont la qualité de commerçant (par exemple les associés en nom). Pour les autres associés *a priori* non commerçants : commanditaires, actionnaires ou associés en S.A.R.L., seules sont applicables les règles du droit civil. Dans le même sens, lorsque la société est commerciale, la conclusion du contrat de société, étant un acte de commerce, cet acte est interdit à certaines personnes considérées comme incapables : ainsi en est-il du mineur, dans une certaine mesure d'une personne mariée. Dans le silence de l'Acte uniforme, on peut néanmoins s'interroger sur le cas des parents et des étrangers.

#### A. Le mineur

145. Le mineur non émancipé qui ne peut faire le commerce ni par lui-même, ni par représentation, ne peut *a fortiori* participer à une S.N.C. ou à une société en commandite simple en qualité de commandité. Mais jusqu'ici il était admis par la loi du 27 février 1880, que les mineurs pouvaient acheter des actions et des parts de commanditaires dans une société, à condition d'être représentés par leur tuteur ou autorisés par le conseil de famille. Au dessus de 500.000 F CFA, il fallait en plus l'homologation du tribunal. L'Acte uniforme en son article 8 statue sur le cas du mineur et de tout incapable : ceux-ci ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus

<sup>(1)</sup> Voy. les articles 6 à 12 de l'Acte uniforme portant droit commercial général ; J. NGUEBOU, «Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA», *op. cit.*, p. 22 ; A. FENEON et J.R. GOMEZ, «Droit commercial général, Commentaires», *op. cit.*, p. 18.

<sup>(2)</sup> L'article 68 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives traite des actes inopposables de droit à la masse des créanciers lorsqu'ils sont faits pendant la période suspecte ; son deuxième paragraphe vise tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie ; or, le contrat de société, contrat commutatif, peut être conclu à des conditions lésionnaires pour le débiteur apporteur. L'article 69 est relatif aux actes qui peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers s'ils lui ont causé un préjudice ; voy. art. 69-3° concernant les actes à titre onéreux du débiteur si ceux qui ont traité avec lui ont eu connaissance de la cessation de paiements du débiteur au moment de leur conclusion ; or l'apport en société est un acte à titre onéreux. En outre, certains actes ne peuvent être accomplis par le débiteur après le jugement de redressement qu'avec l'autorisation du juge-commissaire. Enfin, les articles 194 à 215 du même Acte uniforme organisent la faillite personnelle.

des dettes sociales au-delà de leurs apports. Ce qui revient donc à leur refuser l'accès en qualité d'associé en nom ou commandité des sociétés de personnes.

*B. La personne mariée*

146. Initialement, seule était visée la femme mariée<sup>(1)</sup>; celle-ci avait en effet quelques problèmes pour participer à une société dont les membres étaient des commerçants. Malgré la capacité civile acquise depuis les lois du 18 février 1938 et 22 septembre 1942, elle demeurait soumise dans une certaine mesure à l'autorité maritale. Son mari avait encore le droit de s'opposer à l'exercice par elle d'une profession, civile ou commerciale. L'article 4, alinéa 2 du Code de commerce disposait alors que la femme n'est pas marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari. Elle demeurait donc dans son ombre. Cela expliquait qu'en droit commercial, la société entre époux qui conférerait à ces derniers une égalité de droit, restait discutable. Certes, aucun texte ne l'interdisait. Le Code civil ne prohibait pas les contrats entre époux en général. Mais la jurisprudence, depuis le 19<sup>e</sup> siècle, jusqu'à nos jours restait divisée sur la question de la validité des sociétés entre époux. La Cour de cassation avait toujours épargné les sociétés par actions dans lesquelles la personnalité des associés est indifférente, mais elle était demeurée très stricte à l'égard des sociétés de personnes, à cause de la confusion du patrimoine personnel et du patrimoine social<sup>(2)</sup> et les S.A.R.L.<sup>(3)</sup>. La prohibition jurisprudentielle n'avait aucune limite. La société entre époux était annulable quel que soit le régime matrimonial de ceux-ci, quelle que soit la date de constitution de la société (avant, pendant ou après le mariage), que la société soit constituée entre époux seuls ou avec des tiers. Les arguments utilisés pour rejeter ces sociétés étaient nombreux. De manière traditionnelle, la jurisprudence

---

<sup>(1)</sup> Sur l'ensemble de la question avant l'OHADA, cf. NGUEBOU TOUKAM (J.), *La participation d'un époux à l'activité professionnelle de l'autre*, Thèse d'Etat, Université de Yaoundé II, 1995, p. 97 et s.; du même auteur, *PME et statut des personnes : le cas des époux en relation d'affaires*, Communication au Troisième Colloque International du Centre International de la Common Law en Français (CICLEF), Moncton, portant sur «L'environnement juridique de la petite et moyenne entreprise : perspectives comparatives», Bruylant, Bruxelles, 1995, spéc. p. 63 et s.; cf. également, BALIMA (M.), *Les sociétés commerciales en Afrique de l'Ouest*, Thèse, Dijon, 1979, spéc. n° 192.

<sup>(2)</sup> Cass. Crim., 9 août 1851, *D.*, 52, I, 160; Req., 23 janv. 1912, *D.*, 1912, I, 481, note BOUVIER-BANGILLON; Crim., 25 janv. 1950, *D.*, 1950, 212.

<sup>(3)</sup> Cass. req., 15 février 1937, *D.*, 1938, I, 13, note CORDONNIER, qui énonce clairement que : «Toute société établie soit entre époux seuls, soit entre époux et un tiers, confère nécessairement à chacun des époux une égalité de droits incompatibles avec la puissance maritale, modifie les rapports d'intérêts établis entre eux et contredit ainsi aux principes posés par les articles 1388 et 1395 du Code civil».

majoritaire estimait que les sociétés entre époux étaient susceptibles de léser l'autorité maritale, de violer le principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux, et de permettre des dérogations au régime légal des successions par le moyen des libéralités clandestines entre époux (donation réalisée au moyen des apports : par exemple, un apport souscrit par l'un des époux, et libéré par l'autre grâce à ses deniers personnels). Il y aurait alors en fin de compte, atteinte à trois principes fondamentaux du Code civil.

Malgré ces objections, un constat s'était imposé peu à peu. Par rapport à l'époque du code, les principes susénoncés ont au fil du temps perdu de leur vigueur suite à l'évolution mœurs et des lois assouplissant la condition d'époux. L'autorité maritale s'est atténuée (Lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942); L'immutabilité des conventions matrimoniales n'est plus aussi rigide<sup>(1)</sup>, et la mutabilité contrôlée est proposée comme solution d'adaptation du régime aux circonstances nouvelles du mariage<sup>(2)</sup>; la remise en cause des libéralités clandestines entre époux s'est aussi atténuée et la protection des héritiers peut valablement s'appuyer sur d'autres moyens<sup>(3)</sup>. Cela a d'ailleurs justifié que certains pays, dans leur œuvre législative aient affirmé le principe de la validité des sociétés entre époux. Le législateur sénégalais, par exemple autorisait par l'article 378 du Code de la famille les époux à être associés avec cependant une restriction protectrice des époux : ces derniers ne pouvaient faire partie d'une société au sein de laquelle, ils étaient tous deux solidairement et indéfiniment responsables du passif social. C'est cette même solution qu'a retenu le législateur OHADA. L'article 9 de l'Acte uniforme affirme que : «Deux époux ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment ou solidairement». C'est proclamer implicitement que la société entre époux n'est pas interdite, sauf dans certains cas<sup>(4)</sup>. Les époux ne peuvent donc être ensemble associés en nom ou commandités d'une société de personnes.

<sup>(1)</sup> Cf. J. REVEL, *Droit des sociétés et régime matrimonial : préséance et discrétion*, Dalloz 1993, chr. IX, pp. 33 et s.

<sup>(2)</sup> France, art. 1397 et s., Sénégal, art. 395 Code de la famille, Gabon, art. 311 Code civil, etc., et en droit camerounais, par la doctrine, S. MELONE, «Les effets du mariage dans l'ordre des rapports patrimoniaux», *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, tome 6, p. 236.

<sup>(3)</sup> Les actions en réduction ou en retranchement prévues par la loi, et leur permettant de faire réduire les donations ou avantages excessifs consentis par l'un des époux à l'autre à leur détriment.

<sup>(4)</sup> TANGOUE-YI-TCHOUTEZO (E.), «L'activité commerciale de la femme mariée dans l'Acte uniforme OHADA», *Mémoire de DEA*, Université de Dschang, 1999, p. 39 et s. Et sur les incidences d'une telle société sur le patrimoine des époux, cf. NGUEBOU TOUKAM (J.), «La participation d'un époux à l'activité professionnelle de l'autre», *op. cit.*, p. 204, n<sup>os</sup> 344 et s. relatifs au droit d'apport de l'époux et la contrepartie de cet apport en terme de droits sociaux.

### C. Les parents

147. Il n'y a pas d'interdiction fondée sur la parenté en ce qui concerne la formation d'un contrat de société. Dès lors, les sociétés entre proches parents (père et fils, frères) sont valides. Toutefois, l'article 854 du Code civil dispose que l'héritier n'est dispensé du rapport des bénéfices résultant d'une association (société) entre lui et son défunt auteur que lorsque celle-ci a été faite sans fraude et si la convention a été faite en la forme authentique<sup>(1)</sup>. Pareillement, dans une certaine mesure, une société ne peut être constituée entre un tuteur et son ancien pupille devenu majeur. L'article 472 du Code civil dispose en effet que tout traité qui pourra intervenir entre eux sera nul s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé, et de la remise des pièces justificatives ; le tout constaté par un récépissé de l'ayant compte, dix jours au moins avant le traité.

### D. Les étrangers

148. Les étrangers peuvent être membres d'une société, à condition d'être en règle avec les conditions de séjour et d'exercice d'une activité sur le territoire de l'Etat partie<sup>(2)</sup>.

## §3. L'objet du contrat

149. Certaines exigences sont propres à l'objet d'un contrat de société, mais encore faut-il préciser le contenu de cette notion.

### A. La notion d'objet

150. L'objet d'une société est susceptible de deux acceptions :
- d'une part, l'article 1832 du Code civil conforté par l'article 4 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme précise que l'objet de la société est la mise en commun de quelque chose, des biens, en vue de se partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Il s'agit alors, selon le droit des sociétés, des apports des parties ;
  - d'autre part, et plus concrètement, l'objet de la société, c'est le genre d'activité que cette dernière se propose d'exercer. C'est «le genre d'activité de la personne morale, la nature des opérations où elle va chercher la source

<sup>(1)</sup> Cf. HEBRAUD, «Des contrats passés entre le futur *de cuius* et son héritier présomptif», *Mélanges Savatier*, 1965, 367.

<sup>(2)</sup> En droit camerounais cependant, si le capital est détenu à plus de 50% par les étrangers, ceux-ci doivent obtenir au préalable un agrément de l'autorité administrative, sauf bien entendu s'ils sont ressortissants des pays ayant conclu avec le Cameroun une convention d'assimilation (voy. art. 9 de la loi du 10 août 1990 sur l'activité commerciale au Cameroun).

des bénéfiques escomptés»<sup>(1)</sup>. Il s'agit de «l'ensemble des activités déterminées par le pacte social, que la société peut exercer»<sup>(2)</sup>. La société est créée pour une exploitation déterminée. Celle-ci constitue l'objet qui doit être mentionné avec une relative précision dans les statuts; il faut éviter un objet trop vague, voire illimité. En ce sens, l'objet apparaît comme un des critères fondamentaux de détermination de la nature commerciale ou civile d'une société (critère objectif); l'article 6 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme dispose, il faut le rappeler que le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou son objet.

La commercialité par l'objet suppose que la société accomplit, conformément à l'Acte uniforme portant droit commercial général, des actes de commerce et en fait sa profession habituelle<sup>(3)</sup>. La commercialité par la forme est acquise à certains types de sociétés déterminés par la loi. L'article 6 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés vise alors quatre sortes de sociétés: la S.N.C., la S.C.S., la S.A.R.L. et la S.A. Comme la loi du 24 juillet 1966 en France et quelques rares législations en Afrique<sup>(4)</sup>, l'Acte uniforme vient unifier sur ce point le régime des sociétés commerciales de personnes et des sociétés commerciales de capitaux. C'est cette solution qui, bien que contestée et critiquée par la jurisprudence ou la doctrine, est consacrée par l'Acte uniforme<sup>(5)</sup>.

### B. Les exigences relatives à l'objet

151. L'objet social doit être déterminé par les statuts. En principe, les associés disposent d'une grande liberté dans la détermination de l'objet statutaire. L'article 20 de l'Acte précise que toute société doit avoir un objet licite. Il faut certainement y ajouter la moralité. L'objet doit être licite et moral, c'est-à-dire qu'il ne doit pas s'agir d'une activité interdite, ou limitativement réglementée, auquel cas, il faut nécessairement une autorisation préalable d'exercice. En tout état de cause, la licéité et la moralité de l'objet social s'apprécient à partir de l'activité effectivement exercée par la société (qui

<sup>(1)</sup> Cf. CORDONNIER, «L'objet social», *D.*, 1952, chr., p. 172.

<sup>(2)</sup> Cf. CHAPUT, «De l'objet des sociétés commerciales», *Th. Dact. Clermont*, 1973, p. 35; Voy. aussi LAMBERT-FAIVRE, «L'entreprise et ses formes juridiques», *RTD com.* 1968, p. 974 ou PAILLUSSEAU, «La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise», *D.*, 1967, p. 162 : qui estiment que l'objet est l'entreprise pour laquelle la société se constitue.

<sup>(3)</sup> Voy. articles 2 (définition du commerçant) et 3 (énumération d'actes de commerce) de l'Acte uniforme portant droit commercial général; cf. *supra*, n° 53 et note 73.

<sup>(4)</sup> Voy. *supra*, n° 35, note 42.

<sup>(5)</sup> Cf. sur la question JEANDIDIER, «L'imparfaite commercialité des sociétés à objet civil et à forme commerciale», *D.*, 1979, chr. 7; A. DEKEUWER, «Le problème des rapports entre la forme et l'objet des sociétés», *JCP*, éd. C.I. 1977, II, 12392.

peut ne pas être celle prévue dans les statuts). Ici, s'appliquent en général, toutes les règles relatives à l'objet d'une activité commerciale.

Les causes d'illicéité de l'objet sont nombreuses :

- la fraude fiscale<sup>(1)</sup>;
- l'exploitation d'une maison de tolérance<sup>(2)</sup>;
- le commerce avec l'ennemi<sup>(3)</sup>, etc.

L'objet doit être limité et précisé dans la mesure du possible. En effet, c'est lui qui fixe le cadre des pouvoirs des dirigeants ; ces pouvoirs s'exerçant dans le cadre de l'objet social, c'est par rapport à celui-ci que sont constatés les dépassements éventuels de pouvoirs par les dirigeants ; c'est l'objet social qui détermine les rapports de la société avec les associés ou dans une moindre mesure (depuis l'A.U.) avec les tiers : en effet, à l'égard des tiers, l'objet social n'est plus une limite apportée aux pouvoirs des dirigeants ; cette règle est d'autant plus rigoureuse pour les dirigeants qu'aucune clause statutaire ne permet d'éviter que les dirigeants n'engagent la société en cas de dépassement<sup>(4)</sup>.

Cette limitation de l'objet, et donc de la capacité des sociétés, est l'application du principe de la spécialité statutaire. Néanmoins, il faut admettre que cette application est plus apparente que réelle ; les statuts ne précisent généralement que les possibilités d'exploitation ; les activités relevant de l'objet social s'accompagnent souvent de certains actes qui s'y rattachent directement ou indirectement. L'objet de la société peut donc être susceptible d'extension à des exploitations annexes, sans toutefois que cela s'assimile à une modification des statuts. C'est la raison pour laquelle, il faut bien distinguer l'objet social (programme fixé) de l'activité sociale (celle-ci étant l'activité effectivement exercée par la société).

L'objet doit être possible, c'est-à-dire susceptible d'être réalisé. Dans une espèce, la jurisprudence a admis la nullité d'une société prononcée par les juges du fond qui avaient souverainement apprécié l'impossibilité matérielle dans laquelle les fondateurs de la société s'étaient trouvés de poursuivre effectivement la réalisation de l'objet social. En l'espèce, l'objet statutaire de la société constituée à Lyon consistait à fabriquer en Amérique de la soie artificielle selon le procédé Chardonnet<sup>(5)</sup>. L'impossibilité de réaliser l'objet

<sup>(1)</sup> Cass. req., 8 novembre 1880, *DP*, 1881, I, p. 115.

<sup>(2)</sup> Cass. req., 24 mai 1913, *DP*, 1916, I, 264 qui refuse justement de tolérer une maison de tolérance.

<sup>(3)</sup> Cass. com., 19 juillet 1954, *JCP*, 1954, éd. G., 1954, II, n° 8322.

<sup>(4)</sup> Il faut dire cependant que la société ne sera exceptionnellement pas engagée, si elle établit que le tiers avec lequel le dirigeant a traité connaissait le dépassement de l'objet social ou ne pouvait pas l'ignorer compte tenu des circonstances, art. 122 de l'Acte uniforme.

<sup>(5)</sup> Cass. civ., 30 juillet 1912, *Rev. sociétés*, 1913, p. 62.

statutaire peut être absolue ou relative. Mais il ne faut pas la confondre avec la simple difficulté à réaliser l'objet<sup>(1)</sup>. En tout état de cause, la détermination généralement large de l'objet statutaire rendra rarement son impossibilité ultérieure<sup>(2)</sup>. Et quand bien même l'impossibilité surviendrait en cours de vie sociale, la dissolution de la société conformément à l'article 200-2° de l'A.U., pourrait être évitée. La jurisprudence a tendance à l'écarter dès lors que la société est prospère<sup>(3)</sup>. Elle permet alors aux associés de modifier les statuts en vue de donner à la société la possibilité de poursuivre son existence. C'est là une manifestation de la thèse institutionnelle de la société.

#### §4. La cause du contrat

152. Elle obéit au droit commun. C'est la raison pour laquelle deux ou plusieurs personnes s'associent; c'est donc la raison d'être de la société; elle consiste en la réalisation de son objet. La cause doit exister, être licite et morale (article 1131 du Code civil). Un contrat de société dont la cause ne remplirait pas ces conditions serait sanctionné. En effet, le contrat de société peut par exemple constituer un instrument efficace de fraude (à la loi ou aux droits des tiers), par exemple, pour mettre à l'abri certains biens des poursuites des créanciers. Dans une espèce, l'auteur d'un accident de chasse qui venait d'être assigné en réparation du dommage éprouvé par les victimes, avait fait apport à une société de la plus grande partie de son patrimoine moyennant des droits sociaux réduits; la cour décida que le contrat de société était nul parce que celle-ci avait été constituée «dans le but de faire fraude aux droits de ses créanciers, et qui a eu pour effet de causer l'appauvrissement du débiteur»<sup>(4)</sup>.

La fraude peut s'exercer au détriment d'un droit né de la loi. Ainsi en est-il des droits du conjoint (pour priver l'autre d'une partie importante de la communauté par exemple), des héritiers réservataires (soustraire un bien de grande valeur à la succession), des associés majoritaires (une société constituée pour assurer une majorité à certains de ses membres dans une autre société plus importante à l'encontre du groupe dirigeant cette der-

<sup>(1)</sup> Cf. BLAISE, *Encyclopédie Dalloz*, Rép. Sociétés, Objet social, n° 11.

<sup>(2)</sup> Cf. Cass. com., 9 décembre 1957, *Bull. civ.*, III, n° 339, p. 291 qui décide qu'une société d'achat et de vente de minerais n'est pas dissoute du fait de l'interdiction d'acheter tout mine-  
rai.

<sup>(3)</sup> Voy. par exemple T. com. Seine, 22 juin 1959, *D.*, 1959, som. P. 115, *J. soc.*, 1959, p. 193, note LECOMPTE : en doctrine, cf. SCHAEFFER, «Des causes d'ordre public de dissolution des sociétés», *Mélanges Hamel*, p. 235.

<sup>(4)</sup> Cass. civ., 18 novembre 1946, *JCP*, 1947, II, n° 4011; Même sens : Cass. req., 13 mai 1929, *S.*, 1929, I, p. 289, note ROUSSEAU : qui sanctionne des filiales fictives créées par une société mère en vue, par ses apports, de diminuer son propre patrimoine exposé à ses créanciers.

nière<sup>(1)</sup>) ou minoritaires (décision de mise en location gérance du fonds de commerce jusque-là exploité par une société, équivalant à la disparition de cette dernière au profit des actionnaires majoritaires par un transfert indirect de l'actif social à une autre «société créée manifestement pour la circonstance»<sup>(2)</sup>).

## SECTION 2. LES CONDITIONS DE FORME

153. L'analyse contractuelle de la société peut encore être mise en doute parce que la volonté des associés ne joue en réalité qu'un rôle réduit. Le législateur institue en effet un certain nombre de conditions relatives à la forme du contrat. Il s'agit des conditions de forme en principe communes à toutes les sociétés; mais l'Acte uniforme innove en instituant des formalités supplémentaires relatives à l'appel public à l'épargne.

### §1. Les conditions communes à toutes les sociétés

154. Ces conditions sont relatives à l'établissement de l'acte de société, ainsi qu'à la publicité exigée par les textes, pour porter celui-ci à la connaissance des tiers.

#### *A. L'établissement de l'acte de société*

155. L'acte de société – contrat ou acte unilatéral – constitue les statuts; ceux-ci apparaissent alors comme des modèles fixés impérativement par la loi. Ainsi entendu, ils doivent revêtir une certaine forme, avoir un contenu déterminé et être signé par les parties au contrat de société. Sa modification obéit à des conditions rigoureuses.

#### 1. La forme

156. L'Acte uniforme a uniformisé les règles applicables pour toute société commerciale<sup>(3)</sup>. L'article 10 dispose que: «Les statuts sont établis par acte notarié ou par tout acte offrant des garanties d'authenticité dans l'Etat du siège de la société déposé avec reconnaissance d'écritures et de signatures par toutes les parties au rang des minutes d'un notaire».

<sup>(1)</sup> C.A. Paris, 21 novembre 1951, *S.*, 1952, II, p. 105.

<sup>(2)</sup> En droit comparé, *cf.* Cass. com., 8 janvier 1973, *Bull. civ.*, IV, n° 13, p. 10.

<sup>(3)</sup> Jusqu'à l'Acte uniforme, il fallait distinguer au Cameroun le régime prévu par l'article 39 du Code de commerce pour les sociétés de personnes, et celui de la loi n° 61-20 du 27 juin 1961 pour les sociétés par actions et la S.A.R.L.

L'acte de société peut donc être sous seing privé à condition d'être ainsi enregistré auprès d'un notaire. Au surplus, l'article 11 ajoute des exigences dans un tel cas. L'acte sous seing privé doit être dressé en autant d'originaux qu'il est nécessaire pour le dépôt d'un exemplaire au siège social et l'exécution des diverses formalités requises. Un exemplaire des statuts établi sur papier libre doit être remis à chaque associé. Si les sociétés sont en nom collectif ou en commandite simple, il doit être remis un exemplaire original à chaque associé.

La formalité exigée ici est une règle de validité du contrat. Elle est d'autant plus importante que la nullité encourue est d'ordre public, c'est-à-dire absolue. Dans ces hypothèses de sociétés brassant le plus souvent d'importants capitaux, et imposant des modalités de gestion particulières, on a estimé que la complexité du contrat devait nécessiter un recours à un professionnel, en l'occurrence un notaire.

## **2. La signature des statuts**

**157.** Les futurs associés scellent leur engagement par la signature des statuts. Ils peuvent le faire personnellement ou par l'intermédiaire d'un mandataire muni de procuration spéciale. La société naît au jour de la signature du pacte social. Les statuts, contrat entre les parties, constituent leur loi; en ce sens, ils ont autorité à l'égard de tous les associés, dès la signature du contrat. Dès lors, toute modification suppose une délibération extraordinaire, avec un quorum ou une majorité plus élevée.

Les statuts, dès la signature, constituent, il faut le rappeler, les fondements juridiques de l'action des dirigeants sociaux et par conséquent, la base de contrôle de l'ensemble des associés.

Cependant, pour que les statuts aient autorité à l'égard des tiers, notamment ceux susceptibles d'entrer en relation avec la société, il faut qu'ils fassent l'objet de publicité, mesures d'information destinées à cet effet.

## **3. Le contenu des statuts**

**158.** Certaines mentions importantes et obligatoires doivent se trouver dans les statuts d'une société :

– la forme de la société : Le choix de la forme dépend des associés. Mais leur choix doit porter sur une des formes prévues par la loi. Concernant les sociétés de droit, l'A.U. vise alors quatre formes, chacune d'elles permettant de déterminer les règles de fonctionnement de la société, ainsi que les droits et les obligations des associés ;

– sa dénomination suivie, le cas échéant, de son sigle : si l'appellation d'une société est en principe libre, le nom d'un ou de plusieurs associés pouvant être inclus dans la dénomination sociale, il n'en est pas toujours ainsi ; il ressort de l'article 294 que le nom d'un associé commanditaire ne peut en aucun cas être incorporé à la dénomination sociale, à défaut de quoi ce dernier répond indéfiniment et solidairement des dettes sociales ;

– la nature et le domaine de son activité qui forment son objet social : c'est l'application du principe de la spécialité statutaire ;

– son siège social : il est fixé librement au lieu du principal établissement ou au centre de direction administrative ; mais sa localisation est bien nécessaire et doit correspondre à une adresse ou un lieu géographique précis ; de plus, une fois fixé, son transfert est organisé par la loi ;

– sa durée : elle ne doit pas excéder 99 ans ; cependant, la prorogation est possible dans les conditions légales ;

– l'identité des apporteurs en nature, la nature et l'évaluation de l'apport effectué par chacun d'eux, le nombre et la valeur des titres sociaux remis en contrepartie de chaque apport ;

– l'identité des bénéficiaires d'avantages particuliers et la nature de ceux-ci ;

– le montant du capital social : cela donne un premier aperçu des moyens de la société, en l'occurrence la masse des apports, non compris les apports en industrie ; un plancher est prévu dans certains types de société ;

– le nombre et la valeur des titres sociaux émis, en distinguant, le cas échéant, les différentes catégories de titres créées ;

– les stipulations relatives à la répartition du résultat, à la constitution des réserves et à la répartition du boni de liquidation : pas de clause léonine ;

– les modalités de son fonctionnement : règles d'organisation et pouvoirs légaux des dirigeants.

- 159.** D'autres mentions des statuts sont facultatives et donc laissées à la latitude des associés. Ainsi, les statuts peuvent au gré des associés contenir toutes les dispositions utiles à la marche, à l'organisation et à la fin de la société. Ces mentions sont en tout état de cause valides à condition de ne pas violer les règles d'ordre public<sup>(1)</sup>.

Ainsi, une clause de non-concurrence à l'intention des associés peut être insérée dans les statuts : elle est valable à condition d'avoir un motif légitime, un objet licite, et que les restrictions qu'elle apporte à la liberté du commerce et du travail soient limitées dans le temps et dans l'espace : par

<sup>(1)</sup> Cf. CHAPUT, « La liberté et les statuts », *Rev. sociétés*, 1989, p. 361.

exemple, interdiction pour les associés de ne pas s'occuper d'une entreprise ayant le même objet que la société, pendant un certain temps.

En outre, en dehors des statuts, rien n'empêche les associés ou quelques-uns de conclure entre eux des conventions en rapport avec l'activité ou le fonctionnement de la société. Il faut alors éviter qu'elles portent atteinte à des règles impératives du droit des sociétés; elles obligent les intéressés dans les termes de l'article 1165 du Code civil<sup>(1)</sup>.

### *B. La publicité*

**160.** Les articles 157 à 269 de l'Acte uniforme précisent de prime abord des règles générales relatives aux formalités de publicité en matière de société. D'après l'article 257, sont habilités à recevoir les annonces légales, d'une part, le journal officiel, les journaux habilités à cet effet par les autorités compétentes, d'autre part, les quotidiens nationaux d'information générale de l'Etat partie du siège social justifiant une vente effective par abonnement, dépositaires ou vendeurs, sous les conditions supplémentaires suivantes:

- paraître depuis plus de six mois;
- justifier d'une diffusion à l'échelle nationale.

La publicité par dépôt d'actes ou de pièces est effectuée au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales du lieu du siège social. Les sociétés anonymes sont conformément à l'article 269 de l'Acte uniforme tenues à des exigences particulières. Elles doivent déposer au greffe du tribunal, pour être annexés au RCCM, dans le mois qui suit leur approbation par l'assemblée générale des actionnaires, les états financiers de synthèse, à savoir le bilan, le compte de résultat, le tableau financier des ressources et emplois et l'état annexé de l'exercice écoulé.

Les formalités de publicité sont effectuées à la diligence et sous la responsabilité des représentants légaux des sociétés. Lorsqu'une formalité de publicité ne portant ni sur la constitution de la société ni sur la modification des statuts a été omise ou a été irrégulièrement accomplie et si la société n'a pas régularisé la situation dans un délai d'un mois à compter de la mise en demeure qui lui a été adressée, tout intéressé peut demander au président de la juridiction compétente statuant à bref délai, de désigner un mandataire à l'effet d'accomplir la formalité de publicité. Dans tous les cas où l'Acte uniforme dispose qu'il est statué par voie d'ordonnance du président de la juridiction compétente statuant à bref délai, une copie de ladite ordonnance est

---

<sup>(1)</sup> Voy. par exemple les conventions de vote prévues par l'article 175 de L'A.U. (sur les groupes de sociétés et les prises de contrôle).

déposée au greffe en annexe au dossier de la société, ainsi qu'au registre du commerce et du crédit mobilier.

La publicité de l'acte constitutif de la société est utile à plus d'un titre. Les associés doivent révéler aux tiers l'existence de leur société et ses conditions de fonctionnement. Ainsi, les éventuels créanciers sociaux sauront à quoi s'en tenir à propos de la société avec laquelle ils souhaitent contracter. De même, les créanciers personnels de chaque associé seront avertis par la publicité de la mise en société d'un ou de plusieurs des biens de leur débiteur et si cet acte entraîne la diminution de leur gage, de s'y attaquer par les moyens légaux existants (action paulienne, action oblique).

Trois mesures d'information étaient initialement prévues: le dépôt des statuts au greffe du tribunal de première instance du lieu du siège social, selon les articles 55 de la loi de 1867, et 12 de la loi de 1925; l'insertion dans le même délai que la formalité du dépôt au greffe, d'un extrait des statuts dans un journal d'annonces légales selon les articles 56 et 57 de la loi de 1867, et 13 de la loi de 1925; et l'immatriculation au registre du commerce.

Aujourd'hui l'Acte uniforme reprend cette seconde formalité dans les articles 261 et 262. Quant à la première, elle fait double emploi avec l'immatriculation de la société au registre du commerce tenu par le greffe du tribunal compétent. Or, celle-ci reste maintenue et demeure une exigence légale.

### 1. L'immatriculation<sup>(1)</sup>

- 161.** L'immatriculation est l'acte par lequel la société accède à la vie juridique; c'est donc sa déclaration à l'état civil. Il ressort de l'article 27 de l'Acte uniforme portant droit commercial général que «Les sociétés et les autres personnes morales visées à l'Acte uniforme relatif au Droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique, doivent requérir leur immatriculation, dans le mois de leur constitution, auprès du registre du commerce et du crédit mobilier de la juridiction dans le ressort de laquelle est situé leur siège social». Les formalités d'immatriculation prévues restent nombreuses et lourdes<sup>(2)</sup>. Sur la déclaration ainsi faite, doivent se trouver les mentions importantes du contrat de société. De même, au cours de la vie sociale, toutes les modifications se rapportant aux faits inscrits doivent être inscrites.

<sup>(1)</sup> Cf. J. NGUEBOU TOUKAM, «Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA», *op. cit.*, p. 29 et s.; Alain FENEON et Jean-René GOMEZ, «Droit commercial général», *op. cit.*, p. 25 et s., spéc. p. 30

<sup>(2)</sup> Voy. les articles 27 et s. de l'Acte uniforme portant droit commercial général.

Les articles 20 à 24 de l'Acte organisent le RCCM. Le registre est en fait un ensemble de dossiers assorti de fichiers récapitulatifs. Chaque commerçant personne physique ou morale immatriculé au RCCM, est titulaire d'un dossier où sont regroupés tous les actes et toutes les mentions successives le concernant ou encore mentions des actes dont l'opposabilité au tiers dépend de l'accomplissement d'une formalité de publicité : nantissement ou vente du fonds de commerce, informations sur l'entreprise, etc. Dès lors, le registre tenu au greffe comprend un registre d'arrivée mentionnant par ordre chronologique la date et le numéro de chaque déclaration acceptée, les noms, prénoms, raison sociale ou dénomination sociale du déclarant, et l'objet de la déclaration ; il comprend aussi la collection des dossiers individuels tenus par ordre alphabétique avec des mentions différentes selon qu'il s'agit de personnes physiques ou morales (article 21-2<sup>o</sup>). Le Fichier national tenu par chaque Etat partie et le Fichier régional tenu par la Cour commune de justice et d'arbitrage comprennent chacun un extrait de chaque dossier individuel tenu par ordre alphabétique avec des mentions différentes selon qu'il s'agit de personnes physiques ou morales (article 23).

Les articles 25 à 43 réglementent l'immatriculation du commerçant au RCCM, notamment les conditions de l'immatriculation des personnes physiques, des sociétés et autres personnes morales (mentions exigées, pièces justificatives données à l'appui des déclarations), le délai d'immatriculation (dans le mois de la création de l'entreprise), les dispositions communes à l'immatriculation des personnes physiques et morales (le caractère personnel de l'immatriculation, le caractère unitaire de l'immatriculation principale, l'attribution d'un numéro d'immatriculation, les circonstances de la radiation du registre et la prise d'une nouvelle immatriculation avec les renseignements et les pièces à fournir sous délai, l'inscription ou la mention de toutes modifications survenues depuis l'immatriculation initiale dans l'état et la capacité juridique des personnes physiques ou morales assujetties, formalité qui doit s'accompagner d'un avis à insérer dans un journal d'annonces légales, les inscriptions modificatives complémentaires ou secondaires : par exemple, toute modification concernant les statuts de la personne morale, l'exploitation des établissements commerciaux secondaires, ou des succursales, dans le ressort d'autres juridictions.

L'effet et le contentieux de l'immatriculation relèvent des articles 38 à 43 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général.

L'immatriculation emporte un certain nombre d'effets. Selon l'article 38, toute personne immatriculée est présumée, sauf preuve contraire, avoir la qualité de commerçant. Mais cette présomption ne joue pas à l'égard des groupements d'intérêt économique. Dès lors, la société immatriculée doit indiquer sur ses factures, bons de commande, tarifs et documents commer-

ciaux, ainsi que sur toute correspondance, son numéro et son lieu d'immatriculation au registre.

Des sanctions sont prévues en cas de contravention. Selon l'article 39, les personnes physiques et morales assujetties à l'immatriculation au registre qui n'ont pas requis celle-ci dans les délais prévus, ne peuvent se prévaloir jusqu'à leur immatriculation, de la qualité de commerçant. En l'occurrence, elles ne peuvent revendiquer le bénéfice de la propriété commerciale, ni celui de la prescription quinquennale, ni utiliser les modes de preuve du droit commercial, notamment ses livres de commerce, ni invoquer la compétence des juridictions commerciales à raison d'actes de commerce par accessoire, ni figurer sur les listes électorales de la chambre de commerce, etc. En plus, il leur est interdit de se prévaloir de leur défaut d'inscription pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations qui incombent aux commerçants. Par exemple, en cas de cessation des paiements la société peut être soumise aux procédures collectives d'apurement du passif en tant que commerçant de fait. De même, les personnes assujetties ne peuvent dans le cadre de leurs activités commerciales, opposer aux tiers et aux administrations publiques, les faits et actes sujets à mention que si ceux-ci ont été publiés au registre<sup>(1)</sup>; mais les assujettis peuvent établir qu'au moment où ils ont traité, les tiers ou administrations en cause avaient connaissance des faits et actes concernés. D'ailleurs, le texte lui-même précise que les tiers et les administrations peuvent se prévaloir de ces faits et actes même s'ils n'ont pas été publiés.

Lorsque le greffe constate des inexactitudes ou rencontre des difficultés dans l'accomplissement de sa mission de vérification de la conformité et du caractère complet des énonciations contenues dans les pièces justificatives, il saisit la juridiction compétente. Les contestations entre le requérant et le greffe peuvent aussi être portées devant cette juridiction.

Lorsqu'un commerçant, personne physique ou morale, n'a pas procédé à son immatriculation dans le délai requis, la juridiction compétente peut, soit d'office, soit à la requête du greffe, ou de tout autre requérant, rendre une décision enjoignant à l'intéressé de le faire; il en est de même lorsqu'il a omis de procéder aux inscriptions des mentions complémentaires ou rectificatives, aux mentions ou rectifications nécessaires en cas de déclaration inexacte ou incomplète, à sa radiation.

Des dispositions de l'Acte uniforme sont relatives à la société non immatriculée. Les articles 114 et 115 font de celle-ci soit une société en participation lorsqu'il y a un écrit à la base de l'engagement des associés, soit une

---

<sup>(1)</sup> Cf. Observations JAUFFRET sous Rouen, 30 novembre 1967, *RTD com.*, 1968, 641.

société créée de fait en l'absence d'écrit. Ces sociétés se caractérisent alors par une extension de gage au profit des créanciers qui ont traité avec elles.

Enfin, sera puni en vertu de la loi pénale nationale ou de la loi pénale spéciale prise par l'Etat partie en vertu de l'Acte uniforme, toute personne qui s'est abstenue d'accomplir une des formalités exigées pour l'immatriculation, ou qui l'aurait effectuée par fraude<sup>(1)</sup>.

## 2. L'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales

**162.** Aux termes de l'article 261 de l'Acte uniforme, lorsque les formalités de constitution de la société ont été accomplies, et dans un délai de quinze jours suivant l'immatriculation, un avis est inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'Etat partie du siège social. L'article 262 précise que «l'avis, signé par le notaire qui a reçu le contrat de société ou par le ou les fondateurs contient les énonciations suivantes :

1°) la raison ou la dénomination sociale de la société suivie, le cas échéant, de son sigle ;

2°) la forme de la société ;

3°) le montant du capital social ;

4°) l'adresse du siège social ;

5°) l'objet social indiqué sommairement ;

6°) la durée de la société ;

7°) le montant des apports en numéraire ;

8°) la description sommaire et l'évaluation des apports en nature ;

9°) les nom, prénoms usuels et domicile des associés tenus indéfiniment des dettes sociales ;

10°) les nom, prénoms et domicile des premiers dirigeants et des premiers commissaires aux comptes ;

11°) les références du dépôt, au greffe, des pièces de constitution ;

12°) les références de l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ;

13°) le cas échéant, la date effective ou prévue du commencement d'activité».

«Pour les sociétés anonymes, compte tenu de l'importance de l'*intuitu pecuniae*, l'avis contient également :

---

<sup>(1)</sup> Par exemple, l'article 331-b du Code pénal camerounais punit des peines de la banqueroute simple le commerçant qui, ayant cessé ses paiements, enfreint la réglementation en vigueur relative au registre du commerce, c'est-à-dire un emprisonnement de un mois à deux ans.

- 1°) le nombre et la valeur nominale des actions souscrites en numéraire ;
- 2°) le nombre et la valeur nominale des actions attribuées en rémunération de chaque apport en nature ;
- 3°) le montant de la partie libérée, si le capital n'est pas entièrement libéré ;
- 4°) les dispositions statutaires relatives à la constitution des réserves et à la répartition des bénéfices et du boni de liquidation ;
- 5°) les avantages particuliers stipulés ;
- 6°) les conditions d'admission aux assemblées d'actionnaires et d'exercice du droit de vote, notamment celles relatives à l'attribution d'un droit de vote double ;
- 7°) le cas échéant, l'existence de clauses relatives à l'agrément des cessionnaires d'actions et la désignation de l'organe habilité à statuer sur les demandes d'agrément».

- 163.** Pour finir, l'Acte uniforme généralise aux autres types de sociétés une formalité qui sous une certaine forme tout au moins, était exigée antérieurement aux seules sociétés anonymes. Il s'agit de la déclaration de régularité et de conformité ou déclaration notariée de souscription et de versement. D'après l'article 73, les fondateurs et les premiers membres des organes de gestion, d'administration et de direction doivent déposer au RCCM, une déclaration dans laquelle ils relatent toutes les opérations effectuées en vue de constituer régulièrement la société et par laquelle ils affirment que cette constitution a été réalisée en conformité de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales. Il s'agit donc d'une prévention des risques d'irrégularité. Cette déclaration signée par ses auteurs, ou l'un ou plusieurs d'entre eux dûment mandatés, est dite «de régularité et de conformité», et elle est exigée à peine de rejet de la demande d'immatriculation de la société au RCCM. Cette déclaration n'est toutefois pas exigée lorsqu'une déclaration notariée de souscription et de versement des fonds est exigée dans les conditions de constitution d'une société. Ainsi en est-il en principe de la S.A.R.L. (article 314 de l'Acte) et de la S.A. (article 393 et s.).
- 164.** Compte tenu de l'importance des statuts, une publicité est également exigée lors de leur modification. Les formalités prévues découlent des articles 263 et suivants de l'Acte uniforme. Ainsi, si l'une des mentions de l'avis exigé en cas de constitution de la société (article 262 de l'Acte uniforme) est frappée de caducité par suite de la modification des statuts ou de tous actes, de toutes délibérations ou de toutes décisions des assemblées de la société ou de ses organes, la modification est publiée par avis inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'Etat partie du siège social. Cet

avis, signé par le notaire qui a reçu ou dressé l'acte modifiant les statuts ou par l'associé unique ou les associés, contient les énonciations suivantes :

- 1°) la raison ou la dénomination sociale de la société suivie, le cas échéant, de son sigle ;
- 2°) la forme de la société ;
- 3°) le montant du capital social ;
- 4°) l'adresse du siège social ;
- 5°) le numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ;
- 6°) le titre, la date, le numéro de parution et le lieu de publication du journal dans lequel ont été publiés les avis prévus aux deux articles qui précèdent ;
- 7°) l'indication des modifications intervenues.

En cas d'augmentation ou de réduction du capital social, il est procédé, outre l'insertion visée ci-dessus, à l'accomplissement des formalités suivantes :

- 1°) dépôt, au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales du lieu du siège social, de la copie certifiée conforme de la délibération de l'assemblée qui a décidé ou autorisé l'augmentation ou la réduction du capital, dans le délai d'un mois à compter de la tenue de cette assemblée ;
- 2°) dépôt, le cas échéant, de la décision du conseil d'administration, de l'administrateur général ou du gérant, selon le cas, qui a réalisé l'augmentation de capital ;
- 3°) dépôt au greffe d'une copie certifiée conforme de la déclaration notariée de souscription et de versement en annexe au registre du commerce et du crédit mobilier.

## **§2. Les formalités incombant aux sociétés faisant appel public à l'épargne**

- 165.** Relativement à la S.A. faisant appel à l'épargne, on peut se demander si elle est encore un contrat dans la mesure elle est placée sous le contrôle de personnes physiques ou morales qui organisent entre elles l'exercice du pouvoir. Le législateur communautaire y a donc vu l'intérêt de la soumettre à des mesures de contrôle rigoureuses. Celles-ci s'articulent autour des conditions d'information du public très strictes et des garanties financières de l'opération. A cet effet, l'Acte exige particulièrement deux sortes de supports d'information : une notice et un document d'information. Cela s'explique par le fait que la constitution des sociétés avec appel public à l'épargne est une voie assez spectaculaire<sup>(1)</sup> : les épargnants sont sollicités de

participer à la création de la société par la presse ou tout autre moyen publicitaire. Il s'ensuit qu'un certain nombre d'exigences est imposé par le législateur aux initiateurs de telles opérations.

*A. Les exigences relatives à l'appel public à l'épargne*

**166.** Le champ d'application de l'appel public à l'épargne est déterminé par les articles 81 à 85 de l'Acte uniforme. Il en ressort que sont réputées faire publiquement appel à l'épargne :

- les sociétés dont les titres sont inscrits à la bourse des valeurs d'un Etat partie, à dater de l'inscription de ces titres ;
- les sociétés qui, pour offrir au public d'un Etat partie des titres, quels qu'ils soient, ont recours soit à des établissements de crédit ou agents de change, soit à des procédés de publicité quelconque, soit au démarchage. L'offre de titres s'entend alors du placement de titres dans le cadre soit d'une émission soit d'une cession.

De même, il y a appel public à l'épargne, dès lors qu'il y a diffusion des titres au-delà d'un cercle de cent (100) personnes. Pour l'appréciation de ce chiffre, chaque société ou organisme de placement collectif en valeurs mobilières constitue une entité unique.

En ce sens donc, il est interdit aux sociétés n'y ayant pas été autorisées par l'Acte uniforme de faire publiquement appel à l'épargne par l'inscription de leurs titres à la bourse des valeurs d'un Etat partie ou par le placement de leurs titres dans le cadre d'une émission.

Une société dont le siège social est situé dans un Etat partie peut placer ses titres dans un ou plusieurs autres Etats parties en sollicitant leur public. Dans ce cas, elle est soumise aux dispositions de l'Acte uniforme sur l'appel public à l'épargne dans l'Etat partie du siège social et dans ces autres Etats parties. Si l'offre au public des titres n'est pas faite par l'émetteur, la société qui fait l'offre est soumise aux mêmes dispositions dans l'Etat partie de l'émetteur et dans les autres Etats parties dont le public est sollicité.

Il est important de relever que le législateur communautaire a songé à obliger la société à prendre certaines garanties financières. Ainsi, selon les dispositions de l'article 85, lorsqu'une société dont le siège social est situé dans un Etat partie fait appel public à l'épargne dans un autre Etat partie, un ou plusieurs établissements de crédit de cet autre Etat partie doivent garantir la bonne fin de l'opération si le montant global de l'offre dépasse cinquante millions (50.000.000) de francs CFA. Cette société doit, dans tous les cas, recourir dans cet autre Etat partie à un ou plusieurs établissements

<sup>(1)</sup> A. VIANDIER et M. COZIAN, *Droit des sociétés*, 9<sup>e</sup> éd., p. 227, n<sup>o</sup> 604.

de crédit chargés d'assurer le service financier de l'opération. Elle désigne, si le montant global de l'opération dépasse cinquante millions (50.000.000) de francs CFA, sur la liste des commissaires aux comptes de cet autre Etat partie, un ou plusieurs commissaires aux comptes qui vérifient les états financiers<sup>(1)</sup>. Ce ou ces commissaires aux comptes signent le document d'information visé à l'article 86 de l'Acte uniforme, tel que modifié ou complété, le cas échéant, conformément aux dispositions de l'article 90 dudit Acte.

Enfin, il convient de signaler que les dispositions de l'Acte relatives à l'appel public à l'épargne s'appliquent à toute offre de titres par appel public à l'épargne, à l'exception des placements de titres de chaque Etat partie sur son territoire.

La constitution de la société faisant appel public à l'épargne relève de règles spécifiques (articles 825 à 827 A.U.). Ainsi est-il tout simplement demandé au fondateur de publier avant le début des opérations de souscription des actions, une notice dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales de l'Etat partie du siège social, et le cas échéant, des Etats parties dont l'épargne est sollicitée.

### *B. La notice d'information*

- 167.** La notice apparaît alors comme la déclaration publique faite par les fondateurs qui se proposent de constituer une société anonyme; elle contient alors la description de la personne morale à créer.

Dans ce sens, la notice doit contenir des mentions utiles à l'information du souscripteur, comme le document d'information. Un système original d'information du public sur l'émission d'actions projetées est alors organisé. Trois types de documents doivent être établis: des circulaires, des affiches et annonces.

– les circulaires doivent reproduire les énonciations de la notice d'information. En plus, elles doivent contenir la mention de l'insertion de la notice dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales où la notice a été publiée. Enfin, elles doivent exposer les projets des fondateurs quant à l'emploi des fonds provenant de la libération des actions souscrites;

---

<sup>(1)</sup> Pour les sociétés faisant appel à l'épargne publique, l'obligation de choisir l'un des commissaires sur une liste établie par une commission siégeant à la Cour d'appel était déjà imposée par l'article 33, alinéa 3, de la loi du 24 juillet 1867, modifié par le décret-loi du 8 août 1935 (lequel a été déclaré applicable par décret n° 56-1143 du 13 novembre 1956); Cf. G. MEISSONNIER, «Les sources du droit des sociétés», *op. cit.*, p. 104.

– les affiches et les annonces dans les journaux doivent contenir à tout le moins, un extrait des énonciations de la notice des informations avec indication du numéro des journaux habilités à recevoir les annonces légales dans lesquelles elle a été publiée.

La notice ne doit pas être confondue avec le document d'information qui semble plus explicite et nettement plus contrôlé.

### *C. Le document d'information*

- 168.** Pour l'information du public, les fondateurs d'une société faisant appel public à l'épargne doivent, préalablement à l'opération, présenter au visa de l'organisme de contrôle de la bourse des valeurs des Etats parties dont le public est sollicité ou, en l'absence de cet organisme, au ministre chargé des finances, un projet de document d'information.

L'information du public en cas d'appel public à l'épargne est strictement réglementée; les articles 86 à 96 de l'Acte uniforme posent en ce sens un certain nombre de conditions relatives à l'établissement du document d'information, aux informations à publier, ainsi qu'à la diffusion de ce document.

#### **1. L'établissement du document**

- 169.** Toute société qui fait publiquement appel à l'épargne pour offrir des titres doit, au préalable, publier dans l'Etat partie du siège social de l'émetteur et, le cas échéant, dans les autres Etats parties dont le public est sollicité, un document destiné à l'information du public et portant sur l'organisation, la situation financière, l'activité et les perspectives de l'émetteur ainsi que les droits attachés aux titres offerts au public. Le projet de document d'information est, d'après l'article 90, soumis au visa de l'organisme de contrôle de la bourse des valeurs de l'Etat partie du siège social de l'émetteur et, le cas échéant, des autres Etats parties dont le public est sollicité. En l'absence de cet organisme, il est soumis au visa du ministre chargé des finances de ces Etats parties. Ces autorités s'assurent que l'opération ne comporte pas d'irrégularités et ne s'accompagne pas d'actes contraires aux intérêts des investisseurs de l'Etat partie du siège social de l'émetteur et, le cas échéant, des autres Etats parties dont le public est sollicité. Elles indiquent les énonciations à modifier ou les mentions complémentaires à insérer. Elles peuvent également demander toutes explications ou justifications, notamment au sujet de la situation, de l'activité et des résultats de la société. Elles peuvent demander des investigations complémentaires, aux frais de la société, aux commissaires aux comptes ou une révision effectuée par un professionnel indépendant, désigné avec leur accord, lorsqu'elles estiment que les diligen-

ces des commissaires aux comptes sont insuffisantes. Elles peuvent demander de faire figurer sur le document d'information un avertissement rédigé par leurs soins. Elles peuvent également requérir toute garantie appropriée en application de l'article 85 ci-dessus mentionné.

Les autorités ci-dessus accordent le visa dans le mois suivant la date de délivrance du récépissé de dépôt du document d'information. Ce délai peut passer à deux mois si elles sollicitent des investigations complémentaires. Le récépissé de dépôt du document d'information est délivré le jour même de la réception du document d'information. Si l'organisme de contrôle de la bourse des valeurs ou, le cas échéant, le ministre des Finances décide de ne pas accorder son visa, il notifie dans les mêmes conditions de délai à la société son refus motivé. Si les demandes de l'organisme de contrôle de la bourse des valeurs, ou à défaut du ministre chargé des finances de l'Etat partie du siège social de l'émetteur et, le cas échéant, des autres Etats parties dont le public est sollicité ne sont pas satisfaites ou si l'opération s'accompagne d'actes contraires aux intérêts des investisseurs de l'Etat partie du siège social ou, le cas échéant, des autres Etats parties dont le public est sollicité, le visa est refusé. Lorsque des faits nouveaux significatifs, de nature à avoir une incidence sur l'évaluation des titres offerts au public sont intervenus entre la date du visa et le début de l'opération projetée, l'émetteur ou l'initiateur de l'offre établit un document complémentaire mis à jour qui est, préalablement à S.A. diffusion, soumis au visa de l'organisme de contrôle de la bourse des valeurs ou, à défaut, du ministre chargé des finances de l'Etat partie du siège social de l'émetteur et, le cas échéant, des autres Etats parties dont le public est sollicité.

L'établissement du document d'information n'est pas toujours exigé. Il en est ainsi comme le précise l'article 95 de l'Acte uniforme lorsque :

1°) l'offre est destinée à des personnes dans le cadre de leurs activités professionnelles ;

2°) le montant global de l'offre est inférieur à cinquante millions (50.000.000) de francs CFA ;

3°) l'offre concerne des actions ou des parts d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières autres que fermés ;

4°) l'offre est destinée à rémunérer en valeurs mobilières des apports effectués à l'occasion soit d'une fusion, soit d'un apport partiel d'actif ;

5°) l'offre porte sur des titres de capital qui sont attribués gratuitement lors du paiement d'un dividende ou à l'occasion d'une incorporation de réserves ;

6°) les valeurs mobilières offertes proviennent de l'exercice d'un droit issu de valeurs mobilières dont l'émission a donné lieu à l'établissement d'un document d'information;

7°) les valeurs mobilières sont offertes en substitution d'actions de la même société et leur émission n'entraîne pas une augmentation de capital de l'émetteur.

## 2. Les informations à fournir

**170.** Le document doit contenir les renseignements nécessaires aux investisseurs pour fonder leur jugement sur le patrimoine, la situation financière, les résultats et les perspectives de l'émetteur ainsi que les droits attachés aux titres offerts à l'épargne. L'article 87 précise concrètement les informations à fournir. D'après ces textes, dans le cas où une société fait appel public à l'épargne dans un Etat partie autre que celui de son siège social, le document d'information soumis aux autorités visées à l'article 90, comporte des renseignements spécifiques au marché de cet autre Etat partie. Ces renseignements sont notamment relatifs au régime fiscal des revenus, aux établissements qui assurent le service financier de l'émetteur dans cet Etat partie, ainsi qu'aux modes de publication des avis destinés aux investisseurs. Le document d'information contient une présentation complète des garants visés à l'article 85, lesquels fournissent les mêmes renseignements que la société dont les titres sont offerts, à l'exception de ceux relatifs aux titres qui seront mis dans le public.

Pendant, il est admis que certaines informations peuvent ne pas être insérées dans le document d'information; il en est ainsi, dit l'article 88, lorsque:

«1°) les informations n'ont qu'une faible importance et ne sont pas de nature à influencer l'appréciation portée sur le patrimoine, la situation financière, les résultats ou les perspectives de l'émetteur;

2°) la divulgation de ces informations est contraire à l'intérêt public;

3°) la divulgation de ces informations peut entraîner un préjudice grave pour l'émetteur et l'absence de publication de celles-ci n'est pas de nature à induire le public en erreur;

4°) la personne qui fait l'offre n'est pas l'émetteur et ne peut avoir accès à ces informations».

Le document d'information peut faire référence à tout document d'information visé par les autorités prévues à l'article 90 depuis moins d'un an, lorsque le document d'information visé a été établi pour des titres de même catégorie et qu'il comprend les derniers états financiers annuels approuvés de l'émetteur et l'ensemble des informations requises aux articles 87 et 88

de l'Acte uniforme. Le document d'information visé est alors complété par une note d'opération qui doit comprendre :

- 1°) les informations relatives aux titres offerts ;
- 2°) les éléments comptables qui ont été publiés depuis le visa initial ;
- 3°) les éléments sur les faits nouveaux significatifs, de nature à avoir une incidence sur l'évaluation des titres offerts.

### 3. La diffusion du document

171. Le document d'information confectionné doit faire l'objet d'une diffusion effective sous certaines formes dans l'Etat partie du siège social de l'émetteur et, le cas échéant, dans les autres Etats parties dont le public est sollicité ; l'article 93 vise :

- 1°) la diffusion dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales ;
- 2°) la mise à disposition d'une brochure accessible pour consultation à toute personne qui en fait la demande au siège de l'émetteur et auprès des organismes chargés d'assurer le service financier des titres ; une copie du document doit être adressée sans frais à tout intéressé.

Les publicités relatives à l'opération doivent alors faire référence à l'existence du document d'information visé et indiquer les moyens de se le procurer.

## SECTION 3. SANCTION DES IRRÉGULARITÉS DE FORMATION

172. Il s'agit de la nullité et de ses effets. Mais le législateur en atténuant la sanction de la nullité a accru les responsabilités.

### § 1. La nullité et ses effets atténués

173. Lorsque l'un des éléments constitutifs de la société fait défaut, la société est théoriquement nulle. Cette sanction est grave, d'autant que la société affectée du vice vit normalement. A cause de nombreux inconvénients de l'anéantissement de cet être vivant qu'est la société (personne morale viable sur le plan économique), le législateur a réduit les cas de nullité et organisé pour cette sanction un régime juridique relativement souple.

#### *A. Le domaine restreint de la nullité*

174. L'Acte uniforme rappelle dans son essence qu'il n'y a pas de nullité du contrat de société sans texte. Les sanctions divergent alors selon qu'il s'agit de telle ou telle condition de formation du contrat. Il y a ensuite quelques dispositions organisant le régime des nullités de sociétés, voire même de

tous les actes sociaux. Il faut se reporter alors aux articles 242 à 256 de l'Acte uniforme. Il en ressort que les cas d'admission de la nullité sont bien déterminés. Le principe est posé par plusieurs textes : l'article 242 prévoit que la nullité d'une société doit résulter d'une disposition expresse de l'Acte, ou des textes régissant la nullité des contrats en général, ou alors du contrat de société en particulier ; et l'article 244 que la nullité de tous actes, décisions ou délibérations ne modifiant pas les statuts de la société, ne peut résulter que d'une disposition impérative de l'Acte uniforme, des textes régissant les contrats ou les statuts de la société.

En outre, le droit des sociétés contient nombre de dispositions impératives qui ne sont pas sanctionnées par la nullité. Mais cela ne veut pas dire qu'elles peuvent être violées impunément. Le législateur communautaire utilise fréquemment une autre technique sanctionnatrice : les clauses statutaires contraires à ces dispositions sont simplement réputées non écrites. Par ailleurs, on le voit bien, les causes de nullité ne sont pas à rechercher dans l'Acte uniforme seul ; outre que la jurisprudence comme en toute matière renvoie aux principes généraux du droit (notamment en ce qui concerne la fictivité de la société (s'il y a lieu) et la fraude d'une manière générale (fraude à la loi, aux droits des créanciers, aux droits des héritiers réservataires, etc.<sup>(1)</sup>), l'Acte uniforme renvoie quant à lui au régime général des contrats et au régime spécial du contrat de société ; ainsi en est-il de l'absence des conditions spécifiques du contrat de société.

De toutes les façons, les conditions de sanction sont distinctes selon que le vice qui entache la société porte sur une exigence de fond ou de forme.

### 1. La sanction des conditions de fond

175. Les règles sont différentes et plus ou moins souples selon les conditions violées. Aussi faut-il distinguer entre les sanctions des conditions relatives aux parties – consentement et capacité – et les sanctions des conditions protectrices de l'intérêt général – objet et cause –.

#### a) *Le consentement et la capacité*

176. Par référence au droit commun, l'absence du consentement d'un seul associé entraîne la nullité absolue du contrat, avec toutes les conséquences qui s'attachent à une telle sanction<sup>(2)</sup>. Dans les mêmes conditions, un consentement vicié, soit par l'erreur (en l'occurrence, l'erreur sur la personne de l'associé dans une société conclue *intuitu personae*), soit par le dol ou la vio-

<sup>(1)</sup> Cf. VIANDIER et COZIAN, *op. cit.*, p. 89, n° 246, sur l'abus de la personnalité morale.

<sup>(2)</sup> Par exemple, le délai de prescription est de 30 ans.

lence entraîne la nullité relative du contrat. S'agissant de la capacité, le non-respect des règles en la matière entraîne la nullité dans les mêmes conditions qu'en matière de vices de consentement.

Lorsque la nullité est prononcée, elle replace le demandeur dans l'état où il serait resté s'il n'avait jamais contracté; il reprend son apport sans contribuer aux pertes. Toutefois, si la société avant la nullité a réalisé des bénéfices, le bénéficiaire de la nullité en prend sa part sur la base de la gestion d'affaires ou de l'enrichissement sans cause.

Cependant, la nullité de la société à la demande d'un associé, produit à l'égard de ses coassociés, les effets d'une dissolution, parce qu'elle n'est pas rétroactive. C'est l'application de la théorie de la société de fait<sup>(1)</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'existence dans une société d'un associé dont le consentement est vicié est un danger pour la société et les autres associés. Pour pallier cet inconvénient, le législateur OHADA a repris en cas de nullité fondée sur un vice de consentement ou l'incapacité d'un associé une idée de son homologue français<sup>(2)</sup>. Ainsi, il ressort de l'article 248 de l'Acte uniforme, qu'«en cas de nullité de la société ou de ses actes, de ses décisions ou de ses délibérations fondée sur un vice du consentement ou l'incapacité d'un associé et lorsque la régularisation peut intervenir, toute personne y ayant intérêt peut mettre en demeure l'associé incapable ou dont le consentement a été vicié de régulariser ou d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion». La mise en demeure est alors signifiée par acte extrajudiciaire, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Elle est dénoncée à la société. La société ou un associé peut soumettre au tribunal saisi dans le délai de six mois ci-dessus prévu, toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur, notamment par le rachat de ses droits sociaux. En ce cas, le tribunal peut soit prononcer la nullité, soit rendre obligatoires les mesures proposées si celles-ci ont été préalablement adoptées par la société aux conditions prévues pour la modification des statuts. L'associé dont le rachat des droits est demandé ne prend pas part au vote.

Mais de toutes les façons, la nullité est rarement admise. On en veut pour preuve l'article 243 de l'Acte uniforme selon lequel, dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés anonymes, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité d'un asso-

<sup>(1)</sup> POUGOUE, ANOUKAHA, NGUEBOU, «Le droit des sociétés commerciales et du G.I.E.», *op. cit.*, p. 30, n° 71; AFANA BINDOUGA, «La 'société de fait' dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E.», *op. cit.*, p. 11.

<sup>(2)</sup> Le législateur français a dû par la loi du 24 juillet 1966, admettre au profit des coassociés, la possibilité d'éteindre l'action en nullité en payant une indemnité à son titulaire.

cié, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs. On doit donc supposer qu'il y a dans ces hypothèses, obligation de confirmer de la part de l'incapable ou de celui dont le consentement est vicié.

Il est par ailleurs décidé que ni la société, ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi. Toutefois, la nullité pour vice de consentement ou pour incapacité est opposable, même aux tiers de bonne foi, par l'incapable ou par son représentant légal ou par la personne dont le consentement a été vicié.

### *b) L'objet et la cause*

177. L'illicéité et l'immoralité de l'objet comme de la cause, entraînent la nullité absolue de la société selon les modalités prévues par le droit commun. En outre, on a estimé que la nullité de la société illicite ne peut être couverte parce que le vice est permanent. D'ailleurs, il ressort implicitement de l'article 246 de l'Acte que l'action en nullité fondée sur le caractère illicite de l'objet social, n'est pas éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance.

## **2. La sanction des conditions de forme**

178. L'article 75 de l'A.U. est explicite sur la volonté des rédacteurs de la loi de supprimer toutes les causes de nullité fondées sur un vice de forme ou de publicité. D'après ce texte, «Si les statuts ne contiennent pas toutes les énonciations exigées par le présent Acte uniforme ou si une formalité prescrite par celui-ci pour la constitution de la société a été omise ou irrégulièrement accomplie, tout intéressé peut demander à la juridiction compétente, dans le ressort de laquelle est situé le siège social, que soit ordonnée, sous astreinte, la régularisation de la constitution. Le ministère public peut également agir aux mêmes fins».

La régularisation et donc la purge de la société du vice qui l'affecte, met obstacle à l'action en annulation. Cette action en régularisation se prescrit par trois ans à compter de l'immatriculation de la société ou de la publication de l'acte modifiant les statuts. La nullité de la société étant une sanction très grave pour les créanciers de la société, comme pour les associés eux-mêmes, le législateur communautaire a pris le parti de mettre en place une réglementation qui tente l'impossible pour que la nullité ne soit pas prononcée. En effet, il est bien précisé que l'énonciation incomplète des mentions devant figurer dans les statuts n'entraîne pas la nullité de la société. Une possibilité élargie de régularisation est admise. Il est précisé dans l'article 246 que l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance. De

même, le tribunal saisi d'une action en nullité peut, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir la nullité. Il ne peut pas prononcer la nullité moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance. Si, pour couvrir une nullité, une assemblée doit être convoquée et s'il est justifié d'une convocation régulière de cette assemblée, le tribunal accorde, par un jugement, le délai nécessaire pour que les associés puissent prendre une décision. Si, à l'expiration du délai ci-dessus prévu, aucune décision n'a été prise, le tribunal statue à la demande de la partie la plus diligente.

Lorsque la nullité des actes, décisions ou délibérations de la société est fondée sur la violation des règles de publicité, toute personne ayant intérêt à la régularisation peut, par acte extrajudiciaire, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, mettre en demeure la société d'y procéder dans le délai de trente jours à compter de cette mise en demeure. A défaut de régularisation dans ce délai, tout intéressé peut demander au président de la juridiction compétente statuant à bref délai, la désignation d'un mandataire chargé d'accomplir la formalité. C'est ce qui ressort de l'article 259 de l'Acte.

- 179.** Lorsqu'en fin de cause, la nullité est admise, les effets en sont assouplis. Ainsi, il est prévu que dans les sociétés en commandite simple, ou en nom collectif, l'accomplissement des formalités de publicité est requis à peine de nullité de la société, de l'acte, de la décision, ou de la délibération, selon le cas, sans que les associés et la société puissent se prévaloir, à l'égard des tiers, de cette cause de nullité. Toutefois, le tribunal a la faculté de ne pas prononcer la nullité encourue si aucune fraude n'est constatée. La nullité n'est donc pas automatique. En général, les restrictions à l'annulation d'une société sont fort nombreuses.
- 180.** Un problème est susceptible de se poser: que décider si personne n'initie dans toutes ces hypothèses la procédure de régularisation dans les cas où elle est prévue? Quel serait alors le sort de la société? Une telle société fonctionnerait dans l'illégalité et pourrait être englobée dans les hypothèses de société de fait reconnues par l'Acte uniforme. En effet, l'article 865 dispose que «Lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales ont constitué entre elles une société reconnue par le présent Acte uniforme mais n'ont pas accompli les formalités légales constitutives ou ont constitué entre elles une société non reconnue par le présent Acte uniforme, il y a également société de fait.» Il nous semble bien que dans le cas mentionné, il y a société constituée au mépris des formes légales.

### B. Le régime de la nullité

181. La nullité du contrat de société est considérablement assouplie dans son régime qu'il s'agisse de la confirmation, de la prescription, des voies de recours ou de la non-rétroactivité.

#### 1. La possibilité d'une confirmation

182. Il est classiquement admis par la jurisprudence et la doctrine que la nullité des sociétés peut être couverte. Par diverses décisions en ce sens, les juridictions ont eu à affirmer que lorsque la cause de nullité a cessé avant l'introduction de la demande en nullité, la société échappe à l'annulation<sup>(1)</sup>.

L'intérêt de cette confirmation n'a pas échappé à la doctrine. Ainsi A. Weill<sup>(2)</sup>, y voit deux avantages au moins :

- d'abord en raison de la gravité exceptionnelle que revêt l'annulation d'une société, la tendance certaine de la législation est de diminuer le nombre des nullités et, lorsqu'elles existent, d'en atténuer les conséquences ;

- ensuite, dès lors qu'en cas de nullité effectivement prononcée, on maintient la société dans le passé à une époque où le vice a existé (les effets de la nullité de la société entre époux étant gouvernés par la théorie des sociétés de fait), on ne comprendrait pas qu'on détruise la société alors que le vice a cessé.

Pour cet auteur, cette atténuation des conséquences de la nullité des sociétés par la jurisprudence, satisfait les besoins du commerce et la sécurité des affaires. En effet, la réparation du vice n'est admise que pour la nullité relative<sup>(3)</sup>. Dès lors, la nullité des sociétés participe à la fois de la nullité absolue et de la nullité relative ; elle est fondée sur une idée de protection d'intérêts privés ; cependant, elle peut être invoquée par tout intéressé, comme si elle était absolue<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> Req., 6 février 1888, *op. cit.* ; Trib. Civ. Seine, 14 juin 1906, *Rev. soc.*, 1906, 391. Voy. également la doctrine en ce sens : ESCARRA et RAULT, T. 1, n<sup>os</sup> 93 et 341 ; G. COHENDY, note au D. 1949, 47 ; J. RAULT, *chron. RTD com.*, 1948, 649 ; G. GUERIN, *op. cit.*, D., 1950, chr. 25 ; contre : D. BASTIAN, note au JCP, 1948, II, 4508.

<sup>(2)</sup> A. WEILL, Note Sous Trib. Civ. de Strasbourg, 25 mai 1951, *JCP*, 1951, 6494.

<sup>(3)</sup> Cf. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Tr. élém. Dr. Com.*, 1968, p. 409.

<sup>(4)</sup> Partant de ces idées, A. Weill propose que soit créé un nouveau type de nullité intermédiaire, qu'on qualifierait de « nullité relative généralisée » Ce type de nullité comprendrait donc les nullités des sociétés, les nullités du contrat de mariage pour incapacité, ainsi que la nullité d'un partage d'ascendant fondée sur l'omission d'un enfant. A ces différentes hypothèses, on essaierait d'appliquer distributivement les règles propres à la nullité absolue et à la nullité relative, avec prédominance pour les dernières. Car le but premier de ce genre de nullité est la protection des intérêts privés. Dans le même sens, Eug. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, p. 167.

## 2. Le délai de prescription

183. Le législateur lui-même a réduit la durée du délai de prescription, pour faire disparaître aussi rapidement que possible les actions en nullité. D'abord fixé à dix ans, ce délai a été ramené à cinq ans par le décret-loi du 30 octobre 1935 modifiant la loi de 1867 (article 8 alinéa 7) et pour les sociétés à responsabilité limitée par l'article 10 alinéa 6 de la loi de 1925.

Toujours dans l'optique d'une atténuation de la nullité du contrat de société ou des effets de celle-ci, l'Acte uniforme organise aussi un régime de prescription abrégée de l'action en nullité de la société ou de ses actes (articles 251 à 254). Les actions en nullité de la société, se prescrivent par trois ans à compter de l'immatriculation de la société sauf si la nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social et sous réserve de la forclusion prévue à l'article 248.

## 3. Les voies de recours

184. Une voie de recours est prévue par l'article 252 : en effet, la tierce opposition contre les décisions prononçant la nullité d'une société n'est recevable que pendant un délai de six mois à compter de la publication de ces décisions dans un journal d'annonces légales du siège de la juridiction.

## 4. La non-rétroactivité : la théorie de la société de fait

185. En principe, une société déclarée nulle, ne devrait produire aucun effet. La décision qui prononce la nullité devrait faire disparaître le contrat de société. Les choses devraient être remises dans le même état que s'il n'avait jamais existé de société ; chaque associé reprendrait sa mise ; la nullité serait opposable à tous les tiers. Les choses ne se passent pas ainsi. La vie de la société s'appuie sur un contrat qui est tenu pour valable jusqu'au jugement d'annulation. Pour le passé, cette vie peut être maintenue. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence admet de façon constante que la société annulée n'emporte pas rétroactivité, mais produit les effets d'une société de fait jusqu'à sa liquidation<sup>(1)</sup>. C'est la Cour de Paris qui a employé pour la première fois le 8 avril 1825 les termes de « sociétés de fait » pour rejeter les conséquences de la rétroactivité de l'annulation<sup>(2)</sup>. Ainsi Joseph Hémard<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> En ce sens : Civ., 5 mai 1902, *S.* 1902, I, 41, note J. HÉMARD ; Civ., 3 juillet 1917, *DP* 1917, I, 127 ; Req., 15 février 1937, *DP* 1928, I, 13, note CORDONNIER, etc. Doctrine : H. SOLUS, « De la liquidation entre associés des sociétés de fait », *Rev. sociétés*, 1922, p. 261 et s. ; M. VASSEUR, « Le problème des sociétés entre époux après l'ordonnance du 19 décembre 1958 », *RTD com.* 1959, p. 835 et s. ; voy. « le sort des sociétés irrégulières ».

<sup>(2)</sup> Paris, 8 avril 1825, cité par Jean HÉMARD, in *Les sociétés de fait en droit français*, Travaux Association H. Capitant, tome II, 1957, p. 131.

écrivait pour soutenir cette solution que des rapports de fait ayant existé entre associés, une communauté d'intérêts<sup>(2)</sup> s'est établie entre eux, jusqu'au jour où la nullité a été prononcée; l'équité exige alors qu'il en soit tenu compte, car seule la constitution de la société a été viciée, son objet et son but sont licites.

En réalité, il faut empêcher que l'un des partenaires s'enrichisse aux dépens des autres. S'il y a eu des bénéfices réalisés, à qui les attribuer puisque la société est réputée n'avoir jamais existé? Peut-on appliquer la maxime «*In pari causa, melior est causa possidentis*» ce qui reviendrait à laisser le dirigeant recueillir tous les bénéfices et supporter en même temps toutes les pertes? S'il en était ainsi, la nullité d'un contrat pourrait devenir le prétexte d'un enrichissement aux dépens d'autrui; or cette solution est inacceptable reconnaît Hémar, d'autant que c'est la société qui a réalisé des bénéfices, et il n'est pas normal que l'un des associés, même étant celui qui les possède, soit mieux traité qu'il n'aurait été si la société avait été régulière. Il faut donc en conclure, dit-il, que la rétroactivité des sociétés annulées serait un désastre et un illogisme.

– désastre pour les tiers qui ont cru à l'existence d'une véritable société et qui ont contracté avec elle. Vont-ils voir le gage que constituait pour eux la masse sociale leur échapper?

– illogisme car «on ne peut pas faire que ce qui a été ne le soit pas; les associés se sont livrés à l'œuvre sociale; bien qu'annulée, la société a existé»<sup>(3)</sup>. «Quoi qu'on fasse, on sera en présence de marchés non annulés en eux-mêmes, qui ont produit des résultats»<sup>(4)</sup>.

Etant donné que la société a fonctionné en fait, il faut tout en mettant fin pour l'avenir à une situation contraire à la loi, tenir compte de l'activité passée. C'est une réalité qu'il faut considérer et accepter, à telle enseigne qu'un auteur a suggéré de substituer à l'appellation «société de fait», celle de «société putative» qui rend mieux la situation<sup>(5)</sup>. Ce n'est ici qu'une petite

<sup>(1)</sup> Cf. Note sous Cass. Civ., 5 mai 1902, *S.*, 1905, 1, 41. Dans le même sens : Ar. BOUVIER-BANGILLON, note sous Civ. 23 janvier 1912, *DP*, 1912, I, 481 et s.; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité élémentaire de Dr. social*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2 n° 78, p. 63.; Req. 11 avril 1906, et 19 mai 1908, *S.*, 1911, I, 508.

<sup>(2)</sup> Sur la distinction société de fait et communauté d'intérêt : cf. G. LAGARDE, *Encyclopédie Dalloz*, voy. «Société de fait», 1971, n° 4. L'auteur fait une distinction théorique sur la nullité-dissolution et la nullité-atténuée, non prise en considération par la jurisprudence qui utilise le terme général de «Société de fait».

<sup>(3)</sup> Joseph HEMARD, *op. cit.*; dans le même sens : NAQUET, Note sous Civ., 3 juillet 1917, *S.*, 1921, 1, 201.

<sup>(4)</sup> THALLER, *Traité élém. de Dr. Com.*, 3<sup>e</sup> éd., n°s 346 et s., sp. n° 365.

<sup>(5)</sup> En effet, dit-il, en matière de société de fait, «il ne s'agit que de liquider une situation reconnue illégale et un patrimoine affecté à une entreprise qui ne saurait se poursuivre dans le cadre juridique annulé. Plutôt que de sociétés de fait, il serait préférable de parler de socié-

querelle de termes. En principe, le résultat est le même : c'est le maintien de la société dans son activité passée. Il faut donc admettre que la théorie de la société de fait se justifie pleinement sur le plan juridique. La rétroactivité des sociétés annulées n'est possible que quand aucun apport n'a été effectué, qu'aucun engagement n'a été pris au nom de cette société. Mais dès lors que la société a fonctionné, dès lors que la confusion des biens des associés s'est opérée et que des acquisitions ont été faites par la société, la rétroactivité n'est plus possible ; on ne peut plus remettre les choses en état. La jurisprudence n'a eu qu'à s'incliner devant le fait accompli. La solution adoptée par elle est donc motivée tant par les besoins du commerce et la sécurité des affaires que par un certain réalisme face à la situation. Car en réalité, en matière de société en général, il est impossible d'appliquer rigoureusement le principe que la société nulle serait censée n'avoir jamais existé : « *Quod nullum est nullum producit effectum* » parce qu'il y a en ce domaine de nombreux intérêts à sauvegarder<sup>(1)</sup>.

L'Acte uniforme adopte cette solution logique et dispose en son article 253 que la nullité une fois prononcée, met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat. Il est procédé à la dissolution de la société et, pour ce qui concerne les sociétés pluripersonnelles, à leur liquidation. L'Acte uniforme consacre ainsi la théorie de la société de fait. L'annulation de la société ne produit en principe que les effets d'une dissolution. Mais l'effacement (ou l'atténuation) des nullités de société est largement compensé par le renforcement des responsabilités de ceux qui interviennent dans la constitution des sociétés.

## §2. L'extension des responsabilités

186. Les premières responsabilités pèsent sur les premiers associés, les fondateurs et les premiers dirigeants sociaux. Le non-respect des mesures d'information et de publicité est sanctionné par plusieurs textes de l'Acte uniforme. Ces sanctions sont civiles ou pénales.

---

tés putatives car le système mis en œuvre revient à leur appliquer précisément les règles légalement ou statutairement prévues pour la structure sociétaire dont le juge pourtant refuse d'admettre l'existence en l'espèce». L'auteur conclut, que ces sociétés devenues de fait doivent être considérées comme des sociétés putatives parce que l'intention des parties n'est pas douteuse et il s'agit simplement de savoir dans quelle mesure cette intention non douteuse produira effet. Cf. CHAMPAUD, *chron. RTD com.*, 1968, 1065, n° 6.

<sup>(1)</sup> Dans le même sens : HAMEL et LAGARDE, *Traité de Droit commercial*, n° 445.

*A. Sur le plan civil*

- 187.** L'effacement des nullités de société a été contrebalancé par l'accroissement des responsabilités de ceux qui interviennent dans la constitution des sociétés commerciales. La menace d'une responsabilité semble être la manière la plus efficace pour assurer la régularité des constitutions et des actes sociaux. Plusieurs textes envisagent la responsabilité des uns et des autres.

Il y a d'abord les articles 75 et suivants de l'Acte uniforme. Il est prévu à l'article 78 que «Les fondateurs, ainsi que les premiers membres des organes de gestion, de direction ou d'administration, sont solidairement responsables du préjudice causé soit par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts, soit par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite pour la constitution de la société». Dans le même sens, les membres des organes de gestion, de direction ou d'administration en fonction encourent les mêmes responsabilités en cas de modification des statuts. L'action en responsabilité dans les deux hypothèses se prescrit par cinq ans à compter soit du jour de l'immatriculation de la société, soit de la publication de l'acte modifiant les statuts.

Les associés et les dirigeants sociaux peuvent être tenus pour responsables de l'existence d'une cause de nullité affectant la société. Dès lors, ceux auxquels la nullité est imputable peuvent être déclarés solidairement responsables du dommage résultant pour les tiers de l'annulation de la société. Il s'agit bien là d'une responsabilité pour faute. Il faut cependant distinguer le cas des associés et celui des dirigeants sociaux. Pour les associés, il n'y a pas de problème si la société est de personnes ; la société étant engagée, ils sont solidairement et indéfiniment tenus avec elle. Pour les dirigeants sociaux en revanche, il faut qu'ils aient commis une faute dans l'exercice de leurs fonctions (articles 78, 162 et 165). C'est cette faute qui justifie que leur responsabilité soit poursuivie même en cas de disparition de la cause de nullité ; en ce sens, l'article 256 alinéa 3 précise bien que la disparition de la cause de nullité ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action en responsabilité tendant à la réparation du préjudice causé par le vice dont la société, l'acte ou la délibération était entachée.

Il faut rappeler que l'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution se prescrit par trois ans à compter du jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée. L'action en réparation du préjudice se prescrit, quant à elle, par trois ans à compter du jour où la nullité a été couverte.

On note par ailleurs que certaines responsabilités pèsent sur les fondateurs de la société et premiers dirigeants. Il ressort des articles 100 et suivants qu'ils peuvent engager leur responsabilité dans l'exercice de leur tâche

de constitution. Il peut en être ainsi lorsque les engagements pris par eux au nom de la société, jusqu'à sa constitution, n'ont pas été repris par la société.

Enfin, sur un autre plan, et s'agissant des apports en nature, l'Acte prévoit que les associés peuvent procéder à leur évaluation eux-mêmes, notamment lorsque la désignation d'un commissaire aux apports n'est pas exigée ; mais, ils peuvent même en cas de désignation du commissaire aux apports, refuser de retenir la valeur proposée par cet expert, et procéder alors eux-mêmes à une nouvelle évaluation. Ils sont donc solidairement et indéfiniment responsables à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports et aux avantages particuliers stipulés. Cette responsabilité visée à l'alinéa 5 est pratiquement la seule hypothèse dans laquelle les associés de S.A.R.L. sont indéfiniment et solidairement tenus.

### *B. Sur le plan pénal*

- 188.** Certaines infractions sont liées à la formation de la société. L'Acte uniforme réprime aussi bien des comportements liés directement à la constitution de la société que ceux qui ne l'atteignent que de manière indirecte. Ajoutant à la liste initiale de la loi du 24 juillet 1867, il vise à l'article 887 la déclaration notariée mensongère, la remise de fausses listes d'actionnaires ou faux bulletins de souscription, la majoration frauduleuse d'apport en nature, la simulation de souscription ou de versement et la publication de faits faux. On peut déplorer l'absence des infractions relatives à la publicité dans la constitution des sociétés. Cependant, la nouvelle loi n'oublie pas d'autres infractions propres seulement aux dirigeants des sociétés anonymes, étant entendu que seules ces sociétés émettent des valeurs mobilières. Il s'agit alors aussi bien des infractions relatives à l'émission des valeurs mobilières (article 886) qu'à la négociation d'actions (article 888)<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Cf. *infra* I<sup>er</sup> Partie, Titre III.



## TITRE II

# LA PERSONNALITÉ MORALE

**189.** La société est un contrat particulier. C'est le seul contrat qui ne constitue pas une fin en soi, mais qui donne naissance à un être distinct des contractants: la personne morale, laquelle recouvre, dépasse et conforte les relations patrimoniales. Pour vivre, pour fonctionner, pour réaliser l'entreprise commune, but de la constitution de la société, il faut admettre que la société est à la fois une technique générale permettant d'organiser un partenariat (collaboration entre plusieurs personnes), un patrimoine (mise en commun des biens), une entreprise. Dans cette dernière optique, la société, contrat, fait naître une personne morale qui transcende les volontés individuelles des associés. Ainsi entendu, la société personne morale donne aux relations entre associés une stabilité et une efficacité que les techniques contractuelles ne peuvent atteindre.



# CHAPITRE 1

## NOTION DE PERSONNALITÉ MORALE

---

**190.** La personnalité juridique est d'une manière générale, l'aptitude à être sujet actif et passif de droits. Comme un individu, personne physique, la société constituée va se voir attribuer la personnalité juridique ou morale. Cette notion d'abord admise en droit public à propos de l'Etat et des collectivités publiques, a été étendue par la jurisprudence au cours du 19<sup>e</sup> siècle, à d'autres groupements. En ce qui concerne la société, la jurisprudence s'est inspirée de l'article 529 du Code civil (qui donne au droit de l'associé un caractère mobilier, même si la société possède des immeubles), et de l'article 69-6<sup>o</sup> ancien du Code de procédure civile (qui prescrit d'assigner les sociétés de commerce «en leur maison sociale»), pour attribuer la personnalité morale à toutes les sociétés commerciales sauf celles en participation ou créées de fait, malgré le silence du Code de commerce. La notion de personnalité morale a paru par la suite si indissociable de la société, que la jurisprudence l'a admise pour les sociétés civiles dont la constitution n'est pourtant pas soumise à publicité<sup>(1)</sup>.

L'idée que la société a la personnalité morale est ancienne. Une fois qu'elle est admise, elle contribue non seulement à permettre l'individualisation de la société, mais encore à lui conférer pour les besoins de son fonctionnement un patrimoine distinct de celui des associés.

### SECTION 1. LE FONDEMENT DE LA PERSONNALITÉ MORALE

**191.** Au Moyen Age déjà, on disait qu'il y avait dans une société, un *corpus mysticum*. Mais, dans les formes de sociétés qui existaient à cette époque, la personnalité de la société n'était pas vraiment séparée de celle des associés. Le droit anglais admit par la suite que pour les compagnies, la personnalité résultait de l'«incorporation», l'expression signifiant alors que la société prenait corps. En France, lorsque la personnalité des sociétés commerciales fut admise, elle était calquée sur la personnalité des personnes physiques. La société se vit ainsi étendre tous les attributs de ces dernières, tels que le nom, le domicile, la capacité, etc.<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> Cf. Req., 23 février 1891, *D.*, 91, I, 337.

<sup>(2)</sup> Cf. en ce sens sur le droit d'une société d'agir en diffamation pour poursuivre les atteintes portées à sa réputation commerciale, Cass. Crim., 12 juin 1956, *D.*, 1957, 577.

Toutefois, l'assimilation comporte des limites. La société n'a pas d'âme ; elle ne connaît pas les sentiments affectifs. Elle est guidée par un seul but : la recherche des bénéfiques. De plus, certains droits reconnus aux personnes physiques lui sont refusés. Il en est ainsi des droits civiques et politiques reconnus aux nationaux d'un pays. La société n'a pas comme ces derniers, le *jus sanguinis*, qui est le lien qui unit un individu à un pays, et qui constitue la cause principale d'attribution de la nationalité à ses citoyens. Le critère de rattachement de la société à un pays qui lui donnerait la nationalité est donc tout autre.

La notion de personnalité morale pose quelques problèmes quant à la détermination de son contenu. Plusieurs thèses essaient de l'expliquer. Mais quelle que soit la thèse retenue, une difficulté doit être résolue ; elle concerne la naissance de la personnalité morale, dans la mesure où des effets importants peuvent en être tirés.

### §1. Les thèses en présence

192. De manière classique, trois conceptions sont soutenues pour la détermination de la nature juridique de la notion de personnalité morale. Mais on note aujourd'hui l'émergence d'une théorie fonctionnelle de la société.

#### *A. Les conceptions classiques*

193. La théorie de la fiction : soutenue notamment par Ihering. La personnalité morale suppose une existence corporelle et une faculté de vouloir et d'agir. Seule une personne physique peut l'avoir. Il s'ensuit qu'en principe, un groupement ne peut avoir la personnalité morale sauf si le législateur en décide autrement. Dans ce cas, le législateur reconnaît expressément ou implicitement la personnalité morale à un groupement et en détermine les effets ; il s'agit d'une reconnaissance artificielle, œuvre du législateur.

La théorie de la réalité prônée par Gény : La personnalité morale est une réalité, et on doit reconnaître son existence même en l'absence de loi, à tout groupement qui a un intérêt collectif distinct de celui de ses membres et qui s'exprime dans un minimum d'organisation ; c'est la volonté d'un groupe qui compte ici. Cette thèse a été consacrée par la jurisprudence qui énonce : « Que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient 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 protégés ... »<sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> Cf. en ce sens : Civ., 28 janv. 1954, *D.*, 54, 217, note LEVASSEUR ; *JCP*, 1954, II, 7958, cts LEMOINE ; dans le même sens et plus récemment en droit français : Soc., 23 janv. 1990, *JCP*, 90, II, 21529, M. NÉVOT ; Soc., 17 avril 1991, *JCP*, 1992, II, 21856, H. BLAISE.

La théorie du patrimoine d'affectation: La personnalité morale est d'après cette théorie relativement récente, une technique d'affectation patrimoniale. Pour Percerou<sup>(1)</sup> par exemple, la personnalité morale est une technique consistant à limiter les risques en faisant passer un bien d'un patrimoine dans un autre.

*B. L'analyse fonctionnelle ou «organique»<sup>(2)</sup> de la société*

194. L'analyse fonctionnelle de la société a été décrite pour la première fois par Ripert dans «*Les aspects juridiques du capitalisme moderne*»<sup>(3)</sup>; l'auteur y qualifiait la société anonyme de «machine juridique» et de merveilleux instrument du capitalisme. La société apparaissait alors comme un mécanisme juridique capable de produire des biens et des services. Puis, allant dans le même sens, la jurisprudence après plusieurs querelles finit par admettre qu'il était légitime – contrairement à ce que prévoit la lettre de l'article 1382 – de ne pas distribuer les bénéfices de l'exercice, de les mettre en réserve ou de les capitaliser en vue d'assurer l'autofinancement de la croissance de l'entreprise sociétaire, dès lors que cette non-distribution était de l'intérêt de l'entreprise. C'était voir la société anonyme sous son jour économique. «Elle n'était pas avant tout un contrat ou une institution mais un instrument de concentration des capitaux, du pouvoir économique et de la puissance industrielle»<sup>(4)</sup>. M. Champeaud pût alors affirmer que la société par actions était un instrument de concentration des entreprises. J. Paillusseau reprit la même idée en reconnaissant que la personnalité morale est une technique de gestion des entreprises<sup>(5)</sup>. Cette théorie peut se vérifier aujourd'hui par la consécration de la société unipersonnelle.

Ce n'est ni le contrat, ni l'institution. Il ne s'agit pas de savoir comment fonctionne la société. Il faut partir du «*pourquoi*» elle fonctionne, pour comprendre le «*comment*». Ainsi, dira le professeur Claude Champeaud, l'analyse organique «*ne procède pas d'une analyse purement juridique, mais d'une approche synthétique et multidimensionnelle du problème. Elle admet la validité de l'analyse institutionnelle pour l'explication de certains mécanismes sociétaires tels que la fonction de direction sociale, sans pour autant rejeter totalement les explications fondées sur les mécanismes contractuels qui trouvent leur place dans une struc-*

(1) Cf. Thèse, Paris, 1951.

(2) CHAMPEAUD Cl., *Le contrat de société existe-t-il encore?*, *op. cit.*, p. 135.

(3) 2<sup>e</sup> éd., 1951.

(4) CHAMPEAUD, *op. cit.* p. 134; reprenant les idées soutenues dans sa thèse : «Le pouvoir de concentration de la société par actions», Sirey, 1962.

(5) J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, thèse, 1967 et un article «Les fondements du droit moderne des sociétés», *JCP*, éd. G., 1984, I, 3148.

*ture juridique complexe.*». Il faut donc nécessairement faire une synthèse et retenir plutôt une analyse mixte de la société.

Il en conclut que cette volonté de synthèse procède de leurs réintroductions respectives dans un ensemble plus vaste, prenant en compte les théories des organisations et du management. Ce qui peut expliquer des phénomènes et des mécanismes de fonctionnement des groupes de sociétés par exemple.

Il ne faut pas confondre la société et l'entreprise. La société est une notion juridique permettant de faire accéder l'entreprise à la vie juridique et de l'organiser. L'entreprise, notion économique et sociale, est une technique d'organisation. Dès lors, la personnalité morale est une réponse à un besoin d'organisation juridique<sup>(1)</sup>. L'approche fonctionnelle de la société conduit à une véritable réception d'un concept socio-économique, celui de l'entreprise. Le professeur Couret n'a pas hésité quant à lui à affirmer qu'il fallait considérer qu'une autre approche de la société, d'inspiration néo-libérale et prenant appui sur des concepts développés dans la littérature financière et économique nord-américaine, était possible<sup>(2)</sup>.

Cette thèse a été reprise par la majorité de la doctrine quoique avec quelques nuances. Aussi écrit-on : «S'il est vrai que l'on ne peut nier le caractère fonctionnel de la société, cette dernière nous paraît être une technique d'organisation générale, permettant d'organiser tout aussi bien un partenariat entre deux médecins, un patrimoine qu'une entreprise<sup>(3)</sup> et constituant de ce fait, ... l'un des instruments moteurs du développement contemporain de l'ingénierie juridique»<sup>(4)</sup>.

Par conséquent, «sur le plan patrimonial, la société apparaît comme une technique d'affectation d'un patrimoine à un être collectif privé. En tant que technique juridique de droit privé, elle rappelle ces êtres collectifs publics créés par la loi en vue de réaliser une aspiration ou la satisfaction d'intérêts qui dépassent les intérêts individuels»<sup>(5)</sup>.

L'analyse fonctionnelle conserve donc une place aux mécanismes contractuels mais elle modifie profondément leurs rôles. On note certainement une renaissance du phénomène contractuel pour assurer le fonction-

(1) J. PAILLUSSEAU, «Le droit moderne et la personnalité morale», *RTD civ.*, 1993, n° 4, p. 705.

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

(3) M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, p. 17 et s.

(4) J.-P. BERTREL, «Droit des sociétés», in LAMY *Droit de l'entreprise*, 1996, n° 2-49; du même auteur, «Liberté contractuelle et sociétés» (Essai d'une théorie du «juste milieu» en droit des sociétés), *RTD com.*, 1996, p. 595, spéc. p. 614-615.

(5) CHAMPEAUD Cl., «Le contrat de société existe-t-il encore?», *op. cit.* p. 135.

nement de la société : conventions entre associés, conventions entre sociétés (sociétés du même groupe, etc.). La société devient l'occasion de faire des contrats multiples. L'entreprise est un nœud de contrats, disent les Américains<sup>(1)</sup>, au sens de la corporate governance : c'est la question de la finalité de l'exercice du pouvoir dans la société ; la société-contrat repose sur la notion de propriété des associés (chose des actionnaires) et sur la notion de mandat donné aux dirigeants.

C'est donc une analyse mixte qui semble s'imposer et la doctrine est d'accord sur ce point : «le consentement individuel se trouve nécessairement à l'origine de toute société», mais «la volonté individuelle s'efface ensuite»<sup>(2)</sup> ; «la société n'est tout à fait ni un contrat ni une institution mais une entité au sein de laquelle coexistent des règles contractuelles et des règles de type institutionnel»<sup>(3)</sup> ; «aucune de ces deux thèses, contractuelle ou institutionnelle, n'est (...) assez satisfaisante en elle-même pour exclure l'autre»<sup>(4)</sup>.

D'une manière générale, dans cette conception, prime l'intérêt de l'entreprise sociétaire ; l'article 4 de l'Acte uniforme ne dispose-t-il pas que la société est constituée dans l'intérêt commun des associés?<sup>(5)</sup> La notion d'intérêt commun est certes vague et fluide ; le législateur lui-même y fait allusion, sans essayer de la définir. Certains auteurs affirment que c'est la boussole pour les dirigeants sociaux<sup>(6)</sup>. La loi déclare que dans les sociétés de personnes et la S.A.R.L., le gérant peut faire tout acte de gestion dans l'intérêt de la société (articles 277 et 328 A.U.) ; dans toutes sociétés, les dirigeants sont sanctionnés lorsqu'il est établi qu'ils ont abusé du crédit ou des biens de la société dans leur intérêt autre que l'intérêt de la société (article 891 A.U.) ; même les associés sont tenus au respect de l'intérêt social : en exerçant leurs droits politiques, ils doivent s'y conformer ; ainsi sont sanctionnés l'abus de majorité (article 130 A.U.) ou l'abus de minorité (article 131 A.U.) qui supposent une atteinte à l'intérêt social ; par ailleurs, au nom de l'intérêt social, le juge interviendra dans la vie de la société : par exemple, il désignera un expert de gestion (articles 159 et 160 A.U.).

L'intérêt social est l'intérêt des associés, mais aussi de l'entreprise. En ce sens, un auteur écrit justement que : «L'intérêt social doit donc être une har-

<sup>(1)</sup> Cf. A. COURET, «Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance», *D.*, 1995, chron. 163 (expliquant la tendance inexorable du droit des obligations à envahir le droit des sociétés : multiplication des pactes d'actionnaires) ; E. ALFANDARI, *Droit des affaires*, Litec, 1993, nos 247 et 326 (selon lui, l'analyse contractuelle paraît incontournable).

<sup>(2)</sup> Y. GUYON, *Droit des affaires*, 7<sup>e</sup> éd., n° 96.

<sup>(3)</sup> MERCADAL et JANIN, «Sociétés commerciales», *Mémento pratique F. Lefebvre*, 1996, n° 27, p. 18.

<sup>(4)</sup> Ph. MERLE, «Droit des sociétés», *Précis Dalloz*, 3<sup>e</sup> éd., n° 23.

<sup>(5)</sup> SCHMIDT, «De l'intérêt commun des associés», *JCP*, 1994, I, 3393.

<sup>(6)</sup> COZIAN et VIANDIER, *op. cit.*, nos 465 et s.

monieuse synthèse temporelle de l'intérêt des associés et de celui de l'entreprise, au sens œcuménique que donne à cette dernière les partisans de la 'doctrine de l'entreprise'. On retrouve là, finalement et comme à propos de la détermination de la nature de la société, la nécessité de trouver un juste milieu, un équilibre, un compromis entre l'individualisme libéral et la prise en compte de l'intérêt général»<sup>(1)</sup>.

En fin de compte, il existe différentes conceptions de la notion de personnalité juridique. Celle-ci a en fait des buts très diversifiés : limitation des risques, collaboration durable, facilité de financement (réunion des capitaux de plusieurs personnes ...). En réalité, la personnalité morale reconnue à une société peut s'expliquer de différentes manières. On pourrait simplement admettre, comme M.J. Terray, que la société est «une tradition bien vivante»<sup>(2)</sup>.

## §2. La naissance de la personne morale

195. La naissance de la société en tant que personne morale n'est pas sans intérêt. Elle peut ainsi profiter des mêmes attributs qu'une personne physique ; encore faut-il que soit déterminée avec précision la date de cette naissance.

### A. La date de naissance de la personne morale

196. Le droit de la plupart des pays aujourd'hui soumis à la législation OHADA a incontestablement évolué. Initialement, il était admis que la société acquerrait la personnalité morale au moment où le contrat est conclu entre les associés. Dans les sociétés de personnes et la S.A.R.L., c'était au moment où le contrat était signé. Le droit camerounais comme beaucoup d'autres législations d'Afrique était donc resté attaché à la thèse de la réalité ; la personnalité juridique était reconnue à une société dès la formation du contrat de société et avant même l'accomplissement des formalités de publicité<sup>(3)</sup>. Dans les sociétés par actions, c'était concrètement le moment où une assem-

<sup>(1)</sup> J.-P. BERTREL, «Liberté contractuelle et sociétés», *op. cit.*, p. 626, n° 52; dans le même sens, Y. CHAPUT, *Droit des sociétés*, PUF, Thémis, coll. Droit fondamental, 1993, n° 717 «dès que l'on parle d'intérêt (social), celui-ci risque d'éclater s'il n'assure pas un compromis efficace entre les véritables intérêts égoïstes ou altruistes en cause; ceux des associés individuellement considérés des cocontractants, des concurrents, comme des pouvoirs publics qui poursuivent cet impalpable 'intérêt général', fondement de bien des interventions législatives».

<sup>(2)</sup> *JCP*, 1984, I, 3154.

<sup>(3)</sup> *Cf.* C.S., arrêt n° 18/CC du 20 novembre 1986, inédit. Pourtant en ce qui concerne les associations, c'est la théorie de la fiction qui est appliquée : ainsi la personnalité morale est reconnue à une association dès que le récépissé d'acceptation est délivré par le préfet (article 7(1) de la loi de 1990); il en est de même en cas de silence du préfet gardé pendant 2 mois après dépôt du dossier, celui-ci étant considéré comme une acceptation (article 7(3) de la loi de 1990).

blée générale d'actionnaires avait approuvé les statuts et désigné les premiers mandataires sociaux, lesquels devaient avoir accepté leurs fonctions.

Depuis l'Acte uniforme, pour que la société prétende exister sur le plan juridique, il faut qu'elle soit immatriculée au RCCM. L'article 98 dispose en ce sens que : «Toute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au RCCM, à moins que le présent Acte uniforme en dispose autrement». C'est donc une simple formalité administrative qui donne naissance à la société, personne morale.

Cette façon de voir correspond à la solution actuelle du droit français qui consacre la théorie de la fiction depuis la loi de 1966; il en a été de même du Sénégal, du Mali, de la Guinée et du Gabon. Cette solution a été jugée mauvaise par certains auteurs qui estiment qu'elle retarde le démarrage des affaires sociales et fait courir de graves dangers aux fondateurs qui s'engagent pour la société future. Pourtant c'est elle qui est retenue par l'Acte uniforme. Mais d'un autre point de vue, la création de la société unipersonnelle par l'Acte uniforme consacre la thèse du patrimoine d'affectation.

### *B. Les attributs liés à la naissance de la personne morale*

197. Dès lors qu'une société a la personnalité morale, certaines conséquences sont inévitables: la société a un patrimoine propre, une identité, et une capacité juridique. Elle a donc l'autonomie nécessaire pour agir comme une personne différente des associés et cela par l'intermédiaire de ses organes de gestion. Mais alors se pose le problème des actes et engagements pris pendant la phase de constitution de la société, (c'est-à-dire la phase précontractuelle et contractuelle), donc avant son immatriculation. D'un autre côté, une fois que la personne morale est née, se pose le problème de sa durée de vie.

#### **1. L'acquisition de la capacité des sociétés**

198. La société, en tant que personne morale, a la capacité de jouissance et d'exercice; elle a donc l'aptitude de faire des actes juridiques, notamment tous les actes de disposition, acheter, et vendre tous meubles et immeubles, recevoir des donations et des legs. Mais, elle doit agir dans la limite de son objet social tel que défini par les statuts (respect du principe de la spécialité légale et statutaire)<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> La Cour de cassation a eu à juger qu'un dirigeant ne dépasse pas l'objet social, s'il vend ou cède le droit au bail concernant le fonds de commerce de la société, dans la mesure où l'exploitation de ce fonds n'est pas la seule activité de la société : Com., 13 novembre 1957, D., 1958, 269; ce qui laisse supposer que la vente d'éléments d'actif de la société épuisant l'objet social peut être considérée comme dépassant cet objet.

La société, personne morale, a aussi le pouvoir d'ester en justice pour défendre ses droits<sup>(1)</sup>. Ne pouvant agir par elle-même, elle est remplacée par une personne physique, qui est son représentant légal (le dirigeant de société).

La société est responsable des fautes de gestion commises par ses représentants; elle répond alors de leurs délits et quasi-délits civils dans les termes du droit commun. En ce qui concerne la responsabilité pénale des sociétés, il est admis en principe qu'une société ne peut être responsable pénalement<sup>(2)</sup>. Seuls les représentants peuvent être frappés d'une peine. C'est ainsi que les articles 886 et suivants de l'Acte uniforme envisagent un certain nombre d'infractions pénales que peuvent commettre les dirigeants de société au moment de la constitution de celle-ci. Ces infractions sont en général propres aux sociétés anonymes.

Une fois créée, la société personne morale peut régler le sort des engagements pris en son nom au cours de la constitution de la société.

## **2. La reprise par la personne morale des engagements contractés pendant la formation du contrat de société**

199. Pour protéger les partenaires de ces actes et engagements, l'Acte uniforme organise les règles applicables aux sociétés en formation et à celles constituées mais non encore immatriculées (articles 100 et s.). Il ressort succinctement que les fondateurs peuvent engager leur responsabilité dans l'exercice de leur tâche de constitution. Cependant, les engagements pris par ces derniers, au nom de la société, jusqu'à sa constitution (signature des statuts) et par les premiers dirigeants peuvent être repris par la société selon une procédure bien décrite par l'A.U. (articles 106 à 113).

L'Acte définit d'abord clairement certaines notions. Il faut entendre par société en formation, une société non encore constituée; et une société est constituée à compter de la signature de ses statuts. Cette constitution étant l'œuvre des fondateurs, l'Acte précise que sont considérées comme tels, «toutes les personnes qui participent activement aux opérations conduisant à la constitution de la société». Leur rôle commence dès les premières opérations ou l'accomplissement des premiers actes effectués en vue de la constitution de la société; et il prend fin dès que les statuts ont été signés par tous les associés ou l'associé unique. Dès la signature des statuts, les dirigeants sociaux vont se substituer aux fondateurs et agir au nom de la société cons-

<sup>(1)</sup> Cf. Ch. Réu., 5 avril 1913, *D.*, 1914, I, 65, note NAST.

<sup>(2)</sup> Cf. *Crim.*, 8 mars 1883, *DP*, 1884, I, 428; *Crim.*, 10 janvier 1929, *DH*, 1929, p. 64 : la société, concept abstrait, est jugée, faute de conscience, comme ne pouvant encourir une telle responsabilité.

tituée, mais non encore immatriculée. Leurs pouvoirs et leurs obligations sont fixés soit par l'A.U., soit par les statuts. Entre la date de constitution de la société et celle de son immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les règles de droit commun applicables aux contrats et aux obligations.

Les fondateurs peuvent engager leur responsabilité dans l'exercice de leur tâche de constitution; aussi, l'A.U. prévoit-il un certain nombre de règles concernant leur identification (adresse précise, domiciliation sur le territoire de l'un des Etats parties). Dans le même sens, la nouvelle loi organise le sort des engagements pris pour le compte de la société en formation ou la société constituée, mais non encore immatriculée par les fondateurs ou les premiers associés.

*a) Le sort des engagements pris pour le compte de la société en cours de formation*

**200.** Il est déterminé par les articles 106 à 110 de l'A.U. Il ressort de ces textes plusieurs règles.

Il y a d'abord l'information des associés. Les actes et engagements pris par les fondateurs pour le compte de la société en formation, avant sa constitution, doivent être portés à la connaissance des associés avant la signature des statuts, lorsque la société ne fait pas publiquement appel à l'épargne, ou lors de l'assemblée constitutive, dans le cas contraire; ces actes et engagements doivent être décrits dans un état intitulé «état des actes et engagements accomplis pour le compte de la société en formation» avec l'indication, pour chacun d'eux, de la nature et de la portée des obligations qu'ils comportent pour la société si elle les reprend.

Il y a ensuite la possibilité de reprise des actes et engagements par la société. Il faut distinguer cependant le cas des sociétés constituées sans assemblée constitutive, et celui des sociétés constituées avec assemblée constitutive.

Dans le premier cas, l'état des actes et engagements est annexé aux statuts. La signature par les associés des statuts et de cet état emporte alors reprise des actes et engagements indiqués dans cet état par la société dès son immatriculation au RCCM. Toutefois, les actes et engagements accomplis pour le compte de la société en formation peuvent aussi être repris par la société postérieurement à sa constitution; mais il faut alors qu'ils soient approuvés par l'assemblée générale ordinaire, dans les conditions prévues par l'Acte pour chaque forme de société, sauf clause contraire des statuts. Dans ce cas, l'assemblée doit être complètement informée sur la nature et la portée de chacun des actes et engagements dont la reprise lui est proposée.

Les personnes ayant accompli lesdits actes et engagements ne prennent pas part au vote et il n'est pas tenu compte de leurs voix pour le calcul du quorum et de la majorité.

Dans le second cas, la reprise des actes et engagements accomplis pour le compte de la société fait l'objet d'une résolution spéciale de l'assemblée constitutive, dans les conditions prévues par l'A.U. (voir article 410-4°).

Il y a enfin les effets de la reprise de ces actes et engagements par la société. Les actes et engagements repris par la société régulièrement constituée et immatriculée sont réputés avoir été contractés par celle-ci dès l'origine. Les actes et les engagements qui n'ont pas été repris par la société sont inopposables à celle-ci et les personnes qui les ont souscrits sont par conséquent tenues solidairement et indéfiniment par les obligations qu'ils comportent. Face à cette solution, certains juges en droit comparé ont pu décider que les actes passés pour le compte de la société en formation, faute de pouvoir être repris par une personne morale qui ne voit pas le jour, demeurent à la charge de ceux qui les ont conclus et, le cas échéant, de ceux qui ont donné mandat de les accomplir<sup>(1)</sup>, ou encore que les créanciers ne peuvent agir contre la société non immatriculée; ils doivent assigner les personnes qui ont agi en son nom pendant la période de formation<sup>(2)</sup>.

***b) Les engagements pris pour le compte de la société constituée avant son immatriculation***

- 201.** Dans ces hypothèses, les associés donnent mandat selon le cas, à un ou plusieurs dirigeants sociaux dans les statuts ou par acte séparé, de prendre des engagements pour le compte de la société constituée mais non encore immatriculée au RCCM. Sous réserves qu'ils soient déterminés et que leurs modalités soient précisées dans le mandat (mandat en termes précis<sup>(3)</sup>), l'immatriculation au RCCM emporte reprise par la société de ces engagements. Les actes qui ont excédé les pouvoirs conférés par ces mandats, ou qui leur sont étrangers, peuvent être repris par la société s'ils sont approuvés par l'assemblée générale ordinaire, dans les conditions prévues par l'A.U. pour chaque forme de société, sauf clause contraire des statuts. Comme précédemment admis, les associés ayant accompli lesdits actes et engagements ne prennent pas part au

<sup>(1)</sup> Cf. Cass. com., 13 décembre 1976, *Bull. civ.*, IV, n° 322, p. 268.

<sup>(2)</sup> C.A. Paris, 27 novembre 1984, *Bulletin rapide de droit des affaires (BRDA)*, 1985, n° 3, p. 9.

<sup>(3)</sup> Eviter par exemple les mandats de caractère général : par exemple, une clause qui habilite les futurs dirigeants dès leur nomination, à passer et à souscrire pour le compte de la société les actes et engagements entrant dans leurs pouvoirs statutaires et légaux : ce mandat engage celui qui le donne, et les associés ne peuvent pas ensuite en combattre les effets (ratifier les actes accomplis).

vote et il n'est pas tenu compte de leurs voix pour le calcul du quorum et de la majorité. Les effets de la reprise ou de la non-reprise sont les mêmes que la société soit constituée sans assemblée constitutive ou avec celle-ci.

- 202.** Il reste important de dire que l'acquisition de la personnalité juridique suppose que le contrat de société est parfait, c'est-à-dire exempt de toute irrégularité dans sa formation. En ce sens, l'A.U. précise clairement que si d'aventure le contrat de société ou le cas échéant, l'acte unilatéral de volonté, n'est pas établi par écrit, et que par conséquent la société ne peut être immatriculée, la société alors dénommée «société créée de fait», n'a pas la personnalité juridique. Il faut noter toutefois que les parties à un contrat de société peuvent volontairement refuser de conférer une personnalité juridique à leur société, en la gardant secrète, occulte: c'est le cas de la société en participation; l'Acte uniforme la définit comme une société volontairement non immatriculée par les associés. Dans ce cas, les apports restent la propriété des associés, et les tiers n'ont pas d'action contre la société, mais seulement contre l'associé avec lequel ils ont traité.
- 203.** Enfin, l'A.U. traite du cas de la succursale. Celle-ci est définie comme «un établissement commercial ou industriel ou de prestations de services, appartenant à une société ou à une personne physique et doté d'une certaine autonomie de gestion»; elle doit conformément aux dispositions de l'A.U. portant droit commercial général être immatriculée au RCCM; mais elle n'a cependant pas de personnalité juridique autonome distincte de celle de la société ou de la personne physique propriétaire. Dès lors, les droits et obligations qui naissent à l'occasion de son activité ou qui résultent de son existence sont compris dans le patrimoine de la société ou de la personne physique propriétaire. L'A.U. règle le cas de la succursale, établissement d'une société ou d'une personne physique étrangère: sous réserve de conventions internationales ou de dispositions législatives contraires, elle est soumise au droit de l'Etat partie dans lequel elle est située; cependant, elle doit être apportée à une société de droit pré-existante ou à créer de l'un des Etats parties, deux ans au plus tard après sa création, à moins d'en être dispensée par un arrêté du ministre chargé du commerce de l'Etat partie dans lequel la succursale est située (article 120).

### 3. La durée de vie de la personne morale

- 204.** La personnalité juridique de la société dure en principe tant que dure la société. Or, la durée de la société est déterminée<sup>(1)</sup>; elle est de 99 ans à dater

---

<sup>(1)</sup> La jurisprudence a pu cependant considérer la stipulation d'une durée de 99 ans comme une durée illimitée, s'agissant d'une société à responsabilité limitée. En ce sens, Douai, 26 mars 1959, *JCP*, 1959, II, 11356.

de l'immatriculation. La prorogation est possible. Il est impérieux de conserver à la personnalité morale une certaine stabilité et de lui permettre de survivre aux avatars de la vie sociale. En ce sens, l'article 99 de l'A.U. dispose que la transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne juridique nouvelle. Il en est de même de la prorogation ou de toute modification statutaire (modification du capital social, de la dénomination sociale, etc.).

Cependant, de même qu'elle naît, la personnalité juridique d'une société peut disparaître : par l'effet par exemple d'une absorption (fusion ou scission) ou par la dissolution de la société. En effet, une société dont le contrat est venu à expiration pour une quelconque cause, n'a plus en principe la personnalité juridique. Mais compte tenu des inconvénients d'une telle solution sur le plan pratique (protection des tiers contractants de la société, liquidation pour les associés ...), la jurisprudence a décidé que la société dissoute conserve sa personnalité jusqu'à la fin de la liquidation, c'est-à-dire jusqu'au moment où toutes les dettes sociales sont éteintes et qu'il ne reste plus que l'actif net partageable. La société est considérée comme existante jusqu'au bout et on peut la mettre en liquidation des biens, ou en demander la nullité.

Dès lors qu'une société a la personnalité morale, elle a une autonomie certaine qui justifie qu'elle soit individualisée.

## SECTION 2. L'INDIVIDUALISATION DE LA PERSONNE MORALE

**205.** En tant que personne, la société a un nom, un domicile et une nationalité.

### §1. Le nom

**206.** Le nom est l'appellation de la société. Il peut s'agir d'une raison sociale pour les sociétés de personnes, et d'une dénomination sociale pour les sociétés de capitaux, et la S.A.R.L. La raison sociale comprend le nom de certains ou de tous les associés tenus indéfiniment, suivi de la mention et Cie. La dénomination sociale par contre, peut être fantaisiste, mais elle doit être obligatoirement suivie de l'indication de la forme de la société et du montant du capital social. L'Acte uniforme ne fait pas cette distinction entre raison sociale et dénomination sociale. L'article 44 dispose simplement que « Toute société est désignée par une dénomination sociale qui est mentionnée dans ses statuts ». Selon la forme de la société, le nom d'un ou de plusieurs associés ou anciens associés peut être inclus dans la dénomination sociale. Ainsi, par exemple, l'article 294 dispose pour la société en com-

mandite simple que «le nom d'un associé commanditaire ne peut en aucun cas être incorporé à la dénomination sociale, à défaut de quoi ce dernier répond indéfiniment et solidairement des dettes sociales». Dans un tel cas, les noms figurant dans la dénomination deviennent la propriété incorporelle de la société, même si d'aventure, les associés concernés devaient quitter prématurément la société. Ces derniers ne peuvent plus utiliser leur nom à des fins commerciales, s'il est susceptible de créer la confusion avec la dénomination sociale de la société quittée.

C'est dire que le nom de la société est protégé par l'action en concurrence déloyale contre les usurpations entraînant la confusion dans l'esprit de la clientèle; c'est donc le détournement de clientèle qui est sanctionné. Cependant même la concurrence parasitaire peut être sanctionnée: il s'agit d'une pratique qui consiste à utiliser le nom commercial d'autrui dans un domaine d'activité différent<sup>(1)</sup>; il n'y a pas de possibilité de confusion mais cette utilisation peut nuire à la notoriété du premier utilisateur ou entraîner éventuellement une perte de confiance de ses clients, qui pourraient lui imputer par erreur les agissements ou les produits douteux de l'usurpateur.

La dénomination sociale fait l'objet de publicité: elle doit aux termes de l'article 17 de l'Acte uniforme, figurer sur tous les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers, notamment les lettres, les factures, les annonces et publications diverses. Elle doit être précédée ou suivie immédiatement en caractères lisibles de l'indication de la forme de la société, du montant de son capital social, de l'adresse de son siège social et de la mention de son immatriculation au RCCM.

La société peut changer de nom; celui-ci étant un élément prévu par les statuts, il faut alors respecter les conditions de changement prévues par l'Acte uniforme pour chaque forme de société.

## §2. Le domicile

- 207.** La société a un domicile distinct du domicile des associés. On dit qu'elle a un siège social. L'article 23 de l'Acte uniforme dispose que toute société doit avoir un siège social mentionné dans ses statuts. Le siège social doit être bien localisé: il faut alors une adresse ou une indication géographique suffisamment précise. Le siège social peut être situé au choix des associés soit au lieu du principal établissement, soit à son centre de direction administrative et financière. En principe, le principal établissement est le lieu où la société a sa direction juridique, financière, administrative et technique: en fait le lieu de publicité au registre du commerce, de fonctionnement des

---

<sup>(1)</sup> Cf. Paris, 14 mai 1964, *D.*, 1965, 241, note PONSARD.

organes de la société, c'est-à-dire son centre moteur (centre de la vie juridique) et aussi le lieu d'imposition de la société, de déclaration de cessation de paiements, de signification faite à la société par voie d'huissier à l'occasion d'un procès, d'assignation de la société. Dans cette dernière hypothèse, il faut signaler une jurisprudence qui permet aux tiers dans certaines circonstances, d'assigner une société ailleurs qu'à son siège social: c'est la théorie dite des gares principales ou des succursales multiples. La succursale est alors assignée au lieu d'exercice<sup>(1)</sup>.

Dans le même sens, l'article 26 de l'Acte uniforme prévoit que les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais que celui-ci ne leur est pas opposable si le siège réel est situé en un autre lieu. La règle de l'unité du domicile ne s'applique donc nécessairement pas aux personnes morales<sup>(2)</sup>. Il n'y a aucune difficulté lorsque le siège statutaire qui est celui déterminé par la loi et le siège réel coïncident. En cas de discordance, les tiers qui entrent en contact avec la société ont désormais selon leur intérêt le choix entre le siège statutaire et le siège réel.

Le changement du domicile (siège social), est possible dans les mêmes conditions que pour le nom; il peut aussi être transféré à un autre endroit de la même ville par simple décision des organes de gérance ou d'administration de la société. Enfin, il peut être transféré hors du pays (cf. articles 451 et 551). Dans ce dernier cas d'ailleurs, la loi exige l'unanimité des associés parce que la décision de transfert peut avoir des incidences graves (articles 359 et 554): soit la société change de nationalité en cas de transfert du siège dans un autre Etat partie, soit en plus se place hors du champ d'application de l'Acte uniforme notamment lorsque le transfert est fait dans un Etat autre qu'un Etat partie.

### §3. La nationalité

**208.** La nationalité rattache une société à un Etat. La reconnaissance d'une nationalité à une société est importante à plusieurs titres:

– la loi applicable à la société est la loi nationale; celle-ci régit d'ailleurs et dans l'ensemble, le statut juridique de la société (règles de constitution et de fonctionnement, etc.);

<sup>(1)</sup> Cf. en ce sens : Req., 15 avril 1893, *DP*, 1894, I, 559; 29 mars 1909, *DP*, 1911, I, 464.

<sup>(2)</sup> Cependant, au Cameroun par exemple, pour des raisons de comptabilité et de fiscalité, l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 8 juillet 1976 (*JOC*, 15 janvier 1976, p. 75) dispose que « Toute entreprise commerciale ou industrielle, société ou succursale d'une entreprise commerciale ou industrielle exerçant ses activités au Cameroun, doit y fixer son siège social et y tenir sa comptabilité ».

– la société peut invoquer les droits réservés aux nationaux (il s'agit toutefois des droits privés, à l'exclusion des autres droits tels que des droits politiques et civiques, comme pour une personne physique);

– elle peut échapper en période de trouble, (guerre par exemple), aux mesures atteignant les biens ennemis.

Plusieurs critères permettent de déterminer la nationalité d'une société. Mais à titre principal, on peut retenir :

– le critère du siège social : une société à la nationalité du pays dans lequel elle est installée, c'est-à-dire la nationalité de l'Etat dont la loi gouverne son fonctionnement parce qu'elle y a fixé son siège social. C'est le critère établi par la loi camerounaise du 8 juillet 1976<sup>(1)</sup>, et par biens d'autres pays d'Afrique tel que le Sénégal (article 1165 du C.O.C.C.). Il a été combattu à un moment donné en France, parce qu'en temps de guerre, les sociétés étrangères dirigées par des ennemis profitaient de la nationalité française pour développer leurs activités en toute quiétude. C'est pourquoi la jurisprudence française a diversifié le critère de la nationalité des sociétés en adoptant le critère du contrôle;

– le critère du contrôle : d'après la jurisprudence, une société est étrangère bien qu'ayant son siège social en France, si elle est composée d'associés étrangers ou si elle est contrôlée par des étrangers. Dès lors, la nationalité peut être déterminée par la qualité de ceux qui contrôlent la société, c'est-à-dire par la personnalité des dirigeants et l'origine des capitaux. En ce sens, on peut aussi citer l'article 4 de l'ordonnance du 30 août 1973<sup>(2)</sup> qui interdit l'exercice de la profession de banquier à des sociétés dont les dirigeants ne sont pas de nationalité camerounaise. La loi guinéenne aussi prévoit le critère du contrôle simultané du capital social et de la direction pour attribuer la nationalité de ce pays à une société (article 10 de l'ordonnance 119 du 17 mai 1985).

De manière secondaire, on a pu retenir comme critère, le centre d'exploitation. Mais celui-ci pose beaucoup de problèmes surtout si la société a plusieurs sites. On a également mentionné le critère d'origine anglo-saxonne de l'incorporation, qui rattache la société au pays selon la loi duquel elle a été constituée et où elle a été enregistrée, même si son siège social réel est situé dans un autre pays. Le droit français ne retient malgré ces propositions que le critère du siège social et celui du contrôle. La jurisprudence quant à elle, applique comme critère principal le siège social tel qu'il figure dans les statuts. Mais lorsque le siège social statutaire est fictif, elle recherche où se trouve le véritable centre de décision, ou le lieu de la direction effective. Elle

---

<sup>(1)</sup> Loi précitée.

<sup>(2)</sup> *Rev. Cam. Dr.*, 1974, p. 87.

peut aussi considérer à titre subsidiaire, la nationalité des dirigeants de la société, notamment de ceux qui contrôlent financièrement la société<sup>(1)</sup>.

L'Acte uniforme ne parle pas de la nationalité des sociétés. C'est sans doute parce que l'ensemble des sociétés des Etats parties est désormais régi par cette législation commune. Cela ressort clairement de l'article 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme traitant du champ d'application de la nouvelle loi: «Toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des Etats parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (désignés 'les Etats parties') est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme». L'article 3 ajoute: «Toutes personnes, quelle que soit leur nationalité, désirant exercer en société, une activité commerciale sur le territoire de l'un des Etats parties, doivent choisir l'une des formes de société qui convient à l'activité envisagée, parmi le présent Acte uniforme».

Un des intérêts de la connaissance de la nationalité est la détermination de la loi applicable; or, l'Acte uniforme détermine son champ d'application; il s'agit des sociétés régies par l'Acte uniforme.

### SECTION 3. LE PATRIMOINE DE LA PERSONNE MORALE

- 209.** La société a un patrimoine propre distinct de celui des associés, et qui est géré de façon autonome par elle. Cependant, la personnalité morale n'a pas la même force dans toutes les sociétés. Son opacité est plus ou moins marquée selon la forme de la société, en sorte que dans certains cas, on peut arriver à une confusion entre le patrimoine social et celui des associés.

#### §1. L'intérêt d'un patrimoine social

- 210.** La société personne morale a un patrimoine distinct de celui de ses associés. L'existence d'un patrimoine social emporte diverses conséquences:
- chaque associé a un droit sur le patrimoine social. Il s'agit d'un droit de créance portant sur les dividendes, sur la valeur de son apport et sur le boni de liquidation;
  - les biens de la société ne constituent pas le gage des créanciers personnels des associés, mais le gage des créanciers sociaux; en ce sens, ceux-ci ont un droit de préférence sur les premiers, notamment en cas de liquidation de la société. Les créanciers sociaux ne peuvent se payer en principe que sur le patrimoine social et les créanciers des associés sur les biens propres de ces

<sup>(1)</sup> Cf. Cass. Req., 12 mai 1931, *DP*, 1936, I, 121, note SILZ.

derniers. Il est évident que la situation n'est pas identique dans toutes les sociétés. La distinction du patrimoine social et du patrimoine des associés est moins nette dans les sociétés de personnes, car les associés sont par principe indéfiniment tenus. Cependant, les deux masses ne se confondent pas en tout point de vue : le créancier personnel d'un associé ne peut pas faire valoir sa créance sur le patrimoine de la société. De même, un créancier de la société n'a la possibilité de faire valoir sa créance sur le patrimoine des associés, qu'en cas d'insuffisance de l'actif social. En conséquence, il ne peut y avoir de compensation possible entre la créance appartenant à un créancier d'un des associés et la dette de ce dernier contre la société (le créancier d'un associé est en même temps débiteur de la société : la compensation des deux n'est pas possible, même si les montants sont identiques, parce que la dette et la créance n'existent pas entre les mêmes personnes ; par exemple, A est créancier de B ; B est associé d'une société ; A est débiteur de la société où B est associé : la créance de A contre B ne peut être compensée avec la dette de A contre la société) ;

– la liquidation des biens de la société a plus ou moins d'effets à l'égard des associés selon le type de société :

- dans les sociétés de personnes, elle entraîne celle des associés tenus indéfiniment des dettes sociales même s'ils ne sont pas eux-mêmes en état de cessation de paiement. Il y a alors deux procédures : l'une pour la société, une pour chacun des associés, et il peut se faire que les créanciers accordent un concordat à un associé, mais pas à la société et vice versa ;

- dans les sociétés par actions et les S.A.R.L., la liquidation des biens de la société se limite à celle-ci. sauf s'il y a simulation ou déclaration de liquidation des biens commune entre la société et un ou plusieurs dirigeants :

– le cas de simulation : si les créanciers prouvent la simulation (par exemple, que la société est apparente et qu'il existe une contre-lettre aux termes duquel le contrat de société ne sera pas exécuté), ils peuvent saisir les biens sociaux et les biens personnels des prétendus associés ; le choix de l'acte apparent ou de la contre-lettre dépend de leur intérêt ;

– la déclaration de « faillite commune » : elle résultait initialement de l'article 437 du Code de commerce. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif consacre la même idée. Ainsi, il ressort de l'article 189 de ce texte que : « En cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens d'une personne morale, peut être déclaré personnellement en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, tout dirigeant qui a, sans être en cessation des paiements lui-même :

- exercé une activité commerciale personnelle, soit par personne interposée, soit sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements ;
- disposé du crédit ou des biens de la personne morale comme des siens propres ;
- poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale». La société existe réellement et il n'y a pas simulation ; mais son dirigeant est accusé d'avoir traité le patrimoine social comme une chose qui lui appartient en propre. Ce comportement est sanctionné en cas de cessation des paiements de la société et la sanction est le déclenchement contre la société et contre le dirigeant d'une procédure unique, et cela sans compter les sanctions pénales qui peuvent être encourues en plus par ce dernier s'il est reconnu coupable de banqueroute. La société et son dirigeant vont donc être considérés comme des débiteurs solidaires des dettes de la société, que celle-ci soit de personnes ou de capitaux ; l'article 191 de l'Acte uniforme suscitée est en ce sens<sup>(1)</sup>. L'article 189 de cet Acte prévoit enfin la possibilité pour la juridiction compétente de prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens des dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une personne morale et qui n'acquittent pas cette dette. C'est l'action en comblement du passif<sup>(2)</sup> ;
- le cas des groupes de sociétés : Il s'agit de l'hypothèse où plusieurs sociétés sont associées les unes des autres, ou encore de celle où plusieurs sociétés ont un associé important commun qui est la société mère. Le problème qui se pose est celui de la séparation des patrimoines des associés et de la société<sup>(3)</sup>.

## §2. La confusion des patrimoines

**211.** Il faut faire une distinction entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux.

Dans les sociétés de personnes, la personnalité morale est plus transparente<sup>(4)</sup> : le patrimoine social n'est pas vraiment distinct du patrimoine personnel des associés en sorte que les créanciers peuvent saisir les deux masses ; l'obligation indéfinie et solidaire des associés en nom, des

<sup>(1)</sup> COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, 13<sup>e</sup> éd., p. 41 : qui attirent l'attention sur les « mirages de la responsabilité limitée » pour l'associé dirigeant ou l'associé caution.

<sup>(2)</sup> Voy. la responsabilité des dirigeants sociaux, *infra*, spécialement, n<sup>os</sup> 230 et s.

<sup>(3)</sup> Sur les liens de droit entre entreprises, *infra* n<sup>os</sup> 266 et s.

<sup>(4)</sup> C'est d'ailleurs aussi le cas des groupements d'intérêt économique ; cf. art. 873 A.U.

commandités des S.C.S., permet aux créanciers sociaux de ces sociétés de poursuivre les divers associés sur leur patrimoine personnel ; par ailleurs, les associés sont directement imposés à l'exclusion de la société. C'est la théorie de la transparence fiscale<sup>(1)</sup>.

Dans les sociétés de capitaux en revanche, la personnalité morale est plus opaque, plus marquée. La personne de l'associé s'efface pratiquement au profit de la personne morale. La notion de personnalité morale peut être abusivement utilisée. C'est le cas lorsque la personnalité morale est un abri pour celui qui ne peut exercer le commerce à titre individuel et qui crée une société de façade pour masquer une activité purement personnelle. De même, sous couvert de la personnalité morale, certains dirigeants sociaux peuvent accomplir des actes de commerce dans un intérêt personnel (limitant ainsi leur responsabilité). Qu'ils soient ou non commerçants, la loi prévoit en cas de cessation de paiements, leur mise en faillite personnelle<sup>(2)</sup>. L'article 891 de l'Acte uniforme est très explicite sur la question, et il prévoit une sanction pénale contre le dirigeant en infraction.

En dehors de la nature de la société qui est déterminante, la confusion de patrimoines peut être la conséquence d'un abus de la personnalité morale ou de la fictivité de la société ; par exemple : une filiale de façade créée pour masquer les activités d'une autre personne morale (alors qu'une filiale doit être une société juridiquement autonome). Les exigences du crédit commercial imposent de nombreux tempéraments à la règle de l'autonomie des sociétés du groupe<sup>(3)</sup>.

Sur le plan pénal, les articles 886 et suivants de l'Acte uniforme, partant de l'idée de confusion, envisagent un certain nombre d'infractions pénales que peuvent commettre les dirigeants de sociétés au moment de la constitution de celle-ci<sup>(4)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> In Y. GUYON, *Droit des affaires, op. cit.*, p. 133.

<sup>(2)</sup> C'est ce qui ressortait jusque là de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine : cf. en ce sens, la loi du 16 novembre 1940 et le décret n° 53-706 du 9 août 1953 complétant l'article 25 de la loi du 7 mars 1925; en jurisprudence : Com., 17 déc. 1957, *Bull. civ.*, III, n° 353; *RTD com.*, 1958, p. 162. Sur la question, voy. J. HAMEL, «La personnalité morale et ses limites», *D.*, 1949, chr. 141.

<sup>(3)</sup> Sur les liens de droit entre entreprises, n°s 266 et s.

<sup>(4)</sup> Voir *infra*, I<sup>er</sup> Partie, Titre III.

Dans les législations, qui à la différence de l'OHADA, admette la responsabilité pénale des sociétés, l'idée de confusion de patrimoines conduit à retenir à la fois la responsabilité de la société et celle des dirigeants que ce soit pour risque ou pour faute.

## CHAPITRE 2

# VIE ET ÉVOLUTION DE LA SOCIÉTÉ

---

- 212.** Une société naît, vit et meurt. Ainsi, après avoir examiné les règles de constitution, il convient d'envisager le fonctionnement de la société (section 1), étant entendu que la vie d'une société ne se conçoit pas de manière statique, mais dynamique. Celle-ci peut être restructurée si le besoin d'adaptation se fait sentir, notamment en raison d'une modification des circonstances économiques (section 2). Enfin, il peut arriver que pour une cause déterminée, que l'évolution de la société s'oriente vers la mort de celle-ci (section 3). Il faut alors mettre sur pied toute mesure destinée à terminer les affaires sociales.

### SECTION 1. LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ

- 213.** Le fonctionnement d'une société implique l'intervention de divers organes ; en dehors des associés qui ont un droit de regard sur les affaires sociales en vertu de l'*intuitu personae* (un associé quel qu'il soit doit jouir d'un minimum de droits et de pouvoirs qui montrent qu'il est plus qu'un créancier de la société, qu'il est un membre du groupement né du fait du pacte social. C'est en sens que la collectivité des associés est un organe fondamental dans la vie d'une société), la gestion courante de la société est nécessairement confiée à des organes distincts. En effet, si la collectivité des associés est un organe fondamental dans la vie d'une société, celle-ci exprime sa volonté juridique par l'organe de représentants, c'est-à-dire par des personnes physiques qui sont les mandataires des autres associés et qui assurent la gestion de la société. Toute société doit donc avoir ses organes de gestion. Ceux-ci bien que désormais investis des pouvoirs légaux font l'objet d'un contrôle rigoureux dans l'exercice de leurs fonctions ; par ailleurs, dans la mesure où des situations conflictuelles ne peuvent manquer de survenir entre les dirigeants, ou entre eux et les associés, ou même entre la société et les tiers, des mesures ont été envisagées pour pallier ces difficultés susceptibles de bloquer le fonctionnement de la société.

#### § 1. La gestion

- 214.** La gestion d'une société suppose la mise en mouvement d'un certain nombre d'organes, lesquels sont tenus de se conformer aux règles de gestion organisées par la loi ou incluses dans les statuts sociaux.

*A. Les organes de gestion*

- 215.** La mise en mouvement des organes de la société varie suivant les formes de société. Dans les sociétés de personnes, les règles sont relativement simples. Le Code civil applicable a prévu dans les articles 1856 à 1861, les conditions dans lesquelles les associés devraient soit administrer ensemble le fonds social, soit charger l'un d'eux de le faire. Le Code de commerce initialement, puis l'A.U. aujourd'hui, a ajouté à ces règles que les associés en nom sont solidairement et indéfiniment responsables des engagements sociaux (article 270), et à l'article 299, qu'il est interdit aux commandités de s'immiscer dans la gestion. Ces dispositions légales sont complétées au besoin par les clauses de l'acte de société.

Dans les sociétés de capitaux, les règles de fonctionnement sont plus complexes. Après que les associés ont réalisé leurs apports, le fonctionnement de la société est bien souvent indépendant de la vie de ses membres. Les associés peuvent s'interchanger sans que l'existence de la société soit menacée. D'un autre côté, les rapports de la société avec les tiers doivent être plus sérieusement considérés. La société de capitaux est plus en contact avec les tiers compte tenu des capitaux qu'elle brasse; les tiers doivent donc être plus protégés. On peut alors constater que les règles d'organisation et de fonctionnement sont conçues dans l'intérêt des associés, mais aussi et surtout des tiers. Cet état d'esprit est maintenu dans l'A.U., notamment dans les principes généraux qu'il pose relativement aux pouvoirs des dirigeants sociaux.

Il reste évident que si on choisit la société unipersonnelle, on a un mode de gestion approprié. En revanche, si on opte pour une société pluripersonnelle, l'Acte uniforme a conçu une diversité de choix possibles en ce qui concerne l'administration et la direction de certaines sociétés. A donc été suggérée, parfois en fonction du nombre d'associés, une direction tantôt collégiale, tantôt personnelle. Par ailleurs, on s'aperçoit que l'Acte uniforme laisse souvent la latitude aux entrepreneurs de distribuer les pouvoirs entre divers organes de la société. Mais au-delà de cette souplesse, reste la volonté marquée du législateur africain, de renforcer la transparence de la gestion et la responsabilité des dirigeants de sociétés commerciales.

Les organes de gestion sont divers et leur composition peut varier d'une société à une autre. Toutefois, il existe des règles d'organisation de la gestion communes à tous les types de sociétés; elles sont relatives à la composition des organes, aux conditions d'accès aux fonctions de dirigeant de société, au principe de leur désignation, de leur rémunération et aux conditions de cessation de leurs fonctions.

## 1. La composition

- 216.** La société est dirigée par un gérant ou un administrateur. En effet, la gérance est le mode normal de gestion des petites et moyennes entreprises, telles que les S.N.C., les S.C.S. et les S.A.R.L.

En effet, la S.A.R.L. est dirigée par un ou plusieurs gérants, associés ou non, désignés par les statuts ou dans un acte postérieur (signé conformément à l'article 323 de l'Acte par une majorité d'associés représentant plus de la moitié du capital), salariés ou gratuits. Ils doivent être obligatoirement des personnes physiques. Le nombre des gérants est librement fixé par les statuts. La durée des fonctions est déterminée par les statuts. A défaut, la durée du mandat est limitée à quatre ans.

S'agissant des sociétés de personnes – S.N.C. et S.C.S. –, les règles sont plus ou moins identiques à celles de la S.A.R.L. La S.N.C. peut être administrée par un ou plusieurs gérants, associés ou non, personnes physiques ou morales. Dans le cas où une personne morale est gérante, ses dirigeants sont soumis aux mêmes obligations et encourent les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'ils étaient gérants en leur nom personnel. Cependant, la responsabilité civile et pénale de ces gérants n'entraîne pas pour eux, même si la société qu'ils représentent est associée dans la S.N.C., la responsabilité solidaire et indéfinie au passif de la société. Ils ne sont responsables que des fautes qu'ils commettraient dans le cadre de l'exécution du mandat de gérant confiée à leur société. En tout état de cause, les dirigeants sociaux de S.N.C. sont quasiment indissociables de l'entreprise. La S.C.S. est quant à elle gérée par un ou plusieurs associés pris parmi les associés commandités, les associés commanditaires ne pouvant, en aucun cas, accomplir des actes de gestion, et ce même en vertu d'une procuration (articles 298 à 301 de l'A.U.). Le commanditaire qui s'immisce dans la gestion s'engage personnellement et indéfiniment.

Quant aux grandes sociétés, notamment celles de capitaux (S.A.), le régime est plus varié désormais avec l'avènement de l'A.U. Une certaine flexibilité est laissée pour le mode d'administration de la société anonyme : on peut opter pour une S.A. avec un conseil d'administration, dirigée soit par un président directeur général, soit par un président du conseil d'administration et un directeur général, ou pour une S.A. avec administrateur général unique. L'A.U. prévoit donc deux modes d'administration des sociétés anonymes en fonction du nombre des actionnaires (article 414). Lorsque le nombre d'actionnaires est inférieur ou égal à trois, la S.A. est dirigée par un seul administrateur (article 494) dénommé administrateur général, administrateur ou non (les S.A. comportant trois actionnaires ont la possibilité de désigner un conseil d'administration composé de trois

actionnaires). La durée de son mandat ne peut excéder six ans. En revanche, si le nombre d'actionnaires est supérieur à trois, la S.A. est dirigée par un conseil d'administration composé de trois à douze administrateurs (article 416), personnes physiques ou morales, choisies parmi les actionnaires ou en dehors de ces derniers, mais dans la limite du tiers de son effectif. Cette mesure vise sûrement l'intégration des salariés non actionnaires à l'administration de la société<sup>(1)</sup>. Lorsque l'administrateur est une personne morale, il est tenu de désigner un «représentant permanent» qui encourra les mêmes responsabilités que s'il était administrateur en son nom propre.

Le conseil d'administration peut comprendre jusqu'à quinze administrateurs dans les S.A. dont les actions sont cotées en Bourse. Les membres du premier conseil d'administration sont désignés soit par les statuts de la S.A., soit au cours de l'assemblée générale constitutive. En cours de vie sociale, les administrateurs sont nommés, remplacés ou révoqués *ad nutum* par l'assemblée générale ordinaire. Une même personne ne peut cumuler plus de cinq mandats d'administrateur (ou trois mandats d'administrateur général) dans des S.A. ayant leur siège social dans un même Etat partie (article 415 de l'Acte).

Les statuts ainsi que les documents émanant de la société doivent obligatoirement mentionner le mode d'administration.

## 2. L'accès aux fonctions

217. L'accès aux fonctions de dirigeant d'une société est libre et toute personne peut être désignée. Mais quelques restrictions sont prévues par la loi, aussi bien dans l'intérêt du candidat à ces fonctions – les règles protectrices de l'incapacité –, que dans l'intérêt public – c'est le régime des interdictions-. En effet, certaines personnes sont déchues du droit d'administrer les sociétés. Le décret français du 8 août 1935, rendu applicable à quelques exceptions près aux colonies françaises, pays de protectorat et territoires sous mandat, promulgué dans ces territoires par le décret du 3 septembre 1936 prévoyait contre certains délinquants :

– une déchéance automatique découlant de la condamnation à une peine perpétuelle ou à un crime ou délit de la famille du vol (vol, escroquerie, abus de confiance, chèque sans provision, etc.);

---

<sup>(1)</sup> On peut à cet effet rappeler que cette solution n'est pas nouvelle en Afrique. Une ordonnance gabonaise du 11 avril 1975 prévoyait déjà avant l'OHADA que 10% du capital social des sociétés de capitaux devaient être réservés par priorité aux employés de la société; en ce sens, G. MEISSONNIER, «Les sources du droit des sociétés», in *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, *op. cit.*, p. 102; Equipe HSD, *Droit commercial et des sociétés*, EDICEF, UREF, p. 64.

– une déchéance facultative pouvant être prononcée pour tout gérant ou administrateur de toute société mise en faillite, en cas de faute lourde.

La personne qui gérait alors une société quoique déchue était pénalement punie. La déchéance était perpétuelle. Mais le tribunal pouvait y mettre fin au bout de 5 ans.

Certaines législations nationales contiennent aussi des dispositions relatives à l'interdiction de gérer une société. Ainsi, l'article 36 du Code pénal camerounais prévoit une déchéance professionnelle. Celle-ci est une peine complémentaire, facultativement prononcée par le juge dans des cas prévus par la loi. L'interdiction de gérer une société est en ce cas prononcée, lorsque le juge constate que le délinquant a profité de sa fonction pour commettre le crime ou le délit poursuivi et craint alors une récidive. La déchéance est d'une durée de 5 ans et elle peut être perpétuelle, s'il y a récidive. En cas de violation, l'article 178 du Code pénal prévoit une sanction de 15 jours à 6 mois d'emprisonnement et une amende de 10.000 à 100.000 F CFA.

L'Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif<sup>(1)</sup> a conçu d'autres règles d'interdiction contre les personnes physiques dirigeantes des personnes morales assujetties à ces procédures, aux personnes physiques représentants permanents de personnes morales dirigeantes des personnes morales assujetties. Il s'agit alors aux termes de la loi des dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, apparents ou occultes. Une faillite «personnelle» les frappe dans certaines circonstances dont entre autres une mauvaise gestion ayant contribué à provoquer la cessation des paiements d'une société. En effet, l'article 203 dispose alors que la décision de faillite emporte de plein droit entre autres l'interdiction générale de faire le commerce et notamment de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale à forme individuelle ou toute personne morale ayant une activité économique. Il s'agit donc d'une déchéance du droit de gérer dont la durée est fixée par la juridiction entre trois ans et dix ans. Elle cesse de plein droit au terme fixé. Les autres conditions de réhabilitation sont déterminées par les articles 204 et suivants de cette loi.

En tout état de cause, les actes conclus par le gérant ou l'administrateur déchu, au nom de la société, sont valables, à condition qu'ils aient été accomplis dans la limite des pouvoirs dévolus à leur titulaire.

---

<sup>(1)</sup> Cet Acte a été analysé par divers auteurs; cf. POUGOUE (P.G.) et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, PUA, Yaoundé 1999; SAWADOGO (F.M.), «Commentaires de l'Acte», in *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, OHADA, Juriscope, 1999, p. 853 et s.

### 3. La désignation

- 218.** En principe, ce sont les associés qui désignent les dirigeants sociaux. A titre exceptionnel, et en cas de désaccord entre les associés, de dissolution de la société ou d'ouverture d'une procédure collective, les tribunaux peuvent être amenés à désigner un administrateur provisoire, ou un syndic dont les fonctions sont toujours déterminées et temporaires. De manière particulière dans les S.A., la cooptation d'un ou plusieurs administrateurs est possible en cas de vacance d'un ou de plusieurs sièges d'administrateur, par décès ou démission, et obligatoire dans les trois mois de la vacance lorsque le nombre d'administrateurs en fonction est devenu inférieur au minimum statutaire ou lorsque l'effectif des administrateurs actionnaires est devenu inférieur aux deux tiers des membres du conseil. L'assemblée générale est seule compétente pour procéder aux nominations nécessaires, quand l'effectif du conseil est devenu inférieur au minimum légal, soit trois administrateurs.

Le gérant est désigné dans les mêmes conditions et avec les mêmes pouvoirs dans les S.A.R.L., les S.N.C. et les S.C.S.

Quel que soit le cas, le dirigeant de société peut être ou non salarié de la société. S'il est salarié, il est lié à la société par un contrat de travail. Le cumul du mandat social avec un contrat de travail est admis à la condition que ce contrat corresponde à un travail effectif, nettement distinct du mandat social et impliquant un lien de subordination; ce contrat de travail constitue une convention réglementée qui devra être acceptée par la collectivité des associés. A défaut de travail effectif et subordonné, le dirigeant n'est que le mandataire des autres associés.

### 4. La rémunération des organes de gestion

- 219.** Les fonctions de dirigeant social ne sont pas gratuites. La règle est claire pour les administrateurs de S.A.. Pour alléger quelque peu les frais généraux l'Acte uniforme a supprimé les tantièmes prévus dans la législation précédente, mais a maintenu les jetons de présence. Les administrateurs peuvent alors percevoir conformément à l'article 430 de l'Acte les rémunérations suivantes: une indemnité de fonction attribuée par l'assemblée générale (ce sont les «jetons de présence»); des rémunérations exceptionnelles pour les missions ou mandats particuliers (PDG, PCA ou DG, par exemple); le remboursement de frais de voyage, déplacements et dépenses engagés dans l'intérêt de la société. Toutes autres rémunérations doivent être soumises, sous réserve du respect de la procédure des conventions réglementées, à l'autorisation préalable du conseil d'administration (article 432). Les dirigeants non administrateurs (DG, DGA ou AGA) peuvent également recevoir des

rémunérations qui sont soumises à la procédure des conventions réglementées.

La rémunération des gérants de S.A.R.L. quant à elle, est fixée par les statuts ou par une décision collective ordinaire et n'est pas traitée comme une convention réglementée (article 325 de l'Acte).

Le gérant de S.N.C. peut aussi être rémunéré. Le montant de la rémunération est fixé soit dans les statuts soit par une délibération des associés (article 278). Cette règle est susceptible d'être étendue aux gérants de S.C.S. dans la mesure où les associés en nom encore appelés associés gérants sont dans la même situation que les commandités seuls admis à diriger la société en commandite (article 298).

### 5. La cessation des fonctions

- 220.** Les fonctions de dirigeant cessent soit par l'arrivée du terme du mandat, soit par suite de décès, d'incapacité, d'interdiction ou d'incompatibilité, soit encore en cas de démission ou de révocation. La cessation des fonctions de gérant peut intervenir par l'arrivée du terme du mandat, par décès, interdiction ou incapacité d'exercer, par démission ou par révocation.

S'agissant plus particulièrement de la révocation, il faut d'abord dire que comme la désignation, elle relève de la compétence exclusive de la collectivité des associés. Cependant, tandis que tous les dirigeants de S.A., y compris les DGA et les AGA, sont des mandataires sociaux révocables *ad nutum* (articles 433 al. 2, 469, 484, 492, 509, 515), la révocation des gérants et particulièrement de celui de S.A.R.L. obéit à un régime plus rigoureux. La révocation du gérant de S.A.R.L., qu'il ait été ou non désigné par les statuts, ne peut être décidée que par les associés représentant plus de la majorité du capital social; l'exigence de cette majorité simple est d'ordre public et les statuts ne sauraient ni l'aggraver, ni l'amoindrir: toute clause contraire est réputée non écrite (article 326). Dans cette logique, une révocation ou une démission sans juste motif peut donner lieu à dommages et intérêts (articles 326 et 327). Le gérant de S.N.C. ou de S.C.S. quant à lui est révocable par délibération des associés à l'unanimité des associés s'il est statutaire, ou à la majorité en nombre et en capital des associés dans le cas contraire (articles 279, 280 et 298).

Les tiers doivent être informés de la nomination, de la révocation, démission et cessation de fonction des dirigeants; la publicité est faite par inscription au RCCM (article 124 de l'A.U.).

### *B. Les règles de gestion*

**221.** Le fonctionnement des sociétés commerciales est relativement clarifié. Beaucoup de situations étaient peu saisies par le droit. L'Acte uniforme apporte des éléments de réponse tout en essayant de coller autant que faire se peut au réel. Il prévoit de manière détaillée les règles applicables au fonctionnement des sociétés commerciales. Le fonctionnement d'une société suppose une gestion quotidienne saine par les divers organes de la société. Cette gestion est différente suivant la diversité des organisations et le type de société. On peut avoir selon le cas une gestion collégiale de tous les associés, à l'instar de sociétés de personnes, ou une répartition des tâches, et là s'applique le principe de la spécialité. Les gérants et les administrateurs doivent faire marcher la société. Pour cela, ils doivent user d'une stratégie pour la faire prospérer ou à tout le moins, lui éviter des pertes ou au pire une cessation de paiements. Agissant ainsi au nom et pour le compte de la société, les dirigeants ont une sphère de pouvoirs bien déterminée aussi bien dans la vie courante de la société, que des résultats financiers de celle-ci. Il est incontestable que l'Acte uniforme étend les pouvoirs des dirigeants sociaux. Cependant, en contrepartie des pouvoirs, il met à leur charge une responsabilité personnelle susceptible d'être plus engagée. En ce sens, de nombreuses dispositions sur leur responsabilité civile et pénale sont consacrées aux fautes et infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions.

#### **1. Les pouvoirs de gestion courante de la société**

**222.** Le problème que pose la détermination des pouvoirs des dirigeants de société est celui de savoir à quelle condition leurs actes engagent la société tout entière. Cela implique bien évidemment que les dépassements de pouvoir devraient être interdits et sanctionnés.

En principe, les pouvoirs des organes de gestion ne sont pas définis par la loi, mais librement fixés par les statuts. C'est ainsi que le pacte social peut leur conférer des pouvoirs larges ou très étroits. Cependant l'A.U. détermine les pouvoirs des dirigeants sociaux lorsque les statuts ne l'ont pas fait. L'administrateur général ou le conseil d'administration ou le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société.

Les dirigeants agissent donc ès qualités pour le compte de l'entreprise, et signent leurs actes de la signature sociale. Lorsqu'ils relèvent des statuts, ceux-ci doivent donc prévoir une liste d'actes que les gérants ou les administrateurs peuvent effectuer de leur seule décision, et une autre liste d'actes que ces derniers ne peuvent valablement conclure qu'avec l'autorisation des associés, statuant à la majorité ou à l'unanimité.

Les dirigeants peuvent en principe prendre toutes les mesures nécessaires à la marche de l'entreprise, à l'organisation de ses services comme à l'accomplissement des fonctions techniques, commerciales et financières. Mais ils ne peuvent empiéter sur les pouvoirs que la loi réserve aux associés. Ils exercent leurs pouvoirs dans les limites de l'objet social et sous réserve des pouvoirs reconnus aux assemblées d'associés. Dans une affaire, il a été jugé qu'un gérant qui a modifié les quotités des droits de chacun des associés résultant des statuts originaires, commettait un excès de pouvoir car la décision entraînait une modification des statuts qui ne pouvait être prise que par l'assemblée générale extraordinaire<sup>(1)</sup>. Dans le même sens, des juges français ont admis dans le cas d'un gérant de S.A.R.L. ayant vendu seul son hebdomadaire à une maison de presse, que cette cession qui portait sur l'objet social de la société – dans la mesure où cet objet était l'exploitation de cet hebdomadaire –, équivalait à une modification des statuts, acte nécessitant l'accord des associés. Faute de cet accord, la vente a été annulée<sup>(2)</sup>.

- 223.** Toutefois, il est fréquent que certaines clauses limitatives de leurs pouvoirs soient prévues. Mais l'A.U. pose certains garde-fous protecteurs des tiers. L'article 121 précise qu'à l'égard des tiers, les organes de gestion, de direction et d'administration ont tout pouvoir, mais seulement dans les limites déterminées par l'Acte pour chaque type de société, pour engager la société sans avoir à justifier d'un mandat spécial. Dès lors, toute limitation de leurs pouvoirs légaux par les statuts est inopposable aux tiers. L'A.U. généralise ainsi la règle du pouvoir légal des dirigeants déjà en vigueur dans la S.A.R.L. Il y a certainement avantage à clarifier les compétences entre les divers organes intervenant dans la gestion de la société, ce qui évite que la société ne puisse se dégager des obligations résultant des actes passés par son représentant en opposant l'irrégularité de ceux-ci.

Les tiers qui entrent en relation avec la société, sont pour ainsi dire dispensés de vérifier les pouvoirs du représentant de la société. En ce sens, l'article 122 de l'Acte dispose que la société est engagée par les actes des organes de gestion, de direction et d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Cette disposition rassurante pour les tiers s'inspire autant des directives de la Communauté européenne (Directive CEE du 9 mars 1986) que de la loi française ou de la jurisprudence française<sup>(3)</sup>. Le dirigeant engage donc vala-

<sup>(1)</sup> C.A. Amiens, 22 juillet 1952, *JCP*, 1953, II, 7733.

<sup>(2)</sup> Cass. com., 12 janvier 1988, *Rev. soc.*, 88, p. 263; *JCP*, 1988, éd. E, I, 15240.

<sup>(3)</sup> Paris, 30 janvier 1987, *JCP*, 1987, éd. E, 16664, n° 17.

blement la société par tous les actes qu'ils soient compatibles ou non avec l'objet de la société, qu'il s'agisse des actes de gestion courante ou actes d'administration que des actes de disposition.

- 224.** Cependant, les actes accomplis de façon inopportune ou malhonnête par le dirigeant ne sont pas sanctionnés par la nullité, mais par l'engagement du représentant. Cela ressort implicitement de l'article 123 qui dispose que dans les rapports entre associés et sous réserve des dispositions légales spécifiques à chaque forme de société, les statuts peuvent limiter les pouvoirs des organes de gestion, de direction et d'administration. Si celui-ci excède donc ses pouvoirs statutaires, l'acte n'engage pas la société. Mais si l'on se réfère à la jurisprudence antérieure, on peut encore admettre par application de la théorie du mandat apparent (et de l'erreur légitime)<sup>(1)</sup>, l'engagement de la société pour assurer la protection des tiers, notamment si le dirigeant a agi sous la dénomination sociale. D'ailleurs, l'article 123 alinéa 2 précise que les limitations statutaires de pouvoirs sont inopposables aux tiers de bonne foi.

La société peut aussi être engagée à l'égard des tiers pour certaines fautes de gestion des dirigeants. Cette responsabilité est directe et non celle d'un commettant; les dirigeants étant les organes de la société, la responsabilité est, selon le droit commun, fondée sur la faute personnelle de ceux-ci. Cependant, la société peut mettre en cause la responsabilité civile et pénale de ses dirigeants dans les conditions prévues par les articles 889 et suivants de l'Acte uniforme.

## **2. Les règles particulières à certains types de société**

- 225.** La société en participation n'a pas la personnalité morale. Il ressort alors de l'article 856 de l'Acte uniforme qu'à moins que les parties aient prévu une organisation différente, les rapports entre associés sont régis par les dispositions applicables aux sociétés en nom collectif. Les biens nécessaires à l'activité sociale sont cependant mis à la disposition du gérant de la société. Mais chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société. Dans les rapports avec les tiers, à l'inverse de ce qui se passe dans les autres sociétés, chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé.
- 226.** En ce qui concerne les sociétés de fait, il convient de préciser que les règles de gestion de celles-ci ne pouvant être prévues par la loi, l'article 868 de l'A.U. dispose que lorsque l'existence de la société est reconnue par le juge,

---

<sup>(1)</sup> Cass. req., 9 septembre 1940, *JCP*, 1941, éd. G., II, p. 1610.

les règles applicables à l'administration des S.N.C. s'appliquent. En fait, il n'est pas question dans ces sociétés des règles de fonctionnement; les associés ignorent souvent qu'ils sont en société. Souvent, l'existence de la société n'est mise à jour qu'en vue de sa liquidation. Les associés en prouvant la société vont pouvoir prétendre à la répartition du boni de liquidation; chacun reprend la valeur initiale de ses apports et la plus-value dont a bénéficié le fonds de commerce apporté est partagée. Les créanciers peuvent agir conformément aux principes de la S.N.C., contre chacun des partenaires, lesquels sont tenus solidairement et indéfiniment des dettes sociales.

### 3. La gestion des résultats financiers de l'entreprise

- 227.** Toute société commerciale a l'obligation qui incombe aux commerçants de tenir une comptabilité (article 13 de l'A.U. portant droit commercial)<sup>(1)</sup>. Ainsi, une société commerciale doit, par l'intermédiaire de ses dirigeants, tenir obligatoirement un livre journal de toute opération effectuée, conserver les documents justificatifs, faire un inventaire annuel pour faire ressortir son bilan et un compte «pertes et profits». L'article 137 de l'A.U. réitère ces obligations comptables incombant à tout commerçant. Cet article dispose que: «A la clôture de chaque exercice, le gérant ou le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, établit et arrête les états financiers de synthèse conformément aux dispositions de l'A.U. portant organisation et harmonisation des comptabilités». Ensuite, le gérant, le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas toujours, établit un rapport de gestion dans lequel il expose la situation de la société durant l'exercice écoulé, son évolution prévisible et, en particulier, les perspectives de continuation de l'activité, l'évolution de la situation de trésorerie et le plan de financement (article 138). Dans les états financiers de synthèse, figure un état annexé contenant un état des cautionnements, avals et garanties donnés par la société, et un état des sûretés réelles consenties par la société.
- 228.** Ces documents comptables, doivent être présentés par les dirigeants aux associés, et à toute personne intéressée (clients, créanciers ...). Dans les sociétés anonymes et le cas échéant dans les sociétés à responsabilité limitée, les états financiers de synthèse annuels et le rapport de gestion, sont adressés aux commissaires aux comptes, quarante cinq jours au moins avant la date de l'assemblée générale ordinaire. Celle-ci statuant sur les états

---

<sup>(1)</sup> J. NGUEBOU TOUKAM, «Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA», *op. cit.*, p. 26 et s.; FENEON et GOMEZ, «Droit commercial général. Commentaires», *op. cit.*, p. 20 et s.

financiers de synthèse doit obligatoirement se tenir dans les six mois de la clôture de l'exercice (article 140 de l'Acte).

Ces documents étant donc destinés à l'information des associés, et même des créanciers réels ou potentiels de la société, il est fait obligation à la société en tant que commerçant, de respecter les principes comptables dans l'établissement de ces documents. Il est donc normalement exigé une certaine sincérité et régularité dans leur tenue. Dans tous les cas, les associés doivent avoir à partir de ces documents, une certaine image de la société; ils doivent autant que possible saisir la réalité économique de la société, et c'est pourquoi une situation peu claire voire frauduleuse est jugée répréhensible. Dans l'optique de cette sincérité et régularité, l'article 141 de l'A.U. dispose que toute modification dans la présentation des états financiers de synthèse ou dans les méthodes d'évaluation, d'amortissement ou de provisions conformes au droit comptable<sup>(1)</sup> doit être signalée dans le rapport de gestion et, le cas échéant, dans celui du commissaire aux comptes.

- 229.** Enfin, dans les différentes sociétés, l'affectation des résultats de l'entreprise, est l'œuvre de la collectivité des associés après approbation des comptes de l'exercice. Ceux-ci décident quel sera le sort des bénéfices: partager, partager pour partie et mise en réserve, mise en réserve seulement, compensation des pertes des exercices antérieurs. Les articles 142 à 146 de l'Acte uniforme organisent l'affectation du résultat par l'assemblée générale des associés, dans le respect des règles légales et statutaires. Celle-ci constitue également les dotations nécessaires à la réserve légale<sup>(2)</sup> et aux réserves statutaires. Après approbation des états financiers de synthèse et constatation de l'existence de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine, le cas échéant, les dotations à des réserves facultatives; la part de bénéfices à distribuer, selon le cas, aux actions ou aux parts sociales; le montant du report à nouveau éventuel. Elle détermine en outre, les conditions d'attribution et de paiement des dividendes et éventuellement d'un premier dividende aux associés.
- 230.** La succession de mauvais résultats peut conduire au dépôt du bilan de la société. Certaines procédures sont alors prévues à cet effet, notamment le redressement judiciaire et la liquidation des biens<sup>(3)</sup>. Il peut arriver pourtant

---

<sup>(1)</sup> Un Acte uniforme relatif au droit comptable (la partie portant sur les comptes personnels des entreprises) est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001; la partie relative aux comptes consolidés ou comptes combinés des entreprises entrera en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2002.

<sup>(2)</sup> Voy. les articles 346 pour la S.A.R.L., et 546 pour la S.A. qui décident que cette réserve se constitue par prélèvement de 1/10<sup>e</sup> au moins sur le bénéfice des différents exercices jusqu'à ce que cette dotation soit égale au moins à 1/5<sup>e</sup> du capital social.

<sup>(3)</sup> Le redressement judiciaire est «une procédure destinée à la sauvegarde de l'entreprise et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement» (article 2.2 A.U.).

que la situation bien que mauvaise ne soit pas désespérée. La société souffre alors des difficultés financières chroniques. La question qu'il faut se poser est la suivante: la société est-elle en cessation de paiements? En d'autres termes, peut-on dire qu'elle ne peut plus faire face à son passif exigible avec l'actif disponible?<sup>(1)</sup> Si tel est le cas, il faut envisager le dépôt du bilan. Mais si tel n'est pas le cas, on doit mettre en place des procédures de traitement de l'entreprise pour remédier aux mauvais résultats. Ces traitements sont conçus par l'Acte sur le redressement des entreprises. L'efficacité de ceux-ci dépend de la date de la prise de conscience des difficultés de l'entreprise. L'Acte uniforme a comme toutes les législations modernes conçu à cet effet quelques procédures destinées à réveiller les dirigeants de la société et à les prévenir des difficultés de l'entreprise: procédure d'alerte<sup>(2)</sup>, expertise de gestion<sup>(3)</sup> (articles 150 et suivants). Et il ne faut pas oublier, prévue par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, l'institution du règlement préventif<sup>(4)</sup>.

Mais en tout état de cause, le législateur OHADA a organisé un régime sévère de responsabilité des dirigeants sociaux.

### *C. La responsabilité des dirigeants de société*

- 231.** La responsabilité des dirigeants sociaux peut être engagée aussi bien sur le plan civil que sur le plan pénal.

#### **1. La responsabilité civile**

- 232.** Il est incontestable que l'Acte uniforme étend les pouvoirs des dirigeants sociaux. Cependant, en contrepartie de ces pouvoirs, il met à leur charge

---

proc. Coll.). La liquidation des biens est «une procédure qui a pour objet la réalisation des biens du débiteur pour apurer son passif» (article 2.3 A.U. proc. Coll.). Elle correspond à l'ancienne «faillite». Ces procédures sont applicables au débiteur qui a cessé ses paiements c'est-à-dire qui ne peut plus faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Elle suppose donc que la situation est irrécupérable.

<sup>(1)</sup> La cessation de paiement est une situation de trésorerie qui résulte en principe de la lecture du bilan et qui ne se confond pas avec la simple insolvabilité du débiteur. La situation de cessation de paiements doit être actuelle et non seulement prévisible (traitement et non seulement prévention). On ne peut anticiper ni sur une aggravation de la situation financière, ni sur une amélioration, si celle-ci est incertaine. Par ailleurs, la situation de cessation de paiements demeure propre à l'entreprise, et ne doit pas tenir compte des engagements pris par des partenaires extérieurs si ceux-ci ne sont pas de nature à augmenter l'actif disponible ou à diminuer le passif exigible. L'article 25 de l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives définit la cessation de paiements comme l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

<sup>(2)</sup> Sur la question, voy., n<sup>os</sup> 44, 245 et s., 263 et s., 1001.

<sup>(3)</sup> Sur la question, voy., n<sup>os</sup> 44, 261 et 965.

<sup>(4)</sup> Cf., sur la question, n<sup>os</sup> 262 et 963.

une responsabilité personnelle susceptible d'être plus engagée. En ce sens, de nombreuses dispositions sur leur responsabilité sont consacrées pour les fautes et infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions.

Il convient cependant de distinguer le cas d'une société *in bonis* et celui de la société en difficultés financières et faisant l'objet d'une procédure collective.

#### a) Société *in bonis*

**233.** Que ce soit dans la législation antérieure<sup>(1)</sup> ou dans celle qui est formulée dans l'Acte uniforme, les gérants comme les administrateurs sont individuellement ou solidairement responsables envers la société, les associés ou les tiers, pour les infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés, les violations des statuts ou les fautes de gestion qu'ils commettent. Les gérants de S.A.R.L. sont désormais responsables dans les mêmes termes que les administrateurs de S.A.

**234.** Leur responsabilité civile peut aussi être recherchée par la voie d'une action sociale et/ou d'une action individuelle (articles 161 à 172 de l'A.U.):

– 1<sup>er</sup> cas: L'action individuelle: c'est, aux termes de l'article 162, l'action en réparation du dommage subi par un tiers<sup>(2)</sup> ou par un associé<sup>(3)</sup>, lorsque celui-ci subit un dommage distinct du dommage que pourrait subir la société, du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. Cette action est intentée par celui qui subit le dommage.

– 2<sup>e</sup> cas: L'action sociale: Il s'agit d'après l'article 166 de l'action en réparation du dommage subi par la société du fait de la faute commise par le ou les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. En effet, comme le précise l'article 165, chaque dirigeant social est responsable individuellement envers la société, des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions. Si plusieurs dirigeants sociaux ont participé aux mêmes faits, le tri-

<sup>(1)</sup> Cf. en jurisprudence, Req., 30 juillet 1895, *D.*, 1896, I, 32; Civ., 15 janvier 1872, *D.*, 1872, I, 166. Ces décisions retiennent la responsabilité civile de la société, soit fondée sur la faute du représentant dont la société est le commettant, soit engagée directement lorsque la faute commise par l'organe social se rapporte à l'exploitation.

<sup>(2)</sup> BALEMAKEN (E.L.R.), «La responsabilité des dirigeants sociaux à l'égard des tiers dans l'espace OHADA», *Mémoire de DEA*, option *Droit des affaires*, Université de Yaoundé II, 2001, 103 p.

<sup>(3)</sup> Il a toujours été admis que l'associé peut exercer toute action judiciaire propre à assurer la défense de ses intérêts personnels, tant à l'encontre des organes sociaux que contre la société. En ce sens, Conceptia OUINSOU, «Les sociétés commerciales en droit positif béninois», in *Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti*, *op. cit.*, p. 45; même sens, G. MEISSONNIER, «Droit des sociétés en Afrique», *op. cit.*, p. 527, n° 561.

bunal chargé des affaires commerciales détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage, dans les conditions fixées par l'A.U. pour chaque forme de société.

Cette action est intentée par les dirigeants sociaux, dans les conditions prévues par l'A.U. pour chaque forme de société. Cependant, conformément à l'article 167, un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale après une mise en demeure des organes compétents non suivie d'effet dans le délai de trente jours. L'action des associés est dite action *ut singuli*<sup>(1)</sup>. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation du préjudice subi par la société. En cas de condamnation, les dommages et intérêts sont alloués à la société.

Pour rendre effective cette dernière action<sup>(2)</sup>, l'Acte uniforme dispose que toute clause des statuts subordonnant l'exercice de celle-ci à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée, d'un organe de gestion, de direction ou d'administration, ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action, est réputée non écrite. Dans le même sens, le quitus donné par l'assemblée des associés au dirigeant ne peut éteindre l'action. Il ne peut même pas faire obstacle à celle-ci. C'est la raison pour laquelle il est recommandé aux dirigeants de souscrire à titre personnel une police d'assurance responsabilité civile pour faute professionnelle en plus de la police responsabilité civile de l'entreprise. D'ailleurs, la société pourrait le faire au profit de ses dirigeants.

La prescription des deux actions est de trois ans et court à partir du fait dommageable ou de sa révélation.

La société est responsable des fautes de gestion commises par ses représentants; elle répond alors de leurs délits et quasi-délits civils dans les termes du droit commun.

---

<sup>(1)</sup> Sadjó OUSMANOU, «L'action sociale *ut singuli* ou l'apport éthique de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E.», *Juridis Périodique*, n° 39, p. 93 et s.; BOMBA (D.T.), «L'action sociale *ut singuli* dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique», *Mémoire de DEA*, Université de Yaoundé II, 2001, 84 p.

<sup>(2)</sup> Comme on l'a fait remarquer, le régime de cette action était auparavant entouré d'une grande confusion; la jurisprudence décidait par exemple qu'en raison de son caractère social, l'action ne pouvait plus être intentée si une transaction était intervenue avec la société (Civ., 4 février 1931, *Gaz. Pal.*, 1931, I, 528); ou si l'assemblée générale avait approuvé l'acte de l'administrateur (Seine, com., 27 mai 1935, *S.* 1935, II, 146); il n'était même pas question pour certains qu'un actionnaire prétendant exercer un droit individuel, se substitue aux représentants réguliers de la société et intente des actions judiciaires appartenant à la société (Seine, com., 8 juin 1942, *J. Soc.*, 1949, 265). Cf. Jean YADO TOE, «Les sociétés commerciales au Burkina Faso», *op. cit.*, p. 86.

**b) Société faisant l'objet de procédure collective**

- 235.** Lorsqu'une société fait l'objet d'une procédure collective, les associés indéfiniment et solidairement tenus peuvent en subir le contrecoup sur leur patrimoine (art. 31, 33 et 181 A.U. sur les procédures collectives). C'est la conséquence de leur engagement pris envers la société. Dans les autres cas les dirigeants ou actionnaires ne peuvent être atteints dans leurs biens qu'à titre de sanction. L'Acte uniforme OHADA sur les procédures collectives a surtout visé les dirigeants sociaux. Ce texte entend de manière très large le terme de «dirigeants sociaux». Il peut s'agir de dirigeants personnes physiques ou morales, des dirigeants de fait ou de droit, des dirigeants apparents ou occultes, des dirigeants rémunérés ou non ou des personnes morales dirigeantes (art. 180).

En cas de cessation de paiements d'une personne morale<sup>(1)</sup>, ces dirigeants peuvent être appelés à combler le passif de la personne morale (article 183 et suivants de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif) ou même se voir étendre la procédure collective introduite initialement contre la personne morale (voir article 189 du même Acte)<sup>(2)</sup>. De plus, à ces sanctions patrimoniales s'ajouteront, le plus souvent, une ou plusieurs sanctions extra-patrimoniales (articles 196 et s.).

- 236.** *L'action en comblement du passif.* Cette action peut être exercée contre le dirigeant de la personne morale lorsque, par sa faute de gestion, il a contribué à l'insuffisance d'actif du débiteur. On peut penser que c'est la gravité de la faute qui déterminera le montant à payer par le dirigeant. L'action ne peut être introduite qu'à la requête du syndic ou même d'office par le tribunal qui se saisirait. Elle est enserrée dans un délai de prescription de trois ans qui court à compter de l'arrêt définitif de l'état des créances. Le tribunal compétent, celui qui a prononcé le redressement judiciaire ou la liquidation des biens, détermine quelle fraction du passif mettre à la charge du dirigeant et le ou les dirigeants qui doivent être ainsi condamnés.

Pour s'assurer un tant soit peu de l'exécution de la décision rendue, le législateur donne au tribunal la possibilité d'enjoindre au dirigeant condamné la cession de ses actions ou parts sociales ou le cas échéant la cession forcée, après expertise, par le syndic. Le produit de la vente devra servir au paiement de la condamnation mise à la charge du dirigeant.

---

<sup>(1)</sup> Ce qui exclut la condamnation des dirigeants dans le cadre d'une procédure de règlement préventif. Dans ce cas, l'entreprise n'est pas encore en cessation de paiements; cf. article 2-1 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives.

<sup>(2)</sup> Pour de plus amples détails, voir POUGOUE et KALIEU, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, PUA, 1999, p. 93 et s.

**237.** *L'extension de la procédure collective au dirigeant social.* Cette extension est une «procédure-sanction»<sup>(1)</sup>; aux termes de la loi, elle est souverainement décidée par le juge lorsque sans être lui-même en état de cessation de paiements, le dirigeant social qui s'est conduit comme le véritable maître de l'affaire, se voit reproché certaines fautes :

- l'exercice d'une activité commerciale personnelle, soit par personne interposée, soit sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements ;

- la disposition des biens et du crédit de la personne morale comme des siens propres ;

- la poursuite abusive, dans son intérêt personnel, d'une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation de paiements de la personne morale ;

- le non-acquittement de la dette mise à sa charge à l'issue d'une action en comblement du passif.

Il n'est prévu aucun délai pour l'action en extension de la procédure au dirigeant. On devrait donc en déduire que le droit commun de la prescription s'applique. Ce qui est source d'insécurité entretenue pendant trop longtemps à l'égard d'anciens dirigeants de sociétés.

Cela étant, la juridiction compétente pour connaître de cette procédure est la même que celle qui a prononcé le redressement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale. De même un créancier admis dans la première procédure l'est de plein droit dans la seconde. Pour éviter des distorsions le législateur présume que la date de cessation de paiements du dirigeant ne peut être postérieure à celle retenue pour la personne morale (art. 192).

L'extension de la procédure collective vise donc comme l'action en comblement du passif à entamer le patrimoine du dirigeant pour réparer le préjudice subi par les créanciers du fait de ses comportements fautifs.

**238.** *Les sanctions extrapatrimoniales*<sup>(2)</sup>. Il s'agit exclusivement de la faillite qualifiée par le législateur de personnelle. Le législateur indique ainsi que cette sanction civile ne frappe que les personnes (physiques) à l'exclusion des groupements. En effet, elle vise d'après l'article 194 :

- les commerçants personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales commerçantes ;

<sup>(1)</sup> En ce sens, J. DELGA, *op. cit.*, p. 178.

<sup>(2)</sup> POUGOUE et KALIEU, «L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA», *op. cit.*, p. 103 et s.

- les personnes physiques dirigeantes de personnes morales assujetties aux procédures collectives,
- les personnes physiques représentantes permanentes de personnes morales dirigeantes.

La notion de dirigeant social est entendue ici également de manière large<sup>(1)</sup>. En cette occurrence, en droit comparé, des banquiers ont été condamnés en raison leur immixtion dans la gestion des sociétés qui étaient leurs clientes. On admet alors que le banquier doit faire preuve de neutralité<sup>(2)</sup>.

Concernant les modalités de la faillite, il faut signaler simplement qu'elles sont relatives aux cas, à la procédure et aux effets de la faillite. Elles sont prévues par les articles 196 et suivants. Pour l'essentiel, la faillite des dirigeants des personnes morales prive ceux-ci du droit de vote dans les assemblées de ces personnes morales contre lesquelles est ouverte une procédure collective (art. 199). En plus, elle emporte de plein droit :

- l'interdiction générale de faire le commerce et notamment de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale à forme individuelle ou toute personne morale ayant une activité économique ;
- l'interdiction d'exercer une fonction publique élective et d'être électeur pour ladite fonction publique ;
- l'interdiction d'exercer aucune fonction administrative, judiciaire ou de représentation professionnelle.

La juridiction qui prononce la faillite doit en fixer la durée. Celle-ci ne peut être inférieure à trois ans ni supérieure à dix ans.

## 2. La responsabilité pénale

- 239.** Certaines infractions pénales sont liées à l'organisation et au fonctionnement de la société. Le législateur OHADA a prévu de nombreuses infractions, qui peuvent être commises par des personnes intervenant dans le cours de la société. Concernant la gestion courante de la société, ont été prévus par les articles 889, 890 et 891 de l'Acte, la distribution de dividendes fictifs, la publication ou la présentation des états financiers de synthèse inexacts, l'abus des biens ou du crédit de la société. On peut néanmoins ici

<sup>(1)</sup> Cf. *Supra*, n° 235.

<sup>(2)</sup> Sur un ensemble d'analyses sur la situation du banquier qui s'est immiscé dans la gestion de l'entreprise : cf. Christophe GERSCHEL, in *Petites affiches*, 30 août 1995, n° 105, cité en annexe par J. DELGA, *op. cit.*, p. 180, reprenant un extrait de cet article ; spéc. n° 34 « Le banquier dirigeant de fait » ; cf. également, Tribunal de Libreville, 17 juin 1992, Affaire *ABA c/ Parisbas Gabon et BICCI-Gabon*, note DIOP-O'NGWERO, *Penant*, n° 817, janv.-avril 1995, p. 99.

déplorer l'absence de l'infraction d'abus de pouvoirs et de voix pourtant précédemment prévue par la loi de 1867. S'agissant des opérations qui portent sur le capital social, et essentiellement en matière de sociétés anonymes, certaines infractions tendent à protéger les conditions d'augmentation ou de réduction du capital social. Les infractions relatives à l'augmentation du capital sont assez diverses et elles relèvent globalement des articles 893, 894 et 895 de l'Acte uniforme. On note particulièrement la protection sur le plan pénal du droit préférentiel de souscription des actionnaires. Mais ici aussi, on peut regretter qu'en matière d'augmentation du capital, le législateur n'ait incriminé que les comportements ayant trait à l'émission des actions, en omettant ceux relatifs à la négociation des actions irrégulièrement émises. Pourtant, contrairement aux infractions relatives à l'émission des actions, celles portant sur la négociation doivent être consommées sciemment. Enfin, on doit apprécier la présence dans l'Acte uniforme des infractions relatives aux assemblées des sociétés et qui ont pour but de protéger les actionnaires ou les associés qui désirent participer à une assemblée (article 892). Il s'agit d'une infraction ouverte, ce qui permettrait d'y comprendre toutes sortes de comportements allant de la convocation à la participation aux assemblées, en passant par le droit à l'information, le droit au vote, etc.

- 240.** L'Acte uniforme OHADA a consacré plusieurs articles (art. 226 à 246) à la banqueroute et aux infractions assimilées. C'est dire le souci du législateur communautaire à combattre les comportements de nature à nuire au développement de l'entreprise.

Ainsi, contrairement à certains droits modernes<sup>(1)</sup>, le législateur OHADA a maintenu les deux infractions de banqueroute simple (art. 228) et de banqueroute frauduleuse (art. 229). Dans le premier cas, il s'agit de réprimer des comportements, certes graves du débiteur, mais dictés plutôt par la négligence, l'imprudence voire l'incompétence<sup>(2)</sup>. Dans le second cas, il s'agit de sanctionner la malhonnêteté, la fourberie du débiteur. C'est l'hypothèse de celui qui, en état de cessation de paiements, soustrait sa comptabilité, détourne ou dissipe tout ou partie de l'actif, etc.

- 241.** Le législateur OHADA a élargi le domaine d'application de l'infraction de banqueroute quant aux personnes<sup>(3)</sup>. Ainsi peuvent être condamnés pour

<sup>(1)</sup> La loi française de 1985 a supprimé les anciens cas de banqueroute simple pour ne plus retenir que les cas de banqueroute frauduleuse.

<sup>(2)</sup> L'article 229.3 relève quand même l'intention du débiteur qui a agi aux fins de retarder la constatation de la cessation de paiements.

<sup>(3)</sup> Voy. par exemple les articles 332 et 333 du Code pénal camerounais qui ne visent que les commerçants.

banqueroute ou infractions assimilées non seulement les commerçants personnes physiques, les associés des sociétés commerciales qui ont la qualité de commerçants, mais aussi dans les cas précis :

- les personnes physiques dirigeantes des personnes morales assujetties aux procédures collectives ;
- les personnes physiques représentantes permanentes des personnes morales dirigeantes des personnes morales.

On peut dans une certaine mesure comprendre l'extension de ces sanctions pénales aux dirigeants des personnes morales<sup>(1)</sup>. Il faut même ajouter que la condamnation pour banqueroute ou infractions assimilées peut être prononcée même si la cessation de paiements n'a pas été constatée dans les conditions prévues dans l'Acte uniforme (art. 236). Le but du législateur est évident : assainir par la sanction le milieu des affaires<sup>(2)</sup>.

## §2. Le contrôle

- 242.** Le contrôle d'une société est une prérogative des associés. Mais dans certains types de sociétés, ce contrôle est renforcé par l'intervention des organes extérieurs indépendants.

### *A. Le contrôle par les associés*

- 243.** Le contrôle de l'activité sociale par les associés peut revêtir plusieurs formes ; il leur est permis de quérir l'information auprès des organes dirigeants de la société, de déclencher l'alerte pour mieux s'éclairer, d'examiner les chiffres et d'approuver les comptes, de se prononcer sur certaines opérations sociales, notamment celles ayant une incidence sur la vie ou la survie de l'entreprise.

### **1. Le contrôle à travers l'information**

- 244.** Elle peut se faire de diverses manières. Tout d'abord, il est prévu que les associés peuvent procéder au contrôle de la société par l'intermédiaire des questions posées aux dirigeants. En ce sens, il est prévu dans les articles 157 et 158 de l'Acte uniforme que tout associé peut poser par écrit au gérant, au PDG, au DG ou à l'administrateur général, deux fois par exercice, des questions sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

---

<sup>(1)</sup> Par analogie avec l'extension aux dirigeants des personnes morales des procédures collectives ; voy. *supra*, n<sup>os</sup> 235 et 237.

<sup>(2)</sup> Voy. aussi en droit pénal des sociétés, POUGOUE (P.G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, PUA, Yaoundé, 1998, n<sup>o</sup> 263, p. 119 et s.

Les destinataires de ces questions doivent lui répondre, par écrit, dans le mois qui suit. Dans les sociétés de personnes, en contrepartie de leur lourde responsabilité, les associés possèdent un droit général d'avis, de conseil, de surveillance et de contrôle des affaires de la société. La gérance a l'obligation de leur rendre des comptes chaque fois qu'ils le demandent. Ils ont ainsi un droit de contrôle de tous les documents et pièces comptables ainsi que des procès-verbaux des délibérations et des décisions collectives. Ce droit peut s'exercer deux fois par exercice, probablement pour éviter que des sollicitations fréquentes ne gênent la gestion de la société. Les associés qui souhaitent ainsi consulter les documents doivent au préalable informer de leur intention les gérants au moins quinze jours à l'avance.

Dans les S.A.R.L., il est admis que les associés ont un droit d'information permanent sur les affaires sociales (articles 344 et suivants). Ils peuvent aux termes de l'article 345 obtenir copie à toute époque de l'année au siège social des documents relatifs aux trois derniers exercices: il s'agit des états financiers de synthèse et les rapports de gestion établis par le gérant, le texte des résolutions proposées, le cas échéant, le rapport général du commissaire aux comptes ainsi que le rapport spécial des conventions intervenues entre la société et le gérant ou un associé. Dans les S.A. en particulier, un ou plusieurs actionnaires représentant 0,5% à 5% du capital, selon le montant de ce dernier, peut requérir l'inscription à l'ordre du jour d'une assemblée générale un projet de résolution dont le texte ainsi que l'exposé des motifs doivent obligatoirement être communiqués à l'organe de gestion de la société, au moins dix jours avant la date de l'assemblée (article 520). Les actionnaires peuvent aussi poser des questions écrites aux dirigeants deux fois par exercice, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (article 526). Il s'agit donc d'informations permanentes concrétisées par le droit de consulter les documents soumis aux assemblées des trois dernières années, les procès verbaux de leurs délibérations et leur feuille de présence. La communication donne droit de prendre copie. En cas de refus de faire droit aux demandes des actionnaires, les dirigeants peuvent y être contraints par la juridiction saisie (article 528 de l'A.U.).

Les informations limitées dans le temps concernent surtout les documents soumis à une assemblée. En effet, le droit à l'information des associés s'exerce collectivement lors des assemblées. L'article 140 de l'Acte uniforme prévoit qu'une assemblée générale ordinaire doit se tenir obligatoirement une fois par an. A l'issue de celle-ci, les associés, après des contrôles multiples, sont censés donner quitus aux dirigeants sociaux de leur gestion. Ce contrôle de gestion ne peut être effectif que si les associés sont parfaitement informés de la situation de la société. Dans cette optique, l'A.U. consacre de larges dispositions sur le droit de communication des

associés. Les associés de S.A.R.L. ont ainsi le droit, à partir du quinzième jour précédant l'assemblée générale ordinaire annuelle, de poser par écrit des questions à la gérance qui doit y apporter des réponses, au cours de l'assemblée (article 345 de l'A.U.). Dans les S.A., les articles 525 et suivants de l'A.U. organisent aussi le droit de communication des documents sociaux aux actionnaires, lors des assemblées, ou à toute époque de l'année. Dans les S.N.C. et S.C.S., le droit de contrôle prévu par les articles 288 et 306 de l'Acte, s'exerce quinze jours avant la tenue de l'assemblée sur le rapport de gestion, l'inventaire et les états financiers de synthèse établis par les gérants ainsi que le texte des résolutions proposées et, le cas échéant, le rapport du commissaire aux comptes. Il faut encore préciser que dans ces sociétés de personnes, les associés peuvent se faire communiquer les documents quelle que soit leur ancienneté. C'est la preuve que les associés de ces sociétés bénéficient d'un droit à l'information encore plus poussé, corollaire de leur responsabilité étendue.

## 2. La procédure d'alerte

245. La procédure d'alerte<sup>(1)</sup> peut aussi être déclenchée par les associés<sup>(2)</sup>. L'alerte par des personnes autres que les commissaires aux comptes ne constitue pas un devoir. Elle est simplement facultative. Elle est organisée par l'Acte uniforme qui distingue encore entre les sociétés anonymes et les autres sociétés.

D'abord, dans les sociétés autres que les sociétés anonymes, l'article 157 de l'Acte uniforme prévoit simplement que tout associé non gérant peut, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Le gérant répond par écrit, dans le délai d'un mois, aux questions posées. Dans le même délai, il adresse copie de la question et de sa réponse au commissaire aux comptes, s'il en existe un.

Ensuite, dans une société anonyme, conformément à l'article 158 de l'Acte, tout actionnaire peut, deux fois par exercice, poser des questions au président du conseil d'administration, au président-directeur général ou à l'administrateur général, selon le cas, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse est communiquée au com-

<sup>(1)</sup> Cf. LECERF, «La procédure d'alerte. Un nouveau moyen de prévention des difficultés de l'entreprise», *Cahiers juridiques et fiscaux*, CFCE, 1998, n° 2, p. 325.

<sup>(2)</sup> Cette faculté est, dans d'autres législations, confiée au comité d'entreprise (voir article L. 432-5 du Code du travail français), et même au président du tribunal de commerce (article 34 nouveau de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 modifiée par la loi du 10 juin 1994), qui peut convoquer les dirigeants lorsque des actes, documents ou procédures font apparaître qu'existent des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

missaire aux comptes. Le président du conseil d'administration, le président-directeur général ou l'administrateur général, selon le cas, répond par écrit, dans un délai d'un mois, aux questions posées. Dans le même délai, il adresse copie de la question et de sa réponse au commissaire aux comptes.

### 3. L'approbation des comptes

- 246.** L'approbation des comptes relève aussi exclusivement de la compétence de l'assemblée générale des associés. Celle-ci doit obligatoirement être tenue dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice social sur convocation de l'organe de gestion. S'il n'est pas possible de respecter ce délai, l'organe de gestion peut, avant qu'il soit expiré, demander sa prolongation par une requête au président de la juridiction compétente. La convocation doit être faite dans un journal d'annonces légales ou par lettre avec avis de réception. Elle doit être impérativement envoyée aux actionnaires ainsi qu'au commissaire aux comptes, au moins quinze jours avant la date de l'assemblée, sauf délai plus long prévu par les statuts. Dans les S.A. faisant appel public à l'épargne, l'avis de convocation doit indiquer les projets de résolution ainsi que les lieux où doivent être déposées les actions au porteur.

Le processus d'approbation des comptes est pratiquement identique pour les S.A.R.L. et les S.A. Ainsi, à la date de clôture de chaque exercice, l'organe de gestion (gérance pour les S.A.R.L. et conseil d'administration ou administrateur général pour les S.A.) doit établir et arrêter les états financiers de synthèse prévus par le droit comptable (bilan, compte de résultat de l'exercice, tableau financier des ressources et des emplois et état annexé indiquant notamment les sûretés consenties conformément à l'article 8 de l'Acte uniforme portant droit comptable). D'après la loi, ces états forment un tout indissociable et décrivent de façon régulière et sincère les événements, opérations et situations de l'exercice pour donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise.

Les états financiers doivent être dressés et arrêtés rapidement, soit dans les quatre mois de la clôture (article 23 de l'A.U. portant droit comptable) probablement pour tenir compte du délai de dépôt de la déclaration fiscale. Le commissaire aux comptes doit être convoqué à la séance au cours de laquelle les comptes et les états financiers doivent être arrêtés: la convocation doit être faite par lettre recommandée avec avis de réception. Le rapport de gestion et les états financiers de synthèse doivent être communiqués au commissaire au moins quarante-cinq jours avant la date de l'assemblée.

Avant la prise de décision relative à l'arrêté des comptes, le commissaire aux comptes doit remettre à l'organe de gestion: un rapport indiquant les

contrôles et vérifications auxquels il a procédé, les sondages qu'il a effectués, ainsi que leurs résultats; les modifications qui lui paraissent opportunes; les irrégularités et inexactitudes qu'il aura découvertes ainsi que les conclusions à tirer des observations et modifications concernant les résultats de l'exercice comparés à ceux du dernier exercice (article 715).

L'organe de gestion doit établir un rapport de gestion à communiquer au commissaire aux comptes et à présenter à l'assemblée générale ordinaire annuelle. Ce rapport de gestion doit exposer la situation de la société durant l'exercice écoulé, indiquer les perspectives de développement ou son évolution prévisible et, en particulier, les perspectives de continuation de l'activité, l'évolution de la situation de trésorerie et le plan de financement: il doit indiquer en outre les événements importants survenus depuis la date de clôture de l'exercice (article 138 de l'A.U. sur le droit des sociétés et article 71 de l'A.U. relatif au droit comptable).

La gérance, dans les S.A.R.L. dépourvues de commissaire aux comptes, et l'administrateur général, dans les S.A. qui en sont dotées, doivent en outre présenter à l'assemblée générale ordinaire annuelle un rapport particulier dans lequel ils indiquent la nature et les conditions des «conventions réglementées» passées ou poursuivies au cours de l'exercice.

Le rapport général doit, soit certifier la régularité et la sincérité des états financiers de synthèse, soit assortir la certification de réserves ou la refuser en précisant les motifs de ces réserves ou de ce refus. Il doit en outre, le cas échéant, indiquer les irrégularités et les inexactitudes éventuellement relevées.

Le rapport spécial doit énumérer les conventions réglementées et indiquer les personnes concernées, la nature et les conditions auxquelles les conventions ont été conclues ainsi que l'intérêt qu'elles présentent pour la société. Dans les S.A., le commissaire aux comptes doit également certifier les rémunérations versées aux dirigeants sociaux. Le secret est donc levé sur ce point, et les associés peuvent à loisir contrôler ce que perçoivent réellement les dirigeants.

#### **4. Le contrôle spécial de certaines opérations sociales**

- 247.** Certaines opérations sociales présentent des risques certains pour la société. Dans le souci de protéger les associés ou toute personne intéressée par la vie de la société, des contrôles spéciaux ont été institués par l'Acte uniforme. Ils portent en substance sur les conventions que peuvent conclure la société et ses dirigeants ou associés, et sur les modifications des statuts, et sur la possibilité qui est donnée aux associés de provoquer une expertise de gestion.

*a) Les conventions*

- 248.** L'Acte uniforme a étendu à la S.A.R.L. le contrôle spécial des conventions conclues entre la société et les dirigeants jusque-là prévu seulement pour les S.A. <sup>(1)</sup>. Ce contrôle est exercé encore une fois principalement par la collectivité des associés. Il faut faire toutefois une distinction entre les conventions réglementées et les conventions interdites.
- 249.** Les conventions réglementées sont des conventions passées, directement ou indirectement, entre la société (S.A. ou S.A.R.L.) <sup>(2)</sup> et l'un de ses gérants, administrateurs ou dirigeants ou avec une entreprise ayant avec la société un ou plusieurs dirigeants communs. Entrent également dans le cadre de cette procédure les conventions conclues dans les S.A.R.L. directement ou indirectement <sup>(3)</sup> avec l'un des associés.

Ces conventions d'abord soumises au contrôle du commissaire aux comptes, doivent être approuvées par l'assemblée générale. Le dirigeant ou l'associé concerné ne prend pas part au vote et ses parts ou actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. Ces conventions doivent être soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration dans les S.A. dotées d'un conseil. Dans les S.A.R.L. dépourvues de commissaire aux comptes et dans les S.A. avec administrateur général, le rapport spécial sur les conventions doit être présenté soit par le gérant soit par l'administrateur général. Les conventions non approuvées ne sont pas nulles. Elles produisent leurs effets, quitte pour le dirigeant ou l'associé concerné à supporter les conséquences du contrat préjudiciables pour la société.

- 250.** Ne constituent pas des conventions réglementées aux termes des articles 352, 439 et 502 de l'A.U., celles qui portent sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales. Il s'agit des opérations effectuées de manière habituelle par la société dans le cadre de ses activités, conclues dans des conditions appliquées par la société ou par des sociétés du même secteur pour des opérations similaires. Il reste toutefois que la notion de normalité est souple. Qui apprécie l'opportunité de ces conventions? Le droit

---

<sup>(1)</sup> Par exemple, un dirigeant achète un terrain pour son compte personnel et le revend immédiatement à la société pour un prix largement supérieur; un DG négocie avec la société un contrat de travail fort avantageux. Annuler toute convention est une sanction excessive, car certaines conventions peuvent être utiles pour la société et pour le dirigeant; aussi le législateur se contente de les réglementer en fonction des risques liés aux contrats en cause.

<sup>(2)</sup> Articles 350 et s. pour la S.A.R.L., et 438 et s. pour la S.A.

<sup>(3)</sup> Il est toutefois difficile d'appréhender un intérêt indirect; en nous référant au droit comparé, on peut s'inspirer par exemple d'un arrêt qui considère que le président d'une S.A. est indirectement intéressé par des conventions conclues entre la société anonyme et une S.A.R.L. dont les seuls associés sont les enfants du président: cf. Cass. com., 23 octobre 1991, *Rev. sociétés*, 1991, p. 92, note Y. GUYON.

français peut encore certainement éclairer dans ce cas. Dans une espèce par exemple, la jurisprudence française a décidé que n'était pas normale, la convention passée entre la société anonyme exploitant une clinique et une société de fait dont l'un des administrateurs est associé, dès lors qu'elle concédait à la société de fait l'exercice de la radiologie et de l'échographie pendant une durée anormalement longue et sans contrepartie financière ou technique pour la société anonyme<sup>(1)</sup>. Il faut, en toute hypothèse, que l'opération effectuée par le dirigeant soit de celle dont les conditions sont habituellement pratiquées par la société<sup>(2)</sup>. Les tribunaux apprécieront en cas de conflit le caractère courant et normal de l'opération. Il s'agit donc d'une question de fait.

251. Une question préoccupe à propos de certaines conventions conclues par les dirigeants de S.A. Les articles 449 (pour les sociétés pluripersonnelles) et 506 (pour les sociétés unipersonnelles) disposent que dans les S.A., les cautions, avals, garanties et garanties à première demande souscrits par la société pour des engagements pris par des tiers doivent faire l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration ou de l'assemblée générale dans les S.A. avec administrateur général. On se demande si cette autorisation demeure indispensable lorsque ces garanties sont données par une société anonyme qui en a fait son activité professionnelle, notamment les établissements financiers et bancaires. Une partie de la doctrine, par référence à l'article 450 de l'Acte uniforme, soutient qu'il s'agit là des opérations courantes et qu'il appartient au conseil d'administration de vérifier qu'elles ont été conclues à des conditions normales<sup>(3)</sup>. La Cour commune de justice et d'arbitrage, en s'en tenant à une interprétation stricte de l'article 449, a dans un avis en date du 26 avril 2000<sup>(4)</sup>, estimé que l'autorisation

(1) Aix-en-Provence, 8<sup>e</sup> ch., 27 janvier 1995, *Bull. Joly*, 1995, p. 325.

(2) A titre d'exemple, dit un auteur, «une société peut vendre à son dirigeant des produits fabriqués par elle dans la mesure où toutes les conditions, de prix, de garantie, de durée, de pénalité, etc., sont identiques aux conditions pratiquées par la société dans ses rapports avec les tiers ou éventuellement avec les sociétés du même secteur. Il n'y a pas de raison que le dirigeant ne bénéficie pas des mêmes avantages que le client. Si les conditions n'étaient pas identiques à celles consenties à des tiers (prix, quantité, délai, garanties, etc.), l'opération ne serait pas 'normale'. Elle devrait être réglementée.» En ce sens, J. DELGA, *op. cit.*, p. 237.

(3) Cf. POUGOUE, ANOUKAHA, NGUEBOU, «Commentaire sous article 449 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E.», in *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 1999, p. 439.

(4) CCJA avis n° 02/2000/EP du 26 avril 2000 : «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».

du conseil d'administration était nécessaire même dans ce cas. Cette position de la CCJA si elle devait prospérer, ouvre le débat sur la sanction qu'encourt un cautionnement, un aval, ou une garantie délivrés sans l'autorisation du conseil d'administration. Au sens de l'avis de la CCJA, les dispositions de l'article 449 comme d'ailleurs celle de l'article 506, sont impératives et par conséquent la sanction est la nullité. Reste maintenant à savoir si celle-ci est absolue ou relative. La nullité absolue paraît excessive et de toute manière, est de nature à compromettre un secteur d'activité vitale pour l'économie. Aussi, est-il judicieux d'admettre plutôt une nullité relative<sup>(1)</sup>. Ce qui a pour avantage d'abord que la nullité soit évoquée, ensuite d'ouvrir la porte à la possibilité pour la société de confirmer ou de ratifier la garantie donnée sans autorisation préalable.

- 252.** Les conventions interdites quant à elles sont bien spécifiées: il s'agit des emprunts, des avances ou découverts en compte courant ainsi que des cautions ou avals au profit des gérants et associés des S.A.R.L. ou des administrateurs et dirigeants des S.A. ainsi qu'à leurs conjoints, ascendants ou descendants (articles 356, 450, 507). L'Acte uniforme semble instituer dans ce cas, une présomption «absolue» d'interposition de personnes des proches parents. Ce qui ne semble pas le cas en matière de conventions contrôlées. Cependant, l'interdiction ne s'applique pas aux personnes morales, associées dans les S.A.R.L., ou aux administrateurs dans les S.A.

***b) Les modifications des statuts de la société***

- 253.** Ces modifications pouvant avoir des incidences graves sur les droits des associés, il est normal qu'ils en soient informés et qu'ils se prononcent sur la résolution adoptée en ce sens. Leur contrôle s'exerce alors sur diverses opérations qui peuvent être envisagées par la société et qui impliquent une modification des statuts et une atteinte au capital social. Ainsi en est-il spécialement des variations de capital et des restructurations de l'entreprise<sup>(2)</sup>.

Le droit reconnu aux actionnaires anciens de souscrire par préférence aux actions en numéraire nouvellement émises est désormais consacré par l'article 573 de l'A.U. Il permet essentiellement de sauvegarder les intérêts des associés, car il a une fonction égalitaire. En effet, son but est d'assurer l'égalité entre anciens et nouveaux associés, sans obliger à constituer de multiples réserves sur lesquelles les différentes catégories d'associés n'au-

<sup>(1)</sup> Dans le même sens, Bruno PETIT et Yves REINHARD, «Cautions, avals et garanties. Inopposabilité du cautionnement non autorisé», note sous Com., 8 décembre 1998, *RTD com.*, n° 2, 1999, p. 447, dernier alinéa; Sylvain SOUOP, note sous CCJA, Avis n° 02/2000/EP du 26 avril 2000, *Juridis Périodique*, n° 46, 2001, p. 96 et s.

<sup>(2)</sup> Voy. les techniques de restructuration, *infra*, n°s 266 et s.

raient pas des droits identiques. Le droit ainsi reconnu aux actionnaires peut être librement négocié par eux.

Le droit préférentiel de souscription des anciens actionnaires peut être supprimé par l'assemblée générale. Mais cela n'est possible qu'après analyse du rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général sur les motifs de la proposition de suppression de ce droit (article 589 de l'A.U.). Le commissaire aux comptes donne son avis sur la proposition de suppression du droit préférentiel de souscription, sur le choix des éléments de calcul du prix d'émission et sur son montant, de même que sur l'incidence de l'émission sur la situation des actionnaires appréciée par rapport aux capitaux ; de plus, il vérifie et certifie la sincérité des informations tirées des comptes de la société sur lesquelles il donne cet avis (article 591). Il s'ensuit que le commissaire aux comptes est investi du pouvoir de contrôler et d'apprécier les causes et les conditions de l'opération de l'augmentation de capital.

S'agissant des opérations relatives aux réductions de capital, les commissaires aux comptes ont d'après l'article 630 de l'A.U., l'obligation d'établir un rapport spécial dans lequel ils doivent faire connaître leur appréciation sur les causes et conditions de l'opération. La réduction du capital est autorisée ou décidée par l'assemblée générale extraordinaire qui peut déléguer au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, tous pouvoirs pour la réaliser.

*B. Le contrôle par les organes indépendants: les commissaires aux comptes*

- 254.** A côté de l'extension des pouvoirs des associés (droit à l'information renforcé) on note un contrôle de l'exécution du contrat de société par des organes extérieurs professionnalisés.

Il faut se remémorer que les documents comptables ont pour vocation de renseigner les associés et les créanciers réels ou potentiels de la société ; c'est dans cette optique qu'est organisé un droit comptable imposé aux commerçants. Ainsi, dans la perspective d'un contrôle efficace, l'Acte uniforme a organisé la profession de commissaire aux comptes, à l'instar de ce qui était déjà prévu dans les Etats de l'UDEAC (articles 695 et suivants). Les S.A. doivent obligatoirement désigner un commissaire aux comptes titulaire et un commissaire aux comptes suppléant nommés pour deux exercices (article 694 de l'A.U.). Les S.A. faisant publiquement appel à l'épargne doivent, quant à elles, désigner deux commissaires titulaires et deux suppléants (article 720 de l'A.U.). La même obligation est désormais imposée par l'article 376 de l'A.U. à certaines S.A.R.L. : celles ayant un capital social supérieur à dix millions (10.000.000 F CFA), ou qui ont un chiffre d'affaire annuel

supérieur à deux cent cinquante millions (250.000.000 F CFA), ou qui ont un effectif permanent supérieur à 50 personnes. En revanche, la présence des commissaires aux comptes dans les sociétés de personnes n'est pas exigée, mais l'Acte uniforme prévoit que les associés qui exercent leur droit de communication peuvent, pour mieux s'éclairer, se faire assister par un expert comptable ou un commissaire aux comptes (article 289).

Les commissaires aux comptes ont une mission bien précise, qu'ils exercent sans complaisance, en toute indépendance<sup>(1)</sup>, de manière à provoquer la sanction des auteurs d'irrégularités.

### 1. La mission des commissaires aux comptes

- 255.** La mission du commissaire aux comptes est essentiellement et traditionnellement une mission de contrôle des comptes. Mais par rapport au régime antérieur, la forme et les moyens dont dispose le commissaire aux comptes ont été diversifiés.

Le commissaire aux comptes a, tout au long de l'exercice, une mission permanente de contrôle sur les valeurs et les documents comptables de la société. Il doit alors s'assurer de la conformité de la comptabilité avec les règles en vigueur. A cette fin, il a le droit de se faire communiquer sur place tous contrats, livres, documents comptables et registres des procès-verbaux appartenant à la société contrôlée. Il peut même recueillir toutes informations utiles auprès des tiers qui ont accompli des opérations pour le compte de la société. Mais de ceux-ci, sauf décision de justice, il ne saurait exiger communication des pièces. La loi vise ainsi non pas tous les tiers ayant contracté avec la société mais les tiers mandataires de la société : notaires, huissiers, experts divers, etc. Pendant cette mission permanente de contrôle, le commissaire aux comptes peut, sous sa responsabilité, se faire assister ou représenter par des experts ou collaborateurs de son choix qu'il fait connaître nommément à la société.

De manière plus ponctuelle, le commissaire aux comptes est appelé à exercer deux types de contrôle. L'un était déjà prévu par la législation antérieure. Il s'agit de certifier<sup>(2)</sup> que les états financiers de synthèse de la société contrôlée, ou même le cas échéant de ses filiales, sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que la situation financière et patrimoniale de la société à la fin de

---

<sup>(1)</sup> Bien qu'en pratique, on soulève souvent l'absence d'indépendance de ceux-ci, à cause notamment de leur mode de désignation et de rémunération par la société. Du reste, des règles d'interdictions et d'incompatibilité sont prévues.

<sup>(2)</sup> Article 710 A.U.

l'exercice. Il s'agit pour le législateur de s'assurer que l'information servie par les dirigeants aux actionnaires est fiable.

L'autre type de contrôle institué par le législateur OHADA à la charge du commissaire aux comptes est la vérification du respect de l'égalité entre les associés<sup>(1)</sup>. A titre d'exemple, il doit vérifier que les actions d'une même catégorie bénéficient des mêmes droits, à l'occasion notamment du partage des dividendes ou de distribution du droit de vote. Ainsi le législateur peut, en amont, faire tarir par ce contrôleur les sources de certains litiges entre actionnaires ou entre ceux-ci et les dirigeants sociaux.

Dans l'un et l'autre cas, le commissaire aux comptes ne doit pas s'immiscer dans la gestion de la société. Pourtant, on décèle dans l'Acte uniforme des dispositions qui instituent implicitement un droit pour les commissaires aux comptes de contrôler la gestion de la société. Outre qu'il est prescrit à ces derniers de vérifier la sincérité et la concordance des informations contenues dans le rapport de gestion des dirigeants sociaux – ce qui implique forcément un droit de regard et d'appréciation de cette gestion –, le législateur communautaire a organisé une procédure d'alerte qui ne saurait s'exercer sans que le commissaire aux comptes épluche la gestion tout entière de la société. Mais on aborde déjà là les incidences du contrôle.

L'efficacité du contrôle ne peut être assurée que si les contrôleurs constatant des irrégularités donnent suite au contrôle.

## 2. Les suites du contrôle des commissaires aux comptes

- 256.** Le commissaire aux comptes est obligé de donner certaines suites à son contrôle. Si le contrôle est la mission essentielle du commissaire aux comptes, il n'en est pas l'unique. Le législateur fait reposer sur lui à l'issue du contrôle un devoir d'information et un devoir de dénonciation.

La mission d'information consiste à porter à la connaissance des dirigeants sociaux et des associés des faits découverts au cours de ces investigations. En fait, il s'agit d'une mission traditionnellement reconnue aux commissaires aux comptes. Celui-ci est tenu de dresser un rapport qu'il adresse au conseil d'administration ou à l'administrateur général faisant état des investigations auxquelles il a procédé et des irrégularités qu'il a découvertes (article 715).

A la suite du contrôle, les contrôleurs peuvent engager leur responsabilité. L'Acte uniforme a réservé quelques dispositions au commissaire aux comptes. Ainsi, il ressort de l'article 725 que le commissaire aux comptes est civilement responsable, tant à l'égard de la société que des tiers, des consé-

---

<sup>(1)</sup> Article 714 A.U.

quences dommageables des fautes et négligences qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions. Il peut être responsable des dommages causés par les infractions commises par les membres du conseil d'administration ou par l'administrateur général si, en ayant eu connaissance, il ne les a pas révélées dans son rapport à l'assemblée générale (article 726). Cependant, sa responsabilité ne peut être engagée pour les informations ou divulgations de faits auxquelles il procède en exécution de sa mission, notamment dans le cadre de la procédure d'alerte. Ce qui est fort compréhensible. Néanmoins, l'importance de la mission d'alerte qui lui est incombée, comme mode de protection des associés et des tiers, implique que sa responsabilité civile soit engagée s'il oublie pour une raison ou une autre de déclencher cette procédure. De même est-il tenu de signaler à la plus prochaine assemblée générale, les irrégularités et inexactitudes relevées au cours de sa mission. L'obligation de dénonciation au ministère public des faits délictueux découverts par le commissaire aux comptes est ancienne. Elle était déjà prévue par l'art. 34 de la loi du 34 juillet 1867; elle a été maintenue par le législateur OHADA. L'Acte uniforme précise cependant que la responsabilité du commissaire aux comptes ne peut être engagée par cette révélation, dans le cas notamment où les faits dénoncés ne sont pas punissables. La sanction des commissaires aux comptes est véritablement une garantie pour la société.

### §3. Les difficultés de fonctionnement

257. Seuls les organes de gestion d'une société peuvent en apprécier l'intérêt. Mais il arrive que l'intervention de certaines personnes soit justifiée pour assurer la survie de la société, ou résoudre certains conflits latents ou ouverts, ou dans certaines sociétés et conformément aux exigences légales, pour contrôler les comptes de la société et veiller à leur sincérité ou fidélité (la sécurité des affaires est à ce prix).

Les hypothèses de conflits sont nombreuses: une mésentente entre différents organes susceptible de paralyser le fonctionnement de la société, une méconnaissance de l'intérêt social, la découverte d'opérations de gestion peu claires, la découverte de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, des difficultés financières graves, etc. Dans ces cas, l'intervention des organes extérieurs dans l'exécution du contrat est souvent nécessaire pour porter remède à ces maux. On peut concevoir selon le cas, l'intervention du commissaire aux comptes, ou plus souvent le recours au juge.

#### *A. Les interventions judiciaires dans les sociétés*

258. L'opportunité des décisions sociales ne peut pas être jugée par l'autorité judiciaire. Cela signifie que le juge ne peut pas dire si une décision est ou

non conforme à l'intérêt social; il ne peut diriger la société à la place des gérants. Toutefois, en cas de paralysie des organes de gestion, un administrateur judiciaire peut être nommé; il peut en être ainsi dans les circonstances exceptionnelles, telles que la mort de tous les administrateurs d'un côté, et deux personnes qui se prétendent en même temps président de la société de l'autre par exemple. L'administrateur nommé par le juge a un pouvoir provisoire limité à la résolution de la difficulté actuelle.

- 259.** Il peut aussi arriver que des associés mécontents demandent l'annulation d'une délibération prise par l'assemblée générale ou par des administrateurs en se fondant sur leur opportunité. La tendance des juridictions est de rejeter ces demandes au motif que le juge ne peut pas apprécier l'intérêt social. Il appartient aux demandeurs de prouver d'une part que l'intérêt social a été méconnu, et d'autre part que la décision critiquée a été inspirée par l'unique dessein de favoriser un groupe d'associés au détriment d'un autre. Il faut rappeler qu'à cet effet, l'abus de majorité comme l'abus de minorité est sanctionné. Il suffit, dans tous les cas d'abus, qu'il y ait méconnaissance de l'intérêt de la société. Les règles sont précises: protection et de la majorité et de la minorité. Ainsi donc, l'esprit de coopération qui doit présider aux relations dans la société, dénie les abus de toute sorte.
- 260.** Dans le même esprit, l'A.U. envisage pour en trouver une solution, les litiges qui peuvent naître entre associés ou entre un ou plusieurs associés et la société; les articles 147 à 149 indiquent la procédure à suivre en ces cas. Ils suggèrent soit la saisine de la juridiction compétente, soit le recours à un arbitre en vertu d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage. En cas d'arbitrage, les parties peuvent décider que l'arbitre ou le tribunal arbitral statue en amiable composition et en dernier ressort.
- 261.** Dans une autre optique, certaines crises institutionnelles générées par les extravagances des dirigeants ou les dissensions entre associés, peuvent affecter l'existence de la société. C'est ainsi que la procédure d'expertise de gestion a été instituée. Elle constitue une innovation importante de l'Acte uniforme. En effet, la mésintelligence entre dirigeants ou entre dirigeants et associés ou entre ces derniers peut conduire à la dissolution de la société. Assez souvent heureusement, il est possible d'éviter une telle conséquence. L'intérêt social domine le fonctionnement de la société. Lorsqu'il est méconnu, le juge peut être sollicité. Son rôle peut alors consister à trancher les prétentions entre protagonistes. Mais il peut aussi être amené à placer des «tuteurs» auprès des organes sociaux. En effet, c'est au nom de l'intérêt social que le juge a créé l'administrateur provisoire qui, en cas de crise, se substituera aux organes de gestion. Cependant, à côté de cette création du

juge, il arrive que le législateur lui-même institue un genre de tuteur appelé «expert de gestion». C'est la voie suivie par le législateur communautaire africain.

L'institution dans les dispositions relatives au fonctionnement de la société commerciale de l'expertise de gestion prévue aux articles 159 et 160 de l'A.U. est une innovation importante. D'après la nouvelle loi, un ou plusieurs associés représentant au moins le cinquième du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander au président de la juridiction compétente du siège social, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. S'il est fait droit à la demande, le juge détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs des experts. Les honoraires des experts sont supportés par la société. Le rapport est adressé au demandeur et aux organes de gestion, de direction ou d'administration.

L'expertise de gestion, peut être demandée en dépit des rapports de gestion, des comptes sociaux et même, le cas échéant, des rapports des commissaires ou des questions que les associés ou actionnaires peuvent poser dans le cadre de la procédure d'alerte. Il s'agit concrètement d'une expertise de minorité; elle autorise les associés minoritaires, pris individuellement ou en groupe, de demander en justice une enquête sur des opérations de gestion. Il reste évident que le juge ne donnera suite à une telle demande, une fois vérifiée la qualité du demandeur, que si la requête est suffisamment motivée. L'expertise de gestion n'a pas pour but si l'on en juge par la loi de faire procéder à un contrôle ou à une critique de l'ensemble de la gestion de la société. Le demandeur doit invoquer des faits précis sur lesquels il demande que la lumière soit faite, parce qu'il est insuffisamment informé par les canaux ordinaires prévus par la loi. En somme, l'expertise de gestion n'est pas un moyen de faire procéder à un audit de la société afin d'y détecter d'éventuelles irrégularités; l'expert de gestion n'est pas un commissaire aux comptes; sa nomination suppose l'existence de présomptions d'irrégularités. Le juge désigne les opérations de gestion sur lesquelles porte l'investigation. A la suite du rapport de l'expert, les associés peuvent alors déclencher les hostilités avec les dirigeants sociaux: par exemple, mettre en jeu leur responsabilité, demander leur révocation, demander l'annulation des décisions jugées abusives, etc.

- 262.** Toujours dans l'optique de sauver la société des difficultés<sup>(1)</sup> qui peuvent en affecter le fonctionnement et donc l'existence, le législateur OHADA a

---

<sup>(1)</sup> L'entreprise en difficulté est celle qui ne peut plus faire face à ses échéances financières; ceci doit être considéré comme un signe clinique car les difficultés peuvent être justifiées par d'autres causes: troubles sociaux, retard technologique, incompétence des dirigeants,

conçu diverses mesures appropriées. En effet, une nouvelle conception du traitement des défaillances des débiteurs est progressivement admise; elle consiste à sauvegarder les entreprises qui peuvent l'être parce que de cette survie elle-même dépend le développement de certains secteurs d'activité ou de l'Etat tout entier. Il ne s'agit plus seulement de traiter les défaillances de l'entreprise pour lesquelles deux procédures étaient jadis consacrées: règlement judiciaire et liquidation des biens; mais de les éviter dans le cadre d'une procédure préventive. C'est globalement ce qu'il ressort de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Il met en place deux séries de procédures essentiellement judiciaires qui interviennent chacune à un moment déterminé en fonction des difficultés du débiteur.

La première, le règlement préventif, est définie par la loi comme «une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif» (article 2.1). Elle est applicable lorsque l'entreprise connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise. Il s'agit pour l'essentiel d'une mesure préventive qui permet au débiteur qui est dispensé du paiement de la plupart de ses dettes de préparer un plan de redressement de l'entreprise. La seconde série est, faut-il le rappeler, composée de deux procédures distinctes conditionnées par la cessation de paiements de l'entrepreneur: le redressement judiciaire et la liquidation des biens. Seule la première de ces deux procédures est destinée à sauver l'entreprise des difficultés financières graves. En effet, aux termes de l'Acte uniforme, le redressement judiciaire est défini comme une procédure destinée à la sauvegarde de l'entreprise et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement (article 2.2).

La procédure de règlement préventif ou de redressement judiciaire doit en principe déboucher sur le redressement de l'entreprise<sup>(1)</sup>; la décision du tribunal est précédée d'une phase de préparation qui fera intervenir directement ou indirectement tous ceux qui ont un intérêt à la continuation de l'en-

---

etc. Le législateur a créé à cet effet des procédures particulières dans un premier temps pour protéger les intérêts des créanciers et la sauvegarde du crédit, mais aujourd'hui de plus en plus dans la perspective de sauvegarder ou d'éliminer des entreprises.

<sup>(1)</sup> Particulièrement pour que le redressement judiciaire soit prononcé, alors qu'il y a déjà cessation de paiement, il faut que l'entreprise soit susceptible d'être sauvée: il faut seulement tenir compte pour l'ouverture de la procédure de la situation économique et financière de l'entreprise, abstraction faite de la bonne foi ou de la malchance du débiteur. Par conséquent, le tribunal saisi d'une demande de règlement préventif et qui constate la cessation des paiements, doit obligatoirement prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens. Tout dépend du fait que le débiteur peut ou non proposer un concordat sérieux à ses créanciers. Ainsi, le redressement judiciaire n'est prononcé que s'il existe des possibilités sérieuses de redressement et de règlement du passif.

treprise. Il s'agit de suspendre le paiement des dettes présentes pour que le passif soit apuré et l'avenir assuré. Le déroulement de la procédure va donc consister essentiellement en la mise en place de mesures aptes à permettre cette reprise.

En tout état de cause, la loi met l'accent sur le sauvetage de l'entreprise dans un but social et économique. Les pouvoirs des tribunaux sont accrus au détriment des droits des créanciers. Le sort du débiteur (entreprise) est ainsi amélioré parce que de toutes les façons, il (elle) demeure l'élément essentiel du sauvetage à opérer. Par ailleurs, le sort des salariés de l'entreprise est pris en compte notamment pour leurs créances de salaires impayés, mais aussi celui de leur emploi.

Les conditions du concordat sont organisées et lorsqu'elles sont remplies, le tribunal doit l'homologuer. Le concordat homologué est obligatoire pour tous les créanciers antérieurs au jugement.

De toute manière, le règlement préventif apparaît ainsi comme une mesure originale qui complète d'autres techniques de prévention<sup>(1)</sup>: information sur la situation de l'entreprise, amélioration des documents comptables, extension du rôle des commissaires aux comptes surtout dans les sociétés de capitaux, procédure d'alerte, expertise de gestion, extension des droits de la minorité, obligation de reconstituer les capitaux propres lorsqu'ils tombent en dessous d'un certain montant, etc.

L'originalité du règlement préventif consiste en ce qu'elle est introduite par le débiteur lui-même. Ce dernier sentant venir des difficultés graves de paiement des créanciers, va saisir le juge compétent en lui faisant tenir un projet de concordat. L'effet immédiat recherché est la suspension des poursuites individuelles de ses créanciers, munis ou non de sûretés<sup>(2)</sup>. Le législateur semble même imposer sur la question une obligation au juge des requêtes saisi d'ordonner cette mesure (art. 8). Il n'a donc pas à se prononcer sur le caractère sérieux ou non du concordat proposé. Il doit désigner un expert qui se chargera de cette tâche. En tout cas sa décision de suspension des poursuites individuelles n'est susceptible d'aucune voie de recours (art. 22). L'expert désigné par le président de la juridiction compétente joue un triple rôle :

– en tant que technicien, il doit apprécier objectivement la situation du débiteur. Il recueille auprès des personnes intéressées (commissaires aux

---

(1) SAWADOGO (F.M.), « Commentaire de l'Acte uniforme portant procédures collectives », in *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, op. cit., p. 870 et s.

(2) La suspension des poursuites individuelles ne s'applique pas aux actions tendant à la reconnaissance des droits ou des créances contestées, ni aux actions cambiales dirigées contre les signataires d'effets de commerce autres que le bénéficiaire de la suspension des poursuites (art. 9).

comptes, représentants du personnel, organismes financiers ...) tous renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur ;

– ensuite, il doit en informer la juridiction compétente ; il est tenu de signaler à la juridiction compétente les actes posés par le débiteur de nature à rompre l'égalité des créanciers ou d'aggraver ses difficultés (paiement des créances nées antérieurement à la suspension des poursuites, actes de dispositions étrangers à l'exploitation normale de l'entreprise, constitution de nouvelles sûretés, désintéressement des cautions ...);

– enfin, il joue le rôle de conciliateur. Cela signifie qu'il doit entendre le débiteur et ses créanciers mais surtout tenter de les amener à la conclusion d'un concordat dit préventif. Celui-ci est donc un plan de sauvetage de l'entreprise. Son but est d'amener les créanciers à ne pas demander des paiements immédiats pour permettre de rétablir la situation de l'entreprise. Lesdits plans consisteront donc à imposer aux créanciers des sacrifices tels que l'abandon partiel des créances (remises de dettes), l'échelonnement des paiements (délais de grâce), la réduction des sûretés notamment toutes sortes de moratoires conventionnels dont la durée n'excède pas trois ans pour tous les créanciers et un an pour les créanciers de salaires.

Le juge expert dispose de deux mois au plus pour parvenir à ce concordat à la suite de quoi il dresse un rapport qu'il adresse au président qui doit saisir la juridiction compétente.

La juridiction compétente a le choix entre trois options :

– si elle estime que la situation du débiteur ne relève d'aucune procédure collective<sup>(1)</sup> ou si elle rejette le concordat préventif proposé par le débiteur<sup>(2)</sup>, elle annule sa décision de suspension des poursuites individuelles. Les créanciers retrouvent donc la liberté de harceler à nouveau le débiteur ;

– si elle constate que la situation du débiteur est plus grave qu'il ne l'a présentée notamment lorsqu'il est réellement en état de cessation de paiements, elle prononce d'office, et à tout moment, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens ;

– si elle constate que la situation du débiteur reflète la mesure demandée, elle rend une décision de règlement préventif et homologue le concordat préventif<sup>(3)</sup>. En même temps qu'elle prononce le jugement d'homologation

(1) S'il apparaît en fait qu'il n'a aucune difficulté réelle pour honorer ses créanciers.

(2) Si les délais de paiement sont trop longs par exemple.

(3) Le législateur OHADA s'est probablement inspiré sur cette question des concordats préventifs tels que pratiqués en Allemagne, en Angleterre et en Belgique ; voy. GUYON (Y.), *op. cit.* p. 99 ; HELOU SAADE (M.C.), *Le concordat préventif en droits libanais, français et belge comparés*, thèse Paris I, 1984, cité par GUYON (Y.), *op. cit.*

du concordat préventif, la juridiction compétente peut mettre sur pied les organes suivants<sup>(1)</sup>:

- un syndic chargé de contrôler l'exécution du mandat préventif et des contrôleurs;
- un juge commissaire chargé de la supervision de toutes les opérations de redressement de l'entreprise.

La situation financière passablement acceptable du débiteur, justifie cette souplesse du législateur<sup>(2)</sup>. En cas de cessation de paiements, les dispositions de loi sont plus fermes, mais elles ont toujours pour objectif et dans la mesure du possible, de redresser l'entreprise en difficulté financière.

### *B. L'alerte provoquée par les commissaires aux comptes*

- 263.** Censés effectuer un contrôle comptable *a priori*, les commissaires aux comptes sont aujourd'hui amenés à surveiller la gestion. Ainsi en est-il de l'obligation qui leur incombe désormais de déclencher la procédure d'alerte lorsque la situation de la société semble périlleuse sur le plan financier (articles 150 et suivants). Cette procédure pèse essentiellement sur le commissaire aux comptes qui est chargé dans l'exercice de sa mission de détecter au plus tôt les faits et événements susceptibles de compromettre la continuité de l'exploitation (article 153). Lorsqu'il en est ainsi, il doit adresser une demande d'explications aux dirigeants et si le vice persiste, faire convoquer l'assemblée des actionnaires pour les en informer. En cas de résistance des dirigeants, il peut lui-même convoquer cette assemblée pour porter l'information à leur attention. L'Acte uniforme distingue selon que la société est anonyme ou non.

#### **1. Dans les sociétés autres que les sociétés anonymes**

- 264.** Dans cette hypothèse, la procédure ne comporte que deux phases. Elles sont retracées par les articles 150 à 152 de l'A.U. Dans un premier temps, le commissaire aux comptes demande par lettre au porteur contre récépissé ou par

---

<sup>(1)</sup> Le législateur fait de la désignation de ces organes une simple faculté pour le tribunal. Mais il faut dire que la juridiction compétente ne saurait s'en passer. Peut-être faudrait-il dire que le juge n'est pas obligé de mettre en place tous ces organes. Il peut par exemple estimer que la présence des contrôleurs est surabondante. Mais il ne saurait, au risque d'aboutir au non-respect de ses engagements par le débiteur, se passer du syndic ou alors du juge commissaire. En ce sens, F. ANOUKAHA, *Présentation de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives*, Communication au Séminaire sur le thème «Droit Commercial Uniforme, Infrastructure et Financement de Projet en Afrique», Yaoundé-Cameroun du 09 au 11 décembre 1999, organisé par l'International Bar Association (IBA), avec le soutien du Barreau de Paris et de l'American Bar Association, inédit.

<sup>(2)</sup> Cf. pour plus de détails, ANOUKAHA (F.), «Séminaire IBA», *loc. cit.*

lettre recommandée avec demande d'avis de réception des explications au gérant qui est tenu de répondre, dans les conditions et délais fixés aux articles suivants, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il a relevé lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission (par exemple, détérioration de la situation financière, pertes de marchés importants, redressement fiscal majeur, etc.). Puis, le gérant répond par le même procédé dans le mois qui suit la réception de la demande d'explication. Dans sa réponse, il donne une analyse de la situation et précise, le cas échéant, les mesures envisagées. En cas d'inobservation des dispositions prévues ou si, en dépit des décisions prises, le commissaire aux comptes constate que la continuité de l'exploitation demeure compromise, il établit un rapport spécial. Il peut demander, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, que ce rapport spécial soit adressé aux associés ou qu'il soit présenté à la prochaine assemblée générale. Dans ce cas, le gérant procède à cette communication dans les huit jours qui suivent la réception de la demande.

## 2. Dans les sociétés anonymes

- 265.** Dans ce type de société, le devoir d'alerte est organisé par les articles 153 à 156 de l'A.U. Tout d'abord, le commissaire aux comptes demande par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception des explications au président du conseil d'administration, au président-directeur général ou à l'administrateur général, selon le cas, lequel est tenu de répondre, dans les conditions et délais fixés à l'article suivant, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il a relevé lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission.

L'autorité concernée répond par le même procédé dans le mois qui suit la réception de la demande d'explication. Dans sa réponse, elle donne une analyse de la situation et précise, le cas échéant, les mesures envisagées.

A défaut de réponse ou si celle-ci n'est pas satisfaisante, le commissaire aux comptes invite, selon le cas, le président du conseil d'administration ou le président-directeur général à faire délibérer le conseil d'administration ou l'administrateur général à se prononcer sur les faits relevés. Cette invitation est formée par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans les quinze jours qui suivent la réception de la réponse du président du conseil d'administration, du président-directeur général ou de l'administrateur général, selon le cas, ou la constatation de l'absence de réponse dans les délais prévus.

Enfin, dans les quinze jours qui suivent la réception de la lettre du commissaire aux comptes, le président du conseil d'administration ou le président-directeur général, selon le cas, convoque le conseil d'administration, en vue de le faire délibérer sur les faits relevés, dans le mois qui suit la réception de cette lettre. Le commissaire aux comptes est convoqué à la séance du conseil. Lorsque l'administration et la direction générale de la société sont assurées par un administrateur général, celui-ci, dans les mêmes délais, convoque le commissaire aux comptes à la séance au cours de laquelle il se prononcera sur les faits relevés. Un extrait du procès-verbal des délibérations du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, est adressé au commissaire aux comptes dans le mois qui suit la délibération du conseil ou de l'administrateur général.

En cas d'inobservation des dispositions prévues ou si, en dépit des décisions prises, le commissaire aux comptes constate que la continuité de l'exploitation demeure compromise, il établit un rapport spécial qui est présenté à la prochaine assemblée générale ou, en cas d'urgence, à une assemblée générale des actionnaires qu'il convoque lui-même pour soumettre ses conclusions, après avoir vainement requis S.A. convocation du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Lorsque le commissaire aux comptes procède à cette convocation, il fixe l'ordre du jour et peut, pour des motifs déterminants, choisir un lieu de réunion autre que celui éventuellement prévu par les statuts. Il expose les motifs de la convocation dans un rapport lu à l'assemblée.

## SECTION 2. LA RESTRUCTURATION DES SOCIÉTÉS

- 266.** Il s'agit des techniques conçues par l'Acte uniforme pour réadapter un contrat de société initial aux nécessités économiques du moment. C'est la dynamique des sociétés. La majorité des Etats parties au traité de l'OHADA n'avait pas jusqu'ici conçu une législation générale en matière de restructuration des entreprises. L'Acte uniforme, en s'inspirant de la pratique et des évolutions jurisprudentielles sur ces questions, propose désormais un certain nombre de solutions. Cependant, toutes les opérations de restructuration n'ont pas été envisagées. Il en est ainsi notamment des opérations de nationalisation<sup>(1)</sup> et de privatisation qui demeurent soumises à l'emprise des législations nationales<sup>(2)</sup>. Sont néanmoins envisagées, les liens

<sup>(1)</sup> Equipe HSD, «Droit commercial et des sociétés en Afrique», *op. cit.*, p. 63 et s.

<sup>(2)</sup> Ainsi en droit camerounais, les privatisations demeurent régies par la loi n° 89/030 du 29 décembre 1989, l'ordonnance n° 90/004 du 22 juin 1990 et les décrets n° 86 656 du 3 juin

de droit entre entreprises (groupes de sociétés, prises de participation dans le capital d'une autre société, cas société mère/filiale, transformation, fusion, scission et apport partiel d'actif).

### §1. Les groupes de sociétés

267. Si l'Acte uniforme définit certaines figures d'un groupe de sociétés, il n'insiste pas sur les contours de cette notion en droit des sociétés alors qu'une telle méconnaissance emporte des conséquences juridiques importantes. Il convient donc de définir la notion et de préciser le processus de création des groupes. Toutefois, l'indifférence du législateur OHADA montre bien que le droit des sociétés fait peu de cas de la notion de groupe de sociétés; cette ignorance est cependant relative si l'on en juge par la jurisprudence, et l'existence de dispositions juridiques minimales attestant d'une certaine reconnaissance de la notion de groupe de sociétés.

#### A. La notion de groupe de sociétés

268. La notion de «groupe de sociétés» n'a jamais été facile à définir. La doctrine s'y est essayée<sup>(1)</sup>. Le professeur Guyon par exemple, a estimé de manière approximative, que «le groupe est un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes les unes des autres mais en fait soumises à une unité de décision économique».

Il existe plusieurs formes de groupes :

– les activités des sociétés du groupe sont relativement complémentaires : par exemple, maîtrise de tous les stades de la production, depuis l'approvisionnement en matières premières jusqu'à la commercialisation du produit (concentration verticale); ou détention d'une position dominante, voire un monopole dans un secteur déterminé (concentration horizontale);

– les activités des différentes sociétés du groupe sont très éloignées les unes des autres : c'est un conglomérat; il peut se justifier par le souci d'assurer la maîtrise des risques par une diversification des activités dont les cycles économiques sont antagonistes; la conjoncture déprimée dans un cas peut alors être compensée par une conjoncture favorable dans l'autre cas.

D'une manière générale, divers avantages économiques sont liés à la création d'un groupe de sociétés<sup>(2)</sup>:

---

1986, n° 89/010 du 4 janvier 1989, n° 95/056 du 29 mars 1995. Aucun texte jusqu'ici n'a été pris pour les nationalisations.

<sup>(1)</sup> Pour une étude d'ensemble, voy. Michel VANHAECKE, *Les groupes de sociétés*, préface de M.R. Plaisant, Paris, L.G.D.J., 1962, 520 p.

<sup>(2)</sup> Cf., sur la question, GUYON, *Droit des affaires*, n° 581.

- permettre un certain partage des risques dans la mesure où chaque société du groupe a sa propre personnalité juridique, et donc son propre passif, qui ne répond pas des dettes des autres;

- faciliter la gestion en déconcentrant les organes de gestion tout en centralisant les objectifs; la direction du groupe fixe les buts qu'il faut atteindre et chaque société cherche librement les voies et moyens pour les atteindre;

- profiter des avantages fiscaux: le système d'intégration fiscale peut inciter à créer des filiales; cela peut se faire en essayant par exemple de faire obtenir les bénéfices les plus importants du groupe par les sociétés les moins lourdement imposées, y compris le cas échéant en recourant à la création de filiales en territoires étrangers (dans les paradis fiscaux).

En tout état de cause, la concentration garantit au groupe une efficacité et une rentabilité améliorée<sup>(1)</sup>: en maîtrisant à la fois ses approvisionnements, son financement, ses débouchés et ses activités, le groupe parvient à rationaliser sa production et à mieux s'affranchir des différents obstacles à la croissance des entreprises.

**269.** Une des figures de base d'un groupe de sociétés est celle qui présente d'un côté une société dominante et de l'autre une société dominée. Tel est le cas de la société mère et de sa filiale. Il est réglé par les articles 179 et 180 de l'Acte uniforme. Tout d'abord la société mère est définie comme étant celle qui possède plus de la moitié du capital d'une autre société. C'est la société principale. Cette dernière est alors la filiale de la première.

Une société peut même être une filiale commune de plusieurs sociétés mères; il en est ainsi lorsque son capital est possédé par lesdites sociétés mères qui doivent, aux termes de l'article 180 de l'Acte,

1°) posséder dans la société filiale commune, séparément, directement ou indirectement par l'intermédiaire de personnes morales, une participation financière suffisante pour qu'aucune décision extraordinaire ne puisse être prise sans leur accord;

2°) participer à la gestion de la société filiale commune.

Ainsi, sur le plan juridique, la filiale est simplement une société sous la dépendance ou le contrôle d'une autre. Elle doit cependant être distinguée de la succursale régie par les articles 116 et suivants. La filiale contrairement à la succursale a par rapport à la société mère, sa personnalité morale et tous les attributs qui en découlent (appellation, siège, nationalité, etc.). La succursale n'a aucune autonomie juridique, aucune personnalité morale pro-

---

<sup>(1)</sup> Cf. David FONGANG, *La P.M.E. africaine face à la mondialisation*, PUA, 2001, p. 112 qui encourage une politique de coopération entre entreprises africaines pour faire face à la concurrence.

pre, aucun patrimoine d'affectation. Elle est une simple universalité de fait, un élément détaché de l'entreprise sociale. La filiale est donc en apparence une société comme les autres.

Cependant, la pratique des affaires donne à la notion de filiale un contenu plus large que celui retenu par l'article 179. Si l'on trouve des filiales à 100 % c'est-à-dire celle dont la société mère est l'unique associé, il peut exister une filiale commune à plusieurs sociétés mères ayant des seuils de participation allant du plus élevé au plus faible (article 180). La participation est donc partagée entre les sociétés mères. Aux termes de la loi, elle doit être suffisante pour qu'aucune décision extraordinaire ne puisse être prise sans l'accord de ces dernières. Elles doivent exercer une domination juridique de la filiale<sup>(1)</sup>: participer à la gestion et détenir au moins 66 % (soit deux tiers des voix exprimées) des droits de votes permettant d'avoir une majorité dans les assemblées extraordinaires (voir l'article 554 sur l'A.G.E. des S.A.).

Les intérêts d'une filiale commune sont nombreux :

- la vente des produits respectifs des sociétés mères ;
- pour une filiale de production, la fabrication d'un élément d'équipement commun à ces divers produits (un moteur pour des constructions automobiles) ;
- la conduite une activité accessoire commune ;
- la création pour une opération ponctuelle telle la soumission d'un marché ; etc.

### *B. Le processus de création d'un groupe*

- 270.** La composition des groupes est diverse : certains groupes sont industriels ou commerciaux et peuvent comporter plusieurs centaines ou milliers de filiales ; d'autres sont des groupes financiers qui s'organisent souvent autour d'une société mère (la holding) dont l'objet principal est la détention et la gestion de ses participations dans les sociétés du groupe ; d'autres groupes encore peuvent reposer sur des accords contractuels et n'être que provisoires, pour le temps par exemple d'une opération commune (contrat d'entreprise pilote) ou l'exécution d'un marché. Les liens personnels sont constitués par la conclusion de contrats par exemple de sous-traitance, de concession, d'assistance technique : ceux-ci placent une société dans une certaine dépendance économique vis-à-vis d'une autre ; il s'agit d'un simple

---

<sup>(1)</sup> Sur la question, cf. FLEURIET, « Les filiales communes : le choix d'une forme juridique », *JCP*, 1979, I, 2945 ; CALVET et BERLIN, « L'entreprise commune et le droit de la concurrence », *JCP*, 1995, éd. E, I, 506

rapprochement des entreprises et non pas véritablement de groupe de sociétés.

Sans traiter de la typologie des groupes, l'Acte uniforme indique seulement dans l'article 173 que les sociétés du groupe sont unies par des liens divers. Que faut-il entendre par-là? Liens personnels ou financiers? Ils ne ressemblent en rien aux liens contractuels ci-dessus décrits.

Il ne peut donc s'agir que des groupements financiers. Cependant, les groupes financiers reposent sur des liaisons en capital. Ils supposent un élément matériel (une société détient une fraction importante des actions ou parts d'une autre société) et un élément intentionnel (la participation n'est pas faite dans un but de placement, mais afin d'exercer une domination ou une influence sur la société qui a émis les actions ou les parts).

D'après l'Acte, la constitution d'un groupe de sociétés découle d'une prise de contrôle de sociétés extérieures. Les sociétés d'un groupe sont placées sous un contrôle unique, et c'est cet argument qui est retenu. D'après l'article 173, «Le groupe de sociétés est l'ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres». Cela suppose, dit l'article 174, qu'une personne détient effectivement le pouvoir de décision au sein d'une autre société. Il en est ainsi conformément à l'article 175, dans deux cas :

- une personne physique ou morale détient directement ou indirectement ou par personne interposée, plus de la moitié des droits de vote d'une société ;

- elle dispose de plus de la moitié des droits de vote d'une société en vertu d'un accord ou d'accords conclus avec d'autres associés de cette société.

Si l'on s'en tient aux critères énumérés par l'article 175 de détention du contrôle d'une société, ceux-ci sont liés au pouvoir de vote détenu. Or, le droit de vote s'exerce en fonction de la participation au capital de la société. Il est donc lié à la proportion des titres sociaux détenus : celui qui justifie d'une participation importante lui conférant plus de la moitié des droits de vote de la société s'assure le contrôle de celle-ci.

En ce sens, les sociétés de portefeuille sont valides : il s'agit des sociétés placées en haut de la pyramide des groupes ou à des échelons intermédiaires et dont l'actif se compose uniquement de titres d'une ou plusieurs sociétés du groupe. En pratique, il est fréquent que certains groupes financiers mettent en présence une société mère et plusieurs autres sociétés unies à elle par des liens de dépendance plus ou moins étroits. Il peut arriver que la société mère n'exerce plus directement une activité industrielle ou commerciale, mais se borne à détenir les actions qui lui assurent la maîtrise du groupe (intervention dans la gestion des sociétés dont elle détient les

actions, ce qui est loin d'être un simple placement). Il s'agit alors d'une société holding.

Les holdings peuvent avoir plusieurs formes :

– la forme pyramidale lorsqu'un holding a des intérêts dans un certain nombre de sociétés qui à leur tour en détiennent dans d'autres et ainsi de suite ;

– la forme radiale lorsqu'un holding placé au centre contrôle directement l'ensemble des sociétés ;

– la forme de cercle, lorsqu'une société contrôle une autre qui en contrôle une troisième et ainsi de suite.

On peut avoir une combinaison de ces différentes formes à cause des participations croisées entre les sociétés d'un même groupe. Le contrôle supposant l'appartenance des capitaux et donc des votes qui peuvent être exercés aux assemblées générales, le législateur a songé à limiter les seuils de prise de participations mutuelles dans les sociétés. Cette limitation a ainsi pour but d'éviter entre autres, le « verrouillage » de la direction des sociétés : empêcher que certaines personnes contrôlent les mêmes sociétés et deviennent pratiquement irrévocables : lorsque chacune des sociétés détient dans le capital de l'autre une participation suffisante pour en avoir le contrôle.

Il convient d'attirer l'attention sur un des moyens de prise de contrôle de certaines sociétés ou de certaines personnes sur d'autres : celle-ci peut se réaliser grâce à des conventions de vote implicitement consacrées par l'article 175-2<sup>o</sup> de l'Acte uniforme précité<sup>(1)</sup>. Ainsi, par des accords conclus avec certains associés, une personne peut, en se réservant plus de la moitié des droits de vote d'une société, s'en assurer le contrôle.

Ce critère financier montre bien que le groupe est surtout une réalité économique et non juridique si l'on en juge par la difficulté de le soumettre à une législation unique et harmonieuse. Il est cependant reconnu en droit social, en droit fiscal et comptable.

### *C. L'ignorance relative du groupe par le droit des sociétés*

- 271.** Le droit des sociétés a tendance à méconnaître la notion de groupe. Il n'existe donc pas véritablement une réglementation générale propre aux groupes. L'Acte uniforme sur le droit des sociétés est muet sur la personnalité morale du groupe de sociétés. Mais la jurisprudence semble trouver quelque intérêt à la reconnaissance de la notion de groupe de sociétés.

---

<sup>(1)</sup> Bien qu'elles soient parfois d'un intérêt discutable pour la société, dans la mesure où elles visent simplement à maintenir les dirigeants en place.

### 1. L'absence de personnalité morale du groupe

272. Le groupe de sociétés n'a pas d'existence juridique. Cela démontre que chaque société d'un groupe conserve son autonomie juridique et il en est ainsi même dans le cas de figure société mère/filiale lorsque la première possède 100% du capital de la seconde.

Cette absence de reconnaissance du groupe s'explique de différentes façons :

- éviter que les sociétés du groupe aient chacune une double personnalité juridique qui serait alors source de confusion ; chaque être physique ou moral ne peut avoir qu'une seule personnalité juridique ;

- reconnaître le groupe conduirait à nier la personnalité morale de chaque société membre du groupe ; et les sociétés du groupe disparaîtraient au profit d'une société unique à succursales.

Cette absence de régime juridique général du groupe emporte un certain nombre de conséquences :

- le groupe ne peut être immatriculé, n'a pas de dénomination juridique, n'a pas de siège social, de nationalité ou de patrimoine ; il n'a pas la capacité juridique. Seule la société mère a ces attributs. Ainsi, n'ayant pas la personnalité morale, un groupe ne saurait s'engager par contrat<sup>(1)</sup> ;

- chaque société du groupe a son identité propre (nom, siège social, nationalité, capacité, patrimoine), n'est pas en principe responsable des dettes des autres sociétés ; mais il peut arriver que le contrôle économique exercé par la société mère serve de critère pour déterminer la nationalité de la filiale<sup>(2)</sup> ;

- la société mère ne peut intervenir dans la gestion de ses filiales, et n'est pas tenue des engagements contractés par ces dernières ;

- on ne peut pas étendre aux autres sociétés du groupe la procédure collective engagée à l'encontre d'une société du groupe sous prétexte qu'elles appartiennent à un même groupe. Si plusieurs sociétés liées entre elles sont en cessation de paiements, on doit ouvrir une procédure pour chacune.

---

<sup>(1)</sup> Voy. par exemple en droit comparé : Cass. com., 3 nov. 1988, *Bull. Joly*, 1989, p. 75 ; *Rev. sociétés*, 1989, p. 289 : une personne se présente comme le PDG du groupe X ; elle commande des travaux à une société d'études ; les factures n'ayant pas été réglées par le groupe X, cette société n'a pu obtenir que la condamnation personnelle du signataire de la commande : le groupe X n'a jamais existé en tant que personne morale, et son soi-disant représentant ne peut prétendre avoir agi au nom de l'une des sociétés composant le groupe.

<sup>(2)</sup> Cf. Cass. civ., 21 novembre 1956, *RTD com.*, 1957, p. 220, n° 1.

## 2. Le fondement de la reconnaissance du groupe en jurisprudence

273. La protection des associés surtout minoritaires et celle des créanciers semblent gouverner la prise en compte du groupe de sociétés.

### a) *Protection des minoritaires*

274. La sanction de l'abus de majorité : bien que ce ne soit pas précisé, il est admis que l'action en abus de majorité peut s'appliquer dans les groupes de sociétés ; ainsi, la majorité des actionnaires qui contrôle un groupe ne peut abuser de sa domination pour imposer une décision contraire aux intérêts de la filiale et fondée sur l'intérêt général du groupe<sup>(1)</sup>. Cependant, il faut, dans le groupe, interpréter de manière restrictive la notion d'abus de majorité ; il ne doit pas seulement y avoir rupture d'égalité profitant aux seuls majoritaires, mais encore « absence totale de contrepartie pour les minoritaires » pour reprendre les termes de certains arrêts rendus en droit français<sup>(2)</sup>.

### b) *Protection des créanciers*

275. Les exigences du crédit commercial imposent de nombreux tempéraments à la règle de l'autonomie des sociétés du groupe. Il peut en être ainsi dans plusieurs cas :

– lorsque la filiale a été créée frauduleusement pour soustraire une fraction du patrimoine de la société mère aux poursuites de ses créanciers ou pour obtenir des tiers un crédit que ceux-ci auraient refusé en connaissance de cause<sup>(3)</sup> ;

– lorsque le comportement de la société mère est de nature à faire croire aux tiers qu'ils sont en présence d'une seule entreprise ou du moins que la société mère est disposée à faire face aux engagements de sa filiale comme aux siens propres<sup>(4)</sup>. Il en sera ainsi lorsque la société mère, même en respectant apparemment l'autonomie de sa filiale, et sans fraude, s'est livrée

<sup>(1)</sup> C'est ce qui a été décidé dans le célèbre arrêt Fruehauf rendu par la C.A. de Paris, 22 mai 1965, *JCP*, II, 14254.

<sup>(2)</sup> Cf. Cass. com., 12 novembre 1973, *Bull. civ.*, IV, p. 287 ; Cass. com., 21 octobre 1974, *Rev. jurisp. Com.*, 1975, p. 387, CHARTIER.

Cf. Doctrine : OPPETIT, « La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'action », *JCP*, 1970, 2361 ; MALAN, « Le rachat des actions minoritaires dans les opérations de prise de contrôle des sociétés », *JCP*, 1972, I, 2450 ; SCHMIDT, *Quelques remarques sur les droits de la minorité dans les cessions de contrôle*, *D.S.*, 1972, chr. 223 ; CANAC, « La protection des minoritaires lors des prises de contrôle des sociétés », *Gaz. Pal.*, 1974, I, Doctr. 35.

<sup>(3)</sup> Cf. par ex. Cass. req. 13 mai 1929, *S.*, 1929, I, 289, note GÉGOUT ; Angers, 13 juillet 1956, *JCP*, 1956, II, 9514.

<sup>(4)</sup> Cf. par ex. : Cass. req., 20 nov. 1922, *S.*, 1922, I, 305, note ROUSSEAU.

à une immixtion qui dépasse les droits qu'elle tient de sa qualité d'associé ou d'administrateur.

Deux actions sont possibles pour permettre aux créanciers de mettre en cause les véritables responsables du passif social d'une des sociétés du groupe :

**276. L'action en confusion de patrimoines en l'absence d'autonomie de la filiale.** La confusion de patrimoines suppose que malgré la pluralité des personnes juridiques, il n'y a en fait aucune autonomie de la société débitrice du créancier. Plusieurs critères peuvent permettre de déceler l'absence d'autonomie de la filiale : le caractère fictif de la société, le fait que les dirigeants ne soient que des prête-noms, que la société soit une société de façade, qu'elle n'ait aucune activité propre.

Dans tous les cas, il faut qu'il soit impossible de déterminer distinctement le patrimoine des différentes sociétés eu égard à la confusion de trésorerie ou de l'imbrication anormale des comptes bancaires<sup>(1)</sup>. D'ailleurs, par le jeu de la théorie de l'apparence, les créanciers d'une filiale peuvent aussi engager la société mère.

Lorsque la confusion des patrimoines est constatée, le juge peut dès lors fondre l'ensemble des patrimoines des sociétés du groupe en un seul et unique patrimoine ; tous les actifs de ces sociétés sont alors utilisés sans considération des cloisonnements juridiques pour éponger le passif d'une d'entre elles. En cas de cessation des paiements d'une des sociétés, le juge saisi procédera à l'ouverture d'une même et unique procédure sans qu'il soit nécessaire de relever l'état de cessation des paiements de chaque société. Cette solution est clairement affirmée en droit comparé<sup>(2)</sup>. La confusion des patrimoines doit être nettement caractérisée pour que les juges prononcent une extension de procédures collectives.

**277. L'action en comblement de passif en cas de direction par une autre société.** La loi sur les procédures collectives permet de mettre en cause la responsabilité des dirigeants, personnes physiques ou morales, dirigeants de

<sup>(1)</sup> Il faut remarquer que le fait que la société mère soit détentrice de la quasi-totalité des actions de la filiale ne fait pas cependant présumer la confusion ; dans certains cas, on a retenu comme indices une gestion centralisée, une identité de clientèle et surtout l'ingérence d'une société dans les affaires de l'autre.

<sup>(2)</sup> Il a été jugé par exemple en droit français que : « Lorsqu'on est en présence de deux ou plusieurs personnes morales qui, tout en étant des sujets de droit autonomes, et indépendants, et ayant des patrimoines apparemment distincts, les ont confondus, les éléments de l'un se retrouvent dans l'autre et réciproquement, il est normal que le redressement ou la liquidation judiciaire de l'une de ces personnes soit étendu à l'autre ou aux autres en raison de l'imbrication née de cette confusion » ; C.A. Paris, 3<sup>e</sup> ch. A., 17 déc. 1986, *Gaz. Pal.*, 1987, I, jur., p. 256 ; Cass. com., 6 novembre 1985, *Rép. Defrénois*, 15 mai 1986, p. 614.

fait ou de droit, occultes ou apparents, des sociétés en cessation des paiements.

Le dirigeant personne morale peut être par exemple une société mère qui dirige une des filiales : l'action en comblement du passif est dans ce cas exercée aussi bien contre la personne morale elle-même que contre les personnes physiques qui la représentent<sup>(1)</sup>. De plus, une société mère a la qualité de dirigeant de droit d'une filiale dans laquelle elle est administratrice<sup>(2)</sup>. Elle a aussi la qualité de dirigeante de fait lorsqu'elle s'est immiscée dans la gestion de la filiale<sup>(3)</sup>.

La société mère ne sera toutefois condamnée que s'il est établi à son encontre une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif. Le dirigeant fautif est alors condamné avec la société en état de cessation des paiements à régler le passif. Le tribunal apprécie l'étendue de la responsabilité du dirigeant et prononce une condamnation en conséquence : paiement de la totalité du passif ou seulement d'une partie<sup>(4)</sup>.

*D. Les dispositions juridiques minimales tendant à une reconnaissance du groupe*

- 278.** Le droit social, fiscal ou comptable comporte des dispositions qui semblent démontrer que la notion de groupe de sociétés est à certains égards pris en compte.

### 1. Droit social

- 279.** Pour protéger les salariés des sociétés participant à un même groupe, le droit social tend à reconnaître le groupe comme entité juridique. Ainsi, l'appartenance de la société au groupe a des incidences pour déterminer l'employeur et pour apprécier les conséquences d'une mutation et d'un licenciement du salarié<sup>(5)</sup>. En effet, du point de vue du droit du travail, on considère que les différentes sociétés du groupe constituent pour les travailleurs, un

<sup>(1)</sup> POUGOUE et KALIEU, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, PUA, p. 95.

<sup>(2)</sup> Voy. article 180 A.U. sociétés fixant les conditions pour une société d'être filiale commune de plusieurs sociétés mères.

<sup>(3)</sup> Voy. encore article 180 A.U. sociétés.

<sup>(4)</sup> Cf. C. D'HOIR-LAUPETRE, «L'émergence d'un droit des obligations adapté au phénomène des groupes de sociétés», *D.S.*, 1993, chr. 248.

<sup>(5)</sup> Voy. par ex. : DESPAX, «Groupe de sociétés et contrat de travail», *Droit social*, 1961, 596; «Groupe de sociétés et institutions représentatives du personnel», *JCP*, 1972, I, 2465; De LESTANG, «La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes», *Droit social*, n° spécial, avril 1979, p. 5; SAVATIER, «L'unité économique et sociale entre personnes morales juridiquement distinctes», *Droit social*, 1986, 11; etc.

employeur unique<sup>(1)</sup>: la confusion des patrimoines est avantageuse pour le travailleur qui bénéficie d'une ancienneté continue même s'il passe d'une société à une autre; et en cas de licenciement, il en est tenu compte pour le paiement de l'indemnité.

## 2. Droit comptable et comptes consolidés

**280.** Le droit comptable appréhende la notion de groupe. Cela ressort clairement de l'article 74 de l'Acte uniforme relatif au droit comptable qui dispose:

– alinéa 1<sup>er</sup>: «Toute entreprise, qui a son siège social ou son activité principale dans l'un des Etats parties et qui contrôle de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises, ou qui exerce sur elles une influence notable, établit et publie chaque année les états financiers consolidés de l'ensemble constitué par toutes ces entreprises ainsi qu'un rapport sur la gestion de cet ensemble»<sup>(2)</sup>.

– alinéa 2: «S'il s'agit d'une société anonyme faisant appel public à l'épargne, la société dominante est tenue également de publier un tableau d'activité et de résultats ainsi qu'un rapport d'activité pour l'ensemble consolidé dans les quatre mois qui suivent la fin du premier semestre de l'exercice, accompagnés d'un rapport du commissaire aux comptes sur la sincérité des informations données, dans les mêmes conditions que celles prévues pour les comptes personnels des entreprises. Dans ce cas, la société dominante est dispensée des obligations de même nature relevant de l'application de l'article 7 ci-dessus».

Expliquant l'article 74, l'article 78 prévoit quant à lui que: «Le contrôle exclusif par une entreprise résulte:

– soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise;

– soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise; l'entreprise consolidante est présumée avoir effectué

---

<sup>(1)</sup> Pour une analyse détaillée de la question, cf. Pierre Etienne KENFACK, *La mobilité du capital de l'entreprise et le droit social camerounais*, Thèse de 3<sup>e</sup> cycle, Université de Yaoundé II, 1994; Jean Jules FOMCHIBOU MBANCHOUT, *La mobilité de la main d'œuvre en droit social camerounais*, Thèse doctorat de 3<sup>e</sup> cycle en droit privé, 1999, inédit; voir spécialement l'analyse des situations de mutation de main d'œuvre au sein d'un groupe d'entreprises, p. 150 et s.

<sup>(2)</sup> Il convient de noter que selon l'article 79 de l'Acte sur le droit comptable: «Les états financiers consolidés comprennent le bilan, le compte de résultat, le tableau financier des ressources et des emplois de l'exercice ainsi que l'état annexé. Ils forment un tout indissociable et sont établis conformément aux règles et conventions retenues dans le système comptable OHADA».

cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à quarante pour cent des droits de vote et qu'aucun autre associé ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;

– soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet et que l'entreprise consolidante est associée de l'entreprise dominée.

Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise, exploitée en commun par un nombre limité d'associés, de sorte que les décisions résultent de leur accord.

L'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une autre entreprise est présumée lorsqu'une entreprise dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette autre entreprise.»

Les comptes consolidés permettent donc une appréhension globale et réelle des résultats nés d'activités différentes et informent du degré de communauté d'intérêts entre les sociétés liées. La règle de la consolidation des comptes, c'est-à-dire la présentation des résultats de l'ensemble du groupe, ne joue que si l'on est en présence de sociétés qui d'une manière exclusive ou conjointe contrôlent une ou plusieurs autres entreprises ou exercent une influence notable sur celles-ci.

Les autres dispositions du titre II de cet Acte uniforme indiquent les techniques comptables de consolidation des comptes, les éléments à retenir, les conditions à respecter, les éléments qu'il faut ressortir distinctement, etc.

Dans le même esprit, les articles 9 et suivants de l'Acte 5/82-UDEAC-324 étend les pouvoirs d'investigation du commissaire aux comptes aux filiales de la société contrôlée. Cette règle en faveur des associés, a été reprise par l'alinéa 3 de l'article 718 de l'A.U. relatif au droit des sociétés et du G.I.E. qui dispose : «Les investigations prévues au présent article peuvent être faites tant auprès de la société que des sociétés mères ou filiales au sens des articles 178 à 180 du présent Acte uniforme».

### 3. Droit fiscal

- 281.** Le droit fiscal aussi connaît le groupe de sociétés. La plupart des législations nationales en ce sens prévoient des dispositions d'exonération des sociétés mères ; il est souvent admis que les produits nets des actions ou des parts sociales de la seconde société touchés par la première au cours de l'exercice sont retranchés du bénéfice net total de celle-ci, défalcation faite d'une quote-part de frais et charges. Il s'agit d'éviter que les actionnaires de la

société mère ne soient plus lourdement imposés sur les bénéficiaires en provenance des filiales que sur ceux qui sont réalisés directement par la société mère<sup>(1)</sup>.

## §2. La participation dans le capital d'une autre société

**282.** Les articles 176 à 178 de l'Acte uniforme organisent les modalités de participation d'une société dans le capital d'une autre. Il ressort de ces dispositions tout d'abord que lorsqu'une société possède dans une autre société une fraction de capital égale ou supérieure à 10%, la première est considérée comme ayant une participation dans la seconde. Il faut cependant distinguer le cas des sociétés anonymes et à responsabilité limitée et celui des autres sociétés.

Ainsi est-il dit qu'une société anonyme ou une société à responsabilité limitée ne peut posséder d'actions ou de parts sociales d'une autre société si celle-ci détient une fraction de son capital supérieure à dix pour cent. A défaut d'accord entre les sociétés intéressées pour régulariser la situation, celle qui détient la fraction la plus faible du capital de l'autre doit céder ses actions ou ses parts sociales. Si les participations réciproques sont de même importance, chacune des sociétés doit réduire la sienne, de telle sorte qu'elle n'excède pas dix pour cent du capital de l'autre.

De la même manière, si une société, autre qu'une société anonyme ou une société à responsabilité limitée a, parmi ses associés, une société anonyme ou une société à responsabilité limitée détenant une participation à

---

<sup>(1)</sup> Cf. par exemple l'article 98 du Code général des impôts camerounais : «Lorsqu'une société par actions ou à responsabilité limitée possède, soit des actions nominatives d'une société par actions, soit des parts d'intérêts d'une société à responsabilité limitée, l'impôt sur les revenus des valeurs mobilières est liquidé sur l'intégralité des dividendes et autres produits distribués; mais dans la mesure où les sommes distribuées au titre d'un exercice correspondent aux produits desdites participations encaissées au cours du même exercice, l'impôt que ces produits ont supporté est imputé sur le montant de l'impôt dont la société susvisée est redevable.

Le bénéfice des dispositions qui précèdent est accordé, à condition :

- 1° que les actions ou parts d'intérêts possédées par la société mère représentent au moins 25% du capital de la société filiale;
- 2° que les sociétés mères et leurs filiales aient leur siège social au Cameroun ou dans un Etat de l'UDEAC;
- 3° que le montant de l'impôt supporté par la société filiale soit égal à celui qu'elle aurait supporté dans l'état d'imposition de la société;
- 4° que les actions ou parts d'intérêts attribuées à l'émission soient toujours restées inscrites au nom de la société participante, ou, s'il ne s'agit pas de titres souscrits lors de leur émission, que celle-ci prenne l'engagement de les conserver pendant deux années consécutives au moins sous la forme nominative.

La rupture de cet engagement est sanctionnée par l'imposition des revenus indûment exonérés sans préjudice des pénalités applicables pour insuffisance de déclaration.»

son capital supérieure à dix pour cent, elle ne peut détenir d'actions ou de parts sociales de cette société. Au cas où la participation de la société anonyme ou de la société à responsabilité limitée dans la société serait égale ou inférieure à dix pour cent, elle ne peut détenir plus de dix pour cent du capital de la société anonyme ou de la société à responsabilité limitée. Dans les deux cas, si la société autre que la société anonyme ou la société à responsabilité limitée possède déjà des titres de cette société anonyme ou société à responsabilité limitée, elle doit les céder.

**283.** Le législateur communautaire n'a pas jugé utile de mentionner les différentes circonstances de prise de participation. Pourtant elles sont nombreuses : il y a la prise de participation concertée qui comprend les achats d'actions directement ou par le biais d'une holding (cession de contrôle), et la prise de participation par le biais d'une augmentation de capital ; il y a également la prise de participation agressive par le jeu des offres publiques d'achat ou offres publiques d'échange. Quel que soit le moyen utilisé pour la prise de participation, le législateur africain n'a songé qu'à proscrire le franchissement de certains seuils de participation. Cela conduit à réglementer les participations croisées :

- les participations réciproques sont permises et sans limitation lorsque aucune des sociétés en cause n'a la forme de société anonyme ou S.A.R.L.

- les dispositions des articles 177 et 178 sont destinées à assurer la réalité du capital social des S.A.R.L. ou S.A. ; si une telle société possède une partie du capital d'une autre qui elle-même possède une partie de son capital, la garantie offerte par le capital de la première à ses créanciers se trouve amoindrie. Tout se passe comme si les deux sociétés détenaient elles-mêmes une partie de leur propre capital et dès lors la partie auto-détenue n'a plus aucune réalité : c'est du « capital sur papier »<sup>(1)</sup>, soit un gonflement artificiel de l'actif apparent des sociétés, chacune d'elle se trouvant indirectement par l'intermédiaire de l'autre, propriétaire de ses propres parts ou actions.

En cas de dépassement, la loi impose donc une régularisation par voie de cession du surplus. Et jusqu'à leur cession effective, les actions ou parts sociales à céder sont privées du droit de vote et du paiement des dividendes qui y sont attachés.

---

<sup>(1)</sup> Cf. en ce sens, M. COZIAN et A. VIANDIER, *op. cit.*, n° 1831, p. 611.

### §3. La transformation des sociétés

**284.** La forme d'une société est son vêtement. Une société peut donc en changer et adopter une autre forme, en considération des avantages et des inconvénients liés à chaque type de société et de ses nouveaux besoins. Assez souvent une société de personnes ou une S.A.R.L. se transforme en société anonyme, pour accroître sa surface financière. L'inverse étant possible si une S.A. trouve sa structure trop lourde à gérer par exemple. Le mécanisme de la transformation emporte un certain nombre d'effets.

#### *A. Le mécanisme de la transformation*

**285.** L'article 181 de l'Acte uniforme définit la transformation de la société comme l'opération par laquelle une société change de forme juridique par décision des associés.

L'intérêt pratique de la transformation est d'éviter à la société une dissolution suivie de la création d'une nouvelle société. Phénomène d'adaptation, la transformation régulière n'entraîne donc pas création d'une personne morale distincte ou nouvelle. C'est la personnalité morale initiale qui demeure, avec le même patrimoine (actif et passif); il y a donc seulement modification du mode d'exploitation juridique. L'Acte uniforme précise à cet effet que la transformation ne constitue qu'une modification des statuts et est soumise aux mêmes conditions de forme et de délai que celle-ci. En effet, ce sont les associés qui avaient opté pour une forme donnée; ce sont eux et non les dirigeants qui vont prendre la décision de transformation. Ils vont se réunir en assemblée pour arrêter le principe et les conditions de la transformation. Cette décision impose alors une majorité qualifiée qui varie en fonction du type de société, mais aussi de la forme nouvelle souhaitée. L'article 181 alinéa 3 précise toutefois que la transformation d'une société dans laquelle la responsabilité des associés est limitée à leurs apports en une société dans laquelle la responsabilité des associés est illimitée est décidée à l'unanimité des associés; toute clause contraire est réputée non écrite. Il y a en effet augmentation des engagements des associés et il est impératif qu'ils l'acceptent tous.

**286.** L'Acte uniforme régit particulièrement les cas des S.A.R.L. (articles 374 et 375) ou S.A. (articles 690 à 693) qui voudraient se transformer en une autre forme de société.

Les dispositions des articles 374 et 375 de l'Acte, relatives à la transformation d'une S.A.R.L. en une autre forme de société, doivent être complétées par les règles générales organisées par les articles 181 et suivants. Il convient de rappeler que lorsque la transformation a pour effet d'aggraver

la responsabilité des associés, elle doit être décidée à l'unanimité. Tel serait le cas si une S.A.R.L. se transformait en S.N.C. De manière particulière, il ressort de l'Acte uniforme que la transformation d'une S.A.R.L. ne peut être réalisée que si celle-ci a, au moment où cette opération est envisagée, des capitaux propres d'un montant au moins égal à son capital social et si elle a établi et fait approuver par les associés les bilans de ses deux premiers exercices. La transformation ne peut être faite qu'au vu d'un rapport d'un commissaire aux comptes certifiant, sous sa responsabilité, que les conditions ci-dessus énoncées sont bien remplies. Lorsqu'il n'existe pas de commissaire aux comptes, celui-ci est choisi par le gérant selon les modalités prévues aux articles 694 et suivants de l'Acte uniforme. Toute transformation réalisée en contravention de ces dispositions est nulle. Cette nullité devrait en toute logique être absolue.

S'agissant de la S.A., l'Acte uniforme pose trois conditions pour permettre à une telle société de se transformer en société d'une autre forme :

- la société doit avoir au moins deux ans d'existence ;
- elle doit avoir fait établir et approuver par les actionnaires le bilan de ces deux premiers exercices ; on retrouve également cette exigence d'ancienneté en cas de transformation de la S.A.R.L. en société anonyme (article 374). Elle s'explique dans ce cas par le souci d'éviter la fraude qui consisterait, pour échapper aux formalités de constitution d'une société anonyme, à constituer d'abord une S.A.R.L. avant de la transformer ensuite en société anonyme. Ces conditions ne s'expliquent que difficilement dans l'hypothèse de la transformation d'une société anonyme en S.A.R.L. ;
- l'actif net de la société doit être au moins égal au capital social.

Se traduisant par une modification des statuts, la transformation est décidée par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires. Elle statue au vu du rapport du commissaire aux comptes de la société sur l'actif social. Cette décision est soumise, le cas échéant, à l'assemblée ou aux assemblées générales des obligataires. S'agissant d'une assemblée générale extraordinaire, elle est soumise aux formalités relatives à la modification des statuts (articles 263 et 254 de l'Acte uniforme).

Lorsqu'il s'agit pour la société anonyme de se transformer en S.N.C. L'Acte uniforme exige que la décision soit prise à l'unanimité des actionnaires. En effet, il s'agit d'une décision qui augmente les engagements des actionnaires. A ce titre, le consentement de tous est généralement requis. (article 72 alinéa 2 de l'Acte uniforme). En revanche, il n'est exigé dans ce cas ni de condition d'ancienneté, ni de rapport du commissaire aux comptes sur l'actif net social, ni approbation de l'assemblée des obligataires, ni formalités de publicité.

Rien n'est cependant pour la transformation de la société anonyme en société en commandite simple. Dès lors, cette transformation doit obéir au régime général au même titre que la transformation de la société anonyme en S.A.R.L. Cela s'explique certainement à cause de la dualité des catégories d'actionnaires qui composent la S.C.S. Mais cet argument ne vaut que si dans la nouvelle société, les anciens actionnaires ne seront que des commandités, sinon il aurait fallu exiger pour l'opération le consentement de tous ceux des associés qui seront plutôt commanditaires.

Il reste que dans le cas de la transformation d'une société anonyme en S.A.R.L. ou en S.C.S., les parts sociales qui viendront remplacer les actions réduisent la marge de manœuvre de leurs titulaires. En effet, les parts sociales sont seulement cessibles et non négociables (article 57 de l'Acte uniforme). Les droits des anciens actionnaires devenus associés sont ainsi diminués. Il ne s'agit pour autant pas d'une augmentation de leurs engagements. C'est certainement la raison pour laquelle la décision de transformation ne doit pas nécessairement être prise à l'unanimité<sup>(1)</sup>.

- 287.** Enfin, la transformation d'une société en autre chose qu'une société, en G.I.E. par exemple, relève du «transsexualisme» ont dit certains auteurs<sup>(2)</sup>. Elle devrait donc entraîner création d'un être moral nouveau. Et si tel est le cas, le fisc peut en profiter pour percevoir des droits aussi bien pour la dissolution de l'ancien groupement que pour la naissance du groupement nouveau. Pour éviter cette cascade d'imposition, l'Acte uniforme, à l'instar de l'ordonnance française du 23 septembre 1987 (article 12), apporte des assouplissements. Ainsi, dit l'article 882, toute société ou association dont l'objet correspond à la définition du groupement d'intérêt économique peut être transformée en groupement d'intérêt économique sans donner lieu à dissolution ou à création d'une personne morale nouvelle. On peut par exemple admettre qu'une société qui a pour objet le développement économique de ses membres se transforme en G.I.E. De même, affirme encore l'article 882, un groupement d'intérêt économique peut être transformé en société en nom collectif sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle. Il faut donc constater que la transformation en S.A.R.L. ou en S.A. n'est pas visée.
- 288.** Comme pour toute modification d'un élément des statuts, la publicité de la transformation est exigée et organisée par la loi elle-même. L'article 265 de l'Acte uniforme prévoit que la décision de transformation doit faire l'objet de trois mesures de publicité qui vont de l'insertion dans un journal d'annonces légales à une inscription modificative au RCCM, en passant par le

<sup>(1)</sup> GUYON (Y.), *op. cit.*, p. 591, n° 568.

<sup>(2)</sup> M. COZIAN et A. VIANDIER, *op. cit.*, n° 1658.

dépôt au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales de deux exemplaires du procès-verbal de l'assemblée ayant décidé la transformation et du procès-verbal de la décision ayant désigné les membres des nouveaux organes sociaux. Sont également déposés au greffe, les nouveaux statuts, la déclaration de régularité et de conformité et, le cas échéant deux exemplaires du rapport du commissaire aux comptes chargé d'apprécier la valeur des biens de la société. Enfin, si la société est propriétaire d'un ou de plusieurs immeubles soumis à la publicité foncière, la mention de la transformation doit être signalée au bureau chargé des hypothèques.

*B. Effets de la transformation*

- 289.** La transformation emporte un certain nombre d'effets. D'après l'article 182 de l'Acte, la transformation prend effet à compter du jour où la décision la constatant est prise. Cependant, elle ne devient opposable aux tiers qu'après achèvement des formalités de publicité prévues à l'article 265. La transformation ne peut avoir d'effet rétroactif. Elle n'entraîne pas un arrêté des comptes si elle survient en cours d'exercice, sauf si les associés en décident autrement. Les états financiers de synthèse de l'exercice au cours duquel la transformation est intervenue sont arrêtés et approuvés suivant les règles régissant la nouvelle forme juridique de la société. Il en est de même de la répartition des bénéfices.
- 290.** La décision de transformation met fin aux pouvoirs des organes d'administration ou de gestion de la société (article 184). Les personnes membres de ces organes ne peuvent demander des dommages et intérêts du fait de la transformation ou de l'annulation de la transformation que si celle-ci a été décidée dans le seul but de porter atteinte à leurs droits. Le rapport de gestion est établi par les anciens et les nouveaux organes de gestion, chacun d'eux pour sa période de gestion (article 185).
- 291.** La protection des tiers est assurée. En effet, la transformation de la société ne doit pas porter atteinte à leurs droits. C'est la même personne morale qui se perpétue, aussi, les créanciers sociaux, extérieurs à la transformation, conservent pour le paiement de leurs créances les garanties et les recours dont ils bénéficiaient d'après la forme ancienne (par exemple, en cas de transformation d'une S.N.C. ou d'une S.C.S. en S.A.R.L. ou en S.A., les anciens associés restent indéfiniment et solidairement responsables du passif social antérieur). Dans le même sens, les contrats de travail en cours subsistent et la nouvelle société est débitrice des salaires et des indemnités dues aux salariés<sup>(1)</sup>. Le contrat de bail des locaux de l'ancienne société se perpé-

<sup>(1)</sup> Cf. par exemple l'article 42 du Code du travail camerounais.

tue à la charge de la nouvelle. Dans ce sens, l'article 186 précise nettement que les droits et obligations contractés par la société sous son ancienne forme subsistent sous la nouvelle forme ; il en est de même pour les sûretés, sauf clause contraire dans l'acte constitutif de ces sûretés. Il ajoute de même qu'en cas de transformation d'une société, dans laquelle la responsabilité des associés est illimitée, en une forme sociale caractérisée par une limitation de la responsabilité des associés à leurs apports, les créanciers dont la dette est antérieure à la transformation conservent leurs droits contre la société et les associés.

- 292.** S'agissant du sort réservé aux commissaires aux comptes, l'article 187 de l'Acte dispose que la transformation de la société ne met pas fin aux fonctions du commissaire aux comptes si la nouvelle forme sociale requiert la nomination d'un commissaire aux comptes. Mais, lorsque cette nomination n'est pas requise, la mission du commissaire aux comptes cesse par la transformation, sauf si les associés en décident autrement. Le commissaire aux comptes dont la mission a cessé, rend néanmoins compte de sa mission pour la période comprise entre le début de l'exercice et la date de cessation de cette mission à l'assemblée appelée à statuer sur les comptes de l'exercice au cours de laquelle la transformation est intervenue.
- 293.** Enfin, le législateur africain n'oublie pas que la transformation peut porter sur une des formes de groupements qu'il n'a pas prévues. Ainsi l'article 188 dispose que lorsque la société, à la suite de sa transformation, n'a plus l'une des formes sociales prévues par l'Acte uniforme, elle perd la personnalité juridique si elle exerce une activité commerciale. Doit-elle alors être considérée comme une société de fait ou une société en participation ? Celles-ci sont définies par l'Acte uniforme comme des sociétés n'ayant pas la personnalité juridique, la première parce qu'elle a été constituée sans acte écrit, la seconde parce que bien que constituée, elle n'a pas été immatriculée au RCCM (articles 114 et 115). Il semble que l'hypothèse de l'article 188 nous ramène davantage à la société en participation.

#### **§4. La fusion et la scission**

- 294.** A côté des groupes de sociétés, d'autres procédés de restructuration mettant en œuvre des techniques sociétaires existent. Il en est ainsi des fusions et des scissions. Leur emploi dépend de l'objectif poursuivi par les dirigeants sociaux ; le choix de tel ou tel procédé dépend alors des circonstances, du coût, de la rapidité, ou de la faisabilité juridique et fiscale de la technique convoitée. Il s'agit de renforcer la capacité concurrentielle des

entreprises<sup>(1)</sup>. Et à cet effet, la fusion comme la scission sont des techniques appropriées.

Face à une typologie des procédés variée, le critère essentiel de choix est le régime juridique applicable. Mais s'agissant de la fusion et de la scission, les conditions et les effets sont quasiment identiques.

#### *A. Typologie et conditions des fusions et scissions*

**295.** La fusion est l'expression juridique de la concentration économique. Il s'agit d'une dissolution volontaire d'une société avec apport global de la totalité de son patrimoine à une autre société. Il ne faut cependant pas confondre la fusion et la cession d'actifs. La société qui vend à une autre son fonds de commerce et ses immeubles n'est pas réputée fusionner avec celle-ci. L'entité juridique demeure, même si l'activité change. Ce qui n'est pas le cas de la fusion. Du point de vue juridique, il existe deux sortes de fusions :

- la fusion-absorption : une société qui existe déjà, reçoit l'apport ;
- la fusion-combinaison : deux sociétés se dissolvent ensemble et font apport de leurs patrimoines à une nouvelle société constituée exprès pour les recevoir.

L'article 189 de l'Acte uniforme vise les deux formes. Elle définit en effet la fusion comme l'opération par laquelle deux sociétés se réunissent pour n'en former qu'une seule soit par création d'une société nouvelle soit par absorption de l'une par l'autre. Ainsi, ce texte prévoit-il qu'une société, même en liquidation, peut être absorbée par une autre société ou participer à la constitution d'une société nouvelle par voie de fusion.

---

<sup>(1)</sup> Cf. Barthélémy MERCADAL et Philippe JANIN, *Droit des affaires*, Mémento Pratique Francis Lefebvre, 1998, n° 3430 qui écrivent : « Il est en effet nécessaire aujourd'hui d'atteindre un certain seuil de chiffre d'affaires pour dégager des bénéfices permettant les investissements indispensables à l'équipement, à la rationalisation de la production, à la recherche de nouveaux produits ou à l'amélioration des produits existants. Les fusions permettent aussi d'abaisser les prix de revient en améliorant les conditions de production, celles de la distribution et celles des études et des recherches. Elles sont encore parfois un moyen de réorganiser la structure d'un groupe : la société mère absorbe certaines filiales, une filiale en absorbe d'autres, certaines filiales fusionnent entre elles pour donner naissance à une nouvelle filiale ». « La scission apparaît *a priori* comme ayant un but contraire à la concentration des entreprises puisqu'elle est la division d'une société en deux ou plusieurs sociétés nouvelles. Mais les scissions de sociétés s'opèrent généralement au profit de sociétés existantes ; la scission aboutit bien alors à une concentration d'entreprises car deux sociétés succèdent à trois. Cf., également, ROMNICIANU, « Perspective d'ensemble sur le sort des garanties dans le cadre d'une fusion », *JCP*, 1991, éd. E., 34 ; JEANTIN, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », *Mélanges Derruppé*, 287.

Les associés des sociétés dissoutes deviennent associés de la société survivante. La fusion est décidée par chacune des sociétés intéressées dans des conditions requises pour les modifications de ses statuts.

- 296.** La scission est quant à elle une opération voisine de la fusion: Une société arrivée à un certain point d'expansion peut décider de transférer à des filiales tout ou partie de ses activités par voie de scission; il s'agit d'un développement par croissance interne. La scission est une opération par laquelle une société fait simultanément apport de la totalité de son patrimoine à d'autres sociétés en les répartissant entre elles.

L'article 190 de l'Acte uniforme la définit comme l'opération par laquelle le patrimoine d'une société est partagé entre plusieurs sociétés existantes ou nouvelles. Ainsi, une société peut transmettre son patrimoine par voie de scission à des sociétés existantes ou nouvelles.

- 297.** On peut combiner fusion et scission; la fusion-scission consiste pour une société soit à faire apport de son patrimoine à des sociétés existantes, soit à participer avec celles-ci à la constitution de sociétés nouvelles. La scission ou la fusion-scission doit être décidée par les sociétés concernées dans les conditions requises pour les modifications de ses statuts.

- 298.** L'opération de fusion ou de scission suppose en principe deux actes successifs: la préparation du projet de fusion ou de scission et sa ratification par les assemblées générales des sociétés intéressées. Le projet ou traité est l'acte dans lequel sont précisées les conditions de la fusion ou de la scission. L'obligation de dresser un projet de fusion ou de scission est expressément posée par l'Acte uniforme dans l'article 193. Celui-ci est alors arrêté selon le cas par le conseil d'administration, l'administrateur général, le gérant ou les gérants de chacune des sociétés participant à l'opération.

- 299.** L'article 193 de l'Acte uniforme précise les indications qui doivent être contenues dans le projet; elles sont les suivantes:

1°) la forme, la dénomination 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 seront, 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 droits sociaux et, le cas échéant, le montant de la soulte;

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.

**300.** L'article 194 de l'Acte organise ensuite les conditions de publicité du projet de fusion ou scission. D'après ce texte, ledit projet doit être déposé au greffe chargé des affaires commerciales du siège desdites sociétés et faire l'objet d'un avis inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales par chacune des sociétés participant à l'opération. Cet avis doit contenir un certain nombre d'indications à savoir:

1°) la dénomination sociale suivie, le cas échéant, de son sigle, la forme, l'adresse du siège, le montant du capital et les numéros d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier de chacune des sociétés participant à l'opération;

2°) la dénomination sociale suivie, le cas échéant, de son sigle, la forme, l'adresse du siège et le montant du capital de la ou des sociétés nouvelles qui résulteront de l'opération ou le montant de capital des sociétés existantes;

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

4°) le rapport d'échange des droits sociaux;

5°) le montant prévu de la prime de fusion ou de scission.

Il est enfin spécifié que le dépôt au greffe et la publicité ainsi prévue doivent avoir lieu au moins un mois avant la date de la première assemblée générale appelée à statuer sur l'opération.

**301.** La décision de fusion ou de scission est adoptée sous la forme de résolutions au sein des sociétés participant à l'opération. En effet le projet acquiert force juridique et force obligatoire lorsqu'il est ratifié par les Assemblées. Il y aura alors une assemblée de la société absorbée ou scindée et une assemblée de la société absorbante ou nouvelle.

L'assemblée de la société absorbée ou scindée doit prendre une décision complexe: approuver la dissolution ou disparition de leur société et approu-

ver la transformation de leur société en une autre. La fusion ou la scission transforme la situation des associés, sauf si la société absorbante ou nouvelle a la même forme que la société absorbée ou scindée, par exemple, deux sociétés anonymes. Mais si par exemple, la société absorbante ou nouvelle est une société de personnes, et la société absorbée ou scindée une S.A., à cause de l'augmentation de leurs engagements, il faut pour réussir la fusion ou la scission, l'unanimité des actionnaires; si c'est une S.A.R.L., la décision doit être prise selon les règles de majorité prévues pour ce genre de sociétés.

L'assemblée de la société absorbante ou nouvelle doit décider d'augmenter son capital en recevant pour apport le patrimoine de la société absorbée ou scindée. Cet apport est considéré comme un apport en nature; la société absorbante ou nouvelle doit créer des titres nouveaux représentant ce capital et les distribuer aux associés de la société absorbée ou scindée.

- 302.** Lorsque la fusion ou la scission est réalisée entre sociétés anonymes, l'Acte uniforme dans les articles 671 à 689 prévoit des règles particulières applicables. Il faut en effet tenir compte de l'intervention dans la procédure de l'opération, des commissaires à la fusion ou à la scission, de la soumission du projet aux assemblées d'obligataires de la société absorbée ou scindée, et de la protection des créanciers non obligataires des sociétés en cause. Il ne faut pas oublier l'existence des porteurs de parts de fondateurs ou parts bénéficiaires (article 918). Certes, l'Acte uniforme interdit désormais l'émission de ces titres (article 744 alinéa 3). Celles existantes demeurent régies par les lois nationales de chaque Etat<sup>(1)</sup>. Les porteurs de parts de fondateurs doivent être consultés sur les décisions qui affectent l'avenir de la société. Il faut aussi tenir compte de la croissance grâce à la fusion du nombre des actionnaires et de son incidence éventuelle sur l'équilibre des forces<sup>(2)</sup>.
- 303.** Les dispositions des articles 672, 676, 679, 688 et 689 de l'Acte uniforme sont applicables aux fusions ou aux scissions des sociétés à responsabilité limitée au profit de sociétés de même forme. Lorsque l'opération est réalisée par apports à des sociétés à responsabilité limitée existantes, les dispositions de l'article 676 de l'Acte uniforme sont également applicables.
- 304.** Il ressort enfin de l'article 383 de l'Acte que lorsque la fusion est réalisée par apport à une société à responsabilité limitée nouvelle, celle-ci peut être cons-

<sup>(1)</sup> Dans la plupart d'entre eux, c'est la loi du 23 janvier 1929 et la loi du 4 mars 1943; en Guinée, c'est l'article 44 de l'ordonnance 119; le Sénégal les a interdites (article 1386 du C.O.C.C.) et le Code de commerce malien les ignore purement et simplement.

<sup>(2)</sup> Cf. en ce sens, M. COZIAN et A. VIANDIER, *op. cit.*, n° 1737 *in fine* et n° 1724.

tituée sans autre apport que celui des sociétés qui fusionnent. Lorsque la scission est réalisée par apport à des sociétés à responsabilité limitée nouvelles, celles-ci peuvent être constituées sans autre apport que celui de la société scindée. En ce cas, et si les parts de chacune des sociétés nouvelles sont attribuées aux associés de la société scindée proportionnellement à leurs droits dans le capital de cette société, il n'y a pas lieu à l'établissement du rapport mentionné à l'article 672 de l'Acte uniforme (du commissaire de fusion). Dans les cas prévus ci-dessus, les associés des sociétés qui disparaissent peuvent agir de plein droit en qualité de fondateurs des sociétés nouvelles.

- 305.** Une décision de fusion ou de scission irrégulière peut faire l'objet d'une action en nullité. Cette action se prescrit par six mois à compter de la date de la dernière inscription au RCCM rendue nécessaire par l'opération de fusion ou de scission (article 251 alinéa 3 de l'Acte). L'article 254 organise le régime de la nullité de ces opérations. Il ressort de ce texte que la décision qui prononce la nullité de la fusion ou de la scission doit être publiée dans un délai d'un mois à compter du jour où cette décision est devenue définitive. Elle est sans effet sur les obligations nées à la charge ou au profit des sociétés auxquelles le ou les patrimoines sont transmis entre la date à laquelle prend effet la fusion ou la scission et celle de la publication de la décision prononçant la nullité. Dans le cas de la fusion, les sociétés ayant participé à l'opération sont solidairement responsables de l'exécution des obligations ci-dessus mentionnées à la charge de la société absorbante. Il en est de même, dans le cas de scission, de la société scindée, pour les obligations des sociétés auxquelles le patrimoine est transmis. Chacune des sociétés auxquelles le patrimoine est transmis répond des obligations à sa charge nées entre la date de prise d'effet de la scission et celle de la publication de la décision prononçant la nullité.

#### *B. Effets de la fusion*

- 306.** La fusion a pour effet un transfert à titre universel du patrimoine de la société absorbée ou scindée à la société absorbante ou nouvelle, actif et passif compris. L'article 189 alinéa 3 dispose en ce sens que la fusion entraîne transmission à titre universel du patrimoine de la ou des sociétés, qui disparaissent du fait de la fusion, à la société absorbante ou à la société nouvelle. La société absorbée ou scindée perd sa personnalité morale. En effet, l'article 190 alinéa 3 prévoit que la scission entraîne transmission à titre universel du patrimoine de la société, qui disparaît du fait de la scission, aux sociétés existantes ou nouvelles. Le patrimoine est transféré dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération; c'est la société absorbante qui en prend désormais les risques.

La jurisprudence elle-même en a toujours décidé ainsi<sup>(1)</sup>. La société absorbante est donc investie des droits et tenue des obligations de la société absorbée; elle est créancière et débitrice en ses lieu et place<sup>(2)</sup>. Cela explique que les créanciers des différentes sociétés doivent être protégés, qu'ils soient obligataires ou non, qu'ils soient de la société absorbée, scindée ou absorbante. En effet, ils ont désormais un nouveau débiteur et la question de la transmission simultanée de leurs garanties se pose<sup>(3)</sup>. Par ailleurs, la fusion peut imposer le respect de certains seuils: par exemple, la réserve légale à compter, la désignation des commissaires aux comptes pour la nouvelle société si la fusion la porte au-delà du seuil exigé par la loi (article 376 A.U.).

**307.** Les obligataires ont quant à eux la possibilité de s'opposer à l'opération envisagée, même en recourant à la juridiction compétente; le président du tribunal peut alors en cas de rejet de leur opposition ordonner soit le remboursement des obligations, soit la constitution de garanties offertes par la société absorbante ou qui se scinde, si elles sont jugées suffisantes. Cela ressort de l'article 810 de l'Acte uniforme.

**308.** De toutes les façons, la fusion ou la scission entraîne comme en dispose l'article 191 de l'Acte uniforme, la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Elle entraîne, simultanément, l'acquisition par les associés des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires dans les conditions déterminées par le contrat de fusion ou de scission.

Les associés de la société absorbée ou scindée reçoivent donc en échange des titres de la société bénéficiaire. Il faut préciser que la valeur retenue pour les titres émis lors de la fusion est fonction de l'évaluation donnée à la société bénéficiaire et elle est donc indépendante de leur valeur nominale et peut comprendre une prime de fusion.

**309.** Deux difficultés doivent sur ce point être réglées. Tout d'abord, comment déterminer la parité d'échange des nouveaux droits sociaux accordés aux associés? A cet effet, le législateur a d'ailleurs imposé, dans certains cas,

<sup>(1)</sup> Cf. Paris, 23 janvier 1912, *D.P.*, 1913, II, 217.

<sup>(2)</sup> Cf. en droit comparé, Cass. civ., 7 mars 1972, *JCP*, 1972, II, 17270, note Y. GUYON.

<sup>(3)</sup> Cf. par exemple: Cass. com., 10 juin 1963, *D.*, 68, 116, note LOMBOIS: il a été jugé qu'était inopposable au banquier, créancier de la société absorbante, l'acte par lequel une société avait fait apport à titre de fusion de son actif immobilier à une autre société, à charge pour celle-ci de payer ses dettes, alors que cet acte avait eu pour effet de priver ce banquier de la garantie que lui avait accordée la société absorbée qui s'était portée caution solidaire de la société absorbante.

deux rapports émanant du conseil d'administration (article 671) et du commissaire à la fusion (article 672) portant sur la parité d'échange des actions et les conditions de leur évaluation.

En général, pour établir cette parité, il faut connaître la valeur des deux sociétés et ce qui peut poser quelques problèmes dans la détermination des critères d'évaluation<sup>(1)</sup>. La comparaison des comptes à la date de clôture du dernier exercice pourrait être un guide. En réalité, pour reprendre les propos de certains auteurs, les méthodes d'évaluation sont nombreuses. Elles combinent souvent la valeur intrinsèque ou mathématique (valeur vénale du patrimoine de la société), la valeur liquidative (valeur mathématique diminuée des frais et impôts qu'entraînent la liquidation de la société), la valeur de rendement (capitalisation à des taux à déterminer, soit de la marge brut d'autofinancement de la société, soit du bénéfice net, soit du dividende moyen distribué par la société), et la valeur boursière (prise en compte du cours moyen de l'action si elle est cotée ou, sinon, des cours des valeurs de sociétés comparatives)<sup>(2)</sup>.

Il faut ensuite comparer les valeurs des sociétés en cause en se référant à l'échelle de la part sociale ou de l'action, et déterminer enfin le nombre des titres qu'il y aura lieu de créer. Si on arrive à établir la parité d'échange, il faut encore tenir compte d'un autre élément de complication : c'est la prime de fusion ou de scission. En effet, la valeur réelle des titres ne correspond pas toujours à leur valeur nominale. Rapportée par exemple à une action, la prime de fusion est la différence entre sa valeur nominale et sa valeur réelle. En fait, au fur et à mesure des opérations sociales, la valeur nominale n'exprime plus la valeur réelle du titre. Des profits ont été réalisés et des réserves accumulées auxquels chaque action donne droit. L'inverse est également vrai en cas de pertes, la valeur réelle du titre étant alors inférieure à sa valeur nominale. Si la société est dissoute, ce qui est le préalable d'une fusion, le porteur de l'action aura droit s'il y a eu des profits, au remboursement du capital apporté (valeur nominale) et à une part des profits réalisés. Le calcul de la prime de fusion lorsqu'on connaît le nombre d'actions à créer, est donc égal à la différence entre la valeur nominale et la valeur réelle des actions de l'absorbante.

---

<sup>(1)</sup> Cf., sur la question, PINOTEAU, «L'évaluation des entreprises au cas de fusion», *Gaz. Pal.*, 1959, II, Doctr. 70 et *Gaz. Pal.*, 1962, I, Doctr. 20; CHUILON, «Les fusions de sociétés. Recherche des règles juridiques applicables à l'évaluation et à la rémunération des apports», *JCP*, 1970, I, 2350.

<sup>(2)</sup> Cf. MERCADAL et JANIN, *Droit des affaires*, Mémento Lefebvre, 1998, n° 3452; RIPERT, ROBLLOT et GERMAIN, *Traité de Droit commercial*, 16<sup>e</sup> éd., n° 1591.

- 310.** Les associés peuvent éventuellement recevoir, en échange de leurs apports, une soulte dont le montant ne peut dépasser dix pour cent de la valeur d'échange des parts ou actions attribuées.

Toutefois, l'échange des parts ou actions de la société bénéficiaire contre des parts ou actions des sociétés qui disparaissent n'est pas toujours possible; en l'occurrence, il n'est pas procédé à l'échange, dit l'article 191 alinéa 3, lorsque ces parts ou actions sont détenues:

1°) soit par la société bénéficiaire ou par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société;

2°) soit par la société qui disparaît ou par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société.

C'est l'application du procédé retenu par le droit français de la fusion-renonciation: dans ce cas, le principe de l'échange des actions est écarté lorsque l'une des sociétés qui participent à l'opération le plus souvent la société absorbante, détient une participation dans le capital de l'autre. Pour rémunérer l'apport que lui fait la société absorbée, la société absorbante doit normalement créer des actions nouvelles, et les joindre aux actions qui sont les siennes et qui devraient lui revenir dans la mesure où elle est actionnaire de la société absorbée. Pour éviter ce résultat, la société absorbante se borne à créer les droits sociaux nécessaires à la rémunération des associés de la société absorbée autres qu'elle-même. Donc, la société absorbante «renonce» à émettre les actions ou parts qui devaient lui revenir<sup>(1)</sup>.

- 311.** Avec l'absorption ou la scission de la société, les dirigeants de celle-ci perdent *ipso facto* leurs fonctions. Mais, les conditions de l'opération peuvent prévoir entre autres qu'ils retrouveront leur qualité dans la nouvelle société ou la société absorbante. Dans tous les cas, leur responsabilité tant civile que pénale reste engagée pour les faits antérieurs à la fusion ou la scission.

- 312.** En fin de compte, la fusion ou la scission prend effet conformément à l'article 192:

1°) en cas de création d'une ou plusieurs sociétés nouvelles, à la date d'immatriculation, au registre du commerce et du crédit mobilier, de la nouvelle société ou de la dernière d'entre elles; chacune des sociétés nouvelles est constituée selon les règles propres à la forme de la société adoptée;

---

<sup>(1)</sup> Voy. La notion de fusion-allotissement: la société absorbante détient une participation dans la société absorbée; les deux peuvent convenir de l'attribution en partage à la société absorbante de la fraction du patrimoine de l'absorbée qui correspond aux droits de l'absorbante, le surplus seul faisant l'objet d'un véritable apport-fusion; mathématiquement cela aboutit au même résultat que la fusion-renonciation.

2°) dans les autres cas, à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération, sauf si le contrat prévoit que l'opération prend effet à une autre date, laquelle ne doit être ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés bénéficiaires ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de la ou des sociétés qui transmettent leur patrimoine.

Il était en effet important de déterminer la date de la fusion ou de la scission car cela revient à rechercher le point de fusion ou de scission, soit le moment où s'accomplit l'union ou la division entre les sociétés concernées : leurs actifs et leurs passifs, leurs salariés, leurs associés, et leurs dirigeants. La date d'immatriculation retenue est celle à partir de laquelle les tiers créanciers de la société absorbée ou scindée sont censés connaître l'opération en cours. Pour les associés, il est évident que la date de la fusion ou de la scission est celle de la dernière assemblée ayant approuvé l'opération. Les parties peuvent toutefois retarder ou avancer celle-ci dans le respect des exigences légales. Lorsque les parties décident de reporter dans le passé les effets de la fusion, cette rétroactivité permet, alors que le projet de fusion a été élaboré sur la base des comptes du dernier exercice clos, d'éviter une remise en cause perpétuelle de la fusion, à raison des opérations intervenues depuis la clôture du dernier exercice<sup>(1)</sup>. Il s'agit toutefois d'une simple technique comptable. Les tiers ne peuvent donc pas invoquer le bénéfice de cette rétroactivité. La date de réalisation définitive de la fusion est celle de la dernière des assemblées générales et il ne saurait y avoir un report en arrière, sauf à mettre en péril les actes accomplis et les décisions prises pendant la période intercalaire. Ainsi, la rétroactivité ne touche pas à la substance des droits ; elle n'affecte pas les droits des tiers ; elle n'a qu'une incidence comptable. En tout état de cause, le projet de fusion doit indiquer clairement :

- la date à partir de laquelle les actions émises par la société absorbante ou les sociétés bénéficiaires (scissions) des apports donnent droit aux bénéfices communs ;
- la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbante seront du point de vue comptable considérées comme accomplies par la société bénéficiaire des apports ;
- les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des sociétés, comptes utilisés pour établir les conditions de l'opération.

---

<sup>(1)</sup> J.-P. STORCK, «La rétroactivité des décisions sociales», *Rev. sociétés*, 1985, p. 55, n° 13, M. CHADEFaux, *Les fusions de sociétés*, éd. La Villeguérin, 2<sup>e</sup> éd., 1995, n° 117 ; COZIAN, VIANDIER, DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 13<sup>e</sup> éd., n° 1754.

L'Acte uniforme organise enfin dans les techniques de restructuration des sociétés, une opération également voisine de la fusion, mais comportant quelques particularités : c'est l'apport partiel d'actif.

### §5. L'apport partiel d'actif

- 313.** L'apport partiel d'actif consiste pour une société à faire apport à une autre société, nouvelle ou déjà créée, d'une partie de ses éléments d'actifs, généralement une branche autonome d'activité. C'est ainsi que l'article 195 de l'Acte uniforme le définit et il ajoute non seulement que la société apporteuse ne disparaît pas du fait de cet apport, mais que l'apport partiel d'actif est soumis au régime de la scission. Ces affirmations méritent toutefois d'être précisées. En effet, l'apport partiel d'actif n'entraîne pas comme la fusion et la scission, la disparition d'une société ; la société fait seulement un apport d'une partie de son patrimoine et reçoit en contrepartie des titres de la société bénéficiaire de l'apport : elle peut donc garder ces titres dans son portefeuille ou les distribuer à ses associés. Mais pour qu'on applique le régime de la fusion-scission à l'apport partiel d'actif, il faut que celle-ci entraîne une modification de l'objet social de la société apporteuse. Ce qui est le cas nous semble-t-il, lorsqu'elle transfère à la société bénéficiaire une branche autonome d'activité. L'Acte uniforme n'ayant dans sa définition de l'apport partiel d'actif visé que cette forme de transmission<sup>(1)</sup>, il est normal qu'il décrète que cette opération est soumise au régime de la scission, donc indirectement au régime de la fusion. Par conséquent, toutes les règles applicables à ces opérations vont régir l'apport partiel d'actif, qu'il s'agisse de la procédure à suivre, (établissement d'un projet d'apport partiel d'actif, désignation d'un commissaire à l'apport partiel d'actif, résolutions des assemblées générales extraordinaires, droit d'opposition des créanciers, etc.), que de la transmission universelle de tous les droits, biens et obligations de la société apporteuse à la société bénéficiaire, notamment pour la branche d'activité faisant l'objet de l'apport. Cette façon de concevoir l'apport partiel d'actif consacre une véritable cession de dettes.
- 314.** Dans ces conditions, les articles 196 à 199 de l'Acte uniforme déterminent un certain nombre de règles déjà mentionnées, applicables aussi bien à la

---

<sup>(1)</sup> En réalité, on peut concevoir plusieurs autres utilités de l'apport partiel d'actif. Il permet principalement les opérations de filialisation, à savoir les opérations par lesquelles une société décide d'abandonner toute activité opérationnelle et de se cantonner dans le rôle de pure holding. Il peut également déboucher sur la création d'une filiale commune lorsque deux groupes, plutôt que de continuer à se concurrencer dans un segment précis, décident d'unir leurs efforts, chacun faisant apport à la filiale commune de l'activité mise en commun. Sur la question, cf. COZIAN et VIANDIER, *op. cit.*, n° 1766, p. 594.

fusion, qu'à la scission et à l'apport partiel d'actif. Il ressort de ces textes que sauf disposition contraire de l'Acte, les opérations de fusion, de scission et d'apport partiel d'actif peuvent intervenir entre des sociétés de forme différente. Elles sont décidées, pour chacune des sociétés intéressées, dans les conditions requises pour la modification de ses statuts et selon les procédures suivies en matière d'augmentation du capital et de dissolution de la société. Ainsi, seules les assemblées générales extraordinaires sont compétentes : il s'agit en fait pour la société absorbée ou scindée d'une dissolution anticipée, et pour la société absorbante ou nouvelle, d'une constitution ou augmentation de capital ; il s'agit pour la société apporteuse d'une modification de l'objet social, élément des statuts. Toutefois, si l'opération projetée a pour effet d'augmenter les engagements des associés ou des actionnaires, de l'une ou plusieurs sociétés en cause, elle ne peut être décidée qu'à l'unanimité desdits associés ou actionnaires.

315. La publicité de ces opérations est exigée. L'Acte uniforme dispose qu'à peine de nullité, les sociétés participant à une opération de fusion, scission, apport partiel d'actifs sont tenues de déposer au greffe une déclaration dans laquelle elles relatent tous les actes effectués en vue d'y procéder et par laquelle elles affirment que l'opération a été réalisée en conformité dudit texte.
316. Enfin, pour tenir compte du caractère communautaire de cette législation, l'Acte uniforme prévoit que si la fusion, scission et apport partiel d'actifs concernent des sociétés dont le siège social n'est pas situé sur le territoire d'un même Etat partie, chaque société concernée est soumise aux dispositions de l'Acte uniforme dans l'Etat partie de son siège social.

### SECTION 3. LA DISSOLUTION DES SOCIÉTÉS

317. Les causes de dissolution sont soit communes à toutes les sociétés, soit particulières à certaines sociétés. C'est à propos de ces causes particulières que le législateur a le plus innové. Dans l'ensemble, l'Acte uniforme organise de manière restrictive<sup>(1)</sup> les causes de dissolution de la société commerciale (paragraphe I), et en prévoit les effets tout au moins en ce qui concerne les sociétés pluripersonnelles, seules susceptibles d'être liquidées (paragraphe II).

---

<sup>(1)</sup> Par exemple, même dans les sociétés de personnes qui subissent l'influence des événements qui atteignent personnellement ses associés, pour éviter de telles causes de dissolution dues à un seul associé, l'Acte prévoit des solutions de sauvegarde de la société : soit que les autres associés décident dès la survenance de l'événement de continuer la société, soit qu'ils insèrent dans les statuts une clause appropriée à cet effet (voy. articles 290 et 308).

## §1. Les causes de dissolution

**318.** L'Acte uniforme en son article 200, reprenant les dispositions du droit commun des contrats régissant jusqu'ici la dissolution de la société<sup>(1)</sup>, prévoit sept causes de dissolution. Parmi les causes énoncées, on distingue celles qui surviennent par l'effet de circonstances extérieures à la société, et qui de par la loi entraînent une dissolution de plein droit de cette dernière (I) et celles qui sont le résultat de la volonté de tous les associés, ou de quelques-uns, voire d'un seul d'entre eux, et dans ce cas, la dissolution est provoquée (B).

### *A. Les causes de dissolution de plein droit*

**319.** Il s'agit en substance, de l'expiration du temps pour lequel la société a été constituée, donc de l'arrivée du terme convenu, de la réalisation ou l'extinction de l'objet social, de l'annulation du contrat de société, de l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation des biens de la société et enfin, de toute autre cause prévue par les statuts.

#### **1. L'arrivée du terme convenu**

**320.** D'après l'article 30 de l'Acte uniforme, l'arrivée du terme entraîne dissolution de plein droit de la société. Il appartient donc aux associés de fixer dans leur contrat la date à laquelle la société se terminerait. L'article 28 alinéa 2 prévoit cependant que le terme prévu ne peut excéder 99 ans. Mais la prorogation, comme la dissolution anticipée sont permises. Dans ces cas il y a modification statutaire et dès lors, le respect des formes de l'acte constitutif est exigé.

#### **2. La réalisation ou l'extinction de l'objet social**

**321.** Dans ces hypothèses, il y a disparition d'un élément essentiel du contrat. La réalisation de l'objet social suppose l'accomplissement parfait de la tâche pour laquelle la société avait été fondée. Il y a donc consommation de la négociation. Par exemple, une société est créée pour creuser un canal, ou pour construire un pont. Une fois le travail achevé, la société n'a plus d'objet et elle doit être dissoute, que le terme prévu soit atteint ou non. Par ailleurs, il y a extinction de l'objet lorsque l'activité pour laquelle la société a été fondée se révèle impossible. Par exemple, l'objet social est déclaré illicite ; la fermeture judiciaire d'un fonds de commerce qui était l'unique objet de l'exploitation sociale.

---

<sup>(1)</sup> Cf. les articles 1865 à 1872 du Code civil applicable.

Dans ces différentes hypothèses, la société a réalisé le but qu'elle s'était fixé au départ, ou alors l'objet social ne peut plus être atteint.

La réalisation ou l'extinction de l'objet social sont des causes rares en pratique. En principe, les statuts prennent soin de définir un objet suffisamment large, qui permet d'aménager la survie de la société<sup>(1)</sup>. Les statuts stipuleront par exemple que le canal achevé, le matériel et les bénéficiaires seront utilisés pour d'autres activités de travaux publics. D'un autre côté, si cela apparaît opportun, les associés peuvent modifier les statuts dans le sens d'une reconversion de leurs activités<sup>(2)</sup>.

Cette cause ne doit pas être confondue avec la simple mise en sommeil de la société. Il s'agit dans ce dernier cas d'une autre hypothèse de fait : celle dans laquelle une société cesse ses activités et est ainsi mise en sommeil ; s'il n'est pas exclu une possibilité de reprise à tout moment, la société ne doit pas être dissoute pour autant. La dissolution ne doit intervenir que si la cessation d'activité a un caractère définitif<sup>(3)</sup>.

### 3. L'annulation de la société

322. Il convient de rappeler que le législateur a réduit les hypothèses d'annulation d'une société. Toutefois, lorsqu'elle est prononcée par une juridiction, son effet est atténué ; elle n'opère pas de manière rétroactive. Elle produit alors les effets d'une dissolution.

### 4. La liquidation des biens de la société

323. En cas de cessation des paiements, le tribunal peut, lorsque la situation financière de la société est irrémédiablement compromise, prononcer la liquidation des biens de celle-ci. Ce jugement entraîne alors automatiquement la dissolution de la société.

### 5. Les causes statutaires

324. La société peut prendre fin pour toute cause prévue par les statuts. La vie d'une société suppose le maintien de ses éléments essentiels ; dès lors, les statuts peuvent prévoir une dissolution en cas de pertes graves, telles que la perte de l'objet social ou d'un apport. La perte de l'objet social est la perte

---

<sup>(1)</sup> Cf. par ex. Trib. Com. Seine, 22 juin 1959, *Journ. Soc.*, 1959, 193 H : Ferdinand de Lesseps avait obtenu la concession de l'exploitation du canal de Suez. En 1956, Nasser nationalisa le canal. La société n'en fut pas pour autant dissoute, car elle avait pris le soin auparavant de diversifier ses activités dans le domaine financier.

<sup>(2)</sup> Cf. Paris, 25 mai 1971, *JCP*, 1972, II, 17084, Y. GUYON.

<sup>(3)</sup> Cf. en ce sens G. NOTTE, « Les sociétés en sommeil », *JCP*, 1981, I, 3022.

de la richesse pour l'exploitation de laquelle la société avait été constituée. Il en serait ainsi par exemple si l'usine était incendiée ou nationalisée. La perte d'un apport par contre est une perte partielle de l'actif social. Ce n'est une cause de dissolution que si la considération du bien perdu a été jugée assez essentielle pour les associés, pour être considérée lors de la formation du contrat, comme une cause de dissolution.

*B. Les causes de dissolution provoquée*

- 325.** La dissolution d'une société peut être due à la volonté d'un ou des associés (1); dans certains cas déterminés, elle doit découler d'une décision judiciaire: c'est la dissolution judiciaire pour justes motifs (2).

**1. La volonté d'un ou des associés**

- 326.** Jusqu'ici, il était entendu que les associés pouvaient décider d'un commun accord de dissoudre avant terme leur société (a); de même, un associé pouvait provoquer la dissolution d'une société en renonçant à continuer à en faire partie (b). L'Acte uniforme ne semble pas remettre en cause ces solutions dans la mesure où il dispose seulement que la société peut prendre fin par décision des associés aux conditions prévues pour modifier les statuts. On peut donc comprendre aussi bien la dissolution anticipée d'un commun accord que la renonciation d'un associé. Mais il convient de signaler une cause de dissolution qui peut résulter de la demande des associés, et qui est la conséquence de la réunion de toutes les parts sociales en une seule main (c).

*a) La dissolution anticipée*

- 327.** Avant le terme prévu par les statuts, les associés peuvent mettre fin au contrat dans les mêmes formes que pour le modifier c'est-à-dire à l'unanimité ou à la majorité qualifiée selon le type de société. La dissolution anticipée peut être directe ou indirecte. Elle est directe lorsqu'elle émane d'une décision de l'assemblée générale des associés, ou survient en application d'une clause des statuts; elle est indirecte, lorsqu'elle est la conséquence nécessaire d'une autre décision collective: par exemple, une décision de se laisser absorber par une autre société à l'occasion d'une fusion, ou de se transformer en une forme de société différente impliquant la disparition de la personnalité morale actuelle. Quoi qu'il en soit, la dissolution volontaire ne doit pas être dictée par une intention frauduleuse<sup>(1)</sup>, ou par l'intention de nuire à la minorité.

---

<sup>(1)</sup> Rouen, 14 octobre 1966, *D.*, 1967, 134.

***b) La renonciation***

**328.** L'hypothèse est prévue par le droit commun des contrats<sup>(1)</sup>. Un associé qui ne souhaite plus faire partie d'une société peut unilatéralement y renoncer. La renonciation n'est possible que dans les contrats dont la durée est indéterminée, soit qu'il n'y a pas de terme, soit que le terme est si lointain qu'il dépasse l'espérance de vie active de l'homme. De même, l'associé doit être dans l'impossibilité de sortir de la société par une cession de parts (par exemple, une société interdisant ou limitant la négociabilité des parts ou actions). Enfin, le renonçant doit être de bonne foi, c'est-à-dire selon le droit commun, qu'il ne doit pas vouloir quitter la société dans l'intention de nuire en s'appropriant les bénéfices réalisés en commun, ou encore, il ne doit pas renoncer à contretemps, c'est-à-dire à une période économiquement inopportune.

Sur le plan de la forme, la renonciation doit se faire par une signification par acte d'huissier à tous les associés. Ceux-ci peuvent agir en justice s'ils estiment que le renonçant n'a pas respecté les conditions de fond ci-dessus.

***c) La réunion de toutes les parts en une seule main***

**329.** La réunion de toutes les parts ou actions en une seule main était sous l'ancienne législation une cause commune de dissolution de plein droit de toutes les sociétés. Les circonstances génératrices d'une telle situation étaient plutôt fréquentes. A la suite d'une cession ou d'une transmission successorale, les parts ou actions d'une société pouvaient se trouver réunies entre les mains d'un seul associé. Le défaut de pluralité d'associés, condition du contrat de société, devait entraîner la dissolution immédiate de celle-ci. L'unique associé ne pouvait éviter cette dissolution même s'il se trouvait un autre associé; ç'aurait été la création d'une nouvelle société. L'évolution est venue de certaines législations modernes: par exemple le droit français a décidé que la société en pareil cas n'est plus dissoute de plein droit; en vertu de l'article 1844-5 du Code civil, un délai d'un an est accordé à la société pour procéder à la régularisation. Bien plus, la société peut depuis la loi du 11 juillet 1985, fonctionner comme société unipersonnelle, si elle emprunte une certaine forme.

L'Acte uniforme vient aussi relativiser cette cause de dissolution de la société commerciale. Il faut rappeler que l'Acte uniforme consacre la S.A.R.L. et la S.A. d'un seul associé. Dans ces cas, une société, pluripersonnelle au départ, qui devient unipersonnelle par survenance d'un quelconque événement, ne peut plus être dissoute. Ensuite, il faut se référer à

---

<sup>(1)</sup> Cf. les articles 1869 et 1870 du Code civil.

l'article 60 de l'Acte uniforme pour constater que seule la réunion de toutes les parts sociales en une seule main peut encore, dans certaines circonstances seulement, causer la dissolution d'une société. Il en serait ainsi par exemple d'une société en nom collectif ou en commandite simple qui deviendrait unipersonnelle. L'article précité dispose cependant que : « Dans le cas des sociétés dont la forme unipersonnelle n'est pas autorisée par le présent Acte uniforme, la détention par un seul associé de tous les titres sociaux n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société. Tout intéressé peut demander au Président de la juridiction compétente cette dissolution, si la situation n'a pas été régularisée dans le délai d'un an. Le tribunal peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation. Il ne peut prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu ». Si donc il n'y a pas eu régularisation, on peut penser que la société sera considérée comme une société créée de fait (voir article 865 de l'Acte).

## 2. La dissolution judiciaire pour justes motifs

**330.** Il s'agit ici d'une variété de dissolution avant terme de la société. Le droit commun prévoyait déjà un certain nombre de situations dans lesquelles un associé pouvait demander la dissolution anticipée de la société :

- le manquement par un associé à ses engagements (tel que par exemple la libération d'un apport en industrie impossible à réaliser, étant donné que pour d'autres apports, il y a possibilité d'exécution forcée) ;
- l'infirmité habituelle rendant l'associé inhabile aux affaires de la société ;
- d'autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges.

L'article 200-5° de l'Acte uniforme vise quant à lui le cas d'inexécution de ses obligations par un associé ou de mésentente entre associés empêchant le fonctionnement normal de la société. En tout cas, les justes motifs sont laissés à l'appréciation du juge. Il apprécie si le motif est suffisamment grave et si le fonctionnement de la société peut s'en trouver paralysé<sup>(1)</sup>. Le juge considère aussi la viabilité de la société, sa situation financière (saine ou non).

---

<sup>(1)</sup> Par exemple, la mésentente entre associés : cas dans lequel deux blocs égalitaires d'associés d'une S.A.R.L. s'opposent et rendent impossible la prise de décision par les assemblées ; cf. TGI Douala, jugement civil n° 587 du 05 septembre 1991 (Affaire Etablissement Aubery), commentaire J. NGUEBOU, in *Juridis Périodique*, n° 30, 1997, p. 27 : la mésintelligence des administrateurs ayant paralysé le fonctionnement de la société a justifié la dissolution de la société. Dans le même sens : TGI Douala, jugement n° 399 du 2 avril 1990 (Affaire Sté Crevettes du Cameroun).

La survenance de ces causes de dissolution entraîne un certain nombre de conséquences dont l'importance dépend parfois du type de société.

## §2. Les effets de la dissolution de la société

331. La dissolution d'une société emporte un certain nombre d'effets (A); le plus immédiat est certainement la liquidation de la société (B).

### *A. Les divers effets de la dissolution*

332. La société ne peut disparaître dès l'instant de sa dissolution. C'est la raison pour laquelle la société quoique dissoute se survit. Elle conserve sa personnalité jusqu'à la fin des opérations de liquidation; de tous ses attributs, seule sa capacité juridique se trouve atténuée. En effet, elle ne peut plus faire d'acte qui impliquerait une longue survie (par exemple, se proroger, entreprendre de nouvelles activités ...). La dissolution d'une société entraîne la liquidation du patrimoine de la société et ainsi, produit effet aussi bien à l'égard des associés que des tiers. Cependant pour qu'il y ait un quelconque effet à l'égard des tiers, il faut que l'acte de dissolution respecte une forme précise. C'est en ce sens que l'article 201 de l'Acte uniforme dispose que la dissolution de la société n'a d'effet à l'égard des tiers qu'à compter de sa publication au registre du commerce et du crédit mobilier. Toujours en vue de la publicité de la dissolution, l'article 202 de l'Acte impose une publication par avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales du lieu du siège social, par dépôt au greffe des actes ou procès-verbaux décidant ou constatant la dissolution et par la modification de l'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier.
333. La dissolution d'une société entraîne la liquidation de son patrimoine et produit effet aussi bien à l'égard des associés que des tiers. Ayant créé la société unipersonnelle, il fallait en prévoir le fonctionnement et la disparition. L'article 201 alinéa 4 décide que la dissolution d'une société dans laquelle tous les titres sont détenus par un seul associé entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à cet associé, sans qu'il y ait lieu à liquidation. Les créanciers peuvent alors faire opposition à la dissolution, devant la juridiction compétente, dans le délai de trente jours à compter de la publication de celle-ci. Le tribunal rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes. La transmission du patrimoine n'est réalisée et il n'y a disparition de la société qu'à l'issue du délai d'opposition ou, le cas échéant, lorsque l'opposition a été rejetée ou que le remboursement des créances a été effectué ou les garanties constituées.

C'est donc seulement la dissolution de la société pluripersonnelle qui entraîne de plein droit sa mise en liquidation.

### *B. La liquidation de la société*

- 334.** La liquidation d'une société suppose l'accomplissement d'un certain nombre de formalités (1); elle se compose d'une succession d'opérations (2), dont l'exécution défectueuse peut entraîner la responsabilité du liquidateur (3).

#### **1. Les formalités de liquidation**

- 335.** La loi exige que certains actes de dissolution respectent une certaine forme. Il en est de même des actes relatifs à la liquidation (nomination, révocation, reddition des comptes, clôture de ses comptes, clôture de la liquidation et délibération de l'assemblée donnant quitus).

L'article 203 précise clairement le champ d'application des dispositions de l'Acte uniforme sur la liquidation de la société. Il est d'abord affirmé qu'elles ne s'appliquent pas lorsque la liquidation intervient à la suite d'une cessation de paiements par la société; dans ce cas, ce sont les dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui sont applicables. Elles s'appliquent donc d'une part lorsque la liquidation de la société est organisée à l'amiable conformément aux statuts, d'autre part lorsque la liquidation est ordonnée par décision de justice. Il en est ainsi dans ce dernier cas, en l'absence de clauses statutaires ou de convention expresse entre les parties, ou alors lorsque la liquidation judiciaire est demandée et ordonnée à bref délai par la juridiction compétente. L'article 223 de l'Acte uniforme mentionne les personnes qui peuvent formuler une telle demande. Il s'agit :

- 1°) de la majorité des associés dans les sociétés en nom collectif;
- 2°) d'associés représentant au moins le dixième du capital dans les autres formes de sociétés dotées de la personnalité juridique;
- 3°) des créanciers sociaux;
- 4°) du représentant de la masse des obligataires.

Dans tous les cas, les associés peuvent convenir que les dispositions particulières applicables à la liquidation judiciaire et contenues dans les articles 224 à 241 de l'Acte uniforme sont applicables lorsqu'ils décident de procéder à la liquidation amiable de la société.

En cas de liquidation judiciaire, les pouvoirs du conseil d'administration, de l'administrateur général ou des gérants prennent fin à dater de la décision de justice qui ordonne la liquidation de la société. Mais la dissolution de la société ne met pas fin aux fonctions du commissaire aux comptes. La

décision de justice qui ordonne la liquidation de la société désigne un ou plusieurs liquidateurs.

La société est en liquidation dès l'instant de sa dissolution pour quelque cause que ce soit. La mention « société en liquidation » ainsi que le nom du ou des liquidateurs doivent figurer sur tous les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers, notamment sur toutes lettres, factures, annonces et publications diverses.

## 2. Les opérations de liquidation de la société

- 336.** Le droit commun n'a pas indiqué les conséquences de la dissolution d'une société. Seul l'article 1872 du Code civil applicable dispose que : « Les règles concernant le partage des successions s'appliquent au partage entre associés ». Ce texte contenu dans le chapitre réservé aux différentes manières dont finit la société, implique que la dissolution de la société entraîne le partage entre les associés. Mais il faut préciser que le partage n'est que l'opération ultime de la liquidation d'une société. La fin de l'exécution du contrat de société provoque en principe la disparition de la personne morale. La liquidation aura donc pour objet de rassembler son patrimoine qui est dispersé ; il s'agit concrètement de mettre en œuvre toutes les opérations nécessaires pour terminer les affaires dans lesquelles la société est engagée, pour réunir les éléments de son actif, pour éteindre son passif et pour en faire ressortir l'actif net éventuel qui pourra être distribué entre les associés. Pour l'essentiel, la liquidation de la société entraîne la liquidation du patrimoine social et le partage entre les associés. Pour réaliser l'ensemble des opérations de liquidation, un liquidateur auquel on attribue un certain nombre de pouvoirs doit être nommé. Sa responsabilité peut aussi être engagée dans certains cas.

### *a) La nomination du liquidateur*

- 337.** Le liquidateur est le représentant de la société pendant la période de la liquidation, que celle-ci soit statutaire, amiable ou judiciaire. Le décret du 8 août 1935 précité interdit de le choisir parmi les personnes qui sont déchues du droit d'administrer les sociétés.

Pour réaliser l'ensemble des opérations de liquidation, un liquidateur auquel on attribue un certain nombre de pouvoirs doit être nommé. C'est en ce sens que l'article 206 dispose que lorsque la liquidation est décidée par les associés, un ou plusieurs liquidateurs sont nommés :

- 1<sup>o</sup>) dans les sociétés en nom collectif, à l'unanimité des associés ;
- 2<sup>o</sup>) dans les sociétés en commandite simple, à l'unanimité des commandités et à la majorité en capital des commanditaires ;

3°) dans les sociétés à responsabilité limitée, à la majorité en capital des associés;

4°) dans les sociétés anonymes, aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées générales extraordinaires.

Le liquidateur peut être choisi parmi les associés ou les tiers. Il peut être une personne morale. Cependant, dit l'article 208, si les associés n'ont pu nommer un liquidateur, celui-ci est désigné par décision de justice à la demande de tout intéressé, dans les conditions prévues aux articles 226 et 227 du présent Acte uniforme. C'est dire que la décision de justice qui a ordonné la liquidation de la société doit désigner un ou plusieurs liquidateurs. Et la durée du mandat de ces liquidateurs ne peut excéder trois ans, renouvelables, par décision de justice, à la requête du liquidateur. Le renouvellement ne va pas de soi. Dans sa demande de renouvellement, le liquidateur doit indiquer les raisons pour lesquelles la liquidation n'a pu être clôturée, les mesures qu'il envisage de prendre et les délais que nécessite l'achèvement de la liquidation.

Sauf disposition contraire de l'acte de nomination, si plusieurs liquidateurs ont été nommés, ils peuvent exercer leurs fonctions séparément. Mais, ils établissent et présentent un rapport commun.

Le liquidateur est rémunéré. Sa rémunération est fixée d'après l'article 210, par la décision des associés ou du tribunal qui le nomme.

Il peut être révoqué et remplacé; il faut alors respecter les mêmes formes que celles prévues pour sa nomination. Toutefois, tout associé peut demander en justice la révocation du liquidateur si cette demande est fondée sur des motifs légitimes.

L'acte de nomination des liquidateurs quelle que soit sa forme, doit être publié pour que les tiers en soient avertis. Il faut alors respecter conformément à l'article 212, les conditions et délais fixés par l'article 266 de l'Acte, c'est-à-dire la publication dans le délai d'un mois à compter de la nomination, dans un journal habilité à recevoir les annonces légales de l'Etat partie du siège social. Il contient les indications suivantes:

1°) la raison ou la dénomination sociale de la société suivie, le cas échéant, de son sigle;

2°) la forme de la société, suivie de la mention «société en liquidation»;

3°) le montant du capital social;

4°) l'adresse du siège social;

5°) le numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier;

6°) la cause de la liquidation;

7°) les nom, prénoms usuels et domicile du ou des liquidateurs;

8°) le cas échéant, les limitations apportées à leurs pouvoirs;

9°) le lieu où la correspondance doit être adressée et celui où les actes et documents concernant la liquidation doivent être notifiés;

10°) le tribunal chargé des affaires commerciales au greffe duquel sera effectué, en annexe au registre du commerce et de crédit mobilier, le dépôt des actes et pièces relatifs à la liquidation.

A la diligence du liquidateur, les mêmes indications sont portées, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, à la connaissance des porteurs d'actions et d'obligations nominatives.

La nomination et la révocation du liquidateur ne sont opposables aux tiers qu'à compter de cette publication. Ni la société, ni les tiers ne peuvent, pour se soustraire à leurs engagements, se prévaloir d'une irrégularité dans la nomination ou dans la révocation du liquidateur, dès lors que celle-ci a été régulièrement publiée.

#### *b) Les pouvoirs du liquidateur*

**338.** Le problème se pose de déterminer les actes que le liquidateur peut accomplir seul et ceux pour lesquels il lui faut l'autorisation préalable des associés. Les textes étaient muets jusqu'ici et en général, on s'accordait pour reconnaître au liquidateur de larges pouvoirs. En effet, il est généralement admis que le liquidateur agissant seul peut vendre les biens mobiliers et recouvrer les créances, faire des actes d'administration au sens du droit civil. Cependant, l'Acte uniforme a pris soin de préciser les actes interdits et les actes qu'il peut accomplir sur autorisation.

Ainsi, d'après l'article 214, la cession de tout ou partie de l'actif de la société en liquidation au liquidateur, à ses employés ou à leur conjoint, ascendants ou descendants, est interdite. En revanche, il est admis que l'accord des associés est nécessaire pour la cession partielle ou globale de l'actif social, par vente ou apport à une autre société. C'est ce qui ressort des articles 213 et 215 de l'Acte qui disposent successivement :

– sauf le consentement unanime des associés, la cession de tout ou partie de l'actif de la société en liquidation à une personne ayant eu dans cette société la qualité d'associé en nom, de commandité, de gérant, de membre du conseil d'administration, d'administrateur général ou de commissaire aux comptes, ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation de la juridiction compétente, le liquidateur et le commissaire aux comptes entendus;

– la cession globale de l'actif de la société ou l'apport de l'actif à une autre société, notamment par voie de fusion, qui doit être autorisée :

1°) dans les sociétés en nom collectif, à l'unanimité des associés ;

2°) dans les sociétés en commandite simple, à l'unanimité des commandités et à la majorité en capital des commanditaires ;

3°) dans les sociétés à responsabilité limitée, à la majorité exigée pour la modification des statuts ;

4°) dans les sociétés anonymes, aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées générales extraordinaires.

**339.** La mission du liquidateur judiciaire est clairement définie par les articles 228 à 241 de l'Acte uniforme. Les associés doivent en effet contrôler le liquidateur ; ce dernier doit alors les convoquer régulièrement pour les tenir au courant des opérations effectuées ; il ressort des textes que dans les six mois de sa nomination, le liquidateur convoque l'assemblée des associés à laquelle il fait rapport sur la situation active et passive de la société, sur la poursuite des opérations de la liquidation, le délai nécessaire pour les terminer et il demande, le cas échéant, toutes autorisations qui pourraient être nécessaires. L'assemblée statue dans les conditions de quorum et de majorité prévues par l'Acte uniforme, pour chaque forme de société en matière de modification des statuts. Le délai dans lequel le liquidateur fait son rapport peut être porté à douze mois, sur sa demande, par décision de justice. A défaut, il est procédé à la convocation de l'assemblée par un mandataire désigné par décision de justice à la demande de tout intéressé. Lorsque l'assemblée générale n'a pu être réunie ou si aucune décision n'a pu être prise, le liquidateur demande en justice les autorisations nécessaires pour aboutir à la liquidation.

**340.** Le liquidateur représente la société qu'il engage pour tous les actes de la liquidation. Il est investi des pouvoirs les plus étendus pour réaliser l'actif, même à l'amiable. Les restrictions à ces pouvoirs, résultant des statuts ou de l'acte de nomination, ne sont pas opposables aux tiers.

Le liquidateur est habilité à payer les créanciers et à répartir entre les associés le solde disponible. S'agissant du paiement des créanciers, il faut signaler qu'on ne procède pas comme en matière de liquidation des biens où il y a une procédure d'apurement collectif du passif (liste dressée au préalable avec priorité de paiement) ; les créanciers en cas de dissolution sont désintéressés au fur et à mesure qu'ils se présentent. Mais en pratique, avant de commencer les paiements, les liquidateurs dressent un état liquidatif afin de faire apparaître le passif privilégié, le passif chirographaire et les éventuels prêts participatifs. La compensation est possible lorsque le créancier est en

même temps débiteur de la société. Le créancier à terme ne peut exiger un paiement immédiat, sauf convention contraire ou déchéance du terme dans les conditions du droit commun (règle applicable au débiteur qui a par son fait diminué les sûretés consenties par lui à son créancier).

Le liquidateur ne peut continuer les affaires en cours ou en engager de nouvelles, pour les besoins de la liquidation, que s'il y a été autorisé par décision de justice. Une telle autorisation aurait sans doute le mérite de lui permettre d'accélérer la liquidation.

- 341.** Le liquidateur, dans les trois mois de la clôture de chaque exercice, établit les états financiers de synthèse annuels au vu de l'inventaire qu'il a dressé des divers éléments de l'actif et du passif existant à cette date et un rapport écrit par lequel il rend compte des opérations de la liquidation au cours de l'exercice écoulé. Sauf dispense accordée par le président de la juridiction compétente statuant à bref délai, le liquidateur convoque, selon les modalités prévues par les statuts, au moins une fois par an et dans les six mois de la clôture de l'exercice, l'assemblée des associés qui statue sur les états financiers de synthèse annuels, donne les autorisations nécessaires et, le cas échéant, renouvelle le mandat du commissaire aux comptes. Si l'assemblée n'est pas réunie, le rapport écrit du liquidateur est déposé au greffe chargé des affaires commerciales. En tout état de cause, ces différentes décisions des associés sont prises :

1<sup>o</sup>) dans les sociétés en nom collectif, à l'unanimité des associés ;

2<sup>o</sup>) dans les sociétés en commandite simple, à l'unanimité des commandités et à la majorité en capital des commanditaires ;

3<sup>o</sup>) dans les sociétés à responsabilité limitée, à la majorité en capital des associés ;

4<sup>o</sup>) dans les sociétés anonymes, aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées générales extraordinaires.

Si la majorité requise ne peut être réunie, le président de la juridiction compétente statue à bref délai sur requête du liquidateur ou de tout intéressé. Lorsque la délibération entraîne la modification des statuts, elle est prise dans les conditions prévues par l'Acte uniforme, pour chaque forme de société. Les associés liquidateurs prennent part au vote.

En période de liquidation, les associés peuvent prendre communication des documents sociaux dans les mêmes conditions que précédemment décrits.

En cas de continuation de l'exploitation sociale, le liquidateur est tenu de convoquer l'assemblée des associés dans les mêmes conditions que ci-dessus prévues (c'est-à-dire au moins une fois par an et dans les six mois de la

clôture de l'exercice). A défaut, tout intéressé peut demander la convocation de l'assemblée, soit par le commissaire aux comptes, soit par un mandataire désigné par le président de la juridiction compétente, statuant à bref délai.

- 342.** Le liquidateur doit procéder au partage : Sauf clause contraire des statuts, le partage des capitaux propres subsistant après remboursement du nominal des actions ou des parts sociales est effectué entre les associés dans les mêmes proportions que leur participation au capital social. Il est établi les comptes entre les associés : pour chacun des associés, son compte global peut donc afficher un solde créditeur ou débiteur. Les associés doivent se partager ce qui reste de l'actif social après désintéressement des créanciers. Le partage de la société comporte ainsi deux étapes : la reprise des apports et le partage proprement dit qui porte sur le boni de liquidation.

Lorsqu'un créancier de la société a été oublié et que le partage est intervenu, il peut réclamer son dû aux anciens associés. Il faut remarquer que si les associés sont tenus indéfiniment et solidairement, il n'y a aucun problème ; mais s'il s'agit d'associé de S.A. ou de S.A.R.L., leur poursuite n'est possible que s'ils ont reçu plus que leur part : ce qui est le cas lorsqu'on a oublié un créancier, ou lorsque les associés n'ont jamais libéré la totalité de leur apport. Mais alors, il y a poursuite séparée de chaque associé étant donné qu'ils ne sont pas solidairement tenus. Il faut rappeler que les créanciers personnels des copartageants sont protégés et qu'il leur est permis de se faire communiquer les pièces du partage pour vérifier que le lot de leur débiteur a été correctement calculé. Quoi qu'il en soit, toute décision de répartition des fonds est publiée dans le journal habilité à recevoir les annonces légales dans lequel a été effectuée la publicité de la liquidation. La décision est notifiée individuellement aux titulaires de titres nominatifs. Les sommes affectées aux répartitions entre les associés et les créanciers sont déposées dans le délai de quinze jours à compter de la décision de répartition, sur un compte ouvert dans une banque domiciliée dans l'Etat partie du siège social, au nom de la société en liquidation. En cas de pluralité de liquidateurs, elles peuvent être retirées sur la signature d'un seul liquidateur et sous sa responsabilité. Si les sommes attribuées à des créanciers ou à des associés n'ont pu leur être versées, elles sont déposées, à l'expiration du délai d'un an à compter de la clôture de la liquidation, sur un compte séquestre ouvert auprès du Trésor Public.

Sous réserve des droits des créanciers, le liquidateur décide s'il y a lieu de distribuer les fonds disponibles en cours de liquidation. Après mise en demeure infructueuse du liquidateur, tout intéressé peut demander au président de la juridiction compétente statuant à bref délai, qu'il soit statué sur l'opportunité d'une répartition en cours de liquidation.

- 343.** Puis vient la clôture de la liquidation. Elle est organisée par les articles 216 et suivants de l'Acte uniforme. La clôture doit intervenir dans un délai de trois ans à compter de la dissolution de la société. A défaut, le ministère public ou tout intéressé peut saisir la juridiction compétente dans le ressort de laquelle est situé le siège de la société afin qu'il soit procédé à la liquidation de la société ou, si celle-ci a été commencée, à son achèvement. Les associés sont convoqués en fin de liquidation pour statuer sur les comptes définitifs, sur le quitus de la gestion du liquidateur et la décharge de son mandat et pour constater la clôture de la liquidation. A défaut, tout associé peut demander au président de la juridiction compétente statuant à bref délai, la désignation d'un mandataire chargé de procéder à la convocation. Si l'assemblée de clôture ne peut délibérer, ou si elle refuse d'approuver les comptes du liquidateur, la juridiction compétente statue sur ces comptes et, le cas échéant, sur la clôture de la liquidation, en lieu et place de l'assemblée des associés, à la demande du liquidateur ou de tout intéressé. Dans ce cas, le liquidateur dépose ses comptes au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales où tout intéressé peut en prendre connaissance et obtenir, à ses frais, la délivrance d'une copie. Les comptes définitifs établis par le liquidateur sont déposés au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales en annexe au registre du commerce et du crédit mobilier. Il y est joint, soit la décision de l'assemblée des associés statuant sur ces comptes de la liquidation, le quitus de la gestion du liquidateur et la décharge de son mandat, soit, à défaut, la décision de justice précédemment visée.
- 344.** Sur justification de l'accomplissement des formalités prévues à l'article précédent, le liquidateur demande la radiation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier dans le délai d'un mois à compter de la publication de la clôture de la liquidation.
- 345.** Lorsque le ou les liquidateurs constatent qu'ils sont dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible<sup>(1)</sup>, ils doivent procéder au dépôt du bilan, afin qu'une procédure collective soit ouverte. Mais si la société est de celle qui impose une responsabilité indéfinie des associés, il suffira aux créanciers sociaux de les poursuivre personnellement. A cet effet, l'article 222 de l'Acte reprenant certaines dispositions classiques du droit commercial prévoit pour limiter la durée des poursuites des créanciers que: « toute action contre les associés non liquidateurs ou leur conjoint survivant, héritiers ou ayants cause, se prescrit par cinq ans à compter de la

---

<sup>(1)</sup> Il y a alors cessation des paiements conformément à l'article 25 de l'Acte portant procédures collectives d'apurement du passif.

publication de la dissolution de la société au registre du commerce et du crédit mobilier».

*c) La responsabilité du liquidateur*

- 346.** Le liquidateur n'est pas exempt de toute responsabilité. Il répond de ses fautes de gestion. Conformément à l'article 221 de l'Acte, il répond à l'égard tant de la société que des tiers, des conséquences dommageables des fautes par lui commises dans l'exercice de ses fonctions. L'action sociale ou individuelle en responsabilité contre le liquidateur se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation. Toutefois, lorsque le fait est qualifié de crime, l'action se prescrit par dix ans.

# TITRE III

## LES INCRIMINATIONS PÉNALES

347. La troisième partie de l'Acte uniforme traite des infractions pénales spécifiques aux sociétés commerciales<sup>(1)</sup>. Le premier mérite du législateur OHADA est justement cet effort de systématisation donnant ainsi au droit pénal des sociétés une idée directrice.

Mais il faut reconnaître que l'unité des textes d'incrimination n'est pas achevée. Le législateur africain n'a pas érigé en infractions un certain nombre de prescriptions parfois visées par l'Acte uniforme lui-même. Dès lors, il est permis de se demander si, à côté des incriminations prévues, les législateurs nationaux pourront en consacrer d'autres. La réponse affirmative semble ne pas faire de doute. En effet, l'alinéa 2 de l'article 5 du Traité OHADA dispose seulement que «Les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incriminations pénales». Ce qui signifie qu'ils peuvent ne pas en inclure et chaque législateur national en aurait institué. Du moment où l'Acte uniforme en contient, ces dispositions doivent être comprises comme le «minimum commun» aux Etats parties qu'aucun législateur national ne saurait entamer en dépénalisant sur son territoire des comportements saisis par l'Acte uniforme.

Il faut par ailleurs préciser que l'Acte uniforme s'en tient aux règles pénales de fond. Tout au plus au détour de quelque article est-il fait allusion à certaines règles de procédure pénale. Il en est ainsi singulièrement de la prescription (articles 164, 727 et 743 de l'Acte uniforme). Lorsque l'action en responsabilité civile contre les dirigeants sociaux est basée sur un fait qualifié de crime, elle se prescrit par dix ans. Dans les autres cas, elle se pres-

---

<sup>(1)</sup> Voy. POUGOUE (P.G.), ANOUKAHA (F.), NGUEBOU (J.), *Le droit des sociétés commerciales et du G.I.E. OHADA*, précité, p. 119 à 144; KOM KAMSU (M.), *Le droit pénal des sociétés commerciales dans l'Acte uniforme OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 1999, 135 p.

crit par trois ans<sup>(1)</sup>. Cela dit, toute procédure pénale demeure donc régie par la législation propre à chaque pays.

Enfin, à la différence de certaines législations pénales<sup>(2)</sup>, l'Acte uniforme n'a pas consacré la responsabilité pénale des personnes morales.

Dans le cadre ainsi délimité, le législateur africain, avec une méthodologie particulière pour répondre au souci de l'intégration, s'est servi, de manière assez classique, d'un critère temporel pour fixer les comportements répréhensibles. Ainsi, prévoit-il, des infractions relatives à la constitution, au fonctionnement et à la dissolution des sociétés commerciales. Après avoir dégagé les considérations générales d'ordre méthodologique dans un chapitre préliminaire, des chapitres distincts seront consacrés à chaque faisceau d'incriminations dans l'ordre chronologique retenu par le législateur OHADA.

---

<sup>(1)</sup> Il faut se souvenir que les articles 637, 638 et 640 du Code d'instruction criminelle encore applicable dans certains Etats membres de l'OHADA tels que le Cameroun, avaient institué la règle de la solidarité de prescription des actions civile et publique. Ainsi, contrairement à sa prescription normalement trentenaire, l'action civile se prescrivait en même temps que l'action publique par un, trois ou dix ans selon qu'il s'agissait d'un fait qualifié de contravention, de délit ou de crime.

L'innovation de l'Acte uniforme quant à la prescription ne pourra donc concerner que les comportements répréhensibles qui seront qualifiés de contraventionnels par les législateurs nationaux. A l'avenir, l'action y relative se prescrira non plus par un, mais par trois ans.

<sup>(2)</sup> Sur la responsabilité pénale des personnes morales, cf. Nouveau Code Pénal français, article 121-2 qui dispose : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement ..., dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ... La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnages physiques auteurs ou complices des mêmes faits ». En excluant bien évidemment l'emprisonnement, des sanctions en relation avec la vie économique peuvent être envisagées contre la société : amende, dissolution, placement sous surveillance judiciaire, interdiction de faire publiquement appel à l'épargne, fermeture d'établissement. Et on peut combiner la responsabilité de la société et celle des dirigeants que ce soit pour risque ou pour faute.

Cf. en doctrine, MERLE et VITU, *Traité de Droit criminel*, T. 1, 6<sup>e</sup> éd., n<sup>os</sup> 601 et s.; COZIAN et VIANDIER, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 339 et s.; F. DESPORTES, « Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales », *JCP*, 1993, éd. E, I, 219.

## CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

# OBSERVATIONS SUR LE DROIT PÉNAL DES AFFAIRES DE L'OHADA

---

**348.** Le droit pénal des affaires de l'OHADA est marqué par une option qui, même si elle paraît assez originale, n'en recèle pas moins quelques incohérences du point de vue de la politique criminelle. En effet, si la politique criminelle apparaît, selon Marc ANCEL comme «une stratégie méthodique de réaction anticriminelle», il est difficilement concevable de soumettre les deux éléments de sa structure que sont le phénomène criminel et la réponse de politique criminelle à une logique différente. Telle est cependant la stratégie qui a été adoptée par le législateur de l'OHADA pour venir à bout de la délinquance d'affaire. Celle-ci a consisté à harmoniser<sup>(1)</sup> les infractions d'affaires dans l'espace communautaire (section 1) et à laisser le soin aux Etats parties de déterminer librement les sanctions qui leur sont applicables. De cette option pourrait résulter une certaine hétérogénéité des sanctions qui seront déterminées par les Etats (section 2).

### SECTION 1. L'HARMONISATION DES INFRACTIONS

**349.** En son article 1<sup>er</sup>, le Traité pour l'Harmonisation du droit des affaires rappelle qu'il a pour objet «l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies ...». C'est sur les règles juridiques applicables que l'OHADA va agir pour harmoniser le droit des affaires dans l'espace qu'elle couvre. Cette technique d'harmonisation (§ 1<sup>er</sup>) qui ne porte que sur un certain nombre d'infractions dites d'affaires (§ 2) pose des problèmes de légalité auxquels la jurisprudence et la doctrine tentent encore d'apporter des réponses, sous l'égide de la CCJA, organe juridictionnel de l'harmonisation.

---

<sup>(1)</sup> Voy. M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, édition du Seuil, 1994, p. 240, selon qui «l'harmonisation ne veut pas dire unification. Elle admet les différences et les ordonne.».

### §1. La technique d'harmonisation : les Actes uniformes

- 350.** Pour procéder à l'harmonisation des législations d'affaires des Etats membres, l'OHADA a préféré utiliser la technique des règles matérielles (et non celle des conflits). En effet, les Actes uniformes réglementent directement les matières concernées par l'harmonisation et s'appliquent directement aux contentieux. L'article 5 du Traité précise que «les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale» mais que les sanctions encourues sont déterminées par les Etats. Il s'agit là d'une décomposition de l'élément légal des infractions d'affaires qui se manifeste par la différence de la base légale de ses deux principales composantes. Ainsi, l'incrimination sera fondée sur un texte communautaire, supranational, alors que la sanction relèvera, quant à elle, des législations nationales.

L'application directe du droit communautaire issu des Actes uniformes de l'OHADA dans le droit pénal national est susceptible de soulever quelques interrogations relatives à leur conformité par rapport à certains principes de cohérence et de fonctionnement du système juridique. En effet, outre la crainte de voir s'effriter la souveraineté nationale, il existe surtout un risque de voir s'imposer un droit supranational ne garantissant pas le respect des principes fondamentaux du droit pénal dont le principe de la légalité. En effet, le processus d'adoption des Actes uniformes repose sur la compétence du Conseil des ministres (A) composé de représentants du pouvoir exécutif. De même, concernant la légalité interne des infractions, l'interprétation (B) et l'application dans le temps et dans l'espace des normes communautaires (C) soulèvent d'importantes questions auxquelles il faudrait s'intéresser.

#### *A. L'élaboration des Actes uniformes par le Conseil des ministres*

- 351.** Les Actes uniformes sont préparés par le Secrétariat permanent de l'Organisation africaine en concertation avec les gouvernements des Etats parties<sup>(1)</sup>. Ils sont examinés et adoptés par le Conseil des ministres après avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). Créées dans chacun des Etats parties, les commissions nationales OHADA sont chargées d'examiner les projets d'Actes uniformes. Ces actes sont «directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne antérieure ou postérieure». Il résulte de ces dispositions de l'article 6 que les Actes uniformes ont un double effet abrogeant et neutralisant pour les dispositions nationales antérieures et postérieures impliquant ainsi des retraits du système pénal national qui se mani-

<sup>(1)</sup> Article 6 du Traité OHADA.

festent par la décriminalisation de certaines infractions comme l'abus des pouvoirs et des voix dans la société commerciale, ou d'appel au système pénal par des incriminations nouvelles.

*B. L'interprétation des normes communautaires*

352. Pour passer de la règle abstraite à l'espèce pratique, le juge procède nécessairement à l'interprétation de la loi pénale en utilisant cependant des méthodes différentes de celles qui ont cours dans les autres branches du droit. En effet, tandis qu'au civil ou au commercial par exemple, l'interprétation peut être extensive, voire analogique, au pénal, elle est nécessairement littérale ou dans certains cas, téléologique mais jamais analogique. Ainsi, pour appliquer les dispositions pénales contenues dans les Actes uniformes de l'OHADA, le juge devra se limiter à lire le texte de l'article concerné en se fondant toutefois sur l'intention du législateur. Pour cela, il faudra aux juges non seulement une conscience aiguë et un sens affiné de leurs responsabilités, mais aussi une formation technique solide<sup>(1)</sup>.

Lorsque, dans l'interprétation de la loi pénale, le juge constate qu'il y a « contradiction entre ce qu'a voulu le législateur et ce qu'il a dit, le texte de loi fait foi »<sup>(2)</sup>. La conséquence de cette forme d'interprétation est que la mention d'une chose exclut nécessairement toute autre chose<sup>(3)</sup> et le juge se bornera à vérifier simplement si le fait incriminé tombe effectivement sous le coup de la loi pénale invoquée par l'accusation. Il ne s'agira pas pour lui d'étendre le sens de la loi sous prétexte qu'il y aurait eu oubli du législateur ou que le fait reproché, par exemple l'abus de pouvoir, est tellement lié à l'abus des biens qu'il n'a pas paru nécessaire de la mentionner dans les dispositions de l'article 891 AUSC. C'est d'ailleurs en application de ce principe de l'interprétation restrictive de la loi pénale qu'on a pu parler de retrait du système pénal à propos de l'abus des pouvoirs et des voix, une incrimination qui était contenue dans le Code sénégalais des sociétés, mais que le droit pénal harmonisé n'a pas repris.

Il faut cependant souligner que l'application de ce principe risque de soulever des difficultés liées notamment à la nécessité de procéder à des vérifications constantes de la conformité entre les dispositions pénales communautaires et celles nationales. Une telle vérification est nécessaire afin de constater les appels aux systèmes pénaux nationaux dans le cas de création

---

<sup>(1)</sup> Ce que l'institution de l'École régionale de la magistrature devrait permettre d'assurer.

<sup>(2)</sup> MERLE et VITU, *Traité de Droit criminel*, tome 1, Les problèmes généraux de la science criminelle, 6<sup>e</sup> éd., Cujas, 1984.

<sup>(3)</sup> Brocard latin : *inclusio unius, exclusio alterius*.

d'une incrimination nouvelle par l'OHADA. Elle permet également de lire les mouvements de retrait du système pénal comme en matière d'abus de biens qui a été défini d'une manière restrictive par L'OHADA. Il en a résulté sa décriminalisation partielle qui provoque l'arrêt des poursuites fondées sur les dispositions abrogées du fait de la rétroactivité des lois pénales plus douces.

*C. Le principe de légalité et l'application des normes pénales communautaires*

- 353.** L'OHADA a procédé d'une part à l'élargissement du champ spatial des infractions d'affaires qui ont quitté l'espace national pour l'espace communautaire et d'autre part au rétrécissement du champ infractionnel en décriminalisant certaines ou en abrogeant d'autres. Cela pose des problèmes d'application dans le temps (A) et dans l'espace (B) des normes communautaires

**1. L'application des normes communautaires dans le temps**

- 354.** A chaque fois qu'une loi criminelle modifie, abroge ou remplace une autre, il se pose la question de son application à des situations juridiques prenant naissance antérieurement à son entrée en vigueur mais déroulant leurs effets sous son empire. C'est le problème des conflits de lois pénales dans le temps. Il s'agit de voir s'il faut ou non faire rétroagir la nouvelle loi. La solution actuellement adoptée résulte d'un compromis dans le sens de la protection des droits et des libertés individuelles. C'est ainsi que la nouvelle loi jugée plus douce s'appliquera immédiatement aux faits, même ceux antérieurs à sa promulgation. Mais quand est-ce qu'une loi pénale est plus douce qu'une autre? A quelle aune mesure-t-on la sévérité d'une loi pénale?

En présence de deux lois d'incrimination, la rigueur respective des deux lois est facile à comparer: la plus sévère est «celle qui soumet à la répression la plus rigoureuse le fait actuellement poursuivi»<sup>(1)</sup>. Cependant, l'OHADA n'ayant pas fixé de sanction, cette solution nécessitera la combinaison de la norme communautaire et de la loi nationale d'application pour déterminer la rigueur de deux incriminations.

A l'inverse, la loi pénale la plus douce est celle par exemple qui définit plus restrictivement ou abroge les éléments d'une incrimination déjà punissable. Ainsi, dans le cas de l'incrimination d'abus de biens sociaux, la définition plus restrictive de l'objet de l'abus par l'article 891 apparaît comme un adoucissement et la loi nouvelle devrait, par conséquent, s'appliquer.

<sup>(1)</sup> MERLE et VITU, *op. cit.*, n° 245.

Outre la localisation des infractions d'affaires dans le temps qui pose parfois quelques difficultés, on peut s'intéresser aux effets de la loi pénale plus douce sur le procès en cours. A ce niveau, le prononcé d'une décision définitive sera le critère d'application ou non de la loi pénale. En effet, tant qu'il n'y aura pas de décision définitive, la loi plus douce pourra être appliquée. Mais si le juge a déjà rendu une décision définitive, la loi nouvelle, quelle que soit sa douceur ne sera pas appliquée aux faits considérés s'il s'avère qu'elle leur est postérieure.

## **2. L'application des normes communautaires dans l'espace**

**355.** Depuis l'entrée en vigueur des premiers Actes uniformes en janvier 1998, les infractions d'affaires font l'objet d'une harmonisation du point de vue de leur incrimination dans toute la zone géographique constituée par les Etats parties au Traité OHADA. Elles devraient donc y être réprimées, sous réserve des sanctions édictées individuellement par les Etats, sur la base des mêmes textes d'incriminations. D'ailleurs, c'est la CCJA qui est compétente en dernière instance pour contrôler l'application des incriminations par les juridictions nationales des Etats parties. Ces dernières sont compétentes pour connaître d'une infraction lorsqu'elle est commise sur leur territoire. Ainsi, les juridictions sénégalaises seront compétentes quand l'infraction a été commise au Sénégal. Selon l'article 668 du Code de procédure pénale (CPP), «est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli au Sénégal».

Les juridictions sénégalaises sont aussi compétentes lorsqu'un citoyen sénégalais commet un délit dans un autre Etat membre de l'OHADA en vertu des dispositions de l'article 664.2 CPP qui soumet dans cette hypothèse la compétence des juges sénégalais à la condition que les faits commis soient aussi réprimés par leur pays de commission. Dans l'espace OHADA, cette exigence devient sans intérêt du fait de l'unification des infractions d'affaires. Dès lors, en application du droit pénal communautaire, les juridictions deviennent compétentes en raison de la qualité de l'auteur du délit ou du lieu de commission de l'infraction.

**356.** Mais ces critères de compétence dans un espace harmonisé ne risquent-ils pas d'engendrer des conflits de compétence du fait de la mobilité des agents économiques et de la complexité des infractions?

L'article 667 CPP tente de régler la question en disposant «qu'aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger et en cas de condamnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine ou obtenu grâce». Pourtant, ces difficultés éventuelles auraient pu être tournées

par les Etats de l'espace OHADA à leur avantage par la création d'une structure chargée de centraliser la répression des infractions d'affaires. Ce serait un grand pas dans la lutte contre la criminalité transnationale et permettrait d'atténuer les conséquences de l'hétérogénéité découlant de la détermination de la sanction des infractions d'affaires par renvoi aux législateurs nationaux.

Mais, même si la technique de l'harmonisation par des Actes uniformes est considérée par certains auteurs comme «séduisante et parfaitement adaptée à la situation actuelle pour de nombreuses matières juridiques où il s'agit plus de réduire les divergences existantes et d'en éviter de futures que de faire une synthèse uniquement destinée à ménager les susceptibilités nationales»<sup>(1)</sup>, il n'en demeure pas moins qu'elle pose des problèmes liés notamment à la nécessité de procéder à une vérification générale et permanente de la conformité entre la législation communautaire et les législations nationales dans les matières qui font l'objet de l'harmonisation.

## §2. L'objet de l'harmonisation : les infractions d'affaires

357. L'objet de l'OHADA, c'est l'harmonisation du droit des affaires, mais elle n'a pas procédé à la définition du droit des affaires. Est-ce parce que le droit des affaires est un droit «qui ne se laisse pas aisément définir»?<sup>(2)</sup> ou parce que tout simplement, l'OHADA ne voulait pas avoir à regretter le choix d'un critère, ou d'une définition trop vague qui risquerait d'englober tout le droit privé ou trop restrictive pour prendre en compte tout le droit des affaires? Toujours est-il que face à la difficulté, elle a choisi la prudence en procédant à une énumération non limitative des règles juridiques considérées comme entrant dans le domaine du droit des affaires pour l'application du Traité OHADA. Ainsi, aux termes de l'article 2 du Traité OHADA, en vue de l'application du Traité, les matières retenues comme relevant du droit des affaires sont toutes celles qui sont relatives au «droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité d'y inclure, conformément à l'objet du Traité OHADA».

<sup>(1)</sup> Joseph ISSA-SAYEGH, *Aspects techniques de l'intégration juridique des Etats africains de zone franc*, communication à la session de formation du CFJ de Dakar du 27 au 30 avril 98, sur le thème : «l'OHADA, un droit régional en gestation».

<sup>(2)</sup> Yves REINHARD, *Droit commercial*, Paris, Litec, 3<sup>e</sup> éd. 1993, p. 4.

**358.** On constate, cependant, que cette énumération est restrictive de la notion de droit des affaires. Il faut remarquer que d'autres matières qui relèvent du droit des affaires au sens étroit n'ont pas été prises en compte dans cette entreprise d'harmonisation. Il en est ainsi du droit de la consommation, du droit bancaire et cambiaire ... Si l'omission de certaines matières peut, dans une certaine mesure, s'expliquer par l'existence d'une réglementation communautaire antérieure (code CIMA en matière d'assurance, loi uniforme de l'UEMOA sur les instruments de paiement ...), il n'en est pas de même pour la majorité des autres matières occultées. L'OHADA aurait pu également s'intéresser aux matières relevant du droit économique comme la réglementation des prix, le droit minier, le droit douanier, le droit pétrolier, le droit des changes, le droit des investissements, le droit de l'environnement.

De la même façon, elle aurait pu faire référence aux infractions pénales de droit commun qui, lorsque certaines conditions sont réunies, deviennent des infractions d'affaires. C'est le cas du vol qui a eu pour cadre la société commerciale et pour protagonistes des agents de ladite structure commerciale.

Cependant, consciente de l'importance des matières occultées, l'OHADA a prévu, pour le Conseil des ministres, la faculté d'élargir la liste de l'article 2 en y ajoutant d'autres matières, conformément à l'objet du Traité OHADA. Malgré cette brèche, il semble impérieux, sinon d'opter pour une conception claire et précise du droit des affaires, du moins d'adopter des critères explicites de choix des matières concernées par l'harmonisation. Ceci aurait le mérite d'éviter certains problèmes de légalité posés par l'adoption des normes communautaires issues des Actes uniformes.

## SECTION 2. L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DES SANCTIONS

**359.** En application de l'article 5 du Traité OHADA par lequel ils s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues par les contrevenants à la norme communautaire, les Etats membres de l'OHADA fixent le quantum des peines applicables. Chaque Etat y procède en fonction de paramètres qu'il lui revient de déterminer. Le choix de ne pas harmoniser les sanctions traduit à la fois l'option libérale qui sous-tend la législation de l'OHADA et les disparités économiques et parfois idéologiques en Afrique noire francophone. Dès lors, il n'est pas étonnant de constater aujourd'hui une certaine hétérogénéité des sanctions pénales édictées par les Etats. Cette hétérogénéité s'accroît davantage du fait de l'insuffisance de l'encadrement des parlements nationaux (§2) tenus de déterminer les sanctions pénales (§1<sup>er</sup>). Il devient dès lors impératif de poser des principes directeurs communautaires pour orienter l'harmonisation des réponses pénales (§3).

## §1. La détermination des sanctions par les Etats

**360.** Par la méthode du renvoi législatif, l'OHADA a transféré aux Etats le soin de trouver des sanctions aux incriminations contenues dans les Actes uniformes. C'est ce que Jacques BORE appelle «une mobilisation du droit national au service du droit communautaire»<sup>(1)</sup>. Ainsi, les législateurs nationaux, puisqu'ils ont reçu compétence à cet effet, déterminent les sanctions de leur choix. Chaque pays de l'espace OHADA est compétent pour prendre les lois pénales sanctionnant les incriminations contenues dans les Actes uniformes de l'OHADA. Cela signifie que chaque pays de l'espace déterminera les sanctions en fonction de ses propres valeurs de référence. Cette option originale a fait l'objet de vives critiques par une partie de la doctrine qui en conteste la pertinence. Il importe d'étudier les justifications de l'attribution de compétence aux Etats (A) qui emporte d'importantes conséquences (B).

### *A. Les justifications de l'attribution de compétence aux Etats*

**361.** Le rattachement des peines aux législations nationales est une option contestable mais qui semble reposer sur des considérations ou raisons diverses et d'importance inégale qu'il est possible de présenter en distinguant entre elles selon qu'elles sont juridiques ou économiques.

### **1. Les raisons juridiques**

**362.** La principale raison invoquée par l'exposé des motifs de la loi sénégalaise n° 98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'AUS, c'est la différence de système pénal des Etats signataires du Traité OHADA. C'est à cet effet, toujours selon l'exposé des motifs, que le Sénégal a la préoccupation de prévoir des peines conformes à son système pénal, par conséquent adaptées à ses valeurs et ses réalités. L'affirmation de Portalis selon laquelle «la lecture des lois pénales d'un peuple peut donner une juste idée de sa morale publique et de ses mœurs privées» trouverait ici sa pleine signification.

L'OHADA a opté pour le système libéral et c'est pourquoi il n'est pas étonnant qu'elle accorde une certaine liberté aux Etats dans le choix de leurs systèmes pénaux et, par ricochet, des sanctions encourues par les contrevenants à la norme communautaire.

---

<sup>(1)</sup> Jacques BORE, «La difficile rencontre du droit pénal et du droit communautaire», *Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Droit pénal contemporain*, Cujas, 1989, p. 25-49.

Cependant, cette argumentation ne résiste guère à l'analyse car rien ne s'opposait à ce que les Etats mettent en harmonie leur conception philosophico-juridique en vue de mettre en place un dispositif répressif commun en laissant aux juges une marge d'appréciation permettant de moduler les peines prévues au moment de leur application en fonction des particularités de chaque espèce. C'est ce qui serait le plus conforme au mouvement d'harmonisation qu'ils ont enclenché.

D'autres arguments relatifs notamment à la rupture de l'égalité des justiciables de l'OHADA devant les sujétions résultant des peines appliquées peuvent être invoqués. En effet, les Etats membres de l'OHADA ne sont pas à un même niveau de développement<sup>(1)</sup>. Cette disparité économique des Etats se répercute sur le pouvoir d'achat des justiciables. Ainsi, le PNB/h du Gabon était de 4480 en 1992 alors que celui de la Guinée Bissau était de 210 à cette même date. Dès lors, soumettre le citoyen gabonais et le citoyen Bissau-guinéen à une même amende, par exemple, pour la violation de l'article 886 AUS relatif à l'émission d'actions avant l'immatriculation de la société, heurterait le principe de l'égalité de ces deux justiciables devant la norme communautaire. D'un autre côté, la recherche d'une plus grande efficacité de la répression pénale justifierait que les normes soient rapprochées au maximum du citoyen. Il faut que les destinataires de la loi pénale sentent que celle-ci constitue l'expression de leurs profondes aspirations mais surtout de leur volonté propre.

Ainsi, sur le plan juridique, l'option du législateur de l'OHADA pourrait être soutenue mais en est-il de même sur le plan économique?

## 2. Les raisons économiques

363. Selon l'article 1<sup>er</sup> du Traité OHADA, l'objectif poursuivi par cette institution est «l'élaboration et l'adoption de règles communes, simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies. Cela signifie que les Etats parties au Traité OHADA, ont conscience qu'ils ne sont pas à un même niveau de développement. D'où des disparités économiques dont il faudrait qu'ils tiennent compte dans leur projet communautaire.

La justice a un coût, un prix qu'il faut payer chaque fois qu'on la réclame. La justice pénale étant le monopole de l'Etat, c'est à lui de la prendre en charge. Mais nos Etats ne sont pas riches. Et c'est pourquoi on pourrait interpréter la nationalisation de la sanction pénale comme une manière de faire respecter le droit issu de l'OHADA en fonction de leur capacité finan-

<sup>(1)</sup> Voy. à ce propos S.E. le juge Mohammed BEDJAOUI, «Remarques conclusives», in *Actes du huitième congrès annuel de la SADIC sur le thème : L'intégration régionale est-elle une solution aux problèmes économiques de l'Afrique?* Le Caire, 2 au 4 septembre 1996.

cière et économique à prendre en charge le phénomène criminel. La disparité flagrante des niveaux de développement des pays africains membres de l'OHADA semble être à la base du rattachement des sanctions aux législateurs nationaux. En pratique, cela signifierait, dans un Etat comme la Guinée Bissau, que les sanctions privatives de liberté qui seront consacrées seront fonction de la capacité d'accueil des prisons de ce pays, que la décision d'emprisonner un dirigeant d'entreprise «en délicatesse» avec la loi pénale dépendra de la capacité de cet Etat de se passer des finances de ce «White collar criminal». Mais nos Etats ne risquent-ils pas de privilégier les sanctions pécuniaires (pour s'enrichir) au détriment des sanctions privatives de liberté? En d'autres termes, la délinquance ne risque-t-elle pas de devenir un fonds de commerce à la disposition des Etats? Ainsi, par la multiplication des amendes, la délinquance financera elle-même les politiques qui seront mises en œuvres par les Etats pour endiguer la criminalité. De ce fait, à défaut de neutraliser le phénomène criminel, les Etats tâcheront d'en minorer le coût économique. Cependant, il leur faudrait également maîtriser toutes les conséquences d'une telle option.

*B. Les conséquences de l'attribution de compétence aux Etats*

- 364.** L'OHADA n'a pas voulu ou n'a pas pu harmoniser les sanctions pénales pour des raisons que nous venons d'évoquer. Chaque Etat prendra donc les sanctions qu'il jugera opportunes selon les objectifs de répression qu'il se sera fixés et les moyens à sa disposition. Les Etats pourront mettre en place des législations pénales très tolérantes pour ne pas dire permissives ou, au contraire, d'une grande sévérité. Ceci risque de déboucher, du fait des disparités possibles entre les sanctions qui seront édictées dans les différents Etats parties (A) sur l'apparition de paradis pénaux (B).

**1. Le risque de disparité des sanctions nationales**

- 365.** Il semble peu probable que les seize Etats membres de l'OHADA choisissent une gamme identique de sanctions en application de l'article 5 du Traité OHADA. En tout cas les difficultés rencontrées dans l'adoption et la ratification des Actes uniformes ne le laissent pas supposer. Dès lors, à moins que certains Etats procèdent à une harmonisation de fait en s'inspirant fortement du droit français, il y aura autant de régimes de sanction que d'Etats. Ainsi, pour appréhender le droit pénal communautaire, le juriste devrait se référer à environ seize sanctions différentes pour chaque incrimination qu'il voudra étudier. L'investisseur devra également procéder de la sorte car il sait que, même si le droit de l'OHADA est taillé sur mesure pour la protection de ses capitaux, il pourrait toujours arriver qu'il transgresse la

loi et s'expose à des sanctions pénales qu'il voudra certainement aussi légères que possible. Cet état de fait pourrait l'amener à choisir de s'implanter dans un pays où la réponse étatique face au phénomène criminel est la moins ferme. Il faut seulement espérer que la course aux investissements n'amènera pas certains Etats à vider leur droit pénal de toute son essence, à savoir son aspect sanctionnateur, pour être plus « compétitifs ».

Mais il se pourrait que les Etats aillent non pas dans le sens de l'assouplissement mais dans celui de la rigueur car, faut-il le rappeler, le droit de l'OHADA cherche aussi et surtout à mettre un terme à l'insécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA.

Toujours est-il que selon leur propension à la rigueur ou à la flexibilité, les Etats choisiront les sanctions devant assurer le respect de la norme communautaire et il en découlera, certainement, une disparité des sanctions pénales. Dès lors, l'instinct de survie aidant, les délinquants potentiels pourraient s'installer dans le pays réputé plus clément, moins répressif. Ainsi risquerait-on d'assister à l'exportation de la criminalité vers des pays qui apparaîtraient comme des « paradis pénaux ».

## 2. Le risque d'apparition de « paradis pénaux »

366. Les « paradis pénaux », encore appelés « pays refuge »<sup>(1)</sup> ou « forum shopping », seront constitués par ceux d'entre les pays de l'espace OHADA qui, pour diverses raisons adopteront les sanctions les moins lourdes et attireront par la même occasion les investisseurs peu enclins à se conformer aux prescriptions de la loi communautaire. Ce risque est grave puisque à terme pourraient se mettre en place de vraies multinationales du crime avec des pays exportateurs et des pays importateurs de la criminalité.

De la même manière que certaines sociétés procèdent pour s'en tirer à bon compte au plan interne, à la budgétisation des infractions qu'elles commettent en ouvrant des comptes destinés exclusivement à la prise en charge de leurs dépenses actuelles ou éventuelles nées de leurs activités délictuelles, les multinationales pourraient choisir le territoire de commission de leur forfait pour échapper à la rigueur de telle législation ou bénéficier de la douceur de telle autre. C'est d'ailleurs ce qui explique le développement de la criminalité transnationale avec notamment la complexité liée à la décentralisation du pouvoir de décision et la dispersion des acteurs (auteurs, complices, commanditaires ...) dans un espace interconnecté.

---

<sup>(1)</sup> DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, t. 1, Partie générale : Responsabilité, Procédure, Sanction, Paris, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 1990.

De ces considérations, il résulte que la dévolution de compétence aux législateurs nationaux pour la détermination des sanctions attachées aux infractions contenues dans les AU, même si elle peut être défendue au fond, pose des problèmes de politique criminelle dont l'acuité pourrait encore longtemps alimenter la réflexion et la recherche.

En tout état de cause, le juge dispose, dans la fixation de la peine, du fait de la richesse de la gamme des sanctions qui peuvent être édictées, d'un important pouvoir d'appréciation. Mais cet accroissement de ses pouvoirs l'expose à certaines pressions et exige de lui une claire conscience de sa mission, un sens aigu de la justice et une technique affinée du droit. Ce qui est d'autant plus nécessaire que les textes législatifs sont souvent imprécis et lacunaires du fait notamment de l'encadrement insuffisant des parlements nationaux.

## **§2. L'insuffisance de l'encadrement des parlements nationaux**

- 367.** Absents de tout le processus d'élaboration des normes communautaires, les parlements nationaux sont pourtant chargés de voter les règles destinées à faire respecter les AU. Pour y procéder efficacement, il leur faut une certaine maîtrise des tenants et des aboutissants de chacune des dispositions communautaires. Mais ce qu'on remarque, c'est qu'ils ne sont même pas représentés dans les comités nationaux OHADA. Ce qui laisse entrevoir une certaine exclusion des parlements nationaux de l'œuvre d'harmonisation. Détenteurs d'une compétence résiduelle de fixation du quantum des peines encourues, les représentants des nations se retrouvent obligés, du fait de leur inaptitude à appréhender le droit de l'OHADA sous ses différents aspects, de voter sans vraiment les discuter ou, encore moins, les amender, les projets de lois qui sont préparés par les directions des affaires criminelles ou les services des Ministères de la justice. Il en résulte un dessaisissement *de facto* des parlements nationaux de leurs compétences législatives en droit des affaires au profit des pouvoirs exécutifs. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre les inquiétudes de M<sup>e</sup> DOUDOU NDOYE qui s'interroge sur la nécessité d'une institution qui «dénie aux peuples africains un minimum de contrôle sur les choix relatifs à leur destin ...»<sup>(1)</sup>.

Dans les cas où la loi nationale est le résultat d'une proposition de loi, donc d'une initiative parlementaire, il risque de se poser des problèmes d'adéquation entre les buts visés par l'OHADA, les moyens à sa disposition

---

<sup>(1)</sup> DOUDOU NDOYE, «Le Traité relatif à l'OHADA, la Constitution sénégalaise et les principes de droit processuel», *Revue EDJA*, n° 22, juillet à septembre 1994, p. 15.

et les dispositions nationales d'application. L'exemple le plus patent est donné par le déphasage entre les objectifs d'harmonisation et la disparité des sanctions édictées par les Etats au risque de créer des paradis pénaux. Et lorsqu'elle résulte d'un projet de loi c'est le contrôle parlementaire qui risque de ne pas être correctement exercé. C'est pourquoi il est impératif de poser des principes directeurs<sup>(1)</sup> communautaires pour orienter les politiques législatives nationales.

### §3. La nécessité de poser des principes directeurs communautaires

368. L'harmonisation est un processus qui consiste à consacrer les convergences et à rapprocher les divergences. A cet effet, il faut des règles juridiques et des valeurs communes qui servent de référence. Ce sont des principes directeurs. Ces derniers sont d'autant plus nécessaires que du fait de l'option communautaire, l'ordre juridique nouveau a créé des bouleversements ou, tout au moins, des changements dans les ordres juridiques internes posant ainsi des problèmes d'articulation entre le premier et les derniers. Ces principes directeurs peuvent être, selon la distinction qui a été opérée par le Pr. DELMAS-MARTY<sup>(2)</sup>:

– des «principes directeurs de confluence» lorsqu'ils tendent à consacrer des confluences. Par exemple, la reprise par l'OHADA des dispositions qui ont été consacrées par l'ensemble des Etats parties au Traité OHADA. D'ailleurs, ces principes pourraient être fondés sur ce que les concepteurs de l'OHADA appellent «les traditions juridiques communes» inspirées ou imposées par la France et la Belgique principalement;

– des principes directeurs de synthèse «qui tendent à concilier des divergences de conception. Ces derniers sont plus en adéquation avec l'option libérale qui caractérise l'OHADA. Ces divergences de conception sont aplanies lorsque l'on aboutit à une définition commune des institutions qui font l'objet de divergences;

– des règles supplétives lorsqu'il s'agit de combler des lacunes constatées. Ces lacunes pouvant découler de l'évolution économique et juridique ou tout simplement sociale. La consécration par l'OHADA de la société anonyme unipersonnelle semble bien procéder de cette volonté de combler les lacunes constatées dans certains domaines du droit des affaires comme c'est le cas en matière de responsabilité où on attend encore la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales.

---

(1) Sur la question, voy. M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun, op. cit.*, p. 130.

(2) Mireille DELMAS-MARTY, «La Mondialisation du Droit : Chances et Risques», *D.*, 1999, chron., p. 43 et s.

# CHAPITRE 1

## LES INFRACTIONS LIÉES À LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS

---

**369.** Le législateur de l'OHADA a prévu un certain nombre de conditions de fond à respecter et de formalités à accomplir pour la validité de la constitution de la société. Ces conditions de fond et de forme sont encadrées par un contrôle préventif de l'autorité administrative et leur violation est parfois réprimée, le cas échéant, par l'autorité judiciaire.

Aux termes de l'article 101 de l'AUSC, «toute société est constituée à compter de la signature de ses statuts». A ce stade de la vie sociale, le droit pénal intervient afin de garantir la régularité de la constitution de la société.

L'AUSC cherche ainsi à sanctionner non seulement les actes déloyaux, principalement lors de la formation du capital social (section 1) mais également, certaines opérations, mêmes licites, lorsque la société est irrégulièrement constituée (section 2).

### SECTION 1. LA FORMATION DU CAPITAL SOCIAL

**370.** Aux termes de l'article 61 de l'AUSC, toute société doit avoir un capital social. Ce capital représente le montant des apports faits par les associés, au moment de la constitution de la société. Son montant est fixé librement par les associés, sous réserve des limites déterminées par l'Acte uniforme en raison de la forme ou de l'objet de la société. Ce capital constitue un élément essentiel dans le patrimoine de la société. C'est pourquoi il fait l'objet d'une protection tout au long de sa constitution. Pour ce faire, l'AUSC incrimine, au même titre que le droit antérieur, des actes mensongers particulièrement dangereux pour les tiers, les associés et la société elle-même. Ces incriminations visent aussi bien la recherche du capital (§1<sup>er</sup>) que sa déclaration (§2).

#### §1. La recherche du capital

**371.** Dès le stade de la recherche du capital social, les associés peuvent se rendre coupables d'un certain nombre d'infractions. C'est pourquoi L'AUSC a prévu à cette occasion deux types d'infractions qui, bien que juridiquement différentes, sont presque identiques en pratique. En effet, elles supposent l'une et l'autre un mensonge, mais ce mensonge est nécessairement doublé

soit d'un certain résultat, soit d'un certain but en fonction de l'infraction visée<sup>(1)</sup>.

Les infractions dont il s'agit sont relatives à la simulation de souscriptions ou de versements (A) et à la publication de faits faux (B).

#### *A. La simulation de souscription ou de versements*

- 372.** La simulation de souscription ou de versements prévue par l'article 887 3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> de l'AUSC consiste à présenter pour vrais des souscriptions ou des versements qui, en réalité, n'existent pas. Ce délit présente un certain nombre d'éléments constitutifs (1) dont la réunion entraîne la répression (2).

##### **1. Les éléments constitutifs du délit**

- 373.** La simulation de souscription ou de versement est un délit intentionnel qui nécessite donc la réunion d'un élément matériel (a) et d'un élément moral (b).

##### **a) L'élément matériel**

- 374.** Cet élément est double : il est constitué par les agissements de simulation et par la recherche des souscriptions ou des versements.
- 375.** *La simulation des souscriptions ou des versements.* La simulation suppose l'établissement du caractère fictif des souscriptions ou des versements d'une part et la preuve qu'ils étaient affirmés sincères et véritables d'autre part.
- 376.** Le caractère fictif des souscriptions est l'élément qui, en pratique, se rencontre le plus souvent. Il est, en effet, difficile « d'échapper au versement de fonds car les fondateurs qui les ont accueillis ont l'obligation de les déposer chez un notaire ou une banque »<sup>(2)</sup>. L'existence des versements implique donc que le dépositaire accepte de reconnaître qu'il a reçu des fonds qui, en vérité, ne lui ont pas été remis. Une pareille complicité est peu vraisemblable compte tenu de la qualité des dépositaires, même si elle reste cependant possible<sup>(3)</sup>. Par conséquent, bien que l'infraction soit constituée en toute hypothèse, il faut distinguer entre la simulation de souscriptions et celle de versement, car l'une peut exister sans l'autre : « la souscription réelle n'ayant été suivie d'aucune libération effective, ou un versement réel n'ayant fait suite qu'à une souscription fictive »<sup>(4)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> *Idem.*, p. 269.

<sup>(2)</sup> B. MERCADAL, « infractions aux règles de constitution et d'augmentation du fonds social », *Traité des sociétés*, fasc. 125.3 n° 7.

<sup>(3)</sup> Cass. Crim., 3 avril 1939, *Revue trimestrielle de droit des sociétés*, n° 39, p. 195.

<sup>(4)</sup> J. LARGUIER, *op. cit.* p. 313.

En définitive, les souscriptions sont fictives si tous les éléments requis pour la validité de l'engagement d'entrée en société ne sont pas réunis. Par ailleurs, il faut mettre sur un pied d'égalité les souscriptions en numéraire et les souscriptions en nature.

Et comme pour les souscriptions, les versements sont fictifs lorsqu'il est affirmé qu'ils ont été effectués ou que les dons provenant des souscriptions ont été définitivement mis à la disposition de la société, alors qu'en réalité il n'en a pas été ainsi. En pratique un versement est réputé fictif dans les cas suivants : en l'absence de tout versement malgré l'affirmation contraire, en cas de simulacre de versements ou de versements apparents, en cas de paiement par compensation, etc.

- 377.** Les moyens employés pour réaliser des souscriptions ou des versements sont des actes mensongers qui tendent à faire croire que les souscriptions ou les versements prétendus ont été effectivement obtenus. « Tous les procédés susceptibles d'accréditer, dans l'esprit des tiers, cette idée sont répréhensibles »<sup>(1)</sup>. Par conséquent, « peu importe la méthode utilisée : déclarations verbales, reçus de complaisance, passation d'écritures », etc. C'est ainsi que la jurisprudence française a retenu, notamment, les manœuvres suivantes : l'établissement du certificat du dépositaire affirmant inexactement la souscription intégrale du capital ou le versement du premier quart<sup>(2)</sup>, de même que les fausses affirmations appuyées ou non de la production de documents fallacieux<sup>(3)</sup>, tout comme l'utilisation de jeux d'écriture ou d'artifices de comptabilité<sup>(4)</sup>.
- 378.** L'objectif de la simulation est d'obtenir des souscriptions ou des versements. L'article 887-3° de l'AUSC vise ceux qui « auront obtenu des souscriptions ou des versements ».
- 379.** En dépit des objections de certains auteurs<sup>(5)</sup> pour qui la loi a seulement visé les souscriptions d'actionnaires, la jurisprudence entend par la souscription tout engagement pris en faveur d'une société et rémunéré par la délivrance d'un titre quelconque. Selon celle-ci, la simulation est répréhensible si elle a pour but d'entraîner la souscription d'obligations ou la souscription de bons de caisses, dans la mesure où ces bons ont le caractère de véritables obliga-

(1) B. MERCADAL, *op. cit.*, n° 28.

(2) Cass. Crim. 27 janvier 1928, *Revue des sociétés*, 1928, p. 109.

(3) C.A. Paris 16 juillet 1902, *Journal des sociétés*, 1928, p. 109.

(4) Voy. Cass. Crim., 14 janvier 1980, *JCP*, 1980, p. 125.

(5) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Droit commercial*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., tome II, n° 805.

(1) Voy. Cass. Crim., 5 juin 1940, *Gaz. Pal.*, 1940, 2, p. 44.

tions, la souscription d'actions par apports en numéraire ou par apport en nature, etc.

Le versement visé est non seulement constitué du premier versement effectué au moment de la constitution de la société, mais encore des versements réalisés à la suite des appels des quarts subséquents. Il suffit qu'il y ait eu simulation en vue de leur obtention, même si à l'origine, les souscriptions étaient sincères. Les manœuvres frauduleuses tendant à amener les actionnaires à verser les souscriptions suffisent à constituer l'infraction<sup>(1)</sup>, même si l'opération ne s'est pas réalisée.

- 380.** *Les actes de recherche de souscriptions ou de versements.* La simulation, même postérieure aux souscriptions, est condamnable dès l'instant où elle tend à retenir les actionnaires et à rendre définitive des souscriptions qui n'avaient jusque là qu'un caractère conditionnel<sup>(2)</sup>. Il en est de même lorsque les manœuvres ont eu lieu après la constitution si elles ont eu pour objet d'obtenir des versements ou de retenir des versements déjà effectués<sup>(3)</sup>.

En outre, le délit de simulation est punissable lorsqu'il a été tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements. La tentative sera consommée lorsque l'agent aura accompli des actes qui devraient amener l'engagement de souscripteurs sérieux ou des versements de leur part. Il y aura tentative, par exemple, si les fondateurs sollicitent la souscription d'actions sans réussir à l'obtenir.

Enfin, la simulation est punissable si les manœuvres ont été telles qu'elles étaient de nature à entraîner des souscriptions ou des versements, même si d'autres motifs que ceux tenant à la simulation ont en vérité déterminé ces souscriptions ou ces versements.

### *b) L'élément intentionnel*

- 381.** L'infraction suppose l'action commise « sciemment », c'est-à-dire avec la conscience du but poursuivi et en connaissance de la fausseté des faits prétendus<sup>(4)</sup>. Cette connaissance sera présumée chez ceux dont les fonctions dans la société impliquent qu'ils doivent connaître cette fausseté.

L'élément intentionnel tient ici à la seule conscience qu'a l'agent de réaliser une simulation susceptible d'entraîner des souscriptions ou des versements. Chez certains auteurs, la Cour de cassation française estime que l'intention délictueuse résulte suffisamment de ce qu'ils ne peuvent ignorer la

<sup>(2)</sup> Cass. Crim, 25 octobre 1934, *JCP*, 1935, 70.

<sup>(3)</sup> Cass. Crim, 16 mai 1924, *Revue des Sociétés*, 1924, p. 306.

<sup>(4)</sup> J. LARGUIER, *op. cit.* p. 312.

<sup>(1)</sup> Voy. Cass. Crim., 14 janvier 1980, précité.

fausseté des faits publiés en raison des fonctions qu'ils remplissent. Donc la mauvaise foi existe dès l'instant où l'auteur de la simulation a agi en connaissance de cause. Il est donc nécessaire que soit établie sa participation consciente aux actes frauduleux<sup>(1)</sup>. Mais il n'y a pas lieu de démontrer que la simulation avait pour but d'obtenir des souscriptions ou des versements, il suffit qu'elle les ait en fait provoqués<sup>(2)</sup>.

Pendant, il arrive parfois que les tribunaux admettent la bonne foi des administrateurs. C'est ainsi qu'ont notamment été relaxés : l'administrateur qui a joué un rôle effacé dans la direction de l'affaire, faute de démonstration de sa mauvaise foi<sup>(3)</sup>; l'administrateur qui, bien qu'ayant envoyé son pouvoir n'a pas assisté à la réunion du conseil d'administration où l'emprunt a été décidé<sup>(4)</sup>, un administrateur, apporteur en nature, qui, aveugle, avait établi que les opérations de la société lui avaient coûté des sommes importantes sans aucun profit en contrepartie<sup>(5)</sup>.

## 2. La répression du délit

**382.** Lorsque les éléments constitutifs du délit de simulation de souscriptions ou de versements sont réunis, la répression doit suivre. Au Sénégal par exemple, les peines prévues consistent en un emprisonnement d'un an à cinq ans et en une amende de 100.000 à 1.000.000 F CFA ou de l'une de ces deux peines seulement<sup>(6)</sup>. Mais encore faut-il connaître au préalable les personnes punissables et les actions tendant à déclencher la procédure répressive.

### a) *Les personnes punissables*

**383.** L'article 887. 3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup> permet de sanctionner aussi bien les auteurs que les complices.

**384.** *Les auteurs.* Il s'agit de tous ceux qui ont recours à la simulation pour obtenir des souscriptions ou des versements. Si le délit est commis lors de la constitution de la société, ce sont généralement les fondateurs qui seront tenus comme auteurs<sup>(7)</sup>.

(2) B. MERCADAL, *op. cit.* n<sup>o</sup> 38.

(3) C.A. Douai, 18 avril 1929, *Revue des Sociétés*, 1934, p. 596.

(4) Trib. corr. Belfort, 4 novembre 1932, *Journal des sociétés*, 1932, p. 596.

(5) C.A. Orléans, 28 avril 1887, *Journal des sociétés*, 1888, p. 34.

(6) Voy. Loi n<sup>o</sup> 98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E., article 2, *JORS* du 25 avril 1998, p. 303 et s.

(7) Cass. Crim., 26 févr. 1904, *DP*, 1905, 2, p. 17.

(1) COPPER-ROYER, *Revue spéciale des sociétés*, 1936, p. 348.

(2) B. MERCADAL, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 34.

Selon l'opinion de M. COPPER-ROYER<sup>(1)</sup>, les premiers administrateurs ou les premiers membres du directoire ne sauraient être auteurs du délit, même s'ils sont de mauvaise foi. En effet, le délit est entièrement consommé avant leur nomination. Certes, en acceptant leurs fonctions, ils aident le délit à produire ses effets, mais cette aide ne peut constituer au mieux qu'un cas de complicité à la condition que les premiers administrateurs aient promis aux fondateurs d'accepter leurs fonctions avant l'exécution du délit.

Toutefois, les premiers administrateurs et même les administrateurs suivants ainsi que les membres du directoire ou les gérants, selon le cas, sont «responsables du délit avec les fondateurs qui ont eu recours à la simulation pour obtenir des souscriptions si, en connaissance de cause, ils procèdent à l'appel des quarts subséquents au premier versement»<sup>(2)</sup>.

**385.** *Les complices.* Doivent être considérés comme complices, tous ceux qui, en connaissance de cause, préparent ou facilitent le délit par des faits antérieurs ou concomitants à son exécution. C'est ainsi que la jurisprudence française a eu à retenir comme complices :

- un commissaire aux comptes qui a affirmé devant l'assemblée générale des actionnaires un bénéfice inexistant et qui a certifié sincère un bilan fallacieux<sup>(3)</sup>;

- un chef comptable qui falsifie les documents comptables et les procès verbaux du conseil d'administration;

- les banquiers qui délivrent des reçus de complaisance<sup>(4)</sup>.

En revanche, la complicité ne saurait être retenue à l'encontre :

- du directeur d'une société qui, malgré sa connaissance du défaut de libération des souscriptions, n'a permis qu'ultérieurement au souscripteur fictif d'opérer un encaissement au préjudice de la société. En effet, le fait étant postérieur à la consommation du délit, il ne peut être retenu comme constitutif d'une complicité punissable<sup>(5)</sup>;

- du banquier qui a délivré des certificats relatant faussement qu'il détenait, immobilisés dans ses caisses, des fonds représentant le premier quart, s'il n'est pas établi que lesdits certificats ont été produits lors de la déclaration notariée<sup>(6)</sup>.

<sup>(3)</sup> Voy. Cass. Crim., 31 mars 1933, *Journal des sociétés*, 1933, p. 529.

<sup>(4)</sup> Voy. Cass. Crim., 26 février 1904, *DP*, 1905, 1, p. 17.

<sup>(5)</sup> Cass. Crim., 3 avril 1939, *Revue trimestrielle de droit des sociétés*, 1939, p. 195.

<sup>(6)</sup> Cass. Crim., 3 avr. 1939 précité.

<sup>(1)</sup> B. MERCADAL, *op. cit.*, n° 47.

<sup>(2)</sup> J. LARGUIER, *op. cit.*, p. 313.

*b) Le déclenchement de la procédure*

**386.** L'action publique. La procédure de répression peut être déclenchée aussi bien par l'action publique que par l'action civile.

**387.** L'action publique existe dès l'instant où le délit est consommé. «Elle ne peut plus alors disparaître: la régularisation du vice qui est à l'origine du délit n'a aucun effet sur elle»<sup>(1)</sup>. La restitution des fonds obtenus par simulation ou le versement des fonds laissent entier le droit de poursuivre le délit. De même, il importe peu que la société ait été ou non déclarée nulle.

L'action publique se prescrit par trois ans. Le délai court du jour de l'accomplissement du délit. La fixation de ce moment soulève toutefois quelques difficultés et nécessite de distinguer selon qu'il s'agit d'un délit consommé ou d'une simple tentative. Ainsi, si le délit est consommé, la prescription part de la dernière souscription ou du versement ainsi obtenu, et en cas de tentative, de chacun des actes qui, sous forme de souscriptions ou de versements simulés, aura eu pour effet de provoquer d'autres souscriptions ou versements<sup>(2)</sup>.

Mais d'autres auteurs estiment que le point de départ de la prescription devrait être le jour de l'assemblée constitutive ou encore le jour de l'immatriculation de la société puisque c'est le moment de la véritable naissance de celle-ci<sup>(3)</sup>.

Toutefois M. B. MERCADAL juge que ce recul du point de départ de la prescription ne semble pas justifié, le délit étant parfait dès l'instant où les souscriptions ou les versements ont été obtenus. «La loi ne se préoccupe que de l'acte d'obtention, elle ne se réfère pas aux suites de ces souscriptions ou versements»<sup>(4)</sup>.

**388.** *L'action civile.* L'action civile appartient à toute personne qui a subi un dommage du fait de l'infraction si certaines conditions sont remplies. En effet, il doit tout d'abord exister une relation directe entre les souscriptions ou les versements et la simulation. Ce lien est présumé lorsque l'infraction est consommée. La preuve contraire est cependant possible. Ensuite, la victime doit être de bonne foi, c'est-à-dire ignorer la simulation qui l'a amenée à souscrire. En revanche, est irrecevable l'action civile d'un actionnaire qui a souscrit en pleine connaissance de cause. Enfin, la victime ne doit pas avoir intenté devant la juridiction commerciale l'action en responsabilité contre

<sup>(3)</sup> Voy. LAUNAI et ACCARIAS, *Droit pénal des sociétés par actions et à responsabilité limitée*, n° 45.

<sup>(4)</sup> B. MERCADAL, *op. cit.*, n° 50.

<sup>(1)</sup> Cass. Crim., 27 janvier 1928, *Revue des sociétés*, 1928, p. 109.

<sup>(2)</sup> B. MERCADAL *op. cit.*, n° 58.

les administrateurs de la société fondée sur les mêmes causes. La règle ne joue pas, par contre, si l'action intentée est l'action en nullité car les deux actions n'ont pas le même objet<sup>(1)</sup>.

En pratique, l'action civile appartient aux actionnaires victimes des agissements frauduleux. Elle appartient aussi à la société en tant qu'être collectif, l'action étant alors exercée par les administrateurs contre les fondateurs ou d'autres administrateurs. Elle peut être également exercée par un créancier de la société.

### *B. La publication de faits faux*

- 389.** La publication de faits faux en vue d'obtenir des souscriptions ou des versements est prévue par l'article 887. M. B. MERCADAL estime qu'il «s'agit là d'un même délit bien qu'à la lettre, les textes paraissent établir trois incriminations».

L'article 887-2° prévoit la «publication de souscriptions ou versements qui n'existent pas ou de tous autres faits faux» tandis que l'article 887-4° retient la publication des «noms de personnes désignées contrairement à la vérité comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque».

Dans toutes ces hypothèses, il n'y a en réalité qu'un seul type d'infraction constitué par la publication de faits faux. Toutefois, le régime de ce délit «présente de nombreux points communs avec le délit de simulation puisqu'ils ont le même le même but»<sup>(2)</sup>. Ce but commun poursuivi est d'obtenir des souscriptions ou des versements. Cependant, quelques particularités les séparent tant du point de vue des éléments constitutifs que de la répression.

#### **1. Les éléments constitutifs**

- 390.** Les éléments constitutifs du délit de publication de faits faux tournent autour d'un élément matériel et d'un élément moral.

##### *a) L'élément matériel*

- 391.** Matériellement le délit de publication de faits faux suppose un fait de publication, des faits faux et l'obtention de souscriptions ou de versements.
- 392.** **La publication** est réalisée par l'emploi de tout moyen d'information destiné à toucher le public. Peu importe donc le moyen par lequel la publication est assurée. C'est ainsi que la publication peut résulter soit d'une inser-

<sup>(1)</sup> Voy. Cass. Crim., 16 juin 1934, *Revue des sociétés*, 1934, p. 158.

<sup>(2)</sup> Cass. Crim., 30 juillet 1937, *Semaine Juridique*, 1938, p. 512.

tion dans des documents ayant un caractère officiel, tels que des journaux d'annonces légales<sup>(1)</sup>; soit d'une insertion dans des documents privés, ou de leur distribution, tels que des circulaires ou des imprimés<sup>(2)</sup>; soit d'articles parus dans la presse, tels que des annonces radiodiffusées ou projetées sur un écran<sup>(3)</sup>; soit encore de la tenue de propos en public, notamment la présentation d'un faux bilan à l'assemblée générale des actionnaires<sup>(4)</sup>. En revanche, il n'y a pas de publication si les conversations sont privées ou si les faits sont mentionnés à l'occasion de sollicitations individuelles de démarcheurs.

**393. Les faits faux.** L'article 887-3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup> vise tout fait faux mais, curieusement, cite deux exemples particuliers de faits faux : la publication de souscriptions ou de versements qui n'existent pas et la publication des noms de personnes faussement désignées comme attachées à la société. En effet, des faits faux quelconques, des souscriptions ou versements inexistantes et des noms de personnes faussement attachées à la société peuvent être retenus comme constitutifs du délit.

D'abord, la jurisprudence française a donné une interprétation très large du fait faux, retenant aussi bien les faits d'ordre juridique que les faits d'ordre économique. Les faits faux d'ordre juridique sont, entre autres, ceux qui consistent dans l'affirmation inexacte de la constitution régulière de la société, ou de la souscription intégrale du capital social. Les faits d'ordre économique, quant à eux, peuvent concerner : la publication de circulaires ou articles de journaux annonçant une hausse considérable des actions, les affirmations inexactes sur le droit de propriété, la publication, dans un code, de cours fictifs, etc.

Ensuite, on retient également la publication de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, même en l'absence de toute simulation, comme étant caractéristique de fait faux. Il suffit que l'on «accrédite auprès du public un succès considérable de l'émission» alors qu'en réalité, ce sont les fondateurs eux-mêmes qui ont souscrit cette dernière<sup>(5)</sup>.

Enfin, les noms de personnes faussement attachées à la société constituent une forme particulière de fait faux que le législateur a cru devoir présenter à part, certainement en raison de la fréquence de la fraude consistant à souligner les noms de personnes jouissant d'un grand crédit bien que

(3) Cass. Crim., 31 mars 1933, *Journal des sociétés*, 1933, p. 529.

(4) Cass. Crim., 18 mars 1986, *Bull. Crim.*, n° 109.

(5) Voy. B. MERCADAL, *op. cit.* n° 67; Cass. Crim., 10 avril 1884, *Revue des sociétés*, 1885, p. 6.

(6) Voy. Cass. Crim., 2 mars 1888, *Revue des sociétés*, 1888, 240.

(1) C.A. Paris, 28 juill. 1943, *JCP*, 1943, éd. G, II, 2507.

(2) Cass. Crim, 26 janv. 1938, *S.*, 1939, 1, p. 49.

dépourvues de tout lien avec la société<sup>(6)</sup>. Mais quel qu'il soit, le fait faux est répréhensible dans la mesure où il implique une allégation de l'existence de certains faits, en réalité inexistantes ou d'une portée différente.

Il convient de noter que l'obtention de souscriptions ou de versements est un élément que ce délit présente en commun avec celui de simulation. Il y a simplement à remarquer que la publication doit avoir pour objet d'obtenir ou de tenter d'obtenir des souscriptions ou des versements.

### *b) L'élément intentionnel*

- 394.** Comme le délit de simulation de souscriptions ou de versement, le délit de publication de faits faux doit être commis sciemment. Il est donc nécessaire de constater que l'auteur de la publication a agi en toute connaissance de cause. Cette simple constatation suffit, tout au moins concernant la publication de souscriptions ou de versements. Par contre, lorsqu'il s'agit de publication de noms de personnes faussement attachées à la société, il semble nécessaire d'exiger, en plus de la conscience des agissements, la preuve de l'intention de l'auteur. Le texte affirme nettement la prise en considération du but de la publication puisque celle-ci doit être faite «... pour provoquer des souscriptions ou versements ...»

Mais dans tous les cas, le mobile importe peu. Les motifs qui ont déterminé l'auteur à rechercher des souscriptions ou des versements par le biais de la publication de faits faux sont indifférents. En application de ces règles, la jurisprudence française a reconnu la mauvaise foi des administrateurs : qui ont «participé aux séances du conseil d'administration dans lesquelles ont été décidées l'émission et ses garanties»; qui, en connaissance de la publicité mensongère entachant l'émission, ont exercé leurs fonctions durant la période de placement des titres<sup>(1)</sup>; ou qui, bien que le bilan frauduleux «ait été présenté et signé par un directeur qui l'avait fait ensuite publier dans un journal d'annonces en vue de la réalisation, en a eu nécessairement connaissance<sup>(2)</sup>», etc.

En revanche, la bonne foi des administrateurs a été admise au profit d'un administrateur entré dans le conseil d'administration postérieurement aux publications incriminées et à l'encontre de qui, n'a pas été établi qu'il ait pris une part quelconque à leur conception, à leur élaboration, ou au fait qui, les ayant précédés ou accompagnés, les ont rendus possibles<sup>(3)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> C.A. Paris, 15 mai 1935, *Revue Trimestrielle (dr. soc.)*, 1935, 357.

<sup>(1)</sup> Voy. Cass., Crim., 16 novembre 1889, *D.*, 1889, 5, p. 436.

<sup>(2)</sup> C.A. Paris, 17 février 1912, *Journal des sociétés*, 1913, p. 424.

Enfin il faut noter que, comme pour la simulation de souscriptions ou de versements, la mauvaise foi peut être présumée chez certaines personnes en raison des fonctions qu'elles occupent dans la société.

## 2. La répression

**395.** Ce sont les mêmes peines que celles du délit de simulation de souscriptions ou de versements qui s'appliquent en matière de publication de faits faux. Aussi convient-il d'envisager successivement les personnes punissables et les actions en justice.

### *a) Les personnes punissables*

**396.** Sont punissables tant les auteurs que les complices.

**397. Les auteurs.** Il s'agit de tous ceux qui ont publié des faits faux pour obtenir des souscriptions ou des versements. En général, ce sont les fondateurs, les administrateurs ou les gérants de la société. La détermination de ces personnes responsables se fait de la même façon que pour la simulation de souscriptions ou de versements.

Particulièrement, il a été jugé que la qualité de coauteur peut être retenue à des individus qui n'apparaissent pas de façon officielle comme fondateurs ou administrateurs de la société, dès lors qu'ils ont été à l'origine de la publication des faits faux.

**398. Les complices.** Ont pu être considérés comme complices :

– «les démarcheurs qui, après avoir réuni les éléments mensongers destinés à faciliter l'émission des actions, les ont portés à la connaissance du public sous forme de comptes rendus inexacts et trop élogieux de l'affaire<sup>(1)</sup>» ;

– les journalistes qui publient, en connaissance de cause, les articles mensongers conformément à la demande des fondateurs ou administrateurs<sup>(2)</sup> ;

– le commissaire aux comptes qui, en connaissance de cause, certifie sincère un bilan manifestement frauduleux, ou qui conseille un dirigeant en vue de présenter à l'assemblée générale un bilan comportant de graves inexactitudes<sup>(3)</sup> ;

– le conseil juridique qui prépare les actes frauduleux destinés à être publiés<sup>(4)</sup>.

<sup>(3)</sup> Cass. Crim., 31 mars 1933, *Journal des sociétés*, 1933, 529.

<sup>(4)</sup> Cass. Crim., 30 mai 1930, *Journal des sociétés*, 1931, p. 552.

<sup>(1)</sup> Cf. C. DUCOULOX-FAVARD, «Infractions aux règles de constitution et d'augmentation du fonds social», *Traité des sociétés*, JCP, 1988, n° 8.

*b) Le déclenchement de la procédure*

399. La procédure peut être déclenchée aussi bien par l'action publique que par l'action civile.

400. **L'action publique.** Elle obéit au même régime défini pour le délit de simulation de souscription ou de versement. Seulement, la prescription de trois ans court à partir du jour du dernier versement effectué et non du jour de la publication incriminée<sup>(1)</sup>. Concernant la tentative, la prescription court, par contre, du jour de la publication.

401. **L'action civile.** C'est toujours les victimes du délit qui peuvent l'exercer dans les mêmes conditions que la simulation de souscriptions ou de versements.

S'agissant des dommages et intérêts, la victime peut obtenir soit le remboursement des prix d'achat des actions, soit l'allocation de la différence entre le prix d'achat et le prix de vente des titres, etc.

**§2. La réalité du capital**

402. L'AUSC incrimine successivement deux sortes de mensonges relatifs à l'établissement du certificat du dépositaire et à la surévaluation des apports en nature, dans le but d'assurer la loyauté de la constitution de la société.

*A. L'établissement du certificat de dépôt des souscriptions ou de versements*

403. L'acte de société est un acte sous seing privé qui ne fait que l'objet d'une immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier. Il ne fait pas l'objet d'une authentification par le notaire. Mais pour que «soient affirmées aux yeux du public l'existence et l'authenticité du capital d'une société par actions nouvellement créée, le législateur a exigé des fondateurs une déclaration chez le notaire ou le dépositaire proclamant la sincérité des souscriptions et la réalité des versements correspondants»<sup>(2)</sup>.

Et si le certificat de dépôt contient des allégations fausses, les auteurs de ces mensonges sont punissables. En effet, selon l'article 887-1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> de

<sup>(2)</sup> Cependant d'autres législations par exemple celle de l'Allemagne voient dans le fondateur un partenaire de la société préliminaire servant de base à la personne juridique à naître dès l'immatriculation, laquelle institutionnalise cette naissance et transforme totalement la situation juridique : «la personnalité des apporteurs de capitaux perd toute importance au profit des organes de la société». Ce qui fait que dès l'inscription au registre du commerce, les actions souscrites peuvent passer dans d'autres mains. DUCOULOX-FAVARD dit à ce propos : «L'*affectio societatis* des actionnaires est une notion totalement ignorée outre-Rhin».

<sup>(1)</sup> DUCOULOX-FAVARD, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 11.

<sup>(2)</sup> Voy. Cass. Crim., 16 mars 1981, *Bull. Crim.*, n<sup>o</sup> 94.

l'AUSC qui reprend les dispositions de l'article 1508 de la loi sénégalaise n° 85-40 du 29 juin 1985 et l'article 433-1° de la loi française du 24 juillet 1966: «encourent une sanction pénale, ceux qui, sciemment, par l'établissement du certificat du dépositaire constatant les souscriptions et les versements, auront affirmé sincères et véritables des souscriptions qu'ils savaient fictives ou auront déclaré que des fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société ont été définitivement versés, ... ou auront remis au dépositaire une liste des actionnaires mentionnant des souscriptions fictives ou le versement de fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société».

La réunion de certains éléments constitutifs permet l'ouverture des poursuites.

### 1. Les éléments constitutifs

**404.** L'établissement du certificat de dépôt de souscriptions ou de versements suppose un élément matériel et un élément intentionnel.

#### a) L'élément matériel

**405.** Les faits faux entachant la déclaration ne peuvent que porter sur les souscriptions qui sont dès lors fictives, ou sur les versements qui n'ont pas été effectivement mis à la disposition de la société.

**406. Le caractère fictif de la souscription.** Pour qualifier de fictif un bulletin de souscription, il faut apprécier la validité de ce contrat tant à l'égard de son contenu qu'à l'égard des parties et notamment, des souscripteurs. Ceux-ci doivent «vouloir» devenir futurs actionnaires. En fait, la notion de souscripteur, pas plus que celle de fondateur, ne se trouve dissociée de celle de futur associé<sup>(1)</sup>. Celui qui «consent à apporter une part du capital social, consent en même temps à devenir membre de la société. Il doit être mu par le fameux  *affectio societatis*, point névralgique d'une conception contractuelle de la société»<sup>(2)</sup>. C'est la raison pour laquelle il a été jugé que lorsque ce désir de s'associer fait défaut, le souscripteur n'est qu'un «prête-nom» et la souscription est fictive<sup>(3)</sup>.

**407.** Le défaut de réalité des versements. Le certificat de souscription et de versement doit être fait non plus seulement par le notaire, qui n'est plus nécessairement le dépositaire, mais par le dépositaire quel qu'il soit. Il est rare

<sup>(3)</sup> Voy. Cass. Crim., 16 mars 1981, *Bull. Crim.*, n° 94.

<sup>(1)</sup> Trib. corr. Paris, 16 mai 1974, *D.* 1975. 37; *Crim.*, 12 avril 1976, *Bull.*, 115; *JCP*, 1977, II, 18523, obs. GUYON.

que celui-ci certifie avoir reçu des fonds en dépôt si tel n'est pas le cas. Mais s'il lui arrivait de le faire, l'exigence de réalité de versements ne serait pas satisfaite et l'élément matériel du délit serait caractérisé.

### *b) L'élément intentionnel*

- 408.** La mauvaise foi résulte apparemment du fait que les auteurs de l'infraction savent que les souscriptions sont fictives, notamment lorsqu'elles sont faites par des prête-noms. Comme l'avait affirmé la cour de cassation, «l'absence d'intention réelle des prévenus de participer à la société se déduit des éléments de fait, laissés à l'appréciation des juges du fonds, et la connaissance par ces prévenus de la fausseté de ces déclarations résulte nécessairement de l'ensemble des éléments de la cause». En d'autres termes, la mauvaise foi consiste à savoir que certains souscripteurs n'ont pas l'*affectio societatis*.

## **2. Les poursuites**

- 409.** Le délit d'établissement frauduleux du certificat du dépositaire, ou de la déclaration notariée de souscription et de versement est commis le jour où le certificat est établi. Par conséquent, la prescription court à partir de ce moment.

La tentative n'est pas, quant à elle, punissable.

### *B. La surévaluation des apports en nature*

- 410.** De par sa nature, un apport en numéraire ne peut faire l'objet d'une surévaluation. Par contre, les apports en nature peuvent donner lieu à une surévaluation qui, d'emblée, fausse l'égalité des associés. L'article 887-4<sup>o</sup> incrimine la surévaluation des biens apportés à la société et tend à sanctionner une fraude aux droits des associés. Une telle surévaluation entraîne également une violation du principe de libération intégrale des parts sociales émises en contrepartie des apports. L'article 887-4<sup>o</sup> dispose: «encourent une sanction pénale, ceux qui, frauduleusement, auront fait attribuer à un apport en nature, une évaluation supérieure à sa valeur réelle».

Malgré l'établissement d'un rapport par un commissaire aux comptes, les associés demeurent maîtres de l'évaluation de leurs apports. C'est ce qui fait que la sanction pénale garde toute son utilité à l'égard des surestimations frauduleuses.

## **1. Les éléments constitutifs**

- 411.** A côté de l'élément moral qui est l'aspect frauduleux, la lecture de l'article 887-4<sup>o</sup> fait apparaître deux éléments matériels.

*a) L'élément matériel*

- 412.** Il consiste dans le fait de participer à l'attribution de la valeur d'un apport et de l'existence d'une évaluation excessive.
- 413. La participation à l'attribution de la valeur d'un apport.** L'expression légale «fait attribuer» suppose, selon DUCOULOUX-FAVARD, un acte positif et exclut la tentative de la répression. Il ne suffit donc pas de participer à la procédure d'approbation des apports en nature pour avoir «fait attribuer...». C'est ainsi que, par exemple, l'apporteur qui demande un «prix» exagéré ne commet nullement d'infraction si toutefois il laisse la procédure suivre son cours normal. Mais tel n'est pas souvent le cas, surtout si l'apporteur veut devenir majoritaire ou le rester. Quant aux commissaires aux comptes, c'est dans la rédaction de leur rapport qu'ils peuvent participer positivement à l'attribution de l'évaluation de l'apport. Et souvent leur responsabilité pénale sera facilement mise en cause en cas de surévaluation.
- 414. L'évaluation supérieure à la valeur réelle.** C'est la pratique dite du «mouillage» ou «watering» des apports. Certes, l'apporteur a le droit d'obtenir, sauf fraude, le prix maximum de son apport. Toute la difficulté est de déterminer «la valeur réelle» au regard de laquelle sera appréciée la majoration de valeur. La loi ne spécifie pas ce qu'il faut entendre par valeur réelle. Les commissaires aux apports adoptent la méthode qui leur semble la plus appropriée et ils peuvent ainsi prendre en considération certains critères objectifs étrangers à la simple valeur vénale ou marchande. Donc, la seule valeur vénale a été écartée au profit d'une valeur vénale corrigée. Cette notion n'est pas très précise elle aussi. Les juges avaient admis le principe de la valeur vénale corrigée par la nature même de l'opération dans l'affaire Willot bien qu'en l'espèce, le délit fût retenu, compte tenu d'une surévaluation manifeste<sup>(1)</sup>.

Ce que la loi sanctionne, ce n'est pas une «bonne affaire» au profit de l'apporteur en nature mais une évaluation manifestement excessive. Celle-ci est d'ailleurs laissée à l'appréciation des juges du fond, toujours d'après la jurisprudence Willot. Par conséquent, toute majoration frauduleuse n'est pas répréhensible: «elle doit être manifeste pour être punissable, ce qui implique non seulement qu'elle procède d'une exagération de la valeur du bien, mais encore que cette exagération ne soit pas compensée par la valeur subjective que le bien tire de son adéquation aux besoins de l'exploitation sociale»<sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> H. BONNARD, «Infractions relatives aux S.A.R.L.», *JCP*, 1987, n° 14.

<sup>(2)</sup> *Idem*, n° 13.

En plus, l'article 887-4° de l'AUSC n'exige pas que la majoration procède de «manœuvres», dès lors qu'elle est «frauduleuse»: «le simple mensonge suffit donc à constituer l'élément matériel de l'infraction, sans qu'il soit besoin que ce mensonge tire sa crédibilité d'une quelconque mise en scène destinée à lui donner corps et, à la limite, une réticence dolosive opposée aux précautions ou aux doutes réaliserait encore l'infraction<sup>(2)</sup>.

Mais dans tous les cas, ce mensonge ou cette réticence dolosive porteront sur la valeur de l'apport puisque la fraude implique une tromperie sur la réalité de celle-ci. C'est une valeur majorée qui aura été invoquée: soit la valeur du bien est exagérée; soit les charges qui la grèvent sont occultées.

### *b) L'élément moral*

415. L'élément moral reste défini comme la mauvaise foi, «sans qu'aucune différence bien nette ne résulte, semble-t-il, de la substitution de l'adverbe 'frauduleusement' au terme 'sciemment' des incriminations précédentes»<sup>(3)</sup>.

La surévaluation d'actif n'est donc pas une infraction purement objective car ceux qui «y participent doivent être de mauvaise foi». Mais cet aspect frauduleux de l'infraction doit être apprécié différemment selon les personnes qui ont participé à sa réalisation. La mauvaise foi des uns et des autres résulte d'attitudes différentes. L'apporteur est en droit de faire valoir au maximum ce qu'il apporte. N'est-il pas alors mieux adapté de requérir des manœuvres frauduleuses à son encontre?

Par contre, pour les commissaires aux apports qui «remplissent une fonction de gérant d'une expertise honnête d'évaluation, l'élément moral doit être apprécié plus sévèrement. Cependant, il n'est pas question de les rendre automatiquement responsables d'une surévaluation qu'ils auraient dû savoir excessive. C'est le terme 'frauduleusement' et non pas celui de 'sciemment' qui a été retenu par le législateur»<sup>(4)</sup>. C'est ce qui pousse les tribunaux à rechercher quelle connaissance objective avaient les experts lorsqu'ils ont procédé à l'évaluation.

Toutefois, la seule connaissance de la surévaluation peut suffire, aucune volonté de tromper n'étant requise expressément. Il semble impossible de tirer conséquence de la notion de fraude pour prendre en considération, en plus du dol général, un dol spécial qui mettrait en cause le but poursuivi par l'agent.

<sup>(3)</sup> M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 268.

<sup>(4)</sup> C. DUCOULOUX-FAVARD, *op. cit.*, n° 19.

<sup>(1)</sup> DUCOULOUX-FAVARD, *op. cit.*, n° 20.

## 2. Les poursuites

**416.** La loi ne spécifie pas la qualité de la personne, auteur de l'infraction. Ce n'est donc pas un délit de fonction. Mais généralement, les apporteurs ou les commissaires aux apports en sont les auteurs. L'action publique se prescrit par trois ans à compter de la commission de l'infraction; le point de départ étant le jour de l'apport frauduleux, c'est-à-dire lors de l'approbation en assemblée.

La tentative n'est pas punissable, ce qui signifie que si tout a été « mis en place pour essayer de faire adopter un apport en nature surévalué, la malhonnêteté ne peut être poursuivie sur la base de ce texte<sup>(1)</sup>.

Par contre, les auteurs de tels actes pourraient être poursuivis pour tentative d'escroquerie, comme ce fut le cas dans l'affaire des Kaolins<sup>(2)</sup>.

### SECTION 2. L'ACTIVITÉ D'UNE SOCIÉTÉ IRRÉGULIÈREMENT CONSTITUÉE

**417.** Lors de la constitution de la société, ses fondateurs doivent respecter les conditions fixées par l'Acte uniforme. Et le droit pénal intervient pour sanctionner les constitutions irrégulières directement ou indirectement. C'est ainsi que les articles 886 et 888 de l'AUSC incriminent l'émission d'actions et la négociation de celles-ci lorsque la constitution de la société n'a pas été réalisée ou bien lorsque cette constitution n'a pas été bien réalisée.

Les actions de société sont des parts d'associés dans les sociétés dites de capitaux qui sont caractérisées par leur libre cessibilité de principe et se présentent comme des fractions du capital social servant d'unité aux droits et obligations des associés.

L'AUSC n'a pas donné une définition des actions, mais il a déterminé les règles qui leur sont applicables et dont la violation entraîne des sanctions tant en ce qui concerne leur émission (§ 1<sup>er</sup>) que leur cession (§ 2).

#### § 1. L'émission d'actions

**418.** L'article 886 de l'AUSC dispose: «est constitutif d'une infraction pénale, le fait, pour les fondateurs, (...) d'émettre des actions avant l'immatriculation, à n'importe quelle époque lorsque l'immatriculation est obtenue par fraude ou que la société est irrégulièrement constituée». Cette infraction sanctionne donc l'obligation pour les fondateurs et les Administrateurs de véri-

<sup>(2)</sup> T.G.I, Paris 31<sup>e</sup> ch, 21 octobre 1977. (inédit et confirmé en Appel, *Bull. nat. Comm. Comptes*, 1978, p. 60).

<sup>(1)</sup> M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, tome 2, Paris, PUF, 1990, p. 253.

fier la régularité de la constitution de la société, ainsi que son immatriculation, avant de procéder à toute émission de titre. La formulation de cet article laisse croire que les irrégularités constituent un élément constitutif de cette infraction. En vérité, elles constituent une condition de l'infraction, un préalable à celle-ci.

*A. La condition préalable: les irrégularités*

419. L'article 886 de l'AUSC punit l'émission d'actions d'une société constituée de façon irrégulière. Ces irrégularités concernent l'inobservation de certaines règles relatives à la constitution des sociétés anonymes, à l'émission avant l'immatriculation ou à la suite d'une immatriculation frauduleuse. En plus, l'article 905 de l'AUSC sanctionne l'émission irrégulière dans les sociétés faisant appel public à l'épargne.

**1. Les règles communes à la constitution de toutes les sociétés anonymes**

420. L'émission d'actions est répréhensible si l'immatriculation fait défaut ou si, d'une façon plus générale, les formalités de constitution ne sont pas régulièrement accomplies.

*a) Le défaut d'immatriculation régulière*

421. La loi vise tant l'émission effectuée avant l'immatriculation de la société au registre de commerce, que l'émission à toute époque si l'immatriculation est frauduleuse. En fait, l'immatriculation constitue une étape capitale dans la vie sociale. Tant que la société n'a pas fait l'objet d'immatriculation, ses actions ne doivent pas être émises. D'ailleurs, l'immatriculation régie par les dispositions des articles 97 et suivants de l'AUSC, fait l'objet d'une protection directe sous la menace de sanctions pénales.

*b) L'irrégularité des formalités de constitution*

422. La sanction de l'émission d'actions sans que les formalités de constitution aient été régulièrement accomplies, «fait partie de l'ensemble des mesures imaginées par le législateur pour garantir la régularité de la constitution, malgré l'absence de contrôle préalable»<sup>(1)</sup>.

Les formalités de fond sont relatives au montant du capital social qui varie en fonction du type de société, à la souscription réelle, définitive et intégrale du capital social, au nombre des associés et à la capacité des associés et administrateurs.

Les formalités de forme, quant à elles, sont plus nombreuses. Elles concernent la souscription, le dépôt des fonds, la convocation de l'assemblée générale constitutive, la procédure concernant les apports en nature, etc.

## **2. Les règles propres à la constitution des sociétés faisant appel public à l'épargne**

- 423.** Sont réputées faire publiquement appel à l'épargne les sociétés dont les titres sont inscrits à la cote officielle, à compter de cette inscription, ou qui, pour le placement des titres, ont recours à des établissements de crédit<sup>(2)</sup>.

En plus des formalités communes, l'article 905 de l'AUSC prévoit d'autres actes dont le défaut rend l'émission illégale. En fait, préalablement à toute émission, une notice doit être insérée dans un journal d'annonces légales. Les prospectus et circulaires reproduisent les énonciations de la notice. Les affiches, les prospectus et les circulaires doivent mentionner la signature de la personne ou du représentant de la société de qui l'offre émane et préciser si les valeurs offertes sont cotées ou non et, dans l'affirmative, à quelle bourse.

Ces irrégularités constituent un préalable nécessaire à la réalisation du délit d'émission irrégulière d'actions de société.

### *B. Les éléments de l'infraction*

- 424.** Pour que cette infraction soit constituée, il faut la réunion d'un élément matériel et d'un élément intentionnel.

#### **1. L'élément matériel : l'émission**

- 425.** Le terme «émission» a revêtu deux sens différents. Dans son sens large, il est employé comme synonyme d'introduction de titres en bourse ou d'appel à une souscription publique. Dans son sens restreint le terme a un sens plus précis : les titres n'étant plus matérialisés que par une inscription au compte de leur propriétaire, ils se transmettent par virement de compte à compte.

Ces problèmes soulevés par la notion d'émission ne se posent plus tellement<sup>(1)</sup>. Il est tout de même certain que «l'infraction est commise lorsque les titres, matériellement créés, sont séparés de leur souche et remis effecti-

<sup>(2)</sup> J. LACOSTE, «Responsabilité pénale : infractions aux règles d'émission et de négociation d'actions», *JCP*, 1994, n° 43.—

<sup>(1)</sup> J. LARGUIER, *Droit pénal des affaires*, Paris, Armand Collin, 9<sup>e</sup> éd, 1998, p. 305.

vement aux ayants droit». Seulement, on peut retenir l'émission «... dès la constitution définitive de la société, autrement dit, (...) définir l'élément matériel du délit d'émission comme reposant sur la création juridique des titres»<sup>(2)</sup>. Même s'il n'y a pas lieu de distinguer selon que les titres sont des actions de numéraire ou des actions d'apport<sup>(3)</sup>.

L'infraction est encore réalisée même si «les titres émis se rapportent à des souscriptions régulières, dès lors que la société n'est pas légalement constituée du fait de certaines souscriptions irrégulières»<sup>(4)</sup>.

En outre, pour pouvoir apprécier si le délit d'émission peut ou non être relevé, il importe de faire une distinction. En effet, s'il ne s'agit que d'une simple pièce justificative remise à un souscripteur à l'appui de sa souscription ou de son versement, tels un récépissé, un reçu ou un double du bulletin de souscription, un tel document ne saurait être assimilé à une action<sup>(5)</sup>.

En revanche, le délit existe si le titre, quelles que soient sa dénomination et sa forme, délivré à l'actionnaire postérieurement à la constitution de la société, confère à celui-ci tous les droits d'un actionnaire. Il s'agit donc essentiellement d'une question de fait. Peu importe que le titre soit négociable ou non. De même, il importe peu que l'émission intervienne avant ou après la constitution de la société<sup>(6)</sup>. Ainsi, «il faut, mais il suffit, que les titres délivrés représentent la société comme légalement constituée, alors qu'en réalité les règles de constitution n'ont pas été respectées»<sup>(7)</sup>. Car ce que la loi punit à travers les articles 886 et 905, ce n'est pas l'irrégularité de la constitution, mais l'émission de titres qui font croire à une constitution régulière<sup>(8)</sup>.

## 2. L'élément moral

**426.** La loi ne requiert pas une intention frauduleuse. Ainsi, le «délit peut être constitué, même en l'absence de mauvaise foi, par le seul fait de l'émission, dès lors qu'est établie l'existence de l'une des irrégularités exigées»<sup>(1)</sup>.

Toutefois, une faute matérielle est nécessaire, même si parfois elle est présumée, sauf s'il y a une «impossibilité absolue de prévoir et d'empêcher l'infraction»<sup>(2)</sup>. Pratiquement, l'infraction est un délit de fonction. Les person-

<sup>(2)</sup> M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 253.

<sup>(3)</sup> Voy. Cass. Crim., 6 juin 1885, *Revue des sociétés*, 1885, p. 59.

<sup>(4)</sup> J. LACOSTE, *op. cit.*, n° 9; C.A. Paris, 16 nov. 1905, *Journal des sociétés*, 1906, p. 167; Cass. Crim., 28 mars 1936, *Revue des sociétés*, 1936, p. 454.

<sup>(5)</sup> Voy. Cass. Crim., 8 février, 1861, *S.*, 1861, 1, p. 668.

<sup>(6)</sup> Voy. Cass. Crim., 8 février, 1861, *S.*, 1861, 1, p. 668.

<sup>(7)</sup> J. LACOSTE, *op. cit.*, n° 13.

<sup>(8)</sup> Voy. Cass. Crim., 20 juillet. 1906, *Revue des sociétés*, 1907, p. 556.

<sup>(1)</sup> M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, 253.

nes responsables sont en principe, celles qui étaient dans la possibilité de commettre une faute, ne serait-ce qu'une simple négligence capable de fonder la culpabilité de l'auteur<sup>(3)</sup>. Il en résulte que les principaux auteurs sont en général les fondateurs, le président, les administrateurs ou les directeurs, les gérants ou encore toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura en fait, dirigé, administré ou géré la société.

## §2. La négociation d'actions

**427.** L'article 888 dispose: «encourent une sanction pénale, ceux qui auront sciemment négocié:

- des actions nominatives qui ne sont pas demeurées sous la forme nominative jusqu'à leur entière libération;
- des actions d'apport avant l'expiration du délai pendant lequel elles ne sont pas négociables;
- des actions de numéraire pour lesquelles le versement du quart du nominal n'a pas été effectué».

A la différence de l'article 886 incriminant l'émission d'actions irrégulières, cet article ne réprime pas l'inobservation de toutes les formalités de constitution. Il tend simplement à sanctionner la négociation irrégulière d'actions qui peuvent faire l'objet de transactions sur le marché financier. N'est réprimée que l'inobservation des formalités légales relatives à la défense de négociation de certaines actions<sup>(4)</sup>. En effet, l'article 886 vise les fondateurs et dirigeants de la société qui peuvent être tenus pour responsables des vices de la constitution.

L'article 888, quant à lui, frappe les auteurs de la négociation quels qu'ils soient auxquels on ne saurait reprocher que l'inobservation des formalités qui leur sont imputables<sup>(5)</sup>.

### *A. Les irrégularités rendant illicite la négociation*

**428.** Outre la négociation d'actions, l'article 888 vise des irrégularités qui ont trait à la forme des actions, à leur délai de négociabilité et au défaut de versement du quart. Ainsi, à la différence de l'article 434 de la loi française, la valeur des actions n'est pas prise en compte. En plus, les coupures d'actions et les promesses d'actions ne sont pas non plus visées.

<sup>(2)</sup> Cass. Crim., 12 décembre 1925, *DH*, 1926, 37.

<sup>(3)</sup> J. LARGUIER, *op. cit.*, p. 305.

<sup>(4)</sup> J. LACOSTE, *op. cit.*, p. 305.

<sup>(5)</sup> Voy. Cass. Crim., 15 février 1884, *S.*, 1884, 1, p. 199.

<sup>(1)</sup> J. LACOSTE, *op. cit.*, n° 12.

### 1. Les irrégularités relatives à la forme des actions

429. Concernant la forme des actions, la violation des prescriptions légales consiste principalement dans la mise au porteur d'actions non encore libérées. En effet, l'action de numéraire est nominative jusqu'à son entière libération. Ainsi, l'article 888-1<sup>o</sup> punit la négociation «des actions de numéraire qui ne sont pas demeurées sous la forme nominative jusqu'à leur entière libération». La forme au porteur de tels titres est donc irrégulière et leur négociation illicite. Mais «si les titres au porteur, non libérés lors de la cession, l'étaient au jour de leur livraison, cette régularisation postérieure effacerait le caractère délictueux de l'infraction»<sup>(1)</sup>.

Ailleurs, en France par exemple, il est fait exception à la règle de non négociabilité des actions d'apports dans les cas suivants :

- fusion ou apport par une société d'une partie de ses éléments d'actif à une autre société ;
- actions remises par une société dont les actions sont admises à la cote officielle des bourses de valeurs ;
- apport de l'Etat ou d'un établissement public national à une société de biens faisant partie de son patrimoine<sup>(2)</sup>.

### 2. Les irrégularités relatives au délai de négociabilité

430. L'article 888, 2<sup>o</sup> sanctionne la négociation des actions d'apport avant l'expiration du délai pendant lequel elles ne sont pas négociables. Donc sont réputées illicites toutes les formes de négociation de ces actions avant l'expiration du délai légal. Par contre, en France, l'interdiction temporaire de négocier, initialement prévue à l'article 278 de la loi de 1966, a été supprimée par la loi du 5 janvier 1988.

### 3. Les irrégularités relatives au défaut de libération du quart

431. L'article 888, 3<sup>o</sup>, réprime, en outre, la négociation «des actions de numéraire pour lesquelles le versement du quart n'a pas été effectué». Par conséquent, la liberté de négociation des actions commence à partir de la date à laquelle est intervenu le versement du quart. Le délit de négociation irrégulière d'actions n'existe qu'autant que la négociation porte sur des actions qui, prises individuellement, ne sont pas libérées du quart.

Cependant, cette interprétation n'est pas unanimement adoptée. Elle est notamment contestée par COPPER-ROYER<sup>(1)</sup>. Toutefois, la jurisprudence

<sup>(2)</sup> Voy. les articles 279, al. 1<sup>er</sup> et 280 de la loi du 24 juillet 1966.

répressive approuvée par la majorité des auteurs ne retient le délit de négociation que si les actions négociées ne sont pas libérées du quart<sup>(2)</sup>. En effet, «il serait contraire à la lettre et à l'esprit de la loi de rendre pénalement responsables des souscripteurs qui négocient leurs titres régulièrement libérés sous le prétexte que d'autres souscripteurs n'ont pas rempli leurs obligations<sup>(3)</sup>».

### B. Les éléments constitutifs

432. L'infraction relative à la négociation d'action prévue par l'article 888 de l'AUSC ne peut être constituée que lorsqu'il est établi l'existence d'un élément matériel (1) et d'un élément moral (2).

#### 1. L'élément matériel de l'infraction : la négociation

433. Le terme «négociation» est susceptible d'une double interprétation. Il peut signifier la vente de titres sur un marché public, en banque ou à la Bourse, nécessitant la participation d'un intermédiaire.

Dans une acception plus large, il peut s'entendre de toute aliénation de titres dans la forme commerciale (par transfert ou virement de compte à compte, endossement ou tradition manuelle suivant la nature du titre). «Si la doctrine s'est maintenue ferme sur cette dernière interprétation, la jurisprudence s'est successivement prononcée pour l'une et l'autre interprétation»<sup>(4)</sup>. A l'origine, elle considérait comme échappant aux sanctions, les seuls transferts de propriété de titres réalisés suivant les modes du droit civil<sup>(1)</sup>. Puis, se séparant de l'avis de la doctrine et par analogie avec l'interprétation donnée au terme «négociation» de l'article 16 du Code de commerce, elle écarta les négociations de gré à gré<sup>(2)</sup>. Cependant, depuis l'arrêt de la chambre criminelle du 17 octobre 1924, la jurisprudence est revenue à sa première distinction et celle-ci paraît maintenant solidement établie<sup>(3)</sup>.

En définitive, les contrats opérant les négociations susceptibles d'entraîner l'application de l'article 888 sont les actes à titre onéreux dès lors qu'ils réalisent un transfert de propriété : vente, dation en paiement, report en Bourse.

<sup>(1)</sup> Voy. COPPER-ROYER, *Traité des sociétés*, t. II, 4<sup>e</sup> éd., n° 207 (qui s'est appuyé sur l'article 14 et la jurisprudence de la chambre civile notamment : cass. Civ., 3 juin 1885, S., 1885, 1, p. 259; cass. civ., 20 juin 1893).

<sup>(2)</sup> Cass. Crim., 19 mai 1926, *Journal des sociétés*, 1928, p. 280.

<sup>(3)</sup> J. LACOSTE, *op. cit.*, n° 118.

<sup>(4)</sup> *Idem.*, n° 98; sur la doctrine, voy. THALLER, *Traité général théorique et pratique de droit commercial*, 3<sup>e</sup> éd., n° 757; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Droit commercial*, t. II, 5<sup>e</sup> éd., n° 800bis; ESCARRA et RAULT, *op. cit.*, n° 941.

## 2. L'élément moral de l'infraction

434. Le délit de négociation suppose un élément intentionnel. En effet, l'article 888 de l'AUSC dispose qu'il doit avoir été commis «sciemment». Donc, la mauvaise foi est clairement requise. En vérité, «la situation doit être nuancée, du fait que la négociation des actions n'est pas nécessairement commise par le personnel dirigeant de la société»<sup>(4)</sup>. Lorsqu'il s'agit d'une personne étrangère à l'irrégularité rendant la négociation coupable, la mauvaise foi est requise pour la constitution de l'infraction. La connaissance de l'irrégularité ne saurait être présumée si la simple inspection du titre ne permet pas de s'en rendre compte. La preuve de la mauvaise foi doit alors être établie<sup>(5)</sup>.

Par contre, si l'aspect même du titre rend l'irrégularité apparente ou si la négociation irrégulière est le fait d'une personne ayant participé à la constitution irrégulière de la société, la simple négligence suffit alors du fait de la présomption de mauvaise foi qui frappe cet auteur. Il s'agit en vérité, d'une présomption quasi-irréfragable de la connaissance de l'irrégularité<sup>(6)</sup>.

### §3. Les sanctions pénales

435. Les sanctions pénales qui peuvent être prononcées contre les auteurs des infractions relatives à l'activité d'une société irrégulière sont mises en œuvre à la suite d'action en responsabilité, à l'initiative du parquet ou des victimes. Ces actions en responsabilité visent généralement les principaux responsables, c'est-à-dire les personnes ayant commis directement l'infraction, mais elles peuvent également concerner les personnes qui ont collaboré à la commission du délit. Les auteurs et les collaborateurs constituent donc les personnes punissables (A) qu'il faut d'abord identifier avant de mettre en œuvre les actions en responsabilité (B).

#### A. Les personnes punissables

436. Les infractions relatives à l'activité d'une société irrégulière peuvent être l'œuvre de personnes qui sont soit les auteurs principaux, soit des complices.

<sup>(1)</sup> Voy. Cass, *Crim.*, 6 juin 1885, *Revue des sociétés*, 1885, p. 519; Cass. Civ., 21 mars 1893, *DP*, 1894, 1, p. 9.

<sup>(2)</sup> C.A. Paris, 18 août 1884, *Revue des sociétés*, 1885, p. 100.

<sup>(3)</sup> Cass. Crim., 17 oct. 1924, *Journal des sociétés*, 1926, p. 205; 3 juillet 1925, *Bull. Crim.*, n° 215; 10 juill. 1926, *Revue des sociétés*, 1926, p. 445.

<sup>(4)</sup> M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 255.

<sup>(5)</sup> Voy. Cass. Crim., 25 octobre 1934, *Journal des sociétés*, 1936, p. 628.

<sup>(6)</sup> Voy. Cass. Crim., 25 novembre 1937, *Revue des sociétés*, 1938, p. 157.

### 1. Les auteurs principaux

437. S'agissant du délit d'émission, le devoir de veiller à l'observation des formalités de constitution incombe aux fondateurs lorsque l'émission a suivi la constitution, au président du conseil d'administration, administrateur, gérant en fonction lors de l'émission<sup>(1)</sup>.

D'une manière générale, l'article 886 de l'AUSC permet de punir comme auteur principal, toute personne qui, directement ou par personne interposée aura géré ou administré la société sous le couvert de ses représentants légaux. Par contre, s'agissant de l'émission et de la négociation irrégulière d'actions, la responsabilité de l'infraction incombe aux auteurs de la négociation, c'est-à-dire les cédants et preneurs des actions irrégulières. Si l'auteur de la négociation est une collectivité, les poursuites doivent être engagées contre ceux qui ont effectivement négocié les titres irréguliers<sup>(2)</sup>.

Toutefois, il n'est pas nécessaire que les auteurs de la négociation soient propriétaires des titres. Ils peuvent faire l'objet de poursuites, quelle que soit leur qualité au moment de la négociation : propriétaire, dépositaire, possesseur<sup>(3)</sup>. Mais contrairement à la loi du 24 juillet 1966, l'AUSC ne fait pas de la participation à la négociation, un délit distinct.

### 2. Les complices

438. Malgré le caractère non intentionnel du délit d'émission, la complicité est réprimée, mais selon les règles du droit commun. Cette complicité est subordonnée à la constatation de la mauvaise foi de l'auteur, c'est-à-dire, en l'espèce, la connaissance de l'irrégularité entachant la constitution de la société. Ainsi, pourront être poursuivis comme complices l'administrateur ou le fondateur qui n'était plus en fonction au jour de l'émission mais qui a participé aux délibérations préalables à cette émission<sup>(1)</sup>, les démarcheurs, banquiers qui ont assuré l'émission ou se sont entremis pour faciliter la constitution frauduleuse de la société ayant procédé à l'émission<sup>(2)</sup>.

En outre, pourront être reconnus comme complices, dans les termes du droit commun, tous ceux qui, en connaissance de cause, ont favorisé les négociations portant sur des titres irréguliers<sup>(3)</sup>. C'est ainsi que la participation à la négociation irrégulière peut être considérée comme un acte de complicité<sup>(4)</sup>.

(1) Cass. Crim., 28 février 1913, *Journal des sociétés*, 1915, p. 161.

(2) C.A. Lyon, 12 mars 1885 *Revue des sociétés*, 1885, p. 408.

(3) J. LACOSTE, *op. cit.*, n° 126.

### *B. Les actions en responsabilité*

439. Les actions en responsabilité dirigées contre les auteurs du délit sont mises en œuvre soit par le Ministère public qui peut déclencher l'action publique (1) le cas échéant, soit par les personnes lésées à qui revient le droit d'exercer l'action civile pour obtenir réparation du préjudice qu'elles ont subi (2).

#### **1. L'action publique**

440. La recevabilité de l'action publique, en ce qui concerne le délit d'émission n'est pas subordonnée à l'annulation préalable de la société.

La prescription, comme pour tout délit, est de trois ans. Elle part de l'émission, même si les irrégularités de constitution de la société remontent à plus de trois ans avant la date d'émission. En effet, ce n'est pas l'irrégularité de constitution qui est réprimée, mais l'émission de titres laissant croire à sa constitution régulière<sup>(5)</sup>.

Quant à la négociation, la prescription de trois ans court à partir du jour où le délit est consommé, c'est-à-dire de la date du transfert, de l'endossement ou de la remise du titre, selon le mode de transmission adopté.

Toutefois, la réparation du vice n'a d'effet que si elle intervient avant la négociation car les titres négociés ne pourront plus être considérés comme irréguliers. Par contre, une régularisation postérieure à la négociation est sans influence sur l'action pénale, le délit étant consommé.

#### **2. L'action civile**

441. Toute personne lésée du fait du délit est recevable dans sa demande de dommages et intérêts, dans les termes de l'article 118 du COCC ou 1382 du Code civil, et comme partie jointe à l'instance pénale. Il lui suffit de prouver l'existence d'un intérêt direct. Toutefois, la partie civile ne réussira pas toujours dans sa demande s'il s'agit du délit d'émission. En effet, son préjudice est malaisé à apprécier, car il tient plus à l'inobservation des règles de constitution de la société qu'à l'émission elle-même<sup>(1)</sup>. Dans ce cas, l'action en partie civile appartient généralement au souscripteur des actions et éventuellement au créancier de la société<sup>(2)</sup>.

Quant au délit de négociation, l'action civile basée sur le préjudice imputable aux faits de négociation de titres irréguliers est distincte de l'action en

---

(1) Cass. Crim., 30 mai 1930, *Semaine Juridique*, 1930, p. 129.

(2) Voy. Cass. Crim., 28 février 1985, *D.*, 1985, 1, p. 329.

(3) Cass. Crim., 6 juin 1885, *Revue des sociétés*, 1885, p. 519.

(4) Cass. Crim., 10 mars 1928, *Semaine Juridique*, 1928, p. 385.

(5) Voy. Trib. corr. Seine, 20 septembre 1884, *Revue des sociétés*, 1884, p. 689.

nullité de la cession de ces titres. La partie civile, qui ne pourra être que l'acheteur des actions<sup>(3)</sup> devra établir sa bonne foi et la relation de cause à effet entre la négociation et le préjudice subi<sup>(4)</sup>.

---

(1) Cass. Crim., 1<sup>er</sup> février 1917, *Journal des sociétés*, 1918, p. 154.

(2) Voy. Cass. Crim., 8 mai 1903, *Journal des sociétés*, 1903, p. 342.

(3) Voy. C.A. Paris, 11 juillet 1914 : *DP*, 1917, 2, 74.

(4) Cass. Crim., 4 avril 1930 : *DP*, 1930, 1, 95.

## CHAPITRE 2

# LES INFRACTIONS LIÉES AU FONCTIONNEMENT DES SOCIÉTÉS

---

- 442.** Une fois constituée, la société doit entretenir une activité pour réaliser son objet social. Il est alors «essentiel d'assurer son fonctionnement normal ; et les règles pénales vont avoir pour objet de protéger tous ceux qu'une gestion frauduleuse, voire simplement trop imprudente, mettrait en péril»<sup>(1)</sup>.
- 443.** A ce stade, la société est supposée régulièrement constituée, «gouvernée»<sup>(2)</sup> par ses dirigeants et contrôlée par des commissaires aux comptes. Ces dirigeants sociaux qui ont tout pouvoir pour engager la société sans avoir à justifier d'un mandat<sup>(3)</sup> spécial, sont chargés d'assurer la gérance, l'administration, la direction de la société, selon les cas. Et pour éviter des abus, le droit pénal a prévu un certain nombre d'infractions relatives à cette gestion des affaires sociales (Section 1<sup>re</sup>)
- 444.** Par ailleurs, une comptabilité est nécessaire et même obligatoire pour le fonctionnement de toute société. Là également, les dirigeants, aidés dans leur tâche par les commissaires aux comptes, sont appelés à administrer cette comptabilité qu'ils peuvent au demeurant mettre à leur disposition, compromettant ainsi les intérêts des associés et même des tiers. Aussi, le législateur a-t-il prévu également à ce niveau, une série d'infractions (Section 2).

### SECTION 1. LES INFRACTIONS LIÉES À LA GESTION DE LA SOCIÉTÉ

- 445.** Pour mener à bien la mission qui leur est confiée, les organes légaux de la société sont dotés de pouvoirs plus ou moins étendus. Il faut alors éviter qu'ils n'en abusent ou entravent l'exercice de droits légaux. Car il est clair que tout homme qui exerce le pouvoir est porté à en abuser. Comment pou-

---

<sup>(1)</sup> J. LARGUIER, Ph. CONTE, *Droit pénal des affaires*, Paris, Armand Colin, 9<sup>e</sup> éd., 1998, p. 329.

<sup>(2)</sup> Voy. Ph. BISSARA, «les enjeux du débat sur le gouvernement de l'entreprise», *Revue des sociétés*, n° 2, 1998.

<sup>(3)</sup> Voy. les articles 121 et s. de l'AUSC.

vait-il en être autrement pour les organes de la société qui, «du fait de leur position, font confiance aux détenteurs de ces pouvoirs, lesquels trouvent dans leur situation même les moyens d'abuser de leurs droits, et il est même un savoir qui confère à ceux qui le détiennent un pouvoir de fait, dont certains se laissent aller à trop bien user»<sup>(1)</sup>.

Les dirigeants qui ont pour fonction d'user de ces pouvoirs et de ce savoir doivent tout de même se garder d'en abuser aussi bien dans le cadre de la gestion proprement dite (§ 1<sup>er</sup>) que du contrôle dont cette gestion doit faire l'objet (§2).

### §1. Les abus dans la gestion

- 446.** Dans le cadre de la gestion de la société, les dirigeants peuvent abuser des biens et du crédit de la société (A). De même, ils peuvent porter atteinte au droit des associés de participer à la vie sociale (B).

#### *A. L'abus des biens et du crédit de la société*

- 447.** L'article 891 de l'AUSC incrimine des abus portant sur des valeurs patrimoniales que représentent les biens sociaux ou le crédit de la société. En fait, il dispose que les dirigeants de sociétés commerciales «qui, de mauvaise foi, font des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils étaient intéressés, directement ou indirectement», encourrent une sanction pénale.

Sur ce point, l'article 425 de la loi française du 24 juillet 1966 est plus sévère ; de même que l'article 1502-3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup> COCC. En effet, ces articles portent en plus sur les abus relatifs aux prérogatives exercées par les dirigeants sociaux dans le cadre de leur mission, à savoir les pouvoirs et les voix dont ils disposent. S'agissant du délit d'abus des biens et du crédit sociaux, il convient d'analyser les éléments constitutifs avant d'en arriver à la répression.

#### **1. Les éléments constitutifs du délit**

##### *a) L'élément matériel*

- 448.** Les abus incriminés sont tous caractérisés par un usage contraire à l'intérêt social. Les biens sociaux correspondent à l'ensemble de l'actif mobilier et immobilier de la société destiné à l'intérêt social. Par contre, le crédit social,

<sup>(1)</sup> J. LARGUIER, *op. cit.*, p. 329, n<sup>o</sup> 370.

c'est «la confiance» qui s'attache à la société en raison de son capital, de la nature des affaires et de sa bonne marche<sup>(1)</sup>.

Mais quel qu'en soit l'objet, l'abus nécessite un double élément matériel : il suppose d'abord, un usage qui doit être ensuite, contraire à l'intérêt social.

- 449. L'usage.** L'infraction est réalisée par le seul usage, même en dehors de toute appropriation. Il peut s'agir donc d'actes de disposition ou d'administration. Il peut s'agir également d'un acte positif ou même, selon une jurisprudence extensive, d'une abstention<sup>(2)</sup>. Mais cet acte ou cette abstention peuvent en même temps être constitutifs d'un abus de confiance, car dans tous les cas il y a une confusion entre le patrimoine social et celui de l'auteur.

Toutefois, ces abus auront, sinon toujours porté une atteinte effective au patrimoine social<sup>(3)</sup>, du moins fait courir à celui-ci un risque anormal auquel il n'aurait pas dû être exposé<sup>(4)</sup>.

- 450. L'usage contraire à l'intérêt social.** L'usage n'est punissable que s'il est contraire à l'intérêt de la société. L'appréciation n'en sera pas laissée aux associés ou à l'assemblée : l'intérêt de la société ne se confond pas toujours avec celui des associés. La Cour de cassation considère en effet que l'accord des uns et l'assentiment des autres ne fait pas disparaître l'abus : «la loi ayant pour but de protéger non seulement les intérêts des associés, mais aussi le patrimoine de la société et des tiers qui contractent avec elle»<sup>(5)</sup>.

- 451. Dans le cas d'une société simple,** l'acte étranger à l'intérêt social ne constitue pas nécessairement un acte contraire à celui-ci car un acte qui ne se rattache pas directement à l'intérêt social peut lui être bénéfique. En outre, il est insuffisant que l'acte comporte simplement des risques de perte. Pourtant, la jurisprudence a estimé suffisant le fait d'exposer le patrimoine social «à des risques de perte auxquels il ne devrait pas être exposé»<sup>(6)</sup>.

Le Pr. M. DELMAS-MARTY estime que cette «formule paraît bien large, compte tenu de la vie quotidienne des sociétés, où toute décision importante fait courir un risque». C'est pourquoi elle propose une définition étroite

(1) Voy. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 286.

(2) Voy. H. BONNARD, «Infractions relatives aux sociétés à responsabilité limitée», *JCP*, 1987 (040667, p. 6. n° 29); Voy. également Cass. Crim. 15 mars 1972, *Revue des sociétés*, 1973, p. 357 : le gérant s'était abstenu de réclamer à une S.A. dont il est par ailleurs un administrateur le paiement de livraisons faites à celle-ci.

(3) Voy. Cass. Crim., 19 octobre 1971, *Bull. Crim.*, n° 272.

(4) Voy. Cass. Crim, *idem*.

(5) Voy. Cass. Crim : 24 mars 1969, *Bull. Crim.*, n° 130.

(6) H. BONNARD, *op. cit.*, n° 29; Cass. Crim., 3 octobre 1983, *D.S.*, 1984, IR, 48.

selon laquelle «l'acte contraire à l'intérêt social est l'acte qui expose la société sans nécessité pour elle, à des risques anormaux et graves»<sup>(1)</sup>.

Quant au moment d'appréciation, il est parfois soutenu que l'infraction disparaît si par la suite l'acte s'est révélé conforme à l'intérêt social, alors qu'au moment de son accomplissement il lui était contraire. De même, elle n'existe pas si, à l'origine l'acte était conforme à l'intérêt social, alors qu'au moment de son accomplissement il lui était contraire. De même, elle n'existe pas si, à l'origine, l'acte était conforme à l'intérêt social et qu'ensuite il apparaît comme contraire à cet intérêt<sup>(2)</sup>. Selon J. LARGUIER, «c'est, comme on dit, souffler le chaud et le froid. Le critère doit être l'intérêt de l'acte au moment où celui-ci est accompli»<sup>(3)</sup>.

- 452. Dans le cas d'un groupe de sociétés**, la question qui se pose est celle de savoir si l'acte contraire à l'intérêt d'une société peut être justifié par le fait d'avoir été accompli dans l'intérêt du groupe auquel cette société appartient. La Cour de cassation a admis que l'abus des biens sociaux peut disparaître dans ce cas. En fait, la circonstance que l'intérêt social, n'ayant été sacrifié qu'à l'intérêt d'un groupe auquel la société appartient, aurait été, en définitive, indirectement préservé, n'est pas inopérante mais voit son effet exonérateur subordonné à la réunion de plusieurs conditions qui ont été consacrées par la Cour de cassation, dans son arrêt Rozenblum et autres du 4 février 1985<sup>(4)</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'un groupe très hétérogène comprenant des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée. Dans ce cas, le sacrifice imposé à la société, outre qu'il doit correspondre à la poursuite d'un intérêt commun apprécié au regard d'une politique commune, doit comporter une contrepartie et aussi ne pas être disproportionné par rapport à ses possibilités financières.

#### *b) L'élément moral*

- 453.** L'élément moral est double. L'article 891 de l'AUSC se réfère à la «mauvaise foi de l'auteur de l'abus». Mais en plus il requiert un dol spécial relatif à la poursuite de fins personnelles.
- 454. Le dol général : la mauvaise foi.** L'infraction suppose que l'agent ait su que son acte était contraire à l'intérêt social. L'acte incriminé est donc une infraction intentionnelle caractérisée par la conscience que l'usage des biens ou du crédit de la société est contraire à l'intérêt de celle-ci. La mauvaise foi

<sup>(1)</sup> Voy. Cass. Crim. 8 décembre 1971 : *Bull. Crim.*, n° 346.

<sup>(2)</sup> M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 289.

<sup>(3)</sup> Voy. J. LARGUIER, *op. cit.*, p. 334, n° 375; M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 289.

<sup>(4)</sup> Cass. Crim., 16 janvier 1989, *D.*, 1989. 415.

doit être appréciée au moment de l'acte constitutif du délit<sup>(1)</sup>. De plus, la Cour de cassation a admis que l'infraction était constituée lorsque l'intention frauduleuse résulte de ce que « par négligence et défaut de surveillance, les dirigeants de la société n'ont pas utilisé leurs pouvoirs pour s'opposer aux entreprises des véritables animateurs de leur société<sup>(2)</sup> ».

- 455. Le dol spécial: le but d'intérêt personnel.** Le but d'intérêt personnel peut être double: l'article 891 visant aussi bien un usage à des fins personnelles, donc direct, que la faveur accordée à une ou plusieurs autres personnes.
- 456.** *L'intérêt personnel direct* recherché par le dirigeant peut être, selon la jurisprudence, pécuniaire et direct, mais également professionnel et moral. Ainsi, l'intérêt personnel du gérant a-t-il pu être considéré comme caractérisé à l'égard de l'aliénation gratuite par celui-ci d'une option portant sur le terrain de la société, au bénéfice d'un tiers dont le gérant obtiendra par la suite des fonctions bien rémunérées<sup>(3)</sup>. De même, l'intérêt personnel peut résulter du souci d'un gérant d'entretenir des relations d'amitié avec un tiers<sup>(4)</sup> ou encore de la volonté de consolider une situation au sein de la société et « d'entretenir des relations avantageuses avec des personnes influentes<sup>(5)</sup> ».
- 457.** Les dirigeants sociaux peuvent également avoir recherché un *intérêt personnel indirect*, consistant dans l'abus commis « pour favoriser une autre (société ou entreprise) personne morale dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement ». Dans ce cas, deux hypothèses peuvent être envisagées. D'abord, si la société victime et la personne morale bénéficiaire n'ont en fait aucun rapport économique, le délit est réalisé s'il s'est avéré que le dirigeant « utilise indifféremment, selon les opportunités du moment, les biens de l'une au profit de l'autre »<sup>(6)</sup>. Ensuite, si la société et l'autre personne morale constituent en fait un groupe économique, parce qu'ayant des intérêts complémentaires, alors l'abus est justifié lorsque l'intérêt du groupe est en cause, et non l'intérêt des dirigeants.

---

<sup>(1)</sup> Cass. Crim., 4 février 1985, *Revue des sociétés* 1985, p. 648, note BOULOC; *Gaz. Pal.*, 1985, 1, 377, note MARCHI; *JCP*, 1986, II, 20588, note JEANDIDIER.

<sup>(2)</sup> Voy. Cass. Crim. 2 décembre 1991, *Dr. pén.*, 1992, 101.

<sup>(3)</sup> Cass. Crim., 19 décembre 1973, *Bull. Crim.*, n° 480.

<sup>(4)</sup> Cf. H. BONNARD, *op. cit.* n° 3; Cass. Crim., 19 octobre 1978, *Revue des sociétés*, 1979, 872, note critique BOULOC qui relève que l'intérêt personnel est bien peu caractérisé, voire présumé et que, au surplus, s'il s'agissait d'une faveur faite à une autre société, il fallait que le gérant soit déjà intéressé dans cette société au moment de l'acte.

<sup>(5)</sup> Voy. Cass. Crim., 8 décembre 1971, *Revue des sociétés*, 1972, 514, note BOULOC.

<sup>(6)</sup> Cass. Crim., 16 décembre 1975, *Revue des sociétés*, 1976, 335.

## 2. La répression du délit

**458.** Le délit d'abus des biens et crédits sociaux est sanctionné par la loi sénégalaise portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'Acte uniforme relatif aux droits des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 100.000 à 5.000.000 F CFA<sup>(1)</sup>.

### a) *Les personnes punissables*

**459.** Les sanctions prévues ne peuvent en principe frapper à titre d'auteurs des délits que les seuls gérants de la société. En effet, l'article 891 de l'AUSC vise expressément «les administrateurs, le président directeur général, le directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint»<sup>(2)</sup>. Cet article ne vise pas les dirigeants de fait, contrairement à l'article L.431 de la loi de 1966. Pourtant «la Cour de cassation a pu considérer, dans une espèce où les abus étaient reprochés au président d'un G.I.E. dont la S.A.R.L. était membre, que la qualité de dirigeant de fait de cette société ne pouvait lui être reconnue mais seulement celle de mandataire justifiant une poursuite pour abus de confiance»<sup>(3)</sup>.

Par ailleurs, les participants au délit pourront non seulement être poursuivis en tant que complices, mais encore, «à défaut, en qualité d'auteurs d'un recel de choses»<sup>(4)</sup>.

### b) *La prescription*

**460.** Le point de départ du délai de prescription de l'action publique, en principe fixé au jour de l'abus ou du moins, au jour où l'abus a pris fin, est ici reculé par la jurisprudence non seulement jusqu'au moment où le délit est apparu mais encore jusqu'au moment où il peut être constaté dans des conditions permettant l'action publique<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> Voy. article 6 de la loi 98-22 du 26 mars 1998.

<sup>(2)</sup> Voy. cependant Colmar 21 mars 1986, *Gaz. Pal.*, 1986, 2 somm. 370 retenant comme coauteurs les coassociés du gérant majoritaire qui avaient sciemment couvert les irrégularités de celui-ci.

<sup>(3)</sup> Voy. H. BONNARD, *op. cit.*, n° 3; Cass. Crim., 27 janvier 1986, *Revue des sociétés*, 1986, 273, note BOULOC qui relève que les abus résultaient d'opérations ponctuelles et n'impliquant pas une immixtion dans la direction et la gestion des membres du G.I.E.

<sup>(4)</sup> Voy. Trib. Corr. 1<sup>er</sup> juill. 1977, *D.S.* 1978, 142, note FORTIN, rendu dans une espèce où une employée de la société avait perçu, avant et après son mariage avec le gérant, un salaire sans contrepartie d'un quelconque travail.

<sup>(5)</sup> Cass. Crim., 10 août 1981, *Gaz. Pal.*, 1981, 2, 696; *Revue des sociétés*, 1983, 368, note critique BOULOC qui fait observer selon Hervé Bonnard que, si l'abus commis dans cette dernière espèce par le dirigeant de fait d'une S.A.R.L., que par les investigations menées par la police judiciaire 4 à 5 ans plus tard et découvert en ce qui concerne la S.A. qu'au moment

### B. Les atteintes aux droits des associés

461. Les associés représentent les porteurs de parts ou d'actions à qui la loi reconnaît un certain nombre de droits sous la menace de sanctions pénales. Il s'agit essentiellement des droits des actionnaires dans les sociétés par actions. Ces dispositions sont également applicables aux sociétés à responsabilité limitée, sociétés en nom collectif, et en commandite simple. Mais généralement les actionnaires ne peuvent intervenir dans la vie sociale qu'en leur qualité de membre de l'assemblée générale. Ce sont alors leurs droits au sein de celle-ci qui doivent être pénalement garantis. Ces droits sont nombreux et divers, allant de la convocation de l'assemblée à la tenue de celle-ci, en passant par l'exercice du droit de vote et l'accès à l'assemblée.

Toutefois, l'Acte uniforme de l'OHADA n'incrimine que l'obstacle à l'accès à l'assemblée. Est-ce un souci de décriminaliser après avoir apprécié l'impertinence de sanctionner pénalement des actes de convocation? Le titre 3 qui ne comprend que le seul article 892 dispose: «encourent une sanction pénale, ceux qui, sciemment, auront empêché un actionnaire ou un associé de participer à une assemblée générale».

#### 1. L'entrave à la participation

462. Tout actionnaire, quelle que soit la nature de l'action (de capital, d'apport, de jouissance, de priorité), fait partie de l'assemblée. Il s'agit d'ailleurs là d'un droit fondamental de l'actionnaire pénalement protégé. C'est ainsi que l'article 892 de l'AUSC réprime l'entrave à la participation à une assemblée d'actionnaires. Les peines frappent tous ceux qui ont empêché sciemment un actionnaire de participer à une assemblée<sup>(1)</sup>. L'infraction sera réalisée même si aucune décision n'a été prise par l'assemblée car, «il est en effet possible que les faits d'entrave aient pour but de faire obstacle à l'existence du quorum»<sup>(2)</sup>.

---

du rapport du syndic de liquidation 2 à 4 ans plus tard, il avait cependant été connu antérieurement par le comptable des deux sociétés ainsi que par le commissaire aux comptes de la S.A. : est donc seule prise en considération la constatation effectuée par ces «personnes habilitées à mettre ou à faire mettre l'action publique en mouvement que sont les magistrats du Ministère public et les parties civiles».

<sup>(1)</sup> Cf. J. LARGUIER, *op. cit.*, p. 354, n° 389 : il y a délit même si c'est à un mandataire que l'obstacle a été opposé (Crim., 3 oct. 1975, B. 207). Il en est de même si l'on oppose à la présence des mandataires une personne morale actionnaire, Crim., 26 mai 1994, *Rev. sociétés*, 1994, p. 774, obs. BOULOC.

<sup>(2)</sup> Voy. J. LARGUIER, *idem*.

## 2. L'élément intentionnel

**463.** L'article 892 de l'AUSC fait de l'élément moral, une exigence: il emploie l'adverbe «sciemment». Cette exigence d'un élément intentionnel «défini comme le fait d'agir en connaissance de cause n'entraîne cependant pas, conformément aux principes généraux du droit pénal, l'exonération du prévenu qui invoque l'erreur de droit»<sup>(1)</sup>.

C'est ainsi que la jurisprudence<sup>(2)</sup> retient qu'est considéré comme ayant commis l'infraction, le président du conseil d'administration qui, à la suite d'un décès, se croyant seul propriétaire des actions en litige, empêche le mandataire des héritiers, de prendre part aux délibérations et aux votes de l'assemblée<sup>(3)</sup>.

### §2. Les infractions relatives au contrôle de la gestion

**464.** Pour éviter que les dirigeants sociaux se livrent facilement à des actes d'aliénation du patrimoine social, le législateur a prévu tout un système de contrôle de sa gestion. C'est ainsi que l'article 694 de l'AUSC précise que «le contrôle est exercé dans chaque société anonyme par un ou plusieurs commissaires aux comptes». Toutefois, ces commissaires aux comptes ne peuvent exercer leur fonction au mépris d'incompatibilité. En effet, l'Acte uniforme interdit à certaines personnes de devenir contrôleur de la société, par exemple les apporteurs en nature, les administrateurs, certains parents ou alliés de ces personnes, etc.

L'article 898 de l'AUSC condamne tout individu qui, en son nom personnel ou à titre d'associé d'une société de commissaires aux comptes, aura sciemment accepté, exercé ou conservé les fonctions de commissaire aux comptes nonobstant les incompatibilités légales. Mais ne sont visées que les incompatibilités et non les incapacités. L'infraction suppose que l'acceptation, l'exercice ou la conservation des fonctions ait eu lieu en connaissance de cause. La prescription de l'action publique part du jour de la cessation des fonctions ou du moment où prend fin la cause d'incompatibilité<sup>(4)</sup>.

Hormis ces infractions relatives aux incompatibilités, le législateur «ohadien», à travers le titre 5, aborde la question du contrôle sous un double aspect: d'une part la répression des infractions au contrôle, commises par les dirigeants de la société et qui constituent alors un obstacle à ce contrôle, d'autre part les infractions commises par les commissaires aux comptes

<sup>(1)</sup> Voy. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 278.

<sup>(2)</sup> Cass. Crim, 3 octobre 1975, précité.

<sup>(3)</sup> Cf. LARGUIER, *op. cit.*, p. 342, n° 383.

<sup>(4)</sup> M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 297.

eux-mêmes, dans l'exercice de leur fonction et qui se présentent sous forme d'un refus de contrôle.

*A. L'obstacle au contrôle*

- 465.** Cet obstacle au contrôle est le fait des dirigeants sociaux. En effet, «désireux d'écartier un contrôle seulement gênant ou franchement dangereux pour eux s'ils ont commis des actes délictueux, les dirigeants sociaux peuvent y mettre obstacle de manière plus ou moins directe»<sup>(1)</sup>. C'est ainsi qu'ils peuvent ne pas désigner les commissaires aux comptes ou, une fois qu'ils les ont désignés, ne pas les convoquer aux assemblées d'actionnaires. Ils peuvent également faire obstacle à leurs vérifications ou leur refuser la communication de documents.

**1. L'obstacle à la désignation ou à la convocation des commissaires aux comptes**

- 466.** Les commissaires aux comptes sont en principe désignés par les statuts de la société ou lors de la constitution de celle-ci, par l'assemblée constitutive, ou encore lors de la vie sociale, par l'assemblée générale ordinaire. Pourtant, malgré leur rôle essentiel pour la transparence de la gestion, les dirigeants sociaux peuvent, par leur volonté ou par leur négligence, s'opposer à leur désignation en ne la provoquant pas. Ils peuvent, en outre, lorsque les commissaires aux comptes sont légalement nommés, ne pas les convoquer aux assemblées générales; tout cela, dans la perspective de s'opposer à l'exercice effectif de leur mission de contrôle. Pour cette raison, l'article 897 de l'AUSC menace d'une sanction pénale «les dirigeants sociaux qui n'auront pas provoqué la désignation des commissaires aux comptes de la société ou ne les auront pas convoqués aux assemblées générales». On peut légitimement supposer également que ces dispositions concernent le remplacement des organes de contrôle en cas de démission ou de décès.

Enfin, il convient de rappeler que toutes les sociétés ne sont pas légalement tenues d'avoir des commissaires aux comptes. Celles qui sont obligées d'en avoir sont principalement les sociétés anonymes et certaines S.A.R.L. limitativement énumérées.

---

<sup>(1)</sup> Voy. les articles 376 pour les S.A.R.L. et 694 pour les S.A.

## 2. L'obstacle aux vérifications ou le refus de communication de documents

467. Ce délit prévu à l'article 900 de l'AUSC est plus grave que le précédent et est puni de peines plus sévères. La loi prévoit un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 500.000 à 5.000.000 de francs CFA ou de l'une de ces deux peines seulement<sup>(1)</sup>.

L'obstacle aux vérifications ou au contrôle des commissaires aux comptes ou encore le refus de leur communiquer les documents nécessaires à leur contrôle nécessite la mauvaise foi de l'auteur.

L'infraction peut être commise non seulement par les dirigeants sociaux, c'est-à-dire le président, les administrateurs et les directeurs généraux, mais aussi par « toute personne au service de la société ».

### a) L'élément matériel

468. L'élément matériel de l'infraction consiste en un obstacle mis aux vérifications ou au contrôle des commissaires aux comptes ou encore en un refus de leur communiquer sur place toutes les pièces utiles à l'exercice de leur mission, notamment tous contrats, livres, documents comptables et registres de procès-verbaux. Parfois la jurisprudence a assimilé au refus proprement dit « la simple réticence à fournir des explications, l'atermoiement inexcusable, la production partielle de documents »<sup>(2)</sup>. Elle a même reconnu le délit réalisé alors que le commissaire aux comptes a déclaré au tribunal qu'il « ne pensait pas que le prévenu ait fait obstacle à sa mission, car il ne lui avait jamais refusé les documents »<sup>(3)</sup>.

### b) La mauvaise foi

469. L'article 900 de l'AUSC exige un élément intentionnel pour que l'infraction d'obstacle aux vérifications ou contrôle ou de refus de communication des documents de contrôle soit réalisée. En effet, il est nécessaire que l'action soit accomplie « sciemment », c'est-à-dire en toute connaissance de cause. Mais le plus souvent cette mauvaise foi de l'auteur de l'infraction se déduira de l'élément matériel lui-même<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> Article 15 de la loi 98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'Acte uniforme relatif aux droits des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

<sup>(2)</sup> Cf. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 298.

<sup>(3)</sup> Voy. Trib. Rennes, 30 septembre 1974, *Revue des sociétés*, 1976. 521, note MABILAT.

<sup>(4)</sup> Voy. Cass. Crim., 14 janv. 1981, *Gaz. Pal.*, 25-26 mars 1981.

### *B. Le refus de contrôle*

- 470.** Aux termes de l'article 716 de l'AUSC, «le commissaire aux comptes signale les irrégularités et les inexactitudes relevées par lui au cours de l'accomplissement de sa mission, à la plus proche assemblée générale.

En outre, il révèle au ministère public les faits délictueux dont il a eu connaissance, sans que sa responsabilité puisse être engagée par cette révélation. De ce fait le commissaire aux comptes est investi d'une mission permanente de contrôle de la situation comptable de la société. Et en violant cette mission, il commet un délit analysé comme une complicité ou un délit autonome<sup>(1)</sup>. En effet, le commissaire aux comptes peut engager sa responsabilité pénale sur le fondement d'une complicité du délit de présentation de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle de la situation de la société. Il peut aussi directement engager sa responsabilité en refusant de dénoncer les actes délictueux des dirigeants de la société. Dans ce cas, il se présente comme un véritable collaborateur du parquet.

En définitive, le commissaire aux comptes peut violer ses obligations professionnelles et tomber ainsi sous le coup des incriminations prévues à l'article 899 de l'AUSC, par action en donnant ou confirmant «des informations mensongères sur la situation de la société» ou par omission, en ne révélant pas «au ministère public les faits délictueux dont il aura eu connaissance».

#### **1. Les informations mensongères**

- 471.** L'article 710 de l'AUSC précise que «le commissaire aux comptes certifie que les états financiers de synthèse sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice». Et pour éviter que ce rôle de contrôle du commissaire aux comptes ne soit un vain mot, l'article 899 prévoit une sanction pénale contre «tout commissaire aux comptes qui, soit en son nom personnel, soit au titre d'associé dans une société de commissaires aux comptes, aura sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société (...)».

---

<sup>(1)</sup> Cf. N. STOLOWY, «la responsabilité pénale du commissaire aux comptes», *Revue des sociétés*, juillet-septembre 1998, p. 521.

*a) L'élément matériel de l'infraction*

**472.** L'élément matériel est double: la présence d'une information mensongère se rapportant à la mission du commissaire aux comptes et sa communication aux associés ou aux tiers.

**473. L'existence d'une information mensongère.** Le texte de l'article 899 n'est pas très précis sur le point de savoir quel doit être le contenu de l'information mensongère<sup>(1)</sup>. Pour certains auteurs<sup>(2)</sup>, l'objet du mensonge doit être compris de façon restreinte car le législateur aurait en vue la situation comptable et financière de la société. Selon ces auteurs, l'information concerne celle qui doit être donnée par le commissaire aux comptes de la situation de la société dans ses rapports à l'assemblée générale; et l'objet du rapport, c'est bien la situation comptable et financière. D'ailleurs, le commissaire ne doit pas, selon eux, s'immiscer dans la gestion de la société contrôlée et donc n'a pas à informer les associés sur cette gestion. « Cette position a pour elle une apparente précision, mais elle ne saurait être retenue »<sup>(3)</sup>. En effet, d'autres auteurs<sup>(4)</sup> considèrent que la loi ne limite pas le contenu de l'information incriminée à la seule situation financière. La limiter à celle-ci uniquement entraîne « des distinctions délicates pour savoir si elle a ou non un caractère financier ». En plus, cette limitation n'a pas été retenue par la jurisprudence.

Mais même si la doctrine dominante est en faveur d'une acception large du contenu de l'information, un accord semble exister entre les deux positions sur l'exigence d'une information précise<sup>(5)</sup>.

**474. La transmission de l'information mensongère.** La transmission matérielle de l'information mensongère qui est nécessaire à la réalisation de l'infraction est établie lorsque le rapport du commissaire aux comptes a donné ou confirmé des mensonges des dirigeants sociaux. Mais puisque l'article 899 n'utilise que l'expression « donné ou confirmé », cette transmission peut alors prendre toute forme. Elle peut être orale ou écrite, publique ou privée<sup>(6)</sup>.

<sup>(1)</sup> Cf. MONÉGER et GRANIER, « le commissariat aux comptes », *D.*, 1995, n° 683, p. 179.

<sup>(2)</sup> Voy. J. LARGUIER, *Droit pénal des affaires*, Paris, Armand Colin, 9<sup>e</sup> éd., 1992, p. 345; CONSTANTIN, *Droit pénal des sociétés par actions*, Paris, PUF, 1968, p. 844.

<sup>(3)</sup> N. STOWLY, *op. cit.*, p. 525.

<sup>(4)</sup> Voy. GRUYON et G. COQUEREAU, « le nouveau statut des commissaires aux comptes », *JCP*, éd. n° 1969, études pratiques, n° 87150.

<sup>(5)</sup> M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 300.

<sup>(6)</sup> *Idem*; J. LARGUIER, *op. cit.*, p. 344; B.H. DUMORTIER, note sous cass. Crim., 2 avril 1990, *RJ com.*, 1992 n° 1347, p. 24.

<sup>(7)</sup> Cf. N. STOWLY, *op. cit.*, p. 525.

<sup>(8)</sup> Voy. Paris, 15 février 1979, précité, n° 44.

Par ailleurs, le silence peut «être considéré comme une forme d'expression du mensonge dès lors qu'il est 'éloquent'»<sup>(7)</sup>. En effet, dès lors que le silence ou l'abstention équivaut à une affirmation, l'infraction peut être considérée comme réalisée. C'est le cas de l'abstention du commissaire aux comptes face à un bilan manifestement inexact couvrant les malversations des dirigeants de la société<sup>(8)</sup>. Par contre, s'il refuse de le certifier, il n'engage pas sa responsabilité car, il n'aura ni donné, ni confirmé une information mensongère<sup>(1)</sup>.

### *b) L'intention coupable*

475. Le délit de confirmation d'informations mensongères n'existe que si l'auteur des informations a eu connaissance du caractère inexact de celles-ci<sup>(2)</sup>. Cette recherche de l'intention frauduleuse permet d'éviter une «politique systématiquement répressive». C'est ainsi que la nécessité de l'intention coupable est relevée par la jurisprudence<sup>(3)</sup> qui vérifie à chaque fois si le commissaire aux comptes savait que telles informations étaient mensongères. L'article 899 précise bien que ces informations doivent avoir été données ou confirmées «sciemment». C'est pourquoi, par exemple, les juges<sup>(4)</sup> avaient conclu dans une affaire que le prévenu, en sa qualité de commissaire aux comptes, a sciemment confirmé des informations mensongères en certifiant la régularité et la sincérité du bilan dont il connaissait la fausseté.

## **2. La non-révélation de faits délictueux**

476. Malgré le principe du secret professionnel, la loi impose au commissaire aux comptes l'obligation de révéler au procureur de la République, selon l'article 899, «les faits délictueux dont il a eu connaissance» à l'occasion de l'accomplissement de sa mission. Une telle obligation peut apparaître choquante car il peut sembler, comme le souligne B. BOULOC, «anormal qu'une personne, qui n'est ni une autorité constituée, ni un officier public, ni un fonctionnaire, soit tenue de dénoncer des faits délictueux sous peine de se rendre elle-même coupable d'un délit»<sup>(5)</sup>. Mais, selon Y. GUYON, «bien que critiquée par certains, l'obligation de dénonciation paraît opportune, du

(1) Paris, 9 juill. 1979, *Bull. CNCC*, 1979, 428, note E. DU PONTAVICE; Cass. Crim., 14 janvier 1980, *Bull. CNCC*, 1981, 36, p. 210.

(2) Cass. Crim., 2 avril 1990, B.142, *Revue des sociétés* 1990 p. 461, obs. BOULOC.

(3) Cass. Crim., 26 mai 1986, *Bull. CNCC*, mars 1987, 65, p. 83; Paris, 9<sup>e</sup> ch., 1<sup>er</sup> avril 1992, *Revue des sociétés* 1992 somm. 559, obs. GUYON; Lyon, 10 juillet 1985, *Bull. Mensuel d'Information des sociétés*, 1986, p. 767.

(4) Cass. Crim., 12 janv. 1981, *D.*, 1981, 3486353, note COSSON 9.

(5) BOULOC, «La liberté et le droit pénal», *Revue des sociétés*, 1989, p. 377-396.

(6) Y. GUYON, *Droit des affaires*, T. 1, Paris, Economica, 7<sup>e</sup> éd., 1992, p. 393.

moment qu'elle est entendue de manière raisonnable et qu'elle s'accompagne de relations confiantes entre les commissaires aux comptes et les magistrats du parquet. Elle peut notamment renforcer l'autorité du commissaire à l'égard des dirigeants, en faisant prendre au sérieux les observations qu'il formule au cas où il lui apparaît qu'un délit, sur le point d'être commis, peut être encore évité»<sup>(6)</sup>.

Mais quoi qu'il en soit l'AUSC réprime, à l'image du droit antérieur, le fait pour le commissaire aux comptes, de ne pas révéler au procureur les faits délictueux. Ainsi ce délit suppose réunis un élément matériel, que caractérise une non-dénonciation portant sur des faits délictueux, et un élément moral qui résulte de la mauvaise foi.

#### a) *L'élément matériel*

**477.** L'élément matériel suppose des faits délictueux qui n'ont pas été révélés par le commissaire.

**478. S'agissant des faits délictueux, la révélation** doit porter sur toutes les situations irrégulières. Mais la question qui se pose est de savoir s'il faut entendre par fait délictueux toute infraction, quelle que soit sa nature, dont le commissaire aurait connaissance dans l'exercice de sa mission. La doctrine dominante<sup>(1)</sup> estime qu'il faut retenir la culpabilité sur la base de tout délit de société qui n'aura pas été dénoncé. Il ne s'agira donc que des infractions concernant la constitution ou la gestion de la société contrôlée. Mais la formulation (large) de l'article 899 semble permettre de pouvoir inclure dans les infractions à dénoncer tout autre délit ayant pour cadre la société, ce qui englobe les infractions économiques<sup>(2)</sup>.

Nicole STOWLY<sup>(3)</sup> se basant sur la norme 351 de la CNCC estime que deux critères cumulatifs sont dégagés pour conférer au commissaire aux comptes une obligation de dénoncer des faits : ils doivent être « significatifs et délibérés ». Les faits « significatifs », faisant référence aux conséquences de l'infraction, ont pour effet de soustraire l'entreprise ou ses dirigeants des

<sup>(1)</sup> Voy. DELMAS-MARTY, *op. cit.* p. 301 ; J. LARGUIER, *op. cit.*, p. 346.

<sup>(2)</sup> Sur les infractions devant être dénoncées, voy. pour les infractions fiscales : *B.N.C.C.* 1983, p. 375 ; voy. pour la non-révélation d'abus de bien sociaux : *Crim.*, 18 juin 1986, *Gaz. Pal.* 1986, Som. 345 ; sur la présentation de bilan inexact, voy. *Crim.*, 26 mai 1986, *JCPE*, 1987, 15975, n° 6 obs. DEVÈZE ; voy. aussi *Crim.*, 12 janv. 1981, *Bull. Crim.*, n° 10, p. 31 ; *Crim.* 18 juin 1990, inédit, pourvoi n° 88-86-550 (Lexilaser Cassation) ; *Crim.*, 8 avr. 1991, inédit pourvoi n° 88-81-542 ; *Crim.*, 20 juill. 1993, inédit, pourvoi n° 92-86-856 (Lexilaser Cassation). Dans une espèce, le juge relevait que « les deux prévenus, en ne dénonçant pas la présentation de deux bilans dont ils connaissaient le caractère inexact, ont fait preuve d'une carence coupable ».

<sup>(3)</sup> N. STOWLY, *op. cit.*, p. 535.

dispositions légales spécifiques : ils modifient la présentation de la situation financière du patrimoine ou du résultat ou l'interprétation qui peut en être faite, ou portent préjudice à la société ou à un tiers. Les faits « délibérés » quant à eux font référence au but poursuivi par leur auteur et s'apprécient par rapport à des éléments objectifs démontrant la conscience que pouvait avoir l'auteur de ne pas respecter la réglementation en vigueur.

Le commissaire aux comptes qui aura constaté de tels faits devra mettre en demeure les dirigeants de régulariser la situation avant de pouvoir, le cas échéant, saisir le procureur de la République.

- 479. Quid de la non-révélation des faits délictueux?** La loi n'a pas entendu imposer un délai dans lequel le commissaire aux comptes est tenu de dénoncer les faits délictueux, c'est-à-dire de les porter à la connaissance de la justice. En réalité, il est souvent difficile d'apprécier le moment où il entre en possession de ces faits. Et les juges apprécient le moment où la dénonciation est opportune. En tout état de cause, celle-ci ne doit pas être tardive, c'est-à-dire intervenir après le début du procès pénal.

La révélation doit intervenir dès que le commissaire aux comptes a connaissance du caractère délictueux des faits. C'est ainsi qu'il a été jugé que « se rend coupable du délit de non-révélation de faits délictueux, le commissaire aux comptes qui, ayant eu connaissance de la sous-évaluation des stocks de la société qu'il contrôlait, ne dénonça le délit de présentation de bilan inexact au procureur que cinq mois plus tard »<sup>(1)</sup>.

#### *b) L'élément moral*

- 480.** L'élément moral est double : le commissaire aux comptes n'aura pas, sciemment, révélé les faits délictueux dont il a la connaissance.
- 481. La connaissance des faits délictueux.** Il est certain que le commissaire ne pourra dénoncer que les faits dont il a la connaissance. Mais il y a une sorte de présomption de connaissance qui pèse sur lui, en tant que professionnel. C'est pourquoi l'erreur de droit résultant de l'ignorance du caractère délictueux des faits constatés, n'est pas admise, d'autant qu'il a la possibilité de solliciter l'avis du parquet. L'erreur de fait non plus ne sera pas retenue, parce que justement il a pour mission de découvrir et de contrôler ces faits.

Donc, c'est seulement lorsque l'exercice normal de sa mission ne lui permet pas d'être au courant de l'infraction que le commissaire aux comptes échappe aux foudres de l'article 899.

<sup>(1)</sup> Affaire du Comptoir national du logement, Cass. Crim. 8 février. 1968, *Bull. Crim.*, n° 42, p. 95; Besançon 24 mai 1984, *Bull. CNCC*, n° 56, p. 480.

- 482. La mauvaise foi.** L'infraction n'est consommée que lorsque la non-révélation de faits délictueux dont le commissaire a eu connaissance a été faite «sciemment». Ce qui suppose dès lors non seulement la connaissance des faits mais aussi de leur caractère délictueux. Mais le mobile, c'est-à-dire le but réel poursuivi par l'auteur n'est pas pris en considération, même si, par exemple, l'omission a eu pour seule raison de ne pas nuire à l'expansion économique de la société. Car ce que la loi protège à travers cette infraction, c'est moins l'intérêt de la société commerciale que l'intérêt général.

## SECTION 2. LES INFRACTIONS RELATIVES À LA COMPTABILITÉ DE LA SOCIÉTÉ

- 483.** La comptabilité concerne tous les éléments du bilan des exercices de la société, aussi bien le capital social que le résultat de l'exploitation. Du fait de son importance dans la vie des affaires, particulièrement dans la vie de la société, la comptabilité doit être sincère et transparente. C'est pourquoi tout un ensemble de documents est obligatoire pour toute société commerciale.

En France d'ailleurs, l'article 439 de la loi de 1966 sanctionne les irrégularités dans l'établissement de la comptabilité, alors que l'AUSC n'en fait pas allusion.

Par contre, l'AUSC, à l'image des textes antérieurs, sanctionne pénalement les autres types d'irrégularités comptables traduisant un défaut de sincérité (§1<sup>er</sup>).

Mais ces infractions se rattachent à une conception étroite de la comptabilité envisagée comme une simple «technique d'enregistrement des valeurs»<sup>(1)</sup>. En fait, il existe une interprétation plus large de la comptabilité qui correspond à une «technique d'appréciation, d'interprétation et d'orientation de la vie financière de la société»<sup>(2)</sup>. Ce deuxième sens de la notion permet d'envisager les modifications dont le capital social peut faire l'objet (§2).

### §1. Les irrégularités comptables

- 484.** La loi cherche à sanctionner le défaut de sincérité comptable. Ce qui se traduit par plusieurs incriminations prévues par les articles 889 et 890 de l'AUSC. Mais globalement, les irrégularités sanctionnées pénalement sont la répartition de dividendes fictifs entre les associés d'une part et la com-

<sup>(1)</sup> Voy. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 309.

<sup>(2)</sup> *Idem.*; de même V. G. GIUDECELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1975, p. 154.

munication d'états financiers ne donnant pas une image fidèle de la situation financière et comptable de la société, d'autre part.

*A. La distribution de dividendes fictifs*

485. L'article 889 dispose: «encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, auront sciemment opéré entre les actionnaires ou les associés la répartition de dividendes fictifs». Une telle distribution serait préjudiciable aux associés de même qu'à la société car c'est le capital lui-même qui sera entamé puisqu'en réalité il n'y a pas de bénéfice à partager. Ainsi, l'infraction sera consommée lorsque ses éléments matériel et moral seront réunis. En fait, il faut un inventaire fictif ou frauduleux, une répartition de dividendes fictifs et une mauvaise foi. Mais en vérité l'inventaire ne constitue qu'une condition préalable de l'infraction.

**1. La condition préalable: le caractère fictif ou l'inexactitude de l'inventaire**

486. L'inventaire apparaît comme un relevé descriptif et estimatif des créances, des dettes et des biens de la société. C'est donc du bilan<sup>(1)</sup> qu'il s'agit ou de tout compte<sup>(2)</sup> rendu permettant d'apprécier l'état du patrimoine social. Pour que l'infraction puisse exister, il faut que l'inventaire soit absent ou frauduleux, à défaut, l'infraction disparaît même s'il y a une répartition de dividendes fictifs.

*a) L'absence de l'inventaire*

487. L'inventaire était considéré dans son sens large (toute situation permettant de connaître l'état patrimonial de la société), son défaut à l'occasion de distribution de dividendes fictifs, se rencontre rarement<sup>(3)</sup>.

*b) L'inexactitude de l'inventaire*

488. Contrairement à l'inventaire absent, l'inventaire frauduleux est beaucoup plus fréquent. L'inexactitude de l'inventaire s'accompagne donc de la mauvaise foi de son auteur puisque le texte renvoie à la fraude.

Cette fraude peut se manifester par une majoration ou une minoration de l'actif.

---

<sup>(1)</sup> H. BONNARD, *op. cit.*, n° 40.

<sup>(2)</sup> J. LARGUIER, *op. cit.*, p. 369, n° 401.

<sup>(3)</sup> *Idem.*, M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 317.

- 489. La majoration de l'actif.** La majoration de l'actif peut résulter d'une surévaluation d'éléments réels de l'actif par exemple la surévaluation de stocks ou de la valeur des titres ou encore l'inscription des frais généraux comme frais et travaux de premier établissement, etc. Mais elle peut également se traduire par une simulation de l'existence d'éléments d'actif, en réalité inexistantes, par exemple, l'inscription à l'actif de créances en réalité irrécouvrables ou la simulation de stocks inexistantes, etc.
- 490. La minoration du passif.** Pour minorer le passif de la société, on peut par exemple omettre l'inscription d'une charge, en reportant une partie des frais généraux sur le compte de l'exercice suivant. On peut également sous-évaluer le montant d'une dette.

## 2. Les éléments de l'infraction

- 491.** La condition préalable étant remplie, le concours de certains éléments matériel et intentionnel permet de caractériser l'infraction.

### *a) L'élément matériel*

- 492.** L'élément matériel de l'infraction consiste dans un acte de distribution de dividendes qui doivent revêtir un caractère fictif.
- 493. L'acte de distribution.** Pour que l'on retienne l'existence d'un acte de distribution, il n'est pas nécessaire que les dividendes mis à disposition des actionnaires aient été effectivement perçus ; l'essentiel c'est qu'un « droit privatif soit créé au profit des actionnaires ». Le délit peut même se réaliser par compensation. Si tel n'était pas le cas, l'attitude des bénéficiaires – négligence ou volonté – pourrait alors retarder la consommation du délit. L'infraction sera donc réalisée par la décision des gérants ou du conseil d'administration ordonnant le paiement du dividende, même en cas de vote par l'assemblée générale d'un quitus ou d'une décision approuvant cette répartition.

Par contre, il n'y a pas d'infraction lorsque les dirigeants ne procèdent pas à la répartition, même si l'autorisation de répartition a été votée. D'ailleurs, la tentative n'est pas punissable. Ainsi, le point de départ de la prescription de l'action publique commence le jour de la mise à la disposition des associés des dividendes.

- 494. Le caractère fictif des dividendes.** Le dividende correspond à la part du bénéfice social que l'on attribue à chaque actionnaire ou associé. L'article 144 de l'AUSC fixe les conditions dans lesquelles cette répartition doit s'effectuer. En effet, c'est « après approbation des états financiers de synthèse et constatation de l'existence de sommes distribuables que l'assemblée géné-

rale détermine ... la part de bénéfice à distribuer, selon le cas aux actions ou aux parts sociales». Et l'article conclut que «tout dividende distribué en violation de ces règles est un dividende fictif». Il ressort de cet article que deux conditions doivent être remplies pour que les dividendes ne soient pas considérés comme fictifs. D'abord, une condition de forme liée à la procédure de prise de la décision de distribution. Ensuite, une condition de fond relative à la réalité du bénéfice.

- 495.** *La violation de la condition de forme.* La sanction d'une condition de forme par des dispositions pénales semble excessive ou tout au moins dénote du caractère très formaliste de l'AUSC.

L'article 144 détermine la procédure à suivre pour pouvoir attribuer la part de chaque associé ou actionnaire dans le bénéfice. Il faut au préalable une approbation des états financiers et une constatation de l'existence de sommes distribuables par l'assemblée générale. Et lorsque ces règles ne sont pas respectées, tout dividende distribué est fictif. Cette violation peut se traduire par une répartition des bénéfices contrairement à une décision de l'assemblée des actionnaires ou tout simplement avant l'approbation des états financiers.

- 496.** *La violation de la condition de fond.* En général, le caractère fictif des dividendes résulte des irrégularités de fond liées au bénéfice. Alors, est fictif tout dividende distribué lorsque le bénéfice lui-même est fictif ou qu'il n'est pas encore réalisé.

Le bénéfice fictif: La distribution de dividende est étroitement liée à l'existence du bénéfice. Lorsque celui-ci fait défaut, le dividende sera prélevé sur le capital ou les réserves légales de la société.

Toutefois, les tantièmes qui constituent une partie de la rémunération des administrateurs et qui sont tirés du bénéfice distribuable, ne constituent pas des dividendes fictifs. Ils sont destinés aux administrateurs de la société, alors que l'article 889 vise les actionnaires ou associés. Par contre, en ce qui concerne les réserves définies<sup>(1)</sup> comme des bénéfices non distribués ou l'excès de la situation nette sur le capital social dont l'exigibilité est retardée, le caractère fictif ou non du dividende tiré sur elles varie en fonction de leur nature. Ainsi, les dividendes tirés des réserves sont considérés comme fictifs, alors que ceux tirés des réserves occultes ne le sont pas. Il en est de même des réserves libres à la condition que la décision de l'assemblée «indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués».

---

<sup>(1)</sup> Sur l'évolution de la notion de réserve, cf. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 320.

Le bénéficiaire non réalisé constitue également le délit, l'acte de distribution des dividendes tirés de bénéfices existant en dehors de toute exigence de réalisation effective. En effet, la réalisation du bénéfice est une condition de régularité de la distribution.

Toutefois, la notion de bénéfice réalisé n'est pas aisée à déterminer car il ne faut pas confondre la réalité du bénéfice avec sa liquidité. C'est ce qui fait qu'un bénéfice réalisé puisse ne pas se trouver matériellement dans les caisses de la société.

Par ailleurs, la constatation de l'existence doit se faire annuellement. De ce fait, la distribution d'acomptes ou dividendes intercalaires semble être prohibée car contraire au principe d'annualité de constatation du dividende. En plus, les dividendes distribués doivent exister actuellement, ce qui rend irrégulière la distribution de bénéfices futurs.

#### *b) L'élément intentionnel*

497. La nécessité d'une intention délictueuse<sup>(1)</sup> résulte, à l'évidence, de l'emploi des termes «fictifs, frauduleux et sciemment<sup>(2)</sup>. Cette mauvaise foi consiste dans la connaissance, par l'auteur, tant du caractère fictif des dividendes que de l'inexactitude de l'inventaire ou du bilan ou des conditions dans lesquelles la distribution des dividendes a été décidée. C'est pourquoi la jurisprudence a décidé que la mauvaise foi de l'administrateur doit se situer à la date de la confection du bilan<sup>(3)</sup> et que l'irrégularité de celui-ci n'apparaît que plus tard. Il ne saurait se prévaloir de sa bonne foi au moment de la confection si, sachant par la suite le caractère fictif des dividendes, il met effectivement en distribution les dividendes votés<sup>(4)</sup>.

En outre, la négligence dont ont pu se rendre coupables certains administrateurs en ne vérifiant pas convenablement les écritures comptables, négligence susceptible d'engager leur responsabilité civile, ne saurait justifier leur maintien dans les liens de la prévention<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> Voy. FOUGERES, «gestion financières : dividendes fictifs : sanctions pénales» *JCP*, 1986, 2, 021994, p. 5, n° 37.

<sup>(2)</sup> Cass. Crim., 23 juin 1883, *DP*, 83, 1, 425; 18 janv. 1894, *DP*, 95, 1759.

<sup>(3)</sup> Cass. Crim., 25 juin 1927, *Gaz. Pal.*, 1927, 2, 726.

<sup>(4)</sup> Voy. Cass. Crim., 28 mars 1936, *Rev. spéc. sociétés*, 1936, 454.

<sup>(5)</sup> Cass. Crim., 24 avril 1891, *DP*, 93, 1, 49; 21 juillet 1898 et *Riom*, 27 avril 1898, *DP*, 1901, 1, 49; 21 juil. 1898 et *Riom*, 27 avr. 1898, *DP*, 1901, 1, 537.

<sup>(6)</sup> Voy. Cass. Crim., 30 mai 1930, *Revue des sociétés*, 1930, 325; 18 janvier 1894, *DP*, 95, e, 159; *Rev. sociétés*, 1894, 112.

<sup>(7)</sup> Paris, 13 juillet 1938, *Gaz. Pal.*, 1938, 2, 194; Cass. Crim., 24 juill. 1885, *Revue des sociétés*, 1887, 6.

Par ailleurs, il n'y a pas présomption de mauvaise foi tirée de la seule qualité d'administrateur du prévenu. Toutefois, certaines irrégularités sont de nature telle qu'elles rendent vraisemblables l'esprit de fraude chez ceux qui ont établi le bilan. Mais même dans ces cas, la preuve de la bonne foi peut être admise».

Le plus souvent, la mauvaise foi des auteurs ressort de leur fonction de gérant ou d'administrateur<sup>(6)</sup> au jour de la décision du conseil créant un droit privatif au profit des actionnaires, de l'omission d'établir un inventaire<sup>(7)</sup> ou de la nature et du nombre de fraudes portées sur les inventaires<sup>(1)</sup>. Et la bonne foi a été admise au profit du prévenu ayant joué un rôle effacé dans l'administration de la société<sup>(2)</sup>, de son absence aux réunions du conseil d'administration.

### *B. La communication de la comptabilité*

**498.** Le droit pénal intervient après l'établissement de la comptabilité, pour réprimer l'information infidèle. C'est ainsi que l'article 890 de l'AUSC dispose : «*encourent une sanction pénale les dirigeants sociaux qui auront, sciemment, même en l'absence de toute distribution de dividendes, publié ou présenté aux actionnaires ou associés, en vue de dissimuler la véritable situation de la situation financière et de celle du patrimoine de la société, à l'expiration de cette période*». Cet article, à l'image de l'article 437. 2° de la loi française de 1966 punit le délit de présentation ou de publication des états financiers infidèles. L'analyse de ce délit laisse apparaître un élément matériel doublé d'un élément moral.

#### **1. L'élément matériel**

**499.** Le délit de communication d'états financiers de synthèse suppose un acte de communication, c'est-à-dire le fait de publication ou de présentation et une infidélité de l'objet de cette communication.

##### *a) L'acte de communication : la publication ou la présentation*

**500.** Il ressort de la lecture de l'article 890 de l'AUSC que les états financiers de synthèse doivent faire l'objet d'une présentation ou d'une publication.

**501. La présentation.** Elle correspond à la communication des documents comptables à l'assemblée générale des actionnaires<sup>(3)</sup> ou leur mise à dispo-

<sup>(1)</sup> Cass. Crim., 31 mars 1933, *Gaz. Pal.*, 1933, 1, 973.

<sup>(2)</sup> Cass. Crim., 18 janv. 1894, *S.*, 94, 1, 256.

<sup>(3)</sup> Voy. Cass. Crim., 30 mai 1930 *Revue des sociétés* 1930, 325; 1<sup>er</sup> mars 1945, *D.*, 1946, 1, 129.

<sup>(4)</sup> Cass. Crim., 11 mai 1995, *Dr. pén.*, 1995.

sition, au siège social ou encore leur envoi aux actionnaires dans les quinze jours avant l'assemblée d'approbation des comptes. L'infraction ne serait pas réalisée si la communication est adressée à d'autres personnes ou à un autre moment. La jurisprudence avait retenu que «par présentation, il faut entendre, non la connaissance donnée du bilan à l'assemblée générale, mais la mise à la disposition des actionnaires qui en est faite dans les quinze jours précédant l'assemblée générale annuelle<sup>(4)</sup>.

Toutefois la présentation pourrait résulter d'une communication faite aux actionnaires en dehors de l'assemblée générale ou de la préparation de celle-ci<sup>(1)</sup>.

- 502. La publication.** Elle s'entend par tout procédé portant le fait à la connaissance du public, que ce soit par voie écrite ou orale. En plus, la communication doit être collective, bien que la multiplication de communications individuelles ne soit pas nécessairement une communication collective<sup>(2)</sup>. Seulement, la publication n'est pas limitée dans le temps par l'assemblée générale, comme c'est le cas avec la présentation. Elle peut intervenir longtemps après l'établissement des états financiers infidèles.

*b) L'objet : Les états financiers de synthèse infidèles*

- 503.** L'article 890 de l'AUSC vise «des états financiers de synthèse ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle des opérations de l'exercice, de la situation financière et de celle du patrimoine». L'article 437-2<sup>o</sup> de la loi de 1966 ne vise, par contre, que les comptes annuels qui englobent aussi bien le bilan que le compte de résultat et une annexe. A l'origine le texte ne sanctionnait que le bilan infidèle. Les états financiers de synthèse annuelle doivent donc être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'exercice, conformément à l'article 168 de l'AUSC.

Mais, même si strictement tout bilan est inexact<sup>(3)</sup>, l'infidélité de l'article 890 recouvre les manquements à l'obligation principale de régularité et de sincérité, dès lors que le but est de dissimuler la véritable situation de la société. Cette infidélité résulte donc de toute erreur ou plus exactement de

(1) Voy. Trib. corr. Seine, 13 juill. 1963, *Gaz. Pal.*, 1963, 2, 325.

(2) Voy. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 314.

(3) *Idem.*, aussi V. J. LARGUIER, *op. cit.*, p. 364.

(4) Ne serait ce qu'en raison des variations soudaines de nombreuses valeurs : le bilan étant un miroir déformant, comme le souligne J. LARGUIER.

(5) Voy. Cass. Crim., 14 déc. 1966, B. 291 (bilan faisant apparaître un bénéfice alors qu'en vérité, il y avait des pertes).

toute irrégularité relative à l'un des postes, d'ordre matériel, formel ou d'évaluation.

- 504. Les inexactitudes matérielles.** Il s'agit des omissions ou des erreurs dans les écritures ou alors de surcharges<sup>(4)</sup>. Ce genre d'inexactitudes est rare puisque le contrôle de la comptabilité permet de les déceler facilement. C'est le cas par exemple lorsque le bilan d'une société ne mentionne pas une dette officiellement contractée et laisse figurer un portefeuille d'actions en réalité vendues au cours de l'exercice<sup>(5)</sup>.
- 505. Les inexactitudes formelles.** Appelées encore erreurs de classement, ces irrégularités consistent à présenter des chiffres exacts de sorte qu'ils donnent une fausse idée de la véritable situation de la société<sup>(1)</sup>. Cela suppose le plus souvent une désignation incorrecte des différents postes ou encore un déplacement de ceux-ci dans le temps. Il en est ainsi notamment lorsqu'on inscrit une créance de recouvrement douteux à la rubrique «effet de commerce», ou lorsqu'on fait figurer, sous la rubrique «frais de premier établissement», «d'importantes dépenses de publicité qui ne constituaient en réalité que des charges d'exploitation propres à cet exercice»<sup>(2)</sup>.
- 506. Les inexactitudes d'évaluation.** Ce sont les erreurs les plus fréquentes car se commettant le plus facilement. Elles peuvent même être le fait de spécialistes de bonne foi en raison des difficultés liées aux évaluations. C'est ainsi que ces inexactitudes peuvent être relevées en cas de minoration du passif, de majoration de l'actif, de sous-évaluation ou d'erreurs d'estimation. Et puisqu'il existe plusieurs méthodes d'évaluations, le choix de la méthode à adopter doit varier selon la nature du bien à évaluer: fonds de commerce, brevets et marques de fabrique, matériel mobilier, stocks de marchandises, valeurs mobilières, etc.

## 2. L'élément moral

- 507.** Il est double, car la faute suppose un dol général résultant de l'intention coupable et un dol spécial caractérisé par un but déterminé.

---

(1) Cass. Crim., 26 juin 1978, B. 212; 14 janv. 1980, B.21.

(2) Paris, 19 novembre 1982, *Gaz. Pal.*, 1982, 1, 79.

(3) Voy. Cass. Crim., 26 juin 1978, B.212; 14 janv. 1980, B.21.

**a) Le dol général: l'intention**

**508.** La loi n'incrimine que la présentation ou la publication commise «sciemment». L'intention consiste donc dans l'action en connaissance de cause: il s'agit de la mauvaise foi. La loi n'exige aucune fraude particulière. L'intention coupable existe dès lors que les prévenus avaient su «de par leurs fonctions, que l'apparence, recherchée et donnée aux comptes et au bilan était contraire à la réalité»<sup>(3)</sup>.

En outre, l'infraction ne disparaît pas du seul fait que les associés avaient connaissance de la véritable situation de la société car la loi cherche également à protéger les tiers. La relaxe des prévenus ne peut être justifiée que par la seule absence de preuve de la mauvaise foi<sup>(1)</sup>. Celle-ci se déduit le plus souvent de l'imprudence des professionnels<sup>(2)</sup>.

**b) Le dol spécial: le but poursuivi**

**509.** Contrairement à certains auteurs qui l'envisagent comme un mobile, la loi vise un but déterminé. En effet alors que le mobile peut varier en fonction des individus, le but poursuivi demeure le même pour l'infraction considérée. Il s'agit du dessein de dissimuler la véritable situation de la société, peu importera alors le mobile<sup>(3)</sup>: une fraude fiscale ou une recherche des intérêts de la société.

Le dol spécial semble même résulter le plus souvent «de la réunion de l'acte matériel (présentation ou publication de bilan inexact) et du dol général (connaissance de l'inexactitude)»<sup>(4)</sup>. Toutefois, il peut arriver que des dirigeants connaissant la fausseté du bilan présenté aux actionnaires, ne

<sup>(1)</sup> Crim., 26 mars 1990, *Revue des sociétés*, 1990, p. 632, obs. BOULOC, (Voy. dans une S.A.R.L., la mauvaise foi constituée par le fait que le prévenu connaissait la situation difficile de l'entreprise, Crim., 8 août 1989, *Rev. soc.*, 1990, p. 63 obs. BOULOC, 19 sept. 1994, *Bull. Joly*, 1994. 1309 obs. BARBIERI, à propos d'un dirigeant de fait.

Il n'y a pas délit si l'action n'a pas été faite sciemment : Paris, 29 mai 1989, *Gaz. Pal.*, 1986, J., 479, note MARCHI.

<sup>(2)</sup> Voy. Crim., 2 mars 1983, *D.*, 1983, IR, 492.

<sup>(3)</sup> Voy. J. LARGUIER, *op. cit.*, p. 3, 6, 7. Pour qui le mobile exigé par la loi est le dessein de dissimuler la véritable situation de la société généralement en mieux, mais parfois en pire. Par contre, pour DELMAS-MARTY, «conformément aux principes généraux, les mobiles ne sont pas pris en considération, et notamment le souci de sauver le bon renom de la société» (Paris, 2 déc. 1936 *Journ. soc.*, 1937, 659) ou celui d'échapper aux «conséquences fiscales du versement des rémunérations occultes» (Crim., 15 mai 1974, *Bull.*, 177).

<sup>(4)</sup> Voy. Crim., 18 décembre 1956, *D.*, 1957. 705, note DALSACE : la loi prohibe la présentation aux actionnaires d'un faux bilan. «Quel que soit le mobile qui ait guidé les auteurs de ce faux bilan, dès lors qu'ils avaient en vue la dissimulation de la situation véritable de la société».

<sup>(5)</sup> M. DELMAS-MARTY, *op. cit.* p. 316.

<sup>(6)</sup> Trib. corr. Paris, 20 novembre 1980, inédit, une affaire concernant une filiale vietnamienne.

cherchent pas à dissimuler la véritable situation de la société à ces derniers mais plutôt aux autorités locales<sup>(5)</sup>.

## §2. Les modifications du capital

510. Le capital de la société fixé dans les statuts est en principe intangible. Cependant, «la nécessité des affaires conduit souvent à le modifier. Mais pour protéger les créanciers et les tiers, la loi sanctionne pénalement le mécanisme juridique qu'elle organise»<sup>(6)</sup> dans la mesure où de telles modifications risquent de léser ces derniers. C'est pourquoi toute modification du capital est strictement réglementée. Et le droit pénal, à l'image du droit commercial, distingue les cas d'augmentation et de réduction du capital.

### *A. L'augmentation du capital*

511. L'augmentation du capital social peut s'effectuer suivant plusieurs procédés : nouveaux apports en nature, incorporation de réserves, souscriptions nouvelles, concessions d'obligations en actions.

Mais quel que soit le procédé, l'augmentation implique une émission d'actions nouvelles qui risque de nuire aux anciens actionnaires. Dès lors, comme lors de la constitution, tous les intéressés doivent être protégés. C'est ainsi que l'émission d'actions est compensée par le droit préférentiel de souscription.

#### **1. L'émission d'actions nouvelles**

512. Les textes relatifs à la constitution des sociétés sont applicables aux augmentations de capital. Mais il existe des incriminations spécialement attachées à l'émission d'actions ou de coupures d'actions au moment de l'augmentation du capital (Article 893 AUSC).

Par contre, des exceptions sont prévues dans les cas où les actions sont régulièrement émises par conversion d'obligations convertibles à tout moment ou par l'utilisation de bons de souscription ou si les actions sont remises en paiement de dividendes.

L'infraction suppose un élément matériel, l'émission d'actions ou de coupures d'action et un élément moral, une simple faute d'imprudence. Le texte requiert en plus l'existence d'irrégularités qui apparaissent comme des conditions préalables. La gravité de ces irrégularités justifie l'échelle des peines prévues. C'est ainsi qu'on retrouve d'abord le non-établissement du certificat de dépositaire ou le défaut de contrat de garantie, et le non-accomplissement des formalités préalables à l'augmentation du capital. Ensuite, les irrégularités relatives à l'émission d'actions sans que le capital soit anté-

rieurement souscrit ou soit intégralement libéré ou sans que les nouvelles actions d'apport aient été intégralement libérées avant l'inscription modificative au registre du commerce, ou sans que les actions nouvelles de numéraires aient été libérées, lors de la souscription, d'un quart au moins de leur valeur nominale et, le cas échéant, de la totalité de la prime d'émission. Enfin, les irrégularités en cas de non maintien des actions de numéraire en la forme nominative jusqu'à leur entière libération.

## 2. Le droit de souscription préférentiel

- 513.** Les articles 894 et 895 de l'AUSC organisent la protection du droit préférentiel de souscription qui est reconnu soit aux actionnaires, soit aux obligataires.

### *a) Le droit préférentiel des actionnaires*

- 514.** Aux termes de l'article 573 de l'AUSC, «les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit irréductible de préférence à la souscription des actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital».

Par contre, l'article 586 de l'AUSC prévoit la possibilité pour «l'assemblée générale de supprimer le droit préférentiel de souscription». Ces deux aspects du droit des actionnaires, à savoir sa reconnaissance et sa suppression sont pénalement contrôlés.

- 515. La reconnaissance du droit préférentiel.** Elle est prévue par l'article 894-1 et 3 de l'AUSC qui incrimine l'attitude de certains dirigeants sociaux lors d'une augmentation de capital. La peine prévue pour ce délit est une amende de 100.000 à 1.000.000 de francs CFA<sup>(1)</sup>.

L'élément matériel de l'infraction consiste en une omission : ne pas réserver aux actionnaires un délai de vingt jours, à dater de l'ouverture de la souscription, pour l'exercice de leur droit ; ne pas faire bénéficier les actionnaires, proportionnellement au montant de leurs actions, d'un droit de préférence à la souscription des actions en numéraire ...

- 516. La suppression du droit préférentiel.** En vue de la suppression du droit de préférence des actionnaires, l'AUSC prévoit l'exigence d'un rapport en son article 588, et l'article 589 en fixe le contenu dans le but de mieux protéger les bénéficiaires de ce droit. C'est ainsi que l'article 895 de l'AUSC punit les

<sup>(1)</sup> Article 9 de la loi 98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'Acte uniforme relatif aux droits des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

dirigeants sociaux qui auront donné ou confirmé des indications inexactes dans les rapports présentés à l'assemblée générale appelée à décider de la suppression du droit préférentiel de souscription. Mais l'infraction suppose la mauvaise foi, car devant être commise « sciemment ».

Seulement, l'article 895 ne vise pas les commissaires aux comptes, alors que ceux-ci peuvent être amenés à faire un rapport au même titre que le conseil d'administration ou de l'administrateur général (article 588).

Donc vraisemblablement, comme c'est le cas en France, les commissaires aux comptes devraient pouvoir être sous la menace de cette infraction.

### *b) Le droit préférentiel des obligataires*

517. Malgré l'interdiction faite à l'assemblée des obligataires de convertir des obligations en actions, il est possible de prévoir dès l'emprunt la transformation ultérieure des obligations en actions selon certaines conditions. Et ce sont ces obligations convertibles qui sont prises en compte par le droit pénal de l'OHADA, à l'exclusion des obligations échangeables. Par contre, ces dernières sont prises en considération par le droit étranger, notamment la loi de 1966 en son article 450-6°.

Quant aux obligations convertibles, l'article 894 ne semble protéger que le droit préférentiel de souscription des actionnaires et non leurs droits dans le capital social. En effet, l'article 894-4° incrimine de la part des dirigeants sociaux le fait de ne pas réserver les droits des titulaires de bons de souscription.

### *B. La réduction du capital*

518. L'AUSC prévoit un minimum de capital en fonction de la nature des sociétés. Pourtant, la réduction du capital reste admise à condition qu'elle soit autorisée ou décidée par l'assemblée générale extraordinaire qui peut néanmoins déléguer au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, tous pouvoirs pour la réaliser. (Art. 628 AUSC). La réduction résulte, selon l'article 627, de la diminution du nombre des actions. Exceptionnellement, l'article 639 prévoit une possibilité de réduire le capital social par le rachat ou la prise en gage par la société de ses propres actions. Mais l'AUSC, contrairement à la loi de 1966 ne prévoit aucune sanction à propos de cette opération.

Toujours est-il que la diminution du montant nominal ou du nombre des actions en vue de réduire le capital est valable à condition de respecter les conditions de forme et de fond prévues par les articles 629 et s. dont l'inobservation entraîne, conformément à l'article 896, l'application d'une sanc-

tion pénale aux administrateurs et au président directeur général de mauvaise foi.

La condition de fond est relative au non-respect de l'égalité des actionnaires, alors que la condition de forme concerne l'omission de communiquer le projet de réduction du capital social aux commissaires aux comptes quarante-cinq jours au moins avant la réunion de l'assemblée appelée à statuer.

L'AUSC, contrairement à l'article 454-3° de la loi française, ne vise pas l'omission d'assurer la publicité de la décision de réduction du capital au registre du commerce et dans un journal d'annonces légales.

Enfin, il convient de distinguer la réduction du capital d'une opération voisine, l'amortissement du capital défini par l'article 651 comme l'opération par laquelle la société rembourse aux actionnaires tout produit de la liquidation future de la société. Mais l'amortissement ne fait pas l'objet d'une protection pénale dans le cadre de la loi uniforme.

## CHAPITRE 3

# LES INFRACTIONS LIÉES À LA DISPARITION DES SOCIÉTÉS

---

**519.** La disparition de la société peut avoir lieu au terme fixé, mais elle peut également être prématurée. En effet, dans le cadre de sa gestion, la société peut connaître des périodes de prospérité ou de difficulté. La société en difficulté est celle dont la réalisation de l'objet est devenue plus ou moins compromise du fait de son impossibilité à faire face à ses engagements. Ces sociétés sont dans une situation d'échec (section 1<sup>re</sup>). En outre, les sociétés peuvent se trouver dans une situation où leur dissolution est irréversible (section 2). Les causes de dissolution sont soit volontaires, soit accidentelles. Mais, même dans ces cas de crise, le législateur a prévu des sanctions pénales, comme si la ruine de leurs affaires ne suffisait pas. En fait, la loi cherche surtout à protéger les créanciers sociaux dont le recouvrement des créances devient davantage incertain.

### SECTION 1. L'ÉCHEC DE LA SOCIÉTÉ

**520.** Malgré la tristesse de son sort lorsque la ruine la guette, la société en difficulté reste exposée aux foudres de la répression pénale. Car désireux de sauver leurs affaires, les actionnaires ou les dirigeants sont parfois tentés de se livrer à des manœuvres qui risquent le plus souvent de menacer les intérêts des créanciers. C'est la raison pour laquelle, en plus de la faillite, l'AUPC, à l'image des droits étrangers, a consacré la sanction pénale qui apparaît encore plus nécessaire. En France, la loi de 1985 a procédé à une large dépénalisation par rapport à la loi de 1966. Pourtant cette évolution n'a pas été prise en compte par la loi de l'OHADA. En effet, l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP) qui organise la réglementation des entreprises en difficulté incrimine pénalement la banqueroute et les délits assimilés. Quant aux sanctions, il renvoie aux peines en vigueur dans les Etats parties.

#### §1. La banqueroute

**521.** Lorsqu'une société est en état de cessation des paiements, définie par l'article 25 de l'Acte uniforme portant sur les procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP) comme la situation de la personne (commerçante) qui est dans l'impossibilité «de faire face à son passif exigible avec son actif

disponible», toute personne physique qui se livre à certains actes incriminés est passible des peines de la banqueroute. Mais le délit de banqueroute suppose l'existence de conditions préalables et la réunion des éléments constitutifs.

*A. Les conditions préalables*

- 522.** Une double condition est exigée pour que le délit de banqueroute soit constitué. Il s'agit de la qualité de l'agent pour les personnes physiques, et pour les entreprises, de l'ouverture d'une procédure collective ou plus exactement de l'existence d'une situation de cessation des paiements.

**1. La qualité de l'agent**

- 523.** La loi distingue selon qu'il s'agit d'une personne physique commerçante ou d'une personne physique dirigeant une personne morale.

*a) Les personnes physiques*

- 524.** Aux termes de l'article 227 de l'AUPC, la banqueroute s'applique «aux commerçants, personnes physiques et aux associés des sociétés commerciales qui ont la qualité de commerçants». Cet article est plus restrictif que l'article 1961-1 de la loi française de 1985 selon lequel un commerçant ou un artisan peut être déclaré auteur principal de banqueroute. A cet égard, l'AUPC a la même portée que le Code de commerce qui limitait le domaine de la répression aux seuls commerçants.

Certaines difficultés peuvent apparaître, comme en droit commercial, lorsqu'il s'agit d'apprécier la qualité de commerçant. La jurisprudence<sup>(1)</sup> l'entend au sens large. Seulement, l'existence d'une incapacité entre la profession exercée, par exemple notaire, avocat, et le commerce, n'empêche pas d'être banqueroutier; il en est de même pour une personne qui exerce illégalement la profession de commerçant<sup>(2)</sup>.

Par contre, les sanctions pénales ne s'appliquent pas lorsque la personne qui exerce le commerce se trouve dans un cas d'incapacité, par exemple un mineur non émancipé, un majeur en tutelle ou en curatelle.

<sup>(1)</sup> Voy. Crim. 12 oct. 1960, *Bull.*, 444 : épouse ayant participé activement au commerce de son mari.

<sup>(2)</sup> Crim., 2 mai 1979, *D.*, 1980, IR, 184, obs. HONORAT.

**b) Les personnes morales**

- 525.** L'article 230 de l'AUPC vise les «personnes physiques dirigeantes de personnes morales assujetties aux procédures collectives et les personnes physiques représentantes permanentes de personnes morales dirigeantes de personnes morales». Dès lors, il n'est pas nécessaire que la personne morale soit elle-même commerçante, le seul exercice d'une activité économique suffit. En outre, la personne morale peut ne pas être une société car le texte s'applique également aux G.I.E.

L'article 230 précise aussi qu'il peut s'agir de dirigeants de droit ou de fait ou plus généralement «de toute personne ayant directement ou par personne interposée, administré, géré ou liquidé la personne morale sous le couvert ou aux lieux et places de ses représentants légaux». En application de la loi française de 1985, la jurisprudence avait retenu le délit de banqueroute à l'encontre d'une associée d'une S.A.R.L. qui «est intervenue directement dans la gestion de l'entreprise, s'intitulant elle-même dans les effets commerciaux comme l'un des gérants, et qui se trouvait, en raison de sa position prépondérante 'cogérante de fait'»<sup>(1)</sup>.

**2. La cessation des paiements**

- 526.** Le délit de banqueroute suppose, selon les articles 228 et 229 de l'AUPC, un état de cessation des paiements, comme ce fut le cas dans la loi de 1985. Il n'est donc pas nécessaire que cet état soit constaté par une juridiction commerciale ou civile. Les tribunaux répressifs sont donc amenés à apprécier dans chaque cas l'existence même et le moment de la cessation des paiements<sup>(2)</sup>.

Par contre, désormais, en France, le délit de banqueroute suppose l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation (article 197), c'est-à-dire qu'il faut certes la cessation des paiements, mais celle-ci doit être constatée par le tribunal compétent. Ce qui fait que le juge pénal est dans ce cas lié par la décision des juges consulaires ou civils à qui il revient de fixer la cessation de paiements et la date de celle-ci.

Pourtant, là également, l'autonomie du droit pénal subsiste car selon la jurisprudence<sup>(3)</sup>, le juge pénal peut retenir une date de cessation des paiements autre que celle qui a été retenue par le juge commercial ou civil. Mais

<sup>(1)</sup> Voy. Crim. 23 janvier 1978, *Bull.*, 24; 16 juin 1976, *Gaz. Pal.*, 1976, 2, 640.

<sup>(2)</sup> Crim., 30 oct. 1968, *Bull.*, 282; Crim., 5 décembre 1949, *JCP*, 1950, II, 5829 obs. LARGUIER.

<sup>(3)</sup> Voy. Crim., 18 nov. 1991, B. 415, *JCP*, 1993, II, 22102, note SORDINE; *JCP*, 1992, I, 3634, n° 17 et *JCPE*, 1992, 195, n° 17, obs. CARBRILLAC; *Rev. Proc. Coll.*, 1992, p. 319, obs. DEVÈZE; 21 juin 1993, B. 217; Voy. Crim., 26 sept. 1996, *R.* 1997; p. 396, obs. RENUCCI.

toujours est-il qu'avec l'AUPCAP, c'est la cessation des paiements qui constitue une condition de la banqueroute, alors qu'en France, c'est le jugement constatant cette cessation.

*B. Les éléments constitutifs*

527. L'AUPCAP distingue deux cas de banqueroute et en fonction desquels l'élément moral est parfois nécessaire.

**1. Les cas de banqueroute**

528. Comme dans le COCC, l'AUPC distingue de façon classique la banqueroute simple de la banqueroute frauduleuse. En revanche est supprimée en France cette distinction depuis la loi de 1985. Cette loi a dépénalisé certains agissements, autrefois incriminés, qui reflétaient vidée d'incompétence ou de négligence. Ne sont donc désormais retenus que quatre cas : l'emploi de moyens ruineux, le détournement d'actif, l'augmentation frauduleuse du passif du débiteur et les débits liés à la comptabilité. Ces cas ont été tirés soit des cas de banqueroute simple soit de banqueroute frauduleuse.

*a) La banqueroute simple*

529. L'AUPCAP a retenu cinq cas de banqueroute simple dont deux similaires avec la synthèse de la loi de 1985 en France : l'emploi de moyens ruineux et la comptabilité incomplète ou irrégulière<sup>(1)</sup>.

En plus la banqueroute simple est réalisée<sup>(2)</sup> si la personne en état de cessation des paiements a contracté sans recevoir des valeurs en échange, des engagements trop importants eu égard à sa situation lorsqu'elle les a contractées, ou si sans excuse légitime, elle ne fait pas déclaration à la juridiction compétente de son état de cessation des paiements dans les trente jours, ou enfin si, ayant été déclarée deux fois en état de cessation des paiements en cinq ans, ses procédures ont été clôturées pour insuffisance d'actif.

*b) La banqueroute frauduleuse*

530. Les cas de banqueroute frauduleuse sont plus nombreux ; deux seulement ont été repris après la dépénalisation en France : le détournement de tout ou partie de l'actif et l'augmentation frauduleuse du passif.

<sup>(1)</sup> Voy. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 579 et s.

<sup>(2)</sup> Voy. J. LARGUIER, *op. cit.*, p. 476 et s.

En outre, l'AUPCAP incrimine la soustraction de la comptabilité, l'exercice des fonctions de commerçant contrairement aux interdictions, le paiement à un créancier au préjudice de la masse, après la cessation des paiements, la stipulation avec un créancier des avantages particuliers en raison de son vote dans les délibérations de la masse.

Enfin, l'AUPCAP sanctionne des peines de banqueroute frauduleuse, toute personne assujettie à une procédure de règlement judiciaire qui, de mauvaise foi, présente un état financier inexact ou incomplet ou qui accomplit des actes interdits sans autorisation judiciaire.

## **2. L'élément intentionnel**

**531.** Apparemment la mauvaise foi n'est requise que pour la plupart des cas de banqueroute frauduleuse. Le terme «frauduleux est lui-même révélateur». Il est admis par la jurisprudence que la mauvaise foi n'était pas nécessaire à la banqueroute simple.

Toutefois, le cas d'emploi de moyens ruineux semble supposer l'intention frauduleuse, car la loi vise «l'intention de retarder la constatation de la cessation des paiements, traduisant l'exigence d'un dol spécial ou, tout au moins, de la mauvaise foi de son auteur».

Mais le fait, pour la loi française de 1985, d'avoir regroupé dans la banqueroute quelques anciens cas de l'une et de l'autre banqueroute, entraîne une élimination du qualificatif «frauduleux», d'où l'incertitude quant à l'exigence de la mauvaise foi. Les tribunaux auront dès lors un pouvoir d'appréciation plus ou moins étendu.

## **§2. Les infractions connexes**

**532.** L'AUPCAP a prévu à côté de la banqueroute, d'autres séries d'infractions qui sont connexes à celle-ci. C'est ainsi que les articles 230 à 239 traitent des infractions assimilées aux banqueroutes alors que les articles 240 à 246 visent les autres infractions. Dans cette deuxième catégorie, on retrouve des infractions commises par des tiers ou des parents du débiteur et qui sont punies des mêmes peines que la banqueroute frauduleuse. Ce qui semble signifier que ces infractions sont également assimilées, comme celles qui les précèdent, à la banqueroute. Par contre, les autres infractions peuvent être punies de peines différentes, car la loi renvoie seulement aux peines en vigueur dans chaque Etat partie.

*A. Les délits assimilés*

**533.** Ces infractions peuvent être commises par les dirigeants sociaux, mais également par des tiers ou des parents du débiteur. Mais l'AUPC distingue les infractions assimilées à la banqueroute simple et celles qui sont assimilées à la banqueroute frauduleuse.

**1. Les délits assimilés à la banqueroute simple**

**534.** Ces délits sont le fait des dirigeants des sociétés soumises aux procédures collectives. Il s'agit de tous dirigeants de fait ou de droit qui ont administré, géré ou liquidé la personne morale (art. 230). Ces délits sont de deux catégories. La première requiert assez curieusement la mauvaise foi de l'auteur de l'un des faits suivants :

- la consommation de sommes appartenant à la personne morale en faisant des opérations fictives ou de pur hasard ;
- l'achat en vue de revendre au-dessous du cours, ou l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds. Ici la loi exige un dol spécial : l'intention de retarder la constatation de la cessation des paiements ;
- le paiement à un créancier au préjudice de la masse ;
- le fait de prendre des engagements trop importants, pour le compte d'autrui, sans valeurs en échange ;
- la tenue irrégulière ou incomplète de la comptabilité ;
- l'omission de déclaration de l'état de cessation des paiements dans les trente jours ;
- le détournement ou la dissimulation (ou leur tentative) une partie de leurs biens ou encore le fait de se reconnaître frauduleusement débiteur. Dans le but de soustraire tout ou partie de leur patrimoine (dol spécial).

La plupart de ces cas de délits assimilés à la banqueroute simple ne constituent que des reprises des cas de banqueroute simple.

Quant à la deuxième catégorie, elle reprend l'absence de déclaration de l'état de cessation des paiements ou l'omission de joindre à la déclaration la liste des associés avec l'indication de leurs noms et domicile, dans le cas des sociétés comportant des associés indéfiniment et solidairement responsables de dettes de celles-ci.

**2. Les délits assimilés à la banqueroute frauduleuse**

**535.** Ces délits peuvent être le fait de deux catégories de personnes en relation directe ou indirecte avec la société en difficulté : les dirigeants, les tiers.

*a) Les délits commis par les dirigeants*

- 536.** L'article 233 de l'AUPC reprend exactement pour le compte des dirigeants les faits incriminés prévus à l'article 229 qui vise toute personne, à l'exception du paiement à un créancier, au préjudice de la masse. Donc ce sont les mêmes cas de banqueroute frauduleuse qui sont repris comme des délits assimilés lorsqu'ils sont commis par des dirigeants.

L'intérêt d'une telle distinction n'est pas très perceptible car une condition préalable à la banqueroute est la qualité de dirigeant d'une personne morale. Les articles 234 et suivants réglementent la poursuite des infractions de banqueroute et de délits assimilés. Ce qui les distingue des autres infractions auxquelles appartiennent celles commises par les tiers et les parents du débiteur qui pourtant semblent être assimilés, elles aussi, à la banqueroute frauduleuse.

*b) Les délits commis par les tiers*

- 537.** L'article 240 punit des peines de la banqueroute frauduleuse les personnes qui interviennent dans la gestion de la société en difficulté à un titre indéterminé : les tiers. Il s'agit en fait de toute personne accomplissant un des trois actes incriminés à l'article 240.

D'abord, il y a le recel des biens du débiteur. En fait, le législateur sanctionne «les personnes convaincues d'avoir, dans l'intérêt du débiteur, soustrait, recelé ou dissimulé tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles». Ce qui n'empêche toutefois pas d'autres sanctions pénales car l'article précise : «le tout sans préjudice des dispositions pénales relatives à la complicité»<sup>(1)</sup>.

Ensuite, l'article 240 incrimine la supposition de créances. Celle-ci résulte du fait des personnes convaincues d'avoir frauduleusement produit dans la procédure collective des créances supposées ; quelle qu'en soit la manière : soit en leur nom, soit par l'interposition ou supposition de personne. Cette infraction ne constitue pas un cas de complicité. Il n'est pas nécessaire que le coupable ait agi dans l'intérêt du débiteur, encore moins qu'il ait agi en accord avec ce dernier.

Enfin, est prévue l'interposition de personne, car la loi incrimine le fait pour des personnes qui, de mauvaise foi, ont détourné ou dissimulé une partie de leurs biens, ou tenté de le faire, alors qu'elles exerçaient le commerce sous le nom d'autrui ou sous un nom supposé.

---

<sup>(1)</sup> Voy. Aix-en-Provence, 14 mai 1975 : lorsque l'infraction n'est pas commise «dans l'intérêt du débiteur», la juridiction, ne pouvant retenir le recel de l'art. 143, retient le recel du Code pénal.

### *B. Les autres infractions*

- 538.** Les articles 241 et s. prévoient des infractions dont le cadre est certes la société assujettie aux procédures collectives mais qui se distinguent de la banqueroute. Elles relèvent plutôt du droit pénal en vigueur dans chaque Etat partie. Malgré leur diversité, elles sont commises soit par les parents ou conjoint du débiteur, soit par le syndic, soit par les créanciers.

#### **1. Les infractions commises par les parents ou conjoint du débiteur**

- 539.** L'article 241 incrimine le fait du conjoint, ou des ascendants, descendants, collatéraux, alliés du débiteur qui auraient détourné, diverti ou recelé des effets dépendant de l'actif de celui-ci lorsqu'il est soumis à une procédure collective. Mais les auteurs de tels actes ne doivent pas être de connivence avec le débiteur car l'article précise : « à l'insu du débiteur ». S'ils avaient agi de concert avec le débiteur, celui-ci serait coupable de banqueroute et eux, de complicité. Dans ce cas, comme dans celui des infractions des tiers, même s'il y a relaxe des prévenus, l'article 242 précise que la juridiction statue sur les dommages-intérêts et sur la réintégration, dans le patrimoine du débiteur, des biens, droits ou actions soustraits.

#### **2. Les infractions commises par le syndic**

- 540.** Ces infractions sont commises par le syndic d'une procédure collective alors que certaines de ces infractions prévues à l'article 207 de la loi française du 15 janvier 1985 peuvent être commises par tout administrateur, représentant des créanciers, liquidateur ou commissaire à l'exécution du plan.

Mais l'article 243 de l'AUPC incrimine le fait pour tout syndic d'exercer une activité professionnelle sous le couvert de l'entreprise du débiteur masquant ses agissements, de disposer du crédit ou des biens du débiteur comme des siens propres, de dissiper les biens de celui-ci.

En plus, est sanctionné le syndic qui poursuit abusivement et de mauvaise foi, soit directement, soit indirectement, une exploitation déficitaire de l'entreprise du débiteur, ou qui se rend acquéreur pour son compte, directement ou indirectement, des biens du débiteur. Dans ce dernier cas, la juridiction doit prononcer la nullité de l'acquisition et statuer sur les dommages-intérêts.

#### **3. Les infractions commises par les créanciers**

- 541.** Ces infractions du créancier sont sanctionnées des peines prévues par le droit pénal en vigueur dans chaque Etat partie pour les infractions commises au préjudice d'un incapable. L'article 244 sanctionne d'abord le créan-

cier qui, après la cessation des paiements de son débiteur, aura stipulé avec lui ou avec toute personne, des avantages particuliers, ensuite qui aura fait un trait particulier qui met à la charge de l'actif du débiteur un avantage.

La loi française regroupe ces deux conditions: la stipulation à un avantage particulier et la mise à la charge du débiteur de cet avantage.

Par contre, l'AUPCAP semble en faire deux cas distincts d'infractions. Le premier est constitué par la simple stipulation en raison de son vote dans les délibérations de la masse; le second est réalisé par la création d'un Traitement duquel résulte en faveur du créancier un avantage à la charge de l'actif du débiteur à partir du jour de la décision d'ouverture de la procédure collective.

## SECTION 2. LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ

**542.** Lorsque la dissolution de la société s'impose, le droit pénal doit protéger tous ceux dont les intérêts sont menacés dans cette dernière partie de la vie sociale. C'est pourquoi l'AUSC, à l'image des textes antérieurs, a prévu, à travers les articles 901 et suivants, des dispositions relatives à toutes les sociétés commerciales pour encadrer les deux étapes de la dissolution.

La première est antérieure à la dissolution et est particulièrement dangereuse: la perte de plus de la moitié du capital social.

La deuxième est postérieure à la dissolution et correspond à la liquidation de la société.

### § 1. La perte de la moitié du capital

**543.** L'article 736 de l'AUSC prévoit à côté des causes de dissolution communes à toutes les sociétés dans les conditions et sous les effets prévus aux articles 200 et 201, une cause particulière aux sociétés anonymes: la perte partielle d'actifs dans les conditions prévues aux articles 664 à 668 de l'AUSC. En effet, si les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, est tenu de convoquer l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider, s'il y a lieu, la dissolution anticipée de la société.

L'article 901 assure la mise en œuvre de ces formalités sous la menace de sanctions pénales. Mais la perte de la moitié du capital social constitue en fait une condition préalable à la réalisation du délit. Aussi faut-il préciser les éléments proprement constitutifs du délit.

### A. *L'élément matériel*

- 544.** Il consiste en une omission caractérisée par le fait pour les dirigeants sociaux d'une société dont l'actif net est devenu inférieur à la moitié du capital social, du fait des pertes constatées dans les états financiers de synthèse, de n'avoir pas accompli l'une des deux formalités suivantes :
- convoquer, dans les quatre mois qui suivent l'approbation des états financiers de synthèse ayant fait apparaître ces pertes, l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider, s'il y a lieu, la dissolution anticipée de la société<sup>(1)</sup>;
  - déposer au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales, inscrire au registre du commerce et du crédit mobilier et publier dans un journal habilité à recevoir les annonces légales, la dissolution anticipée de la société.

### B. *L'élément moral*

- 545.** Le délit suppose la mauvaise foi du dirigeant social, imposée par l'adverbe «sciemment». La Cour de cassation française<sup>(2)</sup> l'a également rattachée.

Le prévenu ne peut arguer de sa bonne foi au motif que les bénéfices réalisés lors des exercices ultérieurs ont permis de reconstituer un actif net supérieur «au seuil critique» du capital social<sup>(3)</sup>.

## §2. La liquidation de la société

- 546.** La société est, selon l'article 204, en liquidation «dès l'instant de sa dissolution». La liquidation consiste en un ensemble d'opérations visant, après règlement du passif sur les éléments de l'actif, à convertir ces éléments en argent, en vue du partage à effectuer, éventuellement entre les associés.

Le liquidateur joue un rôle particulièrement important dans la réalisation de ces opérations. C'est ainsi que la protection des intérêts des associés et des tiers, passe par une réglementation de ses actes, tant en ce qui concerne sa nomination (A) que l'exercice de sa mission (B).

---

<sup>(1)</sup> Quand l'assemblée décide de poursuivre l'activité sociale, il n'y a pas délit à ne pas réunir chaque année l'assemblée générale extraordinaire tant que le capital social n'est pas reconstitué, mais il faudra réduire le capital après le deuxième exercice. Voy. Trib. corr. Paris, 30 mars 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, p. 434, note *A.P.S.*

<sup>(2)</sup> *Crim.*, 27 avril 1987, *Bull.*, 167.

<sup>(3)</sup> Voy. *Crim.*, 17 octobre 1983, *B.* 246; *Crim.*, 20 mars 1995, *Dr. pén.*, 1995.

### *A. La nomination du liquidateur social*

547. L'AUSC, contrairement à la loi française, ne prévoit pas de sanctions pénales relatives à la désignation du liquidateur, c'est-à-dire le choix de sa personne. En France, ces infractions concernent l'exercice des fonctions de liquidateur en cas d'interdiction ou de condamnation.

Par contre, l'AUSC, comme les autres textes, menace de sanctions pénales le défaut de publicité de la nomination du liquidateur. En effet, l'article 902-1<sup>o</sup> prévoit un emprisonnement ou une amende à l'encontre du liquidateur qui, sciemment, n'aura pas, dans le délai d'un mois à compter de sa nomination, publié dans un journal habilité à recevoir les annonces légales du lieu du siège social, l'acte le nommant liquidateur et déposé au registre du commerce les décisions prononçant la dissolution<sup>(1)</sup>. L'élément matériel de cette infraction résulte donc d'une omission.

### *B. La mission du liquidateur social*

548. Pour prémunir les associés et les tiers contre les liquidations pouvant leur nuire, le législateur a organisé minutieusement la mission des liquidateurs tout en interdisant la soustraction de l'actif de la société. Cette intervention du législateur se traduit par des actes obligatoires et des actes prohibés. La violation de ces règles donne lieu à des infractions d'omission ou de commission.

#### **1. Les infractions d'omission**

549. Sous la menace des peines prévues, encourt une sanction, le liquidateur qui ne convoque pas les associés, en fin de liquidation, pour statuer sur le compte définitif, sur le quitus de sa gestion et la décharge de son mandat et pour constater la clôture de la liquidation.

Il en va de même pour le liquidateur, en cas de liquidation intervenue sur décision judiciaire<sup>(2)</sup>, qui n'aura pas :

– présenté, dans les six mois de sa nomination, un rapport sur la situation active et passive de la société en liquidation et sur la poursuite des opérations de liquidation, ni sollicité les autorités nécessaires pour les terminer ;

<sup>(1)</sup> L'infraction est constituée si le liquidateur s'abstient de vérifier qu'on a bien respecté les directives qu'il avait données d'avoir procédé à la publicité : Crim., 7 mars 1994. *R. soc.*, 1994, p. 506, Obs. BOULOC.

<sup>(2)</sup> Ces règles ne s'appliquent pas lorsque le liquidateur est nommé par l'assemblée générale : Crim., 9 mai 1977, *Bull.*, 167. Elles s'appliquent par contre en cas de liquidation d'une société dissoute à l'amiable sauf clause statutaire : Crim., 7 mars 1994, *R. soc.*, 1994, p. 506, obs. BOULOC.

- établi, dans les trois mois de la clôture de chaque exercice, les états financiers de synthèse au vu de l'inventaire et un rapport écrit dans lequel il rend compte des opérations de la liquidation au cours de l'exercice clôturé;
- permis aux associés d'exercer, en période de liquidation, leur droit de communication des documents sociaux dans les mêmes conditions qu'antérieurement;
- convoqué les associés, au moins une fois par an, pour leur rendre compte des états financiers de synthèse en cas de continuation de l'exploitation;
- déposé à un compte ouvert dans une banque au nom de la société en liquidation, dans le délai de 15 jours, les sommes affectées aux répartitions entre les associées et les créanciers;
- enfin, déposé, sur un compte de consignation ouvert dans les écritures du Trésor, les sommes attribuées à des créanciers ou à des associés et non réclamés par eux<sup>(1)</sup>.

## 2. Les infractions de commission

**550.** A ce niveau, le législateur requiert la mauvaise foi pour sanctionner l'un des deux faits suivants qui entraînent chacun une soustraction de l'actif au détriment des associés :

- l'abus des biens sociaux ou du crédit de la société en liquidation. Il s'agit pour le liquidateur de faire des biens ou du crédit social un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle il était directement ou indirectement intéressé. (Art. 904-1<sup>o</sup>)
- la cession interdite d'actif. Cette cession, totale ou partielle, d'actifs est interdite; lorsqu'elle est faite sans autorisation de la juridiction compétente ou consentement unanime des associés, à une personne ayant eu dans la société la qualité d'associé en nom, de commandité, de gérant, de membre du conseil d'administration, d'administratif général ou de commissaire aux comptes<sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> L'infraction n'est pas constituée si le liquidateur a pu légitimement croire, au moment de la répartition, qu'un créancier avait renoncé à cette qualité.

<sup>(2)</sup> Voy. Crim., 8 nov. 1993, *Revue des sociétés*, 1994, p. 298, obs. BOULOC, sur la recevabilité de l'action civile d'un actionnaire.

## Partie 2

---

# **Les règles propres aux diverses sociétés et au groupement d'intérêt économique**



**551.** Le droit spécial des sociétés commerciales et du G.I.E. a pour objet la mise en œuvre de la théorie générale. Il est composé des différentes formes de sociétés. Malgré les particularités de celles-ci, l'on dénote certaines affinités qui permettent de les regrouper.

Il est classique, en considération des risques encourus par les associés, d'opposer les sociétés de personnes où les risques sont illimités (Titre I<sup>er</sup>) aux sociétés aux risques limités (Titre II).

Il faut le dire, cette division bipartite ne suffit plus pour présenter certaines nouvelles formes de sociétés et de groupements d'affaires. Aussi, est-il inévitable de créer un troisième pôle pour ces groupements d'affaires particuliers (Titre III).



# TITRE I

## LES SOCIÉTÉS DE PERSONNES

**552.** Certaines sociétés présentent la particularité d'être dominées par l'importance des qualités personnelles des associés. Ces sociétés sont appelées sociétés de personnes car les associés s'y groupent en considération de leur personnalité. Dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt, deux types de société méritent cette qualification : les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple.



# CHAPITRE 1

## LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF

---

- 553.** La société en nom collectif définie comme étant «celle dans laquelle tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales»<sup>(1)</sup> est le type même de société de personnes.
- 554.** Tous les associés ont, du seul fait de leur appartenance à la société, la qualité de commerçants et sont assujettis à toutes les obligations de ceux-ci. Ils sont indéfiniment et solidairement responsables du passif de la société. Cette responsabilité très lourde explique pourquoi *l'intuitus personae* joue un rôle considérable dans ce type de société. Etant donné que les associés sont responsables solidairement et sur leur patrimoine propre, il est normal qu'il y ait une confiance réciproque entre eux et un accord de tous pour l'entrée des tiers dans la société.
- 555.** Compte tenu de l'étendue de cette responsabilité, on peut se demander pourquoi les personnes qui veulent exercer leur activité dans le cadre d'une société optent pour cette forme sociétaire. L'explication est très simple : l'adoption de cette forme ne présente pas que des inconvénients. Les personnes qui veulent exercer leur activité dans le cadre d'une société peuvent en effet, trouver au moins deux avantages dans la création d'une société en nom collectif :
- d'une part, cette forme sociétaire convient particulièrement aux entreprises qui groupent un petit nombre d'associés et aux commerçants ayant un patrimoine modeste<sup>(2)</sup>;
  - d'autre part, la simplicité de ses règles de constitution et de fonctionnement la rendent particulièrement attrayante.

### SECTION 1. LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF

- 556.** Les règles générales de formation des sociétés ont vocation à s'appliquer ici. Il ne sera fait état dans cette section que des spécificités de la société en nom collectif. Celles-ci apparaissent tant au regard des conditions de fond qu'au regard des conditions de forme.

---

<sup>(1)</sup> Voy. art. 270 de l'AUSC.

<sup>(2)</sup> Il ne faut cependant pas perdre de vue que, maintenant, la société en nom collectif est choisie comme filiale commune de grandes entreprises.

## §1. Les conditions de fond

**557.** Elles se rattachent aux associés, au capital social et à l'objet social.

### *A. Les associés*

**558.** Les associés de la société en nom sont indéfiniment et solidairement responsables du passif social et ont tous la qualité de commerçant. Cela explique l'existence, dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, de règles particulières fixant les conditions exigées des associés de ce type de société.

**559.** Ceux-ci doivent être deux au minimum, puisque la société en nom collectif ne peut résulter d'un acte unilatéral de volonté<sup>(1)</sup>. Aucun maximum n'est cependant fixé.

**560.** Le consentement et la capacité occupent aussi une place particulière dans les conditions de constitution de la société en nom collectif.

**561.** Le consentement se traduit par la volonté de s'associer. Celle-ci doit être consciente; elle doit également être sincère. De ce point de vue il n'y a aucune différence entre la société en nom collectif et les autres formes de société.

S'il y a une différence c'est au niveau de l'intégrité du consentement. La société en nom collectif est, avec la société en commandite simple, la seule forme de société dans laquelle les vices du consentement sont causes de nullité. C'est ce qui résulte d'une interprétation à contrario de l'article 243 AUSC. En effet, ce texte qui veut que la nullité résultant d'un vice du consentement ne puisse être prononcée que si tous les associés fondateurs sont atteints ne s'applique qu'aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés anonymes.

Les vices du consentement se rencontrent parfois dans la pratique. Ils peuvent comme en droit commun résulter d'une erreur, d'un dol ou d'une violence.

L'erreur peut porter sur la forme de la société adoptée<sup>(2)</sup> ou sur la personne d'un associé<sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> La société commerciale ne peut être constituée par un seul associé que dans les cas prévus par la loi (art. 5); et il n'en est ainsi que s'il s'agit de société à responsabilité limitée (art. 309) ou de société anonyme (art. 385).

<sup>(2)</sup> Ce serait le cas d'une personne qui croyait entrer dans une société à risque limité au moment de donner son consentement alors que la société constituée est une société en nom collectif.

<sup>(3)</sup> Ce serait le cas d'une erreur sur les qualités substantielles d'un associé. Dans la société en nom collectif il est normal qu'une telle erreur soit cause de nullité compte tenu de la place de l'*intuitus personae*.

Le dol suppose qu'un fondateur ait recours à des manœuvres afin d'induire une personne en erreur et l'amener ainsi à faire partie d'une société<sup>(1)</sup>. Il faut bien entendu, comme en droit commun, que les manœuvres aient été telles que sans elles, l'associé qui se prévaut du dol pour demander la nullité de l'acte de société, n'eût pas donné son consentement<sup>(2)</sup>.

Contrairement aux autres vices du consentement, la violence n'est pratiquement jamais invoquée comme cause de nullité de l'acte de société<sup>(3)</sup>, même si on peut la concevoir sur un plan purement théorique<sup>(4)</sup>.

- 562.** Comme le consentement, la capacité constitue une condition importante de constitution d'une société en nom collectif. L'incapacité est une cause de nullité de la société. Cette règle s'explique aisément. Les associés d'une société en nom collectif étant tous des commerçants, il n'est pas concevable qu'un incapable fasse partie de ce type de société, tout au moins à l'origine, l'accès à la profession commerciale étant refusé aux incapables.

En l'absence en droit des sociétés de texte spécial définissant l'incapable, il faut se référer aux règles de droit commun. Il faut considérer, en application de telles règles, comme incapables les personnes auxquelles la loi enlève le droit de participer au commerce juridique pour les protéger, soit contre leur inexpérience (les mineurs)<sup>(5)</sup>, soit contre la défaillance de leurs facultés mentales ou corporelles<sup>(6)</sup>.

- 563.** L'acquisition de la qualité de commerçant qui découle de l'entrée dans une société en nom collectif devait également conduire à considérer que les personnes frappées d'interdiction<sup>(7)</sup> et les personnes exerçant une profession

<sup>(1)</sup> Il serait possible de retenir le dol si par exemple un fondateur par ses déclarations mensongères induisait une personne en erreur en lui faisant croire en des chances de succès qui n'existent pas.

<sup>(2)</sup> Pour une application de cette idée en France, voy. Req., 14 juillet 1862, 1429; Colmar, 30 janv. 1970, *D.*, 1970.297, Note ALFANDARI.

<sup>(3)</sup> A notre connaissance la jurisprudence française n'offre aucun exemple de décision prononçant la nullité de l'acte de société sur le fondement de la violence.

<sup>(4)</sup> La violence pourrait résulter de la contrainte exercée sur une personne pour l'amener à prendre des parts d'une société en nom collectif.

<sup>(5)</sup> Si un mineur ne peut être associé au moment de la constitution, il peut cependant entrer dans la société en cours de vie sociale. Il en est ainsi lorsqu'au décès de son auteur, il y avait une clause de continuation.

<sup>(6)</sup> Définition empruntée au Code sénégalais de la famille.

<sup>(7)</sup> C'est l'article 10 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général qui donne la liste des interdictions. Il résulte de ce texte que ne peuvent exercer une activité commerciale les personnes qui ont fait l'objet d'une interdiction générale définitive ou temporaire prononcée par une juridiction de l'un des Etats parties ou qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive à une peine privative de liberté pour un crime de droit commun, ou à une peine d'au moins trois mois d'emprisonnement non assortie de sursis pour un délit contre les biens, ou une infraction en matière économique ou financière. Ce texte vise aussi les personnes ayant fait l'objet d'une interdiction prononcée par une juridiction professionnelle,

incompatible avec l'exercice d'une activité commerciale<sup>(1)</sup> ne doivent pas pouvoir être membres d'un tel type de société.

Il ne nous semble pas cependant que la présence d'une personne frappée d'interdiction ou exerçant une profession incompatible avec une activité commerciale dans une société en nom collectif soit une cause de nullité de celle-ci. Il y a plutôt des sanctions civiles et pénales et c'est l'associé intéressé qui les subit. Ces sanctions sont prévues par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et précisément par les articles 196 et 229.

Il résulte de l'article 196 que le tribunal prononce la faillite personnelle contre la personne déclarée en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, lorsque celle-ci a commis des actes de mauvaise foi ou des imprudences inexcusables ou a enfreint gravement les règles et usages du commerce. Or, l'article 197 du même Acte uniforme considère comme un acte de cette nature l'exercice d'une activité commerciale contrairement à une interdiction.

Quant à l'article 229, il fait de l'exercice d'une profession commerciale en violation d'une interdiction un cas de banqueroute frauduleuse.

- 564.** L'analyse des dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E. révèle l'importance que le législateur attache à la personne de l'associé. Cela ne doit cependant pas occulter la place des apports dans la contribution de la société en nom collectif; il ne suffit pas en effet, que la volonté d'associés capables soit exprimée; il faut aussi que celle-ci soit concrétisée par la réalisation d'apports constituant le capital social.

---

mais le domaine de cette interdiction est limité puisque seul l'exercice de l'activité commerciale considérée est concerné. Ce texte doit être complété par l'article 203 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui prévoit que la décision qui prononce la faillite personnelle emporte de plein droit l'interdiction générale de faire le commerce.

<sup>(1)</sup> L'article 9 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial déclare incompatible avec l'exercice d'une activité commerciale les fonctions suivantes : fonctionnaires et personnels des collectivités publiques et des entreprises à participation publique; les officiers ministériels; experts comptables agréés et comptables agréés; commissaires aux comptes et aux apports; conseils juridiques et liquidateurs judiciaires.

La liste dressée par l'article 9 ci-dessus n'est pas limitative puisque l'incompatibilité peut résulter de la réglementation applicable à certaines professions.

*B. Le capital social*

**565.** L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ne fixe aucun capital minimum pour la société en nom collectif.

La règle de la responsabilité solidaire et indéfinie des associés constitue une sérieuse garantie pour les créanciers; dans ces conditions le capital social ne présente pas une grande importance dans ce type de société.

**566.** Le capital qui peut donc être purement symbolique est divisé en parts sociales qui peuvent aussi être symboliques puisqu'aucune valeur minimale n'est imposée. Il n'y a qu'une seule exigence en ce qui concerne les parts: elles doivent être de même valeur nominale.

**567.** Les parts sont émises en rémunération des apports effectués par les associés. On peut observer ici qu'il n'existe aucune règle propre aux associés en nom collectif et destinée à fixer le régime des apports. Il faut donc faire appel aux règles générales, et précisément aux articles 41 et suivants consacrés à la réalisation des apports en numéraire et des apports en nature.

**568.** Les apports en numéraire posent essentiellement un problème de libération. L'article 41 alinéa 2 prévoit que les apports en numéraire sont, sauf disposition contraire de l'Acte uniforme sur les sociétés, intégralement libérées au moment de la constitution. Il nous semble, à la lecture de ce texte, qu'en l'absence de règle spécifique consacrée à la libération des apports dans la société en nom collectif, la libération doit être effectuée entièrement au moment de la constitution. Il n'est pas possible de transposer ici la règle retenue en France et qui permet aux associés de libérer les parts sociales représentatives d'apports en numéraire au fur et à mesure des besoins de la société<sup>(1)</sup>.

**569.** En ce qui concerne les apports en nature, ils posent plutôt un problème d'évaluation<sup>(2)</sup>. L'article 49 al. 1<sup>er</sup> de l'AUSC prévoit, à cet égard, qu'il appartient aux associés de procéder à l'évaluation. Celle-ci ne fait pas l'objet, dans les sociétés en nom collectif, d'une procédure de contrôle. En effet le commissaire aux apports n'intervient pour effectuer un contrôle de l'évaluation des apports que dans les cas prévus par la loi; or l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales ne prévoit l'intervention du com-

<sup>(1)</sup> Voy. sur cette question Ph. MERLE, *Droit commercial : Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1991, n° 132, p. 125.

<sup>(2)</sup> Pour la libération, l'Acte uniforme ne fait pas de distinction selon le type de société. Selon l'article 45, al. 2, les apports en nature sont libérés intégralement au moment de la constitution; aucune dérogation n'est prévue.

missaire que dans les sociétés à responsabilité limitée<sup>(1)</sup> et dans les sociétés anonymes<sup>(2)</sup>.

La réalisation des apports permet à la société de disposer des biens nécessaires à la réalisation de l'objet social.

### *C. L'objet social*

- 570.** Considéré comme le genre d'activités auxquelles la société peut se livrer pour faire des bénéfices ou réaliser des économies, l'objet social joue un rôle capital en matière de sociétés commerciales. L'objet social conditionne à certains égards l'existence de la société. En effet, l'objet doit être déterminé et la nullité est encourue si l'objet est illicite<sup>(3)</sup>.
- 571.** En dehors de cet aspect que l'on retrouve dans toutes les sociétés, l'objet présente un intérêt particulier dans les sociétés en nom collectif. C'est lui qui, dans ce type de société, détermine les pouvoirs des dirigeants; ceux-ci pouvant accomplir tous les actes entrant dans l'objet social. Les associés doivent, dans ces conditions, veiller particulièrement à la détermination de l'objet social dans les statuts. Une formule vague pour fixer l'objet peut se révéler catastrophique pour les associés de la société en nom collectif car il permet aux dirigeants d'accomplir les actes divers qui engagent la société, et à travers celle-ci, les associés qui sont tenus indéfiniment et solidairement du passif social.
- 572.** Les règles de fond, ainsi qu'on vient de le constater, occupent une place importante dans la constitution des sociétés, et particulièrement dans les sociétés en nom collectif. Cela ne doit cependant pas faire perdre de vue le caractère formaliste du droit des sociétés qui met également l'accent sur les formalités constitutives.

## **§2. Les formalités constitutives**

- 573.** L'expression de la volonté doit être constatée par la rédaction des statuts. Cette formalité est importante car sans les statuts, il n'est pas possible d'effectuer les formalités de publicité prévues par la loi.

---

<sup>(1)</sup> Art. 312.

<sup>(2)</sup> Art. 400.

<sup>(3)</sup> La licéité de l'objet s'apprécie par rapport à l'activité réellement exercée et non pas à partir de celle qui est indiquée dans les statuts.

*A. Les statuts*

- 574.** Le contrat de société donne nécessairement lieu à l'établissement de statuts puisqu'à défaut de statuts, on se trouve en présence d'une société créée de fait<sup>(1)</sup>.
- 575.** En ce qui concerne le mode d'établissement des statuts, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique donne une certaine liberté aux associés; ceux-ci ont, en effet, le choix entre un acte authentique et tout acte offrant des garanties d'authenticité déposé avec reconnaissance d'écritures et de signatures au rang des minutes d'un notaire<sup>(2)</sup>.

Si les statuts ont fait l'objet d'un acte sous seing privé, il est dressé autant d'originaux qu'il est nécessaire pour le dépôt d'un exemplaire au siège social et l'exécution des diverses formalités requises. Cette règle prévue pour toutes les sociétés est complétée par une autre règle propre aux sociétés de personnes. Selon l'art. 11 *in fine* pour ce type de société, il doit être remis un exemplaire original à chaque associé.

- 576.** Même si l'Acte uniforme ne prévoit pas la nullité comme sanction de l'absence de statuts, dans les sociétés en nom collectif la nullité est encourue à défaut d'écrit. En effet, l'absence d'écrit empêche l'accomplissement des formalités de publicité qui sont exigées à peine de nullité.

*B. Les mesures de publicité*

- 577.** Il est nécessaire de faire connaître aux tiers l'existence de la société. C'est ce qui explique l'obligation faite aux dirigeants d'accomplir certaines mesures de publicité.
- 578.** Ainsi, la société doit faire l'objet d'une immatriculation au registre de commerce et du crédit immobilier. L'absence d'immatriculation prive la société de la personnalité morale car l'article 98 AUSC subordonne la jouissance de la personnalité juridique à l'immatriculation.
- 579.** Il faut ainsi une insertion d'un avis dans un journal habilité à recevoir des annonces légales dans l'Etat partie du siège social. Cet avis, qui doit être signé par le notaire si les statuts ont fait l'objet d'un acte notarié ou par les fondateurs, doit contenir les mentions prévues par l'article 262 AUSC.

---

<sup>(1)</sup> C'est ce qui résulte de l'article 115 al. 1<sup>er</sup> de l'AUSC ainsi conçu : « si, contrairement aux dispositions du présent Acte uniforme, le contrat de société ou, le cas échéant, l'acte unilatéral de volonté, n'est pas établi par écrit et que de ce fait, la société peut être immatriculée, la société est dénommée 'société créée de fait'. Elle n'a pas la personnalité juridique ».

<sup>(2)</sup> Voy. l'article 10 AUSC.

Cette dernière mesure de publicité prend un relief particulier dans les sociétés en nom collectif compte tenu de la sanction énergique que l'article 245 AUSC attache au défaut d'accomplissement de cette formalité. En effet, ce texte prévoit que, dans les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple, l'accomplissement des mesures de publicité est requis à peine de nullité. Cette sanction se présente cependant sous une physionomie particulière, car non seulement la société et les associés ne peuvent pas s'en prévaloir à l'égard des tiers, mais en outre le tribunal a la faculté de ne pas la prononcer si aucune fraude n'est constatée.

## SECTION 2. LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF

**580.** Etudier le fonctionnement de la société en nom collectif, c'est étudier la situation des deux entités qui la font vivre : les gérants et les associés.

### §1. Les gérants

**581.** Comme dans toutes les sociétés, le pouvoir souverain appartient aux associés ; mais ceux-ci ne peuvent pas assurer le fonctionnement quotidien de la société. C'est ce qui explique l'importance du rôle des gérants dont le statut et les pouvoirs sont fixés par les articles 276 à 282 AUSC.

#### *A. Le statut du ou des gérants*

**582.** Les associés disposent de pouvoirs très étendus pour nommer le ou les gérants ou mettre fin à leurs fonctions.

#### **1. Nomination du gérant**

**583.** Une grande liberté est laissée aux associés pour la désignation du ou des gérants, puisque l'article 276 al. 2 AUSC prévoit que les statuts organisent librement la gérance.

**584.** Si les associés n'usent pas de la prérogative qui leur est reconnue en fixant dans les statuts les règles organisant la gérance, tous les associés sont réputés être gérants ; chacun pourra alors accomplir séparément tous les actes nécessaires à l'administration de la société.

**585.** La situation la plus courante correspond cependant à celle où les associés conviennent de désigner un gérant<sup>(1)</sup> qui aura seul la signature sociale. Ils

---

<sup>(1)</sup> Plusieurs gérants peuvent être désignés.

disposent à cet égard d'une grande marge de manœuvre. La liberté qui leur est ainsi reconnue apparaît à plusieurs niveaux.

Au regard du mode de désignation, ils ont le choix entre la nomination dans les statuts et la nomination dans un acte ultérieur.

En ce qui concerne la personne du gérant, rien n'est imposé aux associés. C'est ainsi qu'ils ont le choix entre désigner une personne physique ou désigner une personne morale; dans ce dernier cas, les dirigeants de la personne morale «sont soumis aux mêmes responsabilités civiles et pénales que s'ils étaient gérants en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire» de celle-ci<sup>(1)</sup>.

Ils ont aussi le choix entre désigner un associé et désigner un tiers<sup>(2)</sup>.

- 586.** La liberté ainsi accordée aux associés dans l'organisation de la gérance n'est cependant pas sans limite. Ils doivent en effet, dans la désignation des gérants, tenir compte des textes qui interdisent l'exercice d'une activité de direction d'une société à certaines personnes; ainsi ne pourront être nommés gérants ceux qui ont été déclarés en faillite personnelle à la suite d'un jugement prononçant le redressement judiciaire ou la liquidation des biens. Il convient de rappeler à ce propos que la décision qui prononce la faillite personnelle emporte de plein droit l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale à forme individuelle ou une personne morale ayant une activité économique<sup>(3)</sup>.

## 2. La fin des fonctions

- 587.** L'Acte uniforme n'a consacré que de rares dispositions aux causes et aux effets de la cessation des fonctions, laissant une grande marge de manœuvre aux associés.

### *a) Les causes de cessation des fonctions de gérant*

- 588.** Même si l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ne régleme dans ses dispositions consacrées aux sociétés en nom collectif, que la révocation du gérant, il ne fait aucun doute que la fin des fonctions peut provenir d'autres causes.

<sup>(1)</sup> Voy. art. 276, al. 3.

<sup>(2)</sup> Les associés hésiteront cependant à choisir un tiers qui se sentirait moins concerné par la gestion des affaires sociales que l'un d'eux car n'étant pas soumis à la règle de la responsabilité solidaire et indéfinie.

<sup>(3)</sup> Voy. art. 203, A.U.P.C.

- 589. La révocation.** Pour éviter l'inamovibilité du gérant, l'Acte uniforme a consacré le droit pour les associés de provoquer son départ en le révoquant. Les conditions de la révocation dépendent de la qualité du gérant. Aussi, faut-il distinguer selon que le gérant est associé ou ne l'est pas.
- 590.** *La révocation d'un gérant associé.* Lorsque le gérant est un associé, trois cas de figure peuvent se présenter.
- 591.** Il se peut, tout d'abord, que tous les associés soient gérants. Il en est ainsi, par exemple, à défaut d'organisation de la gérance dans les statuts. Dans une telle hypothèse, la révocation de l'un d'eux ne peut résulter que d'une décision unanime des autres associés.
- 592.** Il se peut ensuite que la gérance soit assurée par un associé désigné dans les statuts. Dans un tel cas de figure aussi, il faut une décision unanime des autres associés<sup>(1)</sup>. La même règle doit être appliquée lorsque, plusieurs associés gérants étant nommés dans les statuts, l'un d'eux doit être révoqué. En pareil cas, même ceux qui ont la qualité de gérant doivent pouvoir participer à la prise de décision<sup>(2)</sup>.
- 593.** Il peut arriver enfin que la gérance soit assurée par un associé non désigné dans les statuts. Dans un tel cas, la révocation résulte d'une décision prise à la majorité en nombre et en capital des autres associés.

<sup>(1)</sup> En France, une Cour d'appel, partant de l'idée que l'article 18 de la loi de 1966 use du pluriel (les associés) et emploie le terme «unanimité», avait estimé que lorsque le capital est détenu par l'associé lorsque le capital n'est détenu que par deux associés, la révocation du gérant par son co-associé était impossible. C.A. Paris, 3<sup>e</sup> Ch., 12 sept. 1995, *J.C.P.*, éd. E. 1995, I, n<sup>o</sup> 505, p. 457, *RJDA*, 1996, n<sup>o</sup> 238, p. 173.

<sup>(2)</sup> En France, il y avait un problème d'interprétation de l'article 18 al. 1<sup>er</sup> de la loi de 1966 qui est rédigé exactement de la même manière que l'article 279 al. 1<sup>er</sup> AUSC. On s'est demandé ce qu'il faut entendre par «autres associés» lorsque le texte parle de décision prise à l'unanimité des autres associés. S'agit-il des associés autres que les gérants ou simplement des associés autres que celui qui doit être révoqué? Tirant argument de ce que l'alinéa 2 de l'article 18 consacré à la révocation des gérants non statutaires parle de décision prise à l'unanimité des autres associés en précisant «gérants ou non», certains auteurs ont soutenu que l'absence de précision dans l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 18 signifie que les associés gérants sont exclus du vote et que la décision est prise par les associés autres que les gérants. Cette interprétation a été écartée par la plupart des auteurs pour au moins deux raisons : d'une part, elle devient insoutenable lorsque tous les associés sont gérants, hypothèse également visée par l'article 18, al. 1<sup>er</sup>; d'autre part, elle conduit à priver une certaine catégorie d'associés du droit de vote; or un associé ne peut être privé de ce droit qu'en vertu d'une disposition légale expresse, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Voy. sur l'ensemble de la question MERCADAL et JANIN, *Sociétés Commerciales*, Lefèvre, n<sup>o</sup> 533. Voy. aussi DEREU, *Juris. Cl. Sociétés*, Fasc. 54, n<sup>o</sup> 68.

Dans l'Acte uniforme le problème ne se pose pas puisque la précision qui conduisait les auteurs à cette interprétation critiquée n'existe pas dans l'article 280, al. 2, consacré à la révocation de l'associé gérant qui n'est pas nommé dans les statuts.

En déclarant nulle toute clause contraire, les rédacteurs de l'Acte uniforme se sont écartés sur ce point de la solution retenue dans la loi française du 24 juillet 1966 qui s'en remet, dans certains cas<sup>(1)</sup>, aux statuts pour fixer les conditions de la révocation.

- 594.** *La révocation d'un gérant non associé.* Lorsque le gérant est un tiers non désigné dans les statuts, sa révocation est décidée à la majorité en nombre et en capital des autres associés. L'Acte uniforme ne consacre en revanche aucune disposition à la révocation du tiers nommé gérant dans les statuts.
- 595. Les autres causes de cessation des fonctions.** L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ne fait aucune allusion à ces causes, mais il va de soi que certains événements qui touchent la vie du gérant, lorsqu'ils se réalisent, entraînent automatiquement la fin des fonctions du gérant.
- 596.** Tel est le cas, bien évidemment, du décès d'un gérant personne physique ou de la dissolution d'une personne morale nommée gérant.
- 597.** Tel est également le cas de la survenance d'une incapacité, du prononcé de la faillite personnelle ou de tout autre événement empêchant de manière durable l'exercice des fonctions (maladie prolongée par exemple).
- 598.** Pas plus que ces événements qui affectent la vie du gérant, la démission n'est visée par l'Acte uniforme. Il ne fait cependant aucun doute que le gérant peut démissionner de ses fonctions, et il n'y a pas à distinguer selon qu'il s'agit de gérant statutaire associé ou de gérant non statutaire, car on ne peut pas maintenir en fonction quelqu'un contre sa volonté.

On s'est certes demandé en France où le législateur observe le même mutisme, si la démission du gérant statutaire associé ne devrait pas être subordonnée à l'accord unanime des autres associés, une telle démission entraînant une modification des statuts. Mais la Cour de cassation, établissant une symétrie avec la révocation, a estimé que le droit de démissionner, comme celui de révoquer, est discrétionnaire<sup>(2)</sup>.

Le droit de démissionner est d'autant plus justifié que dans certains cas aucune durée n'est fixée pour l'exercice des fonctions; or lorsqu'un acte est conclu sans limitation de durée, le droit de résiliation unilatérale est reconnu à toutes les parties.

---

<sup>(1)</sup> L'article 18 al. 2 de la loi française de 1966 prévoit que le gérant associé non statutaire est révoqué dans les conditions définies dans les statuts; c'est en l'absence de stipulations statutaires que la révocation est décidée à l'unanimité des autres associés, qu'ils soient gérants ou non.

<sup>(2)</sup> Soc., 6 mai 1982, *Rev. soc.*, 1982, 523, note LE CANNU.

- 599.** Lorsque la durée du mandat du gérant est fixée dans les statuts ou dans l'acte constatant la nomination, l'arrivée du terme entraîne automatiquement la fin desdites fonctions.

*b) Les effets de la cessation des fonctions*

- 600.** L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales ne se préoccupe que d'une cause de cessation des fonctions, la révocation; il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que seuls les effets de la révocation soient précisés. L'analyse des articles 279 à 282 consacrés à la révocation révèle que celle-ci produit des effets tant sur la situation de la société que sur celle du gérant.
- 601. Effets sur la situation de la société.** Lorsque tous les associés sont gérants, la révocation de l'un d'eux entraîne la dissolution de la société. Il y a également dissolution lorsque le gérant associé a été désigné dans les statuts.
- 602.** Cette dissolution qui s'explique par le fait que l'attribution de la qualité de gérants a pu déterminer les adhésions au pacte social<sup>(1)</sup> est cependant écartée dans certains cas.

Il en est ainsi lorsque la continuation avait été prévue par les statuts. Pour éviter une inamovibilité de fait du gérant découlant de la crainte de la dissolution, les associés peuvent insérer dans les statuts une clause de continuation.

La dissolution est également évitée si les autres associés décident à l'unanimité la continuation de la société.

- 603.** Lorsque la révocation n'est pas suivie d'une dissolution, le gérant peut choisir de quitter la société en demandant le remboursement de ses droits sociaux. L'article 280 al. 1<sup>er</sup> laisse aux intéressés le soin de fixer la valeur de ces droits. C'est à défaut d'accord que l'intervention d'un expert sera nécessaire pour l'évaluation. L'expert est désigné par le président de la juridiction compétente statuant à bref délai.

Lorsque le gérant n'est pas désigné dans les statuts, qu'il soit associé ou non, sa révocation est sans incidence sur la vie de la société; elle peut cependant déboucher sur sa condamnation au paiement de dommages-intérêts.

- 604. L'incidence sur la situation du gérant.** Le gérant même statutaire ne peut être irrévocable; il bénéficie cependant d'une certaine protection, car s'il est révoqué sans justes motifs, il pourra bénéficier d'une indemnité conformément à l'article 281 AUSC.

---

<sup>(1)</sup> Voy. DEREU, *Jurisl. Soc.*, Fasc. 55, n° 89.

Il appartient aux tribunaux de décider, dans chaque cas, s'il y a ou non justes motifs. Une révocation pourrait être considérée comme non justifiée si elle procédait d'une simple volonté d'une nouvelle majorité d'être représentée par un nouveau mandataire.

- 605.** Pour éviter une protection illusoire, les rédacteurs de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ont fait de la règle contenue dans l'article 281 une règle d'ordre public, en condamnant toute clause contraire. La controverse qui s'est développée en France<sup>(1)</sup> à propos de l'article 18 dernier alinéa de la loi de 1966 qui est repris par l'article 281 est définitivement écartée ici.
- 606.** Il ne faut cependant pas se méprendre sur le sens et la portée d'une telle règle. Il ne fait aucun doute que les rédacteurs n'ont pas voulu faire du juste motif une condition de validité de la révocation; il s'ensuit que le gérant qui serait révoqué sans justes motifs ne pourrait pas demander sa réintégration.
- 607.** L'analyse des dispositions consacrées à la révocation révèle une volonté certaine des rédacteurs de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique de rechercher un équilibre entre les intérêts de la société et ceux du gérant. La recherche de cet équilibre devrait également conduire à considérer que si le gérant démissionne sans motifs légitimes et si cette démission cause un préjudice à la société, il devrait être condamné à payer des dommages-intérêts<sup>(2)</sup>.

### 3. La rémunération du gérant

- 608.** La seule disposition de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique consacrée à cette question, l'article 278, ne règle qu'un problème, celui qui est relatif à la majorité requise pour fixer le montant de cette rémunération. Il résulte de ce texte que la rémunération est fixée à la majorité en nombre et en capital des associés. Cette double majorité requise peut cependant être source de difficulté. C'est certainement ce qui explique que le législateur ait réservé aux associés la possibilité de prévoir une majorité différente soit dans les statuts soit dans

---

<sup>(1)</sup> Certains auteurs ont soutenu en France que les clauses écartant l'indemnisation du gérant sont valables (voy. par ex. MERCADAL et JANIN *op. cit.*, n° 532). D'autres ont soutenu que de telles clauses étaient nulles. HEMARD, TERRÉ et MABILAT, *Sociétés Commerciales*, T. I, n° 263.

<sup>(2)</sup> En France, la Cour de cassation a estimé que le régime de la démission devait être déterminé par réciprocité avec celui de la révocation. Req., 8 déc. 1890, *D.*, 1891-1-458.

une délibération postérieure. L'expression «sauf clause contraire des statuts ou d'une délibération» utilisée montre que la règle n'est pas d'ordre public.

- 609.** Il est possible que le gérant soit lui-même associé; dans une telle hypothèse, il ne participe pas au vote et ses parts ne sont pas prises en compte. En effet, l'article 278 al. 2 précise qu'en pareil cas la décision est prise à la majorité en nombre et en capital des autres associés.
- 610.** Le silence observé en ce qui concerne les modes d'attribution de la rémunération signifie que les rédacteurs de l'Acte uniforme entendent laisser une totale liberté aux associés sur ce point. Ils peuvent donc opter pour une rémunération fixe et indépendante des résultats de l'exploitation, pour une rémunération calculée sur la base du chiffre d'affaires ou des bénéfices réalisés ou pour une rémunération fixe à laquelle s'ajouterait une fraction des bénéfices.
- 611.** Normalement, la rémunération des gérants ne devrait pas être une décision de nature à diviser les associés. Il ne faudrait cependant pas exclure totalement l'éventualité d'une opposition ente associés. Si une telle opposition est telle qu'il soit impossible d'obtenir la majorité requise, que faudrait-il faire?
- 612.** Etant donné que le gérant ne doit pas faire les frais d'un désaccord entre associés, il devrait être possible de s'en remettre aux tribunaux.

### *B. Les pouvoirs du gérant*

- 613.** Les dirigeants des sociétés disposent des prérogatives les plus étendues pour agir au nom de celles-ci. Cette règle qui résulte de la combinaison des articles 121 à 123 AUSC est précisée, pour ce qui concerne les gérants des sociétés en nom collectif, par l'article 277 qui invite à distinguer les pouvoirs internes et les pouvoirs externes.

#### **1. Les pouvoirs internes**

- 614.** L'article 277 al. 1<sup>er</sup> AUSC qui fixe l'étendue des pouvoirs internes se réfère aux rapports entre associés; cette référence nous semble quelque peu maladroite car les gérants ne sont pas nécessairement des associés. Sous le bénéfice de cette observation, il convient de distinguer le cas du gérant unique de celui de la pluralité de gérants.
- 615. Le gérant unique.** Il résulte de l'article 277 al. 1<sup>er</sup> AUSC qu'en l'absence de détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant est habilité à accomplir tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société.

Ce texte donne ainsi aux associés le droit de fixer les pouvoirs du gérant dans les statuts. Il peut ainsi être stipulé que le gérant ne pourra accomplir que certains actes importants ou ne pourra les accomplir qu'avec l'autorisation préalable de l'assemblée des associés.

**616.** Il est rare cependant que le gérant soit ainsi bridé, car il a besoin d'une marge de manœuvre suffisante, inhérente à l'exercice de ses fonctions<sup>(1)</sup>.

**617.** Lorsqu'il y a une clause statutaire limitant les pouvoirs du gérant, l'acte accompli en violation d'une telle clause reste valable car les associés ne pourront pas s'en prévaloir dans leurs rapports avec les tiers.

Ils pourront cependant poursuivre le gérant fautif pour obtenir réparation du préjudice subi de ce fait; ils pourront aussi le révoquer sans exposer la société à une condamnation au paiement de dommages-intérêts car il y aurait un juste motif de révocation.

**618.** Si les statuts ne comportent aucune clause limitant les pouvoirs du gérant, celui-ci pourra accomplir tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société.

**619.** L'article 277 al. 1<sup>er</sup> utilise l'expression acte de gestion sans en donner des définitions. Il pose donc les mêmes problèmes d'interprétation que l'article L. 13 al. 1<sup>er</sup> de la loi française de 1966 qui lui sert de modèle.

Les auteurs prennent en compte l'objectif visé. Ainsi, serait un acte de gestion l'acte accompli par le gérant en vue de la réalisation de l'objet social<sup>(2)</sup>. L'acte de gestion ainsi défini englobe aussi bien l'acte d'administration que l'acte de disposition.

**620.** Il ressort donc de l'article 273 al. 1<sup>er</sup> que lorsque les statuts ne comportent pas de clause limitant leurs pouvoirs, les gérants ont des prérogatives très étendues. Il ne faut pas cependant en déduire que de telles prérogatives sont illimitées. L'efficacité de l'acte accompli par le gérant est en effet subordonné à l'intérêt social et le gérant ne peut accomplir qu'un acte conforme à l'intérêt de la société.

**621. La pluralité de gérants.** Lorsque plusieurs gérants sont désignés, chaque gérant détient le pouvoir d'accomplir seul les actes de gestion dans l'intérêt de la société.

---

<sup>(1)</sup> Voy. sur cette question, GUYON, *Droit des affaires*, Economica, 8<sup>e</sup> éd., 1994, n° 265, p. 259.

<sup>(2)</sup> RIPERT et ROBLOT par GERMAIN et VOGEL, *op. cit.*, n° 1195, p. 929.

**622.** L'article 277 al. 1<sup>er</sup> *in fine* réserve toutefois la possibilité pour chacun de s'opposer à toute opération envisagée pour un autre, tant qu'elle n'est pas conclue. Il n'a cependant ni prévu le mode d'expression de l'opposition, ni déterminé les effets de l'opposition régulièrement formée. A notre avis, l'opposition peut résulter d'un acte quelconque dès lors que la volonté de former un veto est sans ambiguïté. L'opposition pouvant déboucher sur une «guerre de tranchées», lorsque le gérant qui envisage l'accomplissement d'un acte maintient sa décision, l'intervention des autres associés peut se révéler nécessaire. Ceux-ci devraient pouvoir lever une opposition qui se révèle illégitime.

## 2. Les pouvoirs externes

**623.** Il convient de distinguer là aussi selon qu'il s'agit de gérant unique ou de plusieurs gérants.

### a) *En cas de gérant unique*

**624.** Soucieux d'assurer la protection des tiers qui ont contracté avec le gérant, en leur évitant les difficultés liées à la recherche des pouvoirs de celui-ci par une lecture minutieuse des statuts, les rédacteurs de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt ont repris la règle contenue dans l'article 4 de la loi française du 26 juillet 1966.

En effet, l'article 273 al. 2 prévoit que dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes qui entrent dans l'objet social. Ainsi, dans ce type de rapports, le gérant dispose des pouvoirs les plus étendus pour engager la société ; il lui suffit de montrer qu'il entend prendre l'engagement au nom de la société en utilisant la signature sociale<sup>(1)</sup>. Cette règle assure la sécurité des tiers d'autant plus que selon l'article 273 dernier alinéa, toutes les clauses statutaires qui restreignent les pouvoirs du gérant leur sont inopposables. L'article 273, dernier alinéa, qui interdit ainsi aux associés de se prévaloir, vis-à-vis des tiers, des clauses statutaires limitant les pouvoirs du gérant ne distingue pas selon que le tiers est de bonne ou de mauvaise foi. Faut-il en déduire que même les tiers de mauvaise foi sont protégés? Ce que l'on peut observer c'est que le texte est en contradiction

---

<sup>(1)</sup> Il semble même que la société puisse être engagée si le gérant n'utilise pas la signature sociale (voy. POUGOUE ANOUKAHA et NGUEBOU, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, PUA 1998, Collection Droit Uniforme, n° 337, p. 153). Mais dans ce cas, il faut que le tiers qui se prévaut, à l'égard de la société de l'engagement, apporte la preuve de son caractère social. Voy. DEREU, *Juris. Cl.*, Sociétés précit., fasc. 56A, n°s 6 et s. Lorsque le gérant accomplit une opération en son nom personnel, la société n'est pas engagée puisque dans un tel cas, il agit en dehors de l'exercice de ses fonctions.

avec l'article 123 al. 2 qui se trouve dans les règles communes à toutes les sociétés et qui déclare les clauses limitant les pouvoirs des gérants inopposables aux seuls tiers de bonne foi.

- 625.** En précisant dans les articles 465 (à propos du Président Directeur Général), 488 dernier alinéa (à propos du Directeur Général) et 498 dernier alinéa (à propos de l'Administrateur Général) que la protection contre les stipulations statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants est réservée aux tiers de bonne foi, et en parlant de tiers sans distinction dans l'article 277 dernier alinéa (consacré au gérant de la S.N.C.), les rédacteurs de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ont entendu certainement dire que, dans les sociétés en nom collectif, la connaissance par le tiers de la limitation des pouvoirs du gérant ne l'empêche de disposer d'une action pour obtenir l'exécution de l'acte accompli<sup>(1)</sup>.
- 626.** Le souci d'assurer la sécurité des tiers ne doit cependant pas faire oublier la nécessité de prendre en compte les intérêts des associés qui, étant tenus indéfiniment et solidairement du passif social, risquent de supporter les conséquences des actes passés par le gérant.

C'est ce qui explique que les pouvoirs du gérant soient limités par l'objet social. La société en nom collectif, contrairement aux sociétés à risques limités, n'est engagée que par les actes du gérant qui entrent dans l'objet social.

Il appartient aux associés de fixer cet objet dans les statuts et ils ont tout intérêt à le déterminer avec précision, puisque de la rédaction des statuts dépendra la compétence des gérants. Il est évident qu'une simple formule vague ou imprécise autorise le gérant à accomplir tous les actes d'administration et de disposition dès lors qu'ils se rattachent au but poursuivi par les associés en constituant la société.

- 627.** Il est admis en France<sup>(2)</sup> que, dans le silence des statuts, le gérant peut accomplir les actes se rattachant aux fonctions d'autorité<sup>(3)</sup>, les actes se rattachant à l'administration du patrimoine social<sup>(1)</sup> et les actes nécessaires à l'exploitation sociale<sup>(2)</sup>. Il ne doit cependant pas accomplir des actes réser-

---

<sup>(1)</sup> Voy. pour le Droit français DERIEU, *op. cit.*, n° 89. Le caractère dangereux de l'article 123 al. 2 AUSC avait déjà été souligné par un auteur qui fait observer qu'il ne protège que le tiers de bonne foi alors que l'article 121 protège les tiers sans distinction aucune. Voy. ISSA-SAYEGH, présentation des dispositions générales de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales. Communication au séminaire organisé par le Centre de Formation Judiciaire de Dakar, 27-30 avril 1998, portant sur le thème «un droit régional en gestation».

<sup>(2)</sup> Dereu, *Juris. Cl. Soc.*, fasc. 56-A, précité, n°s 42 et s.

<sup>(3)</sup> Recrutement et révocation des employés, détermination de leur rémunération, etc.

vés par la loi à l'assemblée des associés; on en déduit qu'il ne peut aliéner le fonds de commerce qui est l'unique objet de l'exploitation<sup>(3)</sup>.

***b) En cas de pluralité de gérants***

- 628.** Si les associés choisissent la formule de la co-gérance, chacun des gérants désignés pourra engager la société à l'égard des tiers par les actes qui entrent dans l'objet social, comme s'il était gérant unique.
- 629.** Comme dans le cas d'une gérance assurée par une seule personne, là aussi, les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers. Il s'ensuit que ni la société, ni les associés ne peuvent se prévaloir, à l'encontre des créanciers, des stipulations statutaires qui répartissent les pouvoirs entre les gérants ou qui exigent des gérants qu'ils agissent collectivement.
- Etant donné que l'article 277 dernier alinéa protège les tiers sans distinction, la connaissance, par une personne, de l'existence d'une clause portant répartition des pouvoirs entre gérants ne peut l'empêcher d'agir contre la société pour l'exécution d'un acte entrant dans l'objet social, mais ne rentrant pas dans la compétence du gérant qui l'a accompli.
- 630.** Pas plus que les stipulations statutaires, l'opposition d'un gérant à l'accomplissement d'un acte par un autre gérant ne saurait être invoquée contre un tiers. L'article 277 avant-dernier alinéa réserve cependant la possibilité de se prévaloir de l'opposition à l'égard du tiers, en prouvant qu'il en a eu connaissance au moment de l'accomplissement de l'acte.
- 631.** On comprend difficilement le choix opéré ici. La protection contre l'opposition n'est assurée qu'au tiers qui n'en a pas eu connaissance, alors que la protection contre les clauses statutaires est assurée à tous, donc même à ceux qui savaient que le gérant ne pouvait pas accomplir l'acte en question.

## §2. Les associés

- 632.** Les associés en nom sont dans une situation juridique très particulière; c'est ce qui explique le caractère personnel très marqué des sociétés en nom collectif et l'importance des qualités personnelles de chaque associé.

---

<sup>(1)</sup> Actes tendant à conserver les droits de la société, location des immeubles, actions en justice.

<sup>(2)</sup> Achats ou ventes de biens se rattachant à l'exploitation sociale, opérations de crédit, etc.

<sup>(3)</sup> Un tel acte équivaut à une dissolution anticipée et ne peut être accompli que par l'assemblée. GUYON, *op. cit.*, n° 266, p. 260.

*A. La situation juridique des associés en nom*

633. Si les droits des associés en nom sont pratiquement identiques à ceux des membres des sociétés d'un autre type, leurs obligations sont très différentes.

**1. Droits des associés en nom**

634. Comme tous les associés, les membres d'une société en nom collectif ont le droit de participer au profit collectif réalisé dans le cadre de l'exploitation sociale<sup>(1)</sup>; ils ont aussi et surtout – et c'est la contrepartie de leur responsabilité solidaire et indéfinie – le droit de prendre part aux grandes décisions et le droit d'être informés sur l'activité des gérants.

*a) Le droit de prendre part aux décisions*

635. Il se traduit par le droit de vote appartenant à chaque associé et s'exerçant selon les modalités fixées par l'article 284 AUSC.

636. **Les modalités d'exercice du droit de vote.** En principe, les décisions sont prises dans le cadre d'une assemblée dont les règles de convocation et de fonctionnement sont fixées par les articles 286 et 287 AUSC. Il résulte de l'article 286 que l'assemblée se réunit sur convocation du ou des gérants; cette convocation, qui doit intervenir au moins 15 jours avant la tenue de l'assemblée, est faite par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception; elle doit indiquer la date, le lieu de réunion et l'ordre du jour.

A l'issue de la réunion, un procès-verbal comportant la signature de chacun des associés présents est établi.

Pour éviter l'adoption des décisions à l'insu de certains associés, l'Acte uniforme sanctionne sévèrement l'irrégularité de la convocation. En effet, la nullité de l'assemblée est encourue toutes les fois que les règles de convocation auront été violées<sup>(1)</sup>. Toutefois, l'Acte uniforme, transposant ici la règle «Pas de nullité sans grief» connue en droit judiciaire privé, déclare irrece-

---

<sup>(1)</sup> Ils ont droit à une part des bénéfices distribuables déterminés dans les conditions prévues par les articles 143 et s. Il y a juste lieu de noter que la société en nom collectif n'est pas tenue de constituer une réserve légale contrairement aux sociétés à responsabilité limitée (art. 346, al. 2) et aux sociétés anonymes (article 546, al. 2). Ils ont également le droit de profiter des économies réalisées. Comme l'a fait observer un auteur (GUYON, *op. cit.*, n° 118, p. 118), «Lorsque la société se limite à permettre de réaliser des économies, la question de la détermination des droits individuels des associés ne se pose pas. Chacun profite automatiquement de la réduction de ses frais généraux résultant de la prise en charge par la société de certaines activités».

vable l'action en nullité, lorsque, malgré l'irrégularité de la convocation, tous les associés ont été présents ou représentés.

- 637.** Pour éviter les complications liées parfois à la convocation d'une réunion et au déplacement des associés, les statuts peuvent prévoir que certaines décisions pourront être prises par voie de consultation écrite<sup>(2)</sup>, en prenant soin de préciser les modalités de la consultation ainsi que les règles de quorum et les règles de majorité<sup>(3)</sup>. En cas de consultation écrite, il en est fait mention dans le procès-verbal établi et signé par les gérants et auquel est annexée la réponse de chaque associé.
- 638.** La liberté ainsi reconnue aux associés en ce qui concerne les modalités d'exercice du droit de participer aux décisions collectives est cependant doublement limitée.
- 639.** D'une part, la tenue d'une assemblée est obligatoire toutes les fois qu'un associé en fait la demande.

D'autre part, l'examen des comptes annuels doit être fait au cours d'une assemblée. Cela résulte clairement de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 288 AUSC. ainsi conçu : «Il est tenu chaque année, dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice, une assemblée générale annuelle au cours de laquelle le rapport de gestion, l'inventaire et les états financiers de synthèse établis par les gérants sont soumis à l'approbation de l'assemblée des associés». La netteté des termes utilisés<sup>(4)</sup> et la référence, dans les alinéas suivants, aux conditions de tenue de cette assemblée montrent que les rédacteurs de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ont entendu écarter la consultation écrite en la matière, évitant du coup la controverse qu'a fait naître, en France, la rédaction de l'article 16 de la loi du 24 juillet 1966<sup>(5)</sup>.

L'article 288 a déterminé avec beaucoup de soin les règles de tenue de cette assemblée. Ainsi, l'alinéa 2 de cet article fait obligation aux dirigeants de communiquer, préalablement à la tenue de l'assemblée<sup>(1)</sup>, certains documents : rapports de gestion, inventaire, états financiers de synthèse, texte des résolutions proposées et, le cas échéant, le rapport du commissaire aux

(1) Article 286 dernier alinéa AUSC.

(2) L'article 284 AUSC prévoit que les décisions sont prises en assemblée ou par consultation écrite. A notre avis c'est dans les statuts que les associés indiquent les décisions pouvant être prises en consultation écrite.

(3) Article 285 AUSC.

(4) L'alinéa 2 de l'article 16 parle de tenue de l'assemblée et l'alinéa 3 règle les questions de quorum et de présidence.

(5) L'article 16, al. 1<sup>er</sup> de cette loi prévoit que «le rapport de gestion, l'inventaire et les comptes annuels établis par les gérants sont soumis à l'assemblée des associés dans le délai

comptes. Il faut que les associés puissent se présenter à cette assemblée avec les éléments nécessaires pour une appréciation de la gestion des affaires sociales. L'importance de cette communication n'a pas échappé aux rédacteurs de l'Acte uniforme qui prévoient la nullité de la délibération intervenue en violation de la règle prévue par l'alinéa 2. En ce qui concerne l'alinéa 3, il règle deux problèmes :

– d'une part, celui du quorum ; l'assemblée, précise ce texte, ne peut valablement se tenir que si elle réunit une majorité d'associés représentant la moitié du capital<sup>(2)</sup> ;

– d'autre part, celui de la présidence ; celle-ci est assurée par l'associé qui représente, par lui-même ou en tant que mandataire, le plus grand nombre de parts sociales.

**640.** En faisant de l'article 288 consacré à l'assemblée annuelle un texte impératif<sup>(3)</sup>, les rédacteurs de l'Acte uniforme restreignent la liberté des associés. Cette solution est très différente de celle qu'elle adopte à propos des prises de décisions où une certaine liberté est laissée aux associés.

**641. Les règles de prise de décision.** Selon l'article 283 al. 1<sup>er</sup>, toutes les décisions qui excèdent les pouvoirs des gérants sont prises à l'unanimité des associés. Cette règle se justifie aisément car les associés, étant tenus indéfiniment et solidairement du passif, la voix de chacun d'eux doit compter dans la prise de décision. L'unanimité n'est donc pas seulement requise pour les décisions les plus graves ; elle l'est pour toutes les décisions qui excèdent les pouvoirs des gérants.

**642.** La règle formulée par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 283 n'est cependant pas d'ordre public, puisque l'alinéa 2 du même article permet aux associés de l'écarter par une stipulation contraire insérée dans les statuts. Les associés peuvent en effet prévoir que certaines décisions seront prises à une majorité qu'ils fixent. Les clauses statutaires écartant la règle de l'unanimité ne sont

---

de six mois à compter de la clôture dudit exercice». Certains auteurs, partant de l'idée que l'article 16, qui est un texte impératif, emploie le mot « assemblée », estiment que la consultation écrite est impossible. Voy. DERRIDA, *Rep. Dalloz Sociétés*, V<sup>o</sup> Société en nom collectif n<sup>o</sup> 146 : MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 575 RIPERT et ROBLOT par GERMAIN et VOGEL, n<sup>o</sup> 1202, p. 933. D'autres auteurs estiment, quant à eux, que la consultation écrite est possible car, selon eux, la comparaison de l'article 16 et de l'article 57 consacré à la société à responsabilité limitée montre que le législateur s'exprime en termes beaucoup plus nets lorsqu'il entend écarter une consultation écrite. Voy. GUYON, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 258, p. 255.

<sup>(1)</sup> 15 jours avant, dit l'article 288, al. 2.

<sup>(2)</sup> Le texte ne dit pas ce qui se passe lorsque le quorum n'est pas atteint.

<sup>(3)</sup> Le dernier alinéa de l'article 288 condamne les stipulations statutaires destinées à écarter les règles de tenue de cette assemblée.

interdites que pour les décisions relatives à la révocation du gérant associé statutaire<sup>(1)</sup> et celles qui concernent la cession des parts<sup>(2)</sup>.

- 643.** L'Acte uniforme écarte parfois lui-même la règle de l'unanimité en se contentant d'une décision prise à la majorité. Ainsi en matière de révocation du gérant non statutaire, l'article 280 al. 2 prévoit que la décision peut être prise par la majorité en nombre et en capital des associés.

Les cas dans lesquels la règle de l'unanimité est écartée restent cependant exceptionnels. L'Acte uniforme a voulu ainsi tenir compte de la particularité de ce type de société en donnant à chaque associé une voix ; le poids électoral n'est donc pas fonction du poids financier. Il ne suffit pas cependant de donner à l'associé le droit de peser dans les grandes décisions ; il faut aussi lui permettre d'exercer son droit de vote en connaissance de cause. C'est ce qui explique l'attribution, à l'associé en nom, d'un autre droit : le droit à l'information.

***b) Le droit à l'information***

- 644.** Dans le Titre 5 du Livre 1<sup>er</sup>, il est question du contrôle des associés, mais l'unique article qui forme ce titre, l'article 289, est consacré au droit d'information des associés. Ce texte donne aux associés le droit d'obtenir communication de certains documents.
- 645.** Ainsi, dans les 15 jours qui précèdent l'assemblée annuelle, les gérants doivent communiquer aux associés le rapport de gestion, l'inventaire, les états financiers de synthèse ainsi que, le cas échéant, le texte des résolutions proposées et le rapport du commissaire aux comptes.
- 646.** En outre, les associés peuvent, à condition d'informer les gérants au moins 15 jours à l'avance<sup>(3)</sup>, consulter au siège social les documents et pièces comptables ainsi que les procès verbaux des délibérations et des décisions collectives. Ce droit de consultation, qui ne peut s'exercer que deux fois par an, s'accompagne du droit de prendre copie, à leurs frais, des documents de leur choix. Dans l'exercice de ce droit, les associés peuvent se faire assister par un expert comptable ou un commissaire aux comptes.

---

<sup>(1)</sup> L'article 279 n'admet pas que les statuts puissent autoriser une révocation par une décision qui ne serait pas prise à l'unanimité.

<sup>(2)</sup> Une clause des statuts qui écarte la règle de l'unanimité exigée pour la cession des parts serait réputée non écrite. (Art. 274).

<sup>(3)</sup> Ils informent les gérants par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, télex ou télécopie. (Voy. article 289, al. 2).

647. Ces droits relativement étendus ne sont pas usurpés au regard des lourdes obligations mises à la charge des associés en nom.

## 2. Les obligations des associés en nom

648. Les associés en nom sont des commerçants : à ce titre, ils sont soumis aux obligations attachées à cette qualité. Ils sont aussi tenus d'obligations spécifiques dont la plus importante est l'obligation au passif social.

### *a) L'obligation au passif social*

649. Selon l'article 270 AUSC, les associés en nom répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Pour cette raison, deux époux ne peuvent être simultanément membres de ce type société<sup>(1)</sup>. Pour la même raison, l'ouverture d'une procédure collective contre la société entraîne automatiquement le redressement judiciaire ou la liquidation des biens de chaque associé<sup>(2)</sup>. Si le législateur régional indique clairement les conditions de la mise en œuvre du principe de la responsabilité solidaire et indéfinie, il ne dit rien en revanche sur le domaine de la règle.
650. **Le domaine de la responsabilité indéfinie et solidaire.** Il faut le préciser quant aux associés qui y sont soumis et quant aux dettes concernées.
651. *Les associés tenus.* L'obligation au passif social est attachée de plein droit à la qualité d'associé. Il suffit d'être membre d'une société en nom collectif pour être assujetti à la responsabilité indéfinie et solidaire. Le principe est en apparence simple ; son application pose cependant des problèmes compte tenu des modifications qui peuvent toujours affecter la composition de la société.

Il arrive en effet que des parts sociales soient cédées et que des associés entrent dans la société à la place d'associés qui en sortent. Dans un tel cas, il se pose la question de savoir quelle va être l'influence de l'acquisition ou de la perte de la qualité d'associé sur la responsabilité. Pour répondre à cette question, il faut faire une distinction.

---

<sup>(1)</sup> Selon l'article 9 AUSC deux époux ne peuvent être des associés d'une société dans laquelle ils sont tenus des dettes sociales au-delà de leurs apports.

<sup>(2)</sup> C'est ce qui résulte de l'article 33 al. 3 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif aux termes duquel «La décision qui constate la cessation des paiements d'une personne morale produit des effets à l'égard de tous les membres indéfiniment et solidairement responsables du passif de celle-ci et prononce contre chacun d'eux soit le redressement judiciaire soit la liquidation des biens».

- 652.** Si un associé quitte la société en cours de vie sociale, il reste tenu du passif social antérieur à son départ<sup>(1)</sup>, mais seulement de ce passif. Il n'est donc pas tenu du passif né postérieurement à son départ<sup>(2)</sup>; il faut cependant qu'il ait publié son départ dans les formes prévues par la loi, car c'est seulement à compter de cette publication que son départ devient opposable au tiers. Etant donné que la publication intervient dans la pratique toujours après la cession, l'associé qui se retire va être tenu du passif contracté entre la date de la cession et celle de la publication.
- 653.** Si un associé entre dans la société en cours de vie sociale, il est tenu du passif social, et il n'y a pas à distinguer selon que le passif est né avant ou après son entrée<sup>(3)</sup>.
- 654.** *Les dettes concernées.* Les associés ne sont tenus indéfiniment et solidairement que pour les dettes sociales. Sur ce point, le texte est très clair. Il faut donc que cette dette ait été contractée par le gérant au nom de la société et dans le cadre de l'objet social.
- 655.** L'acte accompli par le gérant en son nom personnel ou en dépassement de l'objet social n'engage pas la société et la dette qui en résulte ne peut être une dette sociale devant être supportée par les associés.
- 656.** Lorsque le caractère social est contesté, il appartient aux créanciers d'en apporter la preuve.
- 657. La mise en œuvre de l'obligation.** Il ne faut pas que les associés soient exposés à des poursuites intempestives des créanciers dans des cas où la société est à même de tenir ses engagements et ne manifeste aucune intention de s'opposer à une éventuelle demande en paiement.

C'est ce qui explique que le législateur communautaire n'autorise les poursuites contre les associés que s'il est établi que la société ne veut pas ou ne peut pas payer ses dettes. Les créanciers ne peuvent en effet exercer d'action contre les associés pour parvenir au recouvrement de la créance sur la société qu'après une mise en demeure préalable de celle-ci<sup>(1)</sup>. C'est seule-

---

<sup>(1)</sup> Il est vrai que lorsque le retrait de l'associé revêt les formes d'une cession à un tiers, celui-ci est personnellement tenu, mais cela n'exonère pas le cédant. Cela s'explique par le fait qu'un débiteur ne peut, sauf exception, se trouver libéré par le seul fait que sa dette est assurée par un tiers. Voy. DEREU, *Juris. Cl. Soc. préc.*, Fasc. 57, n° 12.

<sup>(2)</sup> En décider autrement équivaldrait à dire qu'il est engagé à vie lorsque la société est constituée pour une durée très longue. Voy. DEREU, précité, n° 18.

<sup>(3)</sup> Un auteur a justifié cette solution en ces termes : «L'intéressé connaissait l'existence du passif. Il en a tenu compte pour évaluer le prix des parts qu'il a acquises, ou pour calculer le nombre de parts qu'il pouvait demander en contrepartie de son apport», GUYON, *op. cit.*, n° 252, p. 251.

ment lorsque la mise en demeure reste sans effet pendant un délai que les créanciers pensent poursuivre les associés.

- 658.** Le délai de 60 jours qui doit séparer la mise en demeure des poursuites peut être prorogé par ordonnance du président de la juridiction compétente statuant à bref délai sans que cette prorogation puisse excéder 60 jours.

C'est à l'associé poursuivi qu'il appartient de saisir le président, mais à quel moment cette saisine doit-elle intervenir? Avant les poursuites ou avant la décision du tribunal saisi de la demande de paiement?

Si les associés doivent saisir le président avant les poursuites, ils auront des difficultés à mettre en œuvre leur droit de bénéficier d'une prorogation. En effet, s'ils ne sont pas gérants, ils risquent d'ignorer la mise en demeure faite à la société; il s'y ajoute qu'un associé peut faire proroger le délai dans un cas où le créancier n'avait pas l'intention de le poursuivre.

C'est pourquoi il doit être possible pour un associé d'introduire la demande tendant à obtenir la prorogation après l'exercice des poursuites, mais avant la décision de condamnation<sup>(2)</sup>. La décision du tribunal admettant la demande de prorogation devrait permettre à l'associé poursuivi de soulever une exception dilatoire; ce qui aurait pour effet d'obliger le créancier à reprendre les poursuites après l'expiration du délai fixé.

- 659.** L'obligation pour le créancier de mettre en demeure la société et d'observer un délai d'attente qui est plus au moins long (selon qu'il y a eu ou non prorogation) illustre le caractère subsidiaire de l'engagement de l'associé en nom. La jurisprudence française a eu plusieurs occasions de tirer les conséquences de ce caractère subsidiaire. La Cour d'appel de Paris a ainsi décidé, dans un arrêt rendu le 12 décembre 1995<sup>(3)</sup>, qu'un créancier d'une société en nom collectif ne peut poursuivre la vente des meubles d'un associé de celle-ci, saisis à titre conservatoire, sans avoir préalablement obtenu un titre exécutoire à l'encontre de cet associé. Cette position a été confirmée ultérieurement par la Cour de cassation<sup>(4)</sup> en ces termes: «Toute exécution forcée implique que le créancier soit muni d'un titre exécutoire à l'égard de la personne même qui doit exécuter, et que le titre délivré à l'encontre d'une

<sup>(1)</sup> Selon l'article 271 AUSC, la mise en demeure est faite par acte extrajudiciaire. En interprétant l'article 10 de la loi française du 24 juillet 1966, la Cour de cassation a eu à décider que l'acte extrajudiciaire de mise en demeure ne peut émaner que d'un huissier (Cass. Com. 1<sup>er</sup> juin 1993, *Bull. Joly*, 1993, p. 1044, *JCP*, 1994, éd E I, n° 331, *RJDA*, 1993, n° 625, p. 549).

<sup>(2)</sup> C'est l'opinion de certains auteurs qui estiment que, dans un tel cas, la décision du président de reporter à une date ultérieure le moment des poursuites produit, à l'égard de l'associé, les mêmes effets qu'un délai de grâce. Voy. DEREU, *op. cit.*, Fasc. 57, n° 38.

<sup>(3)</sup> C.A. Paris, 1<sup>re</sup> Chambre A, 12 déc., 1995, *RJDA*, 1996, n° 358, p. 254.

<sup>(4)</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 1998, *D.*, Affaires 1998, ch., p. 1089.

société n'emporte pas le droit de saisir les biens des associés, fussent-ils tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales, à défaut de titre exécutoire contre eux».

- 660.** Lorsque la mise en demeure est régulièrement faite, le créancier social peut, à l'expiration du délai, poursuivre pour l'intégralité de la dette n'importe quel associé. La solidarité passive qui existe entre associés l'autorise à poursuivre les associés dans l'ordre qui lui convient sans avoir à accomplir d'autres formalités que la mise en demeure.
- 661.** L'associé qui paie l'intégralité d'une dette dispose d'un recours contre ses coassociés<sup>(1)</sup>, chacun pour sa part. En principe la contribution au passif se fait proportionnellement aux apports. Cependant, il est reconnu aux associés le droit d'aménager autrement la contribution à la dette<sup>(2)</sup>. Cette contribution à la dette ne produisant aucune conséquence sur la situation des créanciers, il n'y a aucune raison de la soumettre à une règle impérative<sup>(3)</sup>.
- 662.** C'est l'obligation à la dette qui se présente vraiment sous une physionomie particulière dans les sociétés en nom collectif; les autres obligations sont en effet pratiquement les mêmes que dans les autres sociétés.

### *b) Les autres obligations*

- 663.** Selon l'article 37 al. 2 figurant dans les dispositions générales, chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il s'est obligé à lui apporter. Il en résulte donc que l'associé en nom est tenu d'exécuter son obligation en libérant l'apport. Il faut observer cependant que le problème de la libération de l'apport se pose rarement dans les sociétés en nom collectif, tout au moins s'il s'agit d'un apport en numéraire ou d'un apport en nature.
- 664.** En effet, l'apport en numéraire doit, sauf disposition contraire de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales ou du groupement d'intérêt économique, être intégralement libéré au moment de la constitution de la société<sup>(4)</sup>; étant donné que les dispositions propres à la société en nom collectif ne prévoient pas de libération partielle, on doit considérer que si la

---

<sup>(1)</sup> Selon la Cour de cassation, peut également exercer le recours l'associé qui «a réglé, pour le compte de ses coassociés, la quote-part de ceux-ci dans une dette sociale qu'il avait intérêt à acquitter afin d'éviter les poursuites.» Cass. Com., 12 oct. 1976, *Bull. Civ.*, n° 258.

<sup>(2)</sup> DEREU, fasc. 57, précit., n° 48.

<sup>(3)</sup> GUYON, *op. cit.*, n° 253, p. 251.

<sup>(4)</sup> Article 41, al. 2, AUSC.

société est constituée, c'est parce que les apports étaient déjà intégralement libérés.

665. De la même manière, les apports en nature doivent être libérés intégralement lors de la constitution. Si la société est constituée, le problème de l'exécution de l'obligation ne se pose plus.
666. On admet généralement que l'associé est également tenu d'une obligation de non-concurrence si les statuts en décident ainsi ou si l'apport promis est un apport en industrie<sup>(1)</sup>.
667. Il y a enfin la contribution aux pertes sociales qui pèse sur tous les associés, en contrepartie de leur participation aux bénéfices. La notion de pertes sociales doit, selon la plupart des auteurs, être soigneusement distinguée de celle de «dettes sociales<sup>(2)</sup>». Comme on l'a fait «observer, il ne peut y avoir, du point de vue juridique, de véritables pertes sociales auxquelles un associé soit tenu de contribuer que si le capital est réellement entamé<sup>(3)</sup>». Etant donné qu'il n'est pas possible, à partir de l'examen des comptes d'un seul exercice, d'établir que le capital est entamé, c'est seulement à la liquidation de la société que se déterminera la contribution de chaque associé aux pertes éventuelles; en cours de vie sociale, c'est en effet à la société de prendre charge les pertes sur son actif propre.

La contribution aux pertes, comme dans toutes les sociétés, est proportionnelle aux apports, qu'ils soient faits lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale<sup>(4)</sup>. La règle n'est cependant pas d'ordre public, puisque l'article 54, dont l'objet est en partie de régler cette question, réserve la possibilité pour les associés d'écarter la règle de la proportionnalité et de prévoir une répartition inégalitaire à condition de respecter la règle de l'interdiction des clauses lésives.

668. Les diverses obligations qui pèsent sur les associés en nom prouvent, s'il en était besoin, que la séparation du patrimoine de la société et celui de l'associé n'est pas nette. Cela explique en partie l'importance des qualités personnelles.

<sup>(1)</sup> Voy. GUYON, *op. cit.*, n° 254, p. 252.

<sup>(2)</sup> CARCREFF, «La notion de pertes sociales et l'obligation pour les associés d'y contribuer», *Gaz. Pal.*, 1973 2<sup>e</sup> doct., p. 56. Voy. également CARCREFF, «Sur les confusions de la notion d'obligations aux dettes sociales avec celles de contribution de pertes», *Gaz. Pal.*, 1976, 1<sup>er</sup>, Doctr., p. 145, MERLE, *op. cit.*, n° 40, p. 47.

<sup>(3)</sup> DEREU, *op. cit.*, fasc. 57, n° 41.

<sup>(4)</sup> Voy. Article 54, AUSC.

*B. L'importance des qualités personnelles*

**669.** Les qualités de chaque associé interviennent tant au moment de la constitution de la société qu'en cours de vie sociale. Cela se manifeste à deux points de vue : au regard de la cession des parts et au regard du fonctionnement même de la société.

**1. Considération de la personne et cession des parts**

**670.** *L'intuitus personae* qui domine la vie des sociétés en nom collectif rejaille nécessairement sur le régime des parts sociales, notamment leur cession, qu'elle soit volontaire ou forcée.

*a) La cession volontaire*

**671.** L'article 58 al. 2 interdit à la société en nom collectif d'émettre des titres négociables. La cession des parts ne peut donc être libre ; elle est subordonnée à des conditions strictes tant pour sa validité que pour son opposabilité.

**672. La validité de la cession.** Selon l'article 274 al. 1<sup>er</sup> les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement unanime des associés. En raison de la généralité des termes utilisés, on doit considérer que ce consentement unanime est exigé tant pour la cession à un tiers que pour la cession entre associés.

**673.** L'exigence du consentement unanime est une règle d'ordre public puisque toute clause contraire est réputée non écrite<sup>(1)</sup>.

En raison du caractère d'ordre public, les statuts ne peuvent écarter ni l'exigence du consentement, ni son caractère unanime.

Ainsi, sont interdites les clauses permettant aux associés de céder librement les parts, celles qui leur permettent de céder les parts à la majorité qu'ils fixent et celles qui leur permettent de donner leur consentement, même unanime, à la cession que l'un d'eux pourrait faire dans l'avenir à une personne indéterminée.

**674.** Il peut arriver qu'en violation de la règle posée par l'article 274 al. 1<sup>er</sup>, un associé cède ses parts sociales. Quel sera le sort de cette cession ? Une telle cession est-elle nulle ou est-elle simplement inopposable aux associés ?

---

<sup>(1)</sup> Article 274, al. 2.

Compte tenu des termes utilisés par l'article 274 al. 3, la sanction encourue ne peut être que la nullité de la cession. Le texte indique en effet que la cession ne peut intervenir à défaut d'unanimité.

- 675.** Face à la rigueur de la règle du consentement unanime, l'associé qui souhaite céder ses parts et qui se heurte à l'hostilité d'un seul coassocié risque de devenir prisonnier de la société.
- 676.** Pour éviter le maintien, contre sa volonté, d'un associé dans la société, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés donne aux associés la possibilité d'aménager une procédure de rachat.

En admettant clairement la validité des clauses de rachat, le législateur communautaire a tiré les leçons de l'expérience française. L'on sait qu'en France il y a, dans le silence de la loi du 24 juillet 1966, une controverse doctrinale sur les valeurs des clauses de rachat. Certains auteurs<sup>(1)</sup> soutiennent que, dans le silence de cette loi de 1966, les solutions du droit antérieur qui admettaient la validité de telles clauses doivent être maintenues. D'autres en revanche, estiment que de telles clauses sont désormais interdites; selon eux, l'article 19 de la loi de 1966 qui a subordonné à l'accord de chacun les modifications dans la répartition d'origine du capital, paraît exclure la validité d'une clause de rachat puisque celle-ci permettrait une nouvelle répartition des parts sociales contre la volonté d'un ou des associés qui se seraient opposés à la cession<sup>(2)</sup>.

Compte tenu de la généralité des termes de l'article 274, il n'y a pas à distinguer, à notre avis, selon qu'il s'agit de clause prévoyant le rachat par les associés individuellement ou de clauses de rachat par la société, en vue par exemple de les annuler.

- 677.** Lorsque le consentement unanime des associés est obtenu, la cession devra être constatée par écrit. L'absence d'écrit est-elle de nature à entraîner la nullité de la cession? Partant de l'idée que l'écrit ne fait que «constater» l'accord de volontés préalable, certains auteurs, interprétant l'article 20 al. 1<sup>er</sup> de la loi française du 24 juillet 1966 soutiennent<sup>(3)</sup>, à la suite de la Cour de cassation<sup>(4)</sup>, que la cession est parfaite dès l'accord des volontés.

Une cession intervenue dans ces conditions est cependant d'une efficacité limitée, puisqu'il ne sera pas possible d'accomplir certaines formalités de

(1) HEMARD, TERRÉ et MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. 1, Paris, 1972, n° 250.

(2) DERRUPPÉ, *Encyclopédie Dalloz*, Sociétés, V° Prémption n° 4.

(3) RIPERT et ROBLOT par GERMAIN et VOGEL, précit. n° 1185, p. 942.

(4) Cass. Com, 10 mars 1992, *JCP*, éd. E. 1992, II, 319, note GUYON (à propos de la société à responsabilité limitée mais transposable à la société en nom collectif); Cass. Com 13 févr. 1996, *Bull. Joly*, 1996, 404 note LE CANNU.

publicité sans lesquelles on ne pourra pas s'en prévaloir à l'égard de la société et des tiers.

- 678. L'opposabilité de la cession.** Il résulte de l'article 275 al. 2 que la cession doit être portée à la connaissance de la société pour lui être opposable. A cette fin, il est possible de recourir à l'une des formalités suivantes: signification de la cession à la société, acceptation pour la société de la cession dans un acte authentique ou dépôt d'original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de dépôt.
- 679.** Pour être opposable aux tiers, la cession doit, outre l'accomplissement de la formalité prévue pour l'opposabilité à la société, faire l'objet d'une publication par dépôt en annexe au registre de commerce et du crédit mobilier.

*b) La cession forcée*

- 680.** Avant l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, il n'y avait pratiquement, dans les États parties au Traité relatif à l'harmonisation des droits des affaires en Afrique, aucune réglementation sur la saisie des droits d'associés et valeurs mobilières.

Dans ces conditions, on pouvait se demander légitimement si les droits d'associés pouvaient faire l'objet d'une saisie<sup>(1)</sup>. En effet, la saisie n'est rien d'autre qu'une cession forcée; les droits d'associé, compte tenu des structures fortement personnalisées des sociétés qui les émettent, ne sont cessibles qu'avec le consentement des coassociés du saisi, lesquels ne sont pas tenus d'accepter un tiers dans la société.

Mais ce que l'on ne peut perdre de vue, c'est que le droit des voies d'exécution ne peut se désintéresser des droits d'associés qui peuvent représenter des valeurs pécuniaires importantes. D'ailleurs, comme on l'a fait observer<sup>(2)</sup>, il serait immoral et choquant de permettre à de mauvais débiteurs de faire échapper leurs capitaux à l'emprise de leurs créanciers en les plaçant en parts sociales.

<sup>(1)</sup> Le même problème s'était posé en France avant la réforme des procédures civiles d'exécution avec la loi du 9 juillet 1991 et le décret du 31 juillet 1992. Voy. sur la question, BASTIAN, «Saisie et vente forcée des parts d'intérêt dans les sociétés de personnes», *Journ. Sociétés* 1934, p. 545. Mais l'opinion dominante, s'appuyant sur l'article 529 du Code civil relatif aux meubles par détermination de la loi, estimait que l'associé n'avait à l'encontre de la société qu'un droit de créance de telle sorte qu'une saisie-arrêt était possible (Voy. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 5<sup>e</sup> édition, LITEC, 1999, n° 1702, p. 528).

<sup>(2)</sup> DONNIER, *op. cit.*, n° 1700, p. 528.

681. Aujourd'hui le problème est définitivement réglé, puisque l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution a consacré, à côté de la saisie des valeurs mobilières, la saisie des droits d'associés (il faut entendre par là parts sociales). Il faut cependant tenir compte de la particularité de l'objet de la saisie; celle-ci porte sur une part sociale qui ne peut être cédée qu'avec le consentement des coassociés. C'est la raison pour laquelle, en cas de cession<sup>(1)</sup>, l'acquéreur devra être agréé par les associés dans les conditions prévues pour la cession des parts considérées. C'est le sens de l'article 244 AURVE aux termes duquel «les éventuelles procédures légales et conventionnelles d'agrément, de préemption ou de substitution sont mises en œuvre conformément aux dispositions propres à chacune d'elles». En application de ce texte, l'acquéreur des parts saisies sur un associé en nom doit être agréé par les autres associés<sup>(2)</sup> à l'unanimité; peu importe à cet égard que l'adjudication soit intervenue au profit d'un tiers ou d'un associé.

## 2. Considération de la personne et fonctionnement de la société

682. L'importance de la personne de l'associé et de ses qualités propres est telle que certains événements qui marquent la vie de l'associé rejaillissent nécessairement sur le fonctionnement de la société. Il en est ainsi du décès d'un associé, de l'ouverture d'une procédure de liquidation des biens contre un associé ou de la survenance d'une incapacité chez un associé.

### a) *Le décès d'un associé*

683. La vie de la société en nom collectif est intimement liée à celle de chacun des associés. Ce lien est tel que le décès d'un associé entraîne la dissolution de la société; cette dissolution se produit de plein droit. C'est là une des grandes faiblesses de la société en nom collectif<sup>(3)</sup>. La pratique avait imaginé un certain nombre de clauses destinées à permettre la survie de la société; ce sont les clauses de continuation dont la validité est reconnue maintenant et qui peuvent prendre deux formes: clause de continuation entre associés survivants et clause de continuation avec les héritiers.

<sup>(1)</sup> Après l'accomplissement des opérations de saisie, le débiteur peut procéder à une vente amiable dans les conditions prévues les articles 115 à 119 consacrés à la saisie-vente. C'est à défaut de vente volontaire qu'une vente forcée est effectuée sous forme d'adjudication.

<sup>(2)</sup> A notre avis, le saisi ne prend pas part au vote; prendre en compte sa voix serait rendre impossible toute saisie, puisqu'il voterait systématiquement contre l'agrément.

<sup>(3)</sup> Ainsi que le soulignait M. Catala, la dissolution qui résulte du décès d'un associé expose la société en nom collectif à une redoutable précarité (Voy. P. CATALA, *Le sort des parts sociales au décès de l'associé. Etudes à la mémoire de H. Cabrillac*, 1968, 59).

- 684. La continuation entre associés survivants.** Les statuts peuvent prévoir qu'en cas de décès d'un associé, la société ne sera pas dissoute mais continuera entre les associés survivants. C'est la solution la plus simple lorsque la société comporte plusieurs associés; une telle clause, il faut le souligner, ne peut être insérée dans les statuts si la société ne comporte que deux associés, puisque la société en nom collectif comporte nécessairement deux associés au moins.
- 685.** Lorsqu'une telle clause est prévue, les parts de l'associé décédé sont transmises de plein droit aux associés survivants. Les héritiers, qui à aucun moment n'acquièrent la qualité d'associé<sup>(1)</sup>, n'ont droit qu'à la valeur des parts de leur auteur que les autres associés sont tenus de racheter; pour le paiement de ces parts, ces associés sont tenus indéfiniment et solidairement. Il est vrai que l'article 292 al. 2 AUSC, qui prévoit cette responsabilité solidaire et indéfinie, ne vise que l'hypothèse de refus d'agrément ou de retrait d'un associé. Mais il ne fait aucun doute qu'il s'applique aussi au cas où l'exclusion des héritiers est prévue par la clause de continuation.
- 686.** Pour l'évaluation des droits sociaux de l'associé décédé, on peut observer que l'Acte uniforme, là aussi, n'a rien prévu. En effet, l'article 292 al. 1<sup>er</sup> consacré à la question de l'évaluation des parts parle de refus d'agrément des héritiers et du retrait d'un associé; il ne fait pas état de l'évaluation des parts lorsque les associés survivants doivent les racheter en cas de continuation sans les héritiers. Faut-il déduire de ce silence que le législateur régional a entendu laisser aux associés le soin de prévoir, à l'avance, dans les statuts la formule d'évaluation? A notre avis, l'intention du législateur n'a pas été de laisser ce pouvoir aux associés, car il y a un risque de sous-évaluer les parts et de léser les héritiers. Il faut donc considérer qu'il s'agit d'un simple oubli et que les parts doivent être évaluées, comme dans les autres cas, par un expert à défaut d'accord amiable; l'expert est désigné soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par décision de la juridiction compétente statuant à bref délai<sup>(2)</sup>.
- 687. Les clauses de continuation avec les héritiers.** Très souvent, les associés veulent permettre à leurs héritiers de bénéficier des avantages de l'exploitation sociale. Pour parvenir à leurs fins, ils insèrent dans les statuts une clause de

<sup>(1)</sup> En France, la Cour de cassation a rappelé dans un arrêt rendu le 21 octobre 1997 à propos de l'article 21 de la loi du 24 juillet 1966 que «les héritiers qui ne deviennent pas associés, soit que les statuts ne l'aient pas prévu, soit qu'ils n'aient pas été agréés par les associés ou qu'ils n'aient pas pu l'être, sont créanciers de la société pour la valeur des droits sociaux de leur auteur» (Cass. Com., 21 octobre 1997, *RJDA*, 1998, n° 300, p. 213, *Bull. Joly*, 1998, p. 50).

<sup>(2)</sup> C'est ce que prévoit l'article 59 AUSC auquel renvoie l'article 292 al. 1<sup>er</sup>.

continuation entre les associés survivants et les héritiers ou successeurs de l'associé décédé. De telles clauses sont admises par l'article 290 al. 1<sup>er</sup> AUSC.

Il est à remarquer cependant que ce texte n'envisage pas les clauses de continuation avec un bénéficiaire déterminé. C'est peut-être parce que le législateur régional estime que ce n'est pas dans le pacte social qu'il faut inscrire les discriminations que l'associé veut opérer entre ses héritiers.

**688.** Ce texte prévoit en revanche la possibilité pour les associés de prévoir que, pour entrer dans la société, les héritiers devront être agréés. L'exercice du droit d'agrément n'est pas organisé par l'article 290; Ce texte ne dit pas par exemple comment doit être prise la décision. On peut cependant penser qu'il faut se référer à l'article 283 al. 1<sup>er</sup> AUSC. qui décide que toutes les décisions qui excèdent les pouvoirs des gérants sont prises à l'unanimité des associés, sauf stipulation contraire des statuts.

**689.** L'article 290 règle, en revanche, les conséquences du refus d'agrément. Il résulte en effet de l'alinéa 2 de cet article qu'à défaut d'agrément, les associés doivent racheter aux héritiers ou successeurs de l'associé décédé ou à ceux qui n'ont pas été agréés, leurs parts sociales. L'évaluation de ces parts se fera alors conformément à l'article 59.

En utilisant, à propos du rachat, l'expression «ceux qui n'ont pas été agréés» à côté de l'expression «héritiers ou successeurs», l'article 290 al. 2 semble admettre que lorsque les statuts ont prévu la nécessité d'un agrément, dans un cas où il y a plusieurs héritiers, cet agrément est divisible. Cela revient à dire que les associés peuvent agréer certains héritiers, à l'exclusion des autres.

**690.** Lorsque les parts sont recueillies par plusieurs héritiers, elles restent indivisibles jusqu'à leur partage. Il faudra alors appliquer l'article 127 qui règle le problème des actions ou parts faisant l'objet d'une appropriation collective. Selon ce texte, les copropriétaires d'une action ou d'une part indivisible sont représentés par un mandataire unique choisi parmi les indivisaires, et à défaut d'accord, par la juridiction compétente. Cette règle n'est cependant pas d'ordre public, puisqu'elle peut être écartée par une stipulation statutaire.

**691.** Il est possible que les héritiers soient mineurs non émancipés ou qu'il y ait des mineurs non émancipés parmi eux. Dans ces cas, l'application de la clause peut susciter une difficulté. En effet, tous les associés en nom sont des commerçants; or les mineurs non émancipés<sup>(1)</sup> ne peuvent pas être com-

---

<sup>(1)</sup> Le problème ne se pose pas pour les mineurs émancipés qui peuvent être commerçants. Il faut souligner que selon l'article 7 al. 1<sup>er</sup> le mineur, sauf s'il est émancipé, ne peut avoir la qualité de commerçant. Cela signifie que le mineur émancipé peut avoir cette qualité.

merçants. C'est pourquoi l'article 290 al. 3 précise qu'en cas de continuation avec des mineurs non émancipés, ceux-ci ne répondent des dettes sociales qu'à concurrence des parts de la succession de leur auteur. Cette situation ne pouvant être que provisoire, l'alinéa 4 de l'article 290 ajoute que la société devra être transformée, dans le délai d'un an à compter du décès, en société en commandite dont ce mineur devient commanditaire; à défaut de transformation dans ce délai, il y a dissolution de plein droit de la société.

- 692.** L'importance des clauses de continuation n'est plus à démontrer, car sans elles la société en nom collectif est constamment menacée de dissolution. En effet, en cas de décès d'un associé, elle ne pourra pas être sauvée par une décision unanime des autres associés, contrairement à ce qui est prévu pour la liquidation des biens ou la survenance d'une incapacité.

*b) La liquidation des biens d'un associé et la survenance d'une interdiction ou d'une incapacité*

- 693.** La société en nom collectif est dissoute en cas de liquidation de biens d'un associé. Il est à remarquer que l'Acte conforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement économique ne vise pas le redressement judiciaire; il s'ensuit que lorsqu'un associé en nom est déclaré en redressement judiciaire, la société continuera à fonctionner. L'explication se trouve dans le fait que le redressement judiciaire n'empêche pas, par lui-même, l'exercice d'une activité commerciale, cette mesure étant justement destinée à remettre le commerçant concerné à la tête de son entreprise.
- 694.** La société en nom collectif est également dissoute si un jugement prononce la faillite personnelle d'un associé. C'est le lieu de rappeler que dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, aucune sanction personnelle n'est en principe automatiquement attachée au jugement qui prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens, le sort du chef d'entreprise étant dissocié de celui de l'entreprise; mais si certaines fautes sont retenues à la charge de l'intéressé, des sanctions sont encourues; parmi ces sanctions, il y a la faillite personnelle qui emporte de plein droit l'interdiction de faire le commerce, l'interdiction d'exercer une fonction publique élective et d'être électeur et l'interdiction d'exercer une fonction administrative, judiciaire ou de représentation commerciale<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Art. 203 Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

C'est l'interdiction générale de faire le commerce attaché à la faillite personnelle qui explique la dissolution de la société en nom collectif, lorsque cette sanction est prononcée contre un associé.

- 695.** La société en nom collectif est enfin dissoute si un associé en nom fait l'objet de l'une des mesures d'interdiction prévues par l'article 10 de l'Acte conforme relatif au droit commercial général ou s'il est atteint par une incapacité<sup>(1)</sup>.
- 696.** Dans tous les cas, la dissolution peut être évitée par l'insertion d'une clause de continuation dans les statuts ou une décision de continuation prise à l'unanimité par les autres associés. En cas de continuation, l'associé concerné quitte la société; il aura droit alors au remboursement de ses droits sociaux dont la valeur sera déterminée conformément aux dispositions de l'article 59 AUSC.

### SECTION 3. LA DISPARITION DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF

- 697.** La société en nom collectif peut disparaître sous sa forme initiale et renaître sous une autre forme. C'est ce qu'on appelle la transformation. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales n'a pas consacré de dispositions spécifiques à la transformation des sociétés en nom collectif. Il faut donc se référer aux dispositions générales sur les sociétés commerciales et précisément les articles 181 à 188. Dans cet ensemble de textes, il y en a un qui intéresse particulièrement la transformation de la société en nom collectif; c'est l'article 186 al. 2 selon lequel, en cas de transformation d'une société dans laquelle la responsabilité des associés est illimitée en une forme sociale caractérisée par une limitation de la responsabilité des associés à leurs apports, les créanciers dont la dette est antérieure à la transformation conservent leurs droits contre la société et les associés. Il résulte de ce texte que si une société en nom collectif abandonne sa forme initiale pour se transformer en société à risque limité, les anciens associés en nom restent indéfiniment et solidairement responsables du passif de la société antérieur à la transformation.
- 698.** La société en nom collectif peut également disparaître en tant que personne morale. On parle alors de dissolution. On peut souligner à cet égard que la

---

<sup>(1)</sup> L'incapacité a pour effet d'interdire à celui qui en est atteint de s'occuper lui-même (tutelle) ou seul (curatelle) de ses activités; la dissolution pour cause d'incapacité s'explique par le fait que l'*intuitus personae* qui domine la société en nom collectif interdit d'imposer aux coassociés la présence du tuteur ou du curateur.

société en nom collectif est soumise aux causes de dissolution prévues par l'article 200 AUSC et communes à toutes les sociétés (arrivée du terme, réalisation ou expiration de l'objet, liquidation des biens, annulation du contrat de société, décision prise par les associés, décision de justice, réunion des parts sociales entre les mains d'un associé sans régularisation).

Elle est aussi soumise à des causes de dissolution propres qui mettent en relief l'importance des qualités personnelles des associés. En effet tous les événements touchant personnellement un associé entraînent la dissolution de la société en nom collectif. Tel est le cas de la révocation d'un associé gérant sauf s'il n'est pas nommé dans les statuts, du décès d'un associé, de la liquidation des biens d'un associé et de la survenance d'une incapacité ou d'une mesure d'interdiction chez un associé. La continuation peut cependant être décidée par les autres associés ou prévue par les statuts.

- 699.** Il est à noter que les variations des capitaux propres<sup>(1)</sup> qui sont causes de dissolution dans les sociétés à risque limité sont sans incidence sur la vie de la société en nom collectif.

---

<sup>(1)</sup> On sait par exemple que lorsque dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés anonymes l'actif net devient inférieur à la moitié du capital social, la dissolution est encourue.

## CHAPITRE 2

# LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE

---

**700.** La société en commandite simple est, comme la société en nom collectif, une société de personnes en ce sens que les associés s'y sont réunis en considération de leurs qualités personnelles.

**701.** Sa structure est cependant un peu plus complexe en raison de la coexistence de deux catégories d'associés: les commandités et les commanditaires<sup>(1)</sup>.

La dualité de statuts des associés apparaît clairement dans la définition que donne de ce type de société l'article 293 AUSC ainsi conçu: «La société en commandite simple est celle dans laquelle coexistent un ou plusieurs associés indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales dénommées 'associés commandités', avec un ou plusieurs associés responsables des dettes sociales dans la limite de leurs apports dénommés 'associés commanditaires' ou 'associés en commandite', et dont le capital est divisé en parts sociales».

L'exigence d'une double catégorie d'associés dont les droits et obligations sont différents complique le fonctionnement de la société en commandite simple et explique en partie le relatif désintérêt des acteurs de la vie économique pour ce type de société<sup>(2)</sup>.

Les commandités sont dans une situation quelque peu difficile puisqu'ils sont, comme les associés en nom, indéfiniment et solidairement responsables du passif.

Les commanditaires voient leurs droits d'associés altérés par l'interdiction qui leur est faite de s'immiscer dans la gestion de la société.

**702.** Malgré la complexité de sa structure, certains auteurs prédisent un bel avenir à la société en commandite simple. C'est que pour eux «les défauts les plus importants ne sont en fait que des imperfections apparentes, alors

---

<sup>(1)</sup> Il n'y a pas de commandite en l'absence soit de commanditaire, soit de commandité et il ne suffit pas que la dualité existe au moment de la constitution, car l'exigence d'une double catégorie d'associés apparaît aussi en cours de vie sociale.

<sup>(2)</sup> Le peu d'intérêt des opérateurs économiques pour la commandite avait été invoquée pour justifier sa suppression au Sénégal par la loi n° 85-40 du 22 juillet 1985 portant 4<sup>e</sup> partie du Code des obligations civiles et commerciales.

que les autres désagréments se révèlent le plus souvent aisément curables»<sup>(1)</sup>.

- 703.** A notre avis, s'il y a un renouveau de la société en commandite simple, il est dû à deux facteurs.

D'une part, le recours à ce type de société permet, en cas de décès d'un associé en nom, aux héritiers ne pouvant pas ou ne voulant pas devenir commerçants, de continuer l'œuvre de leur auteur.

D'autre part, le choix de cette forme sociale permet à un commerçant tenté par l'aventure, mais n'ayant pas de fonds, de «bénéficier des apports de personnes disposant de fonds, mais ne pouvant pas se livrer à des opérations commerciales à raison de leur statut»<sup>(2)</sup>.

- 704.** La coexistence de deux types d'associés présentée tantôt comme un inconvénient, tantôt comme un avantage explique la particularité des règles applicables à la constitution, au fonctionnement et à la dissolution des sociétés en commandite simple.

## SECTION 1. LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE

- 705.** La forme de la commandite n'est pas toujours adoptée à l'origine. En effet, les sociétés en commandite résultent souvent de la transformation d'une société en nom collectif à la suite du décès d'un associé laissant des héritiers mineurs qui ne peuvent être associés en nom. Mais que cette forme soit choisie dès l'origine ou qu'elle résulte d'une transformation, il y a toujours des règles de fond et de forme à observer.

### §1. Les règles de fond

- 706.** Les règles fixant les conditions de fond de constitution des sociétés en commandite simple sont calquées sur celles qui sont applicables aux sociétés en nom collectif. Certaines d'entre elles s'en distinguent cependant, car il faut tenir compte de la particularité de ce type de société, notamment en ce qui concerne les associés et le capital social.

---

<sup>(1)</sup> Sur cette question, voy. «La société en commandite simple entre son présent et son avenir», sous la direction d'Alain VIANDIER, *Etudes du C.R.E.D.A.*, LITEC, 1983, p. 184.

<sup>(2)</sup> Voy. POUGOUE, ANOUKAHA et NGUEBOU, *op. cit.*, n° 351, p. 195.

*A. Les associés*

**707.** Il faut, comme dans la société en nom collectif, au moins deux associés. La société en commandite simple ne peut donc résulter d'une manifestation unilatérale de volonté.

**708.** Il existe cependant une particularité de la société en commandite; elle réside dans la coexistence de deux catégories d'associés, les commandités et les commanditaires. Il n'y a pas de commandite en l'absence de l'une des catégories. Mais dès que les deux catégories sont représentées, toutes les combinaisons sont possibles. Il peut y avoir un associé de chaque catégorie<sup>(1)</sup> ou un associé d'une catégorie et plusieurs associés dans l'autre<sup>(2)</sup>. Il faut dire cependant que la situation la plus courante correspond à celle où il y a plusieurs commanditaires et plusieurs commandités.

Les associés de chaque catégorie sont soumis à des règles propres.

**709.** Ainsi les commandités qui ont le même statut que les associés en nom doivent avoir la capacité nécessaire pour faire le commerce. Ils ne doivent pas faire l'objet d'interdiction ou exercer une profession incompatible avec l'exercice d'une activité commerciale.

En application de l'article 8 al. 2 AUSC, deux époux ne peuvent être l'un et l'autre commandités, mais rien ne s'oppose à ce que l'un soit commandité et l'autre commanditaire, ce texte ne visant que les époux tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales.

**710.** Quant aux commanditaires, ils sont soumis à des règles moins contraignantes. Etant donné qu'ils ne sont pas commerçants, on admet généralement<sup>(3)</sup> qu'on ne peut exiger d'eux les conditions nécessaires pour faire le commerce. Rien ne s'oppose alors à ce qu'un incapable ou une personne frappée d'interdiction puisse accéder à une société en commandite simple en qualité de commanditaire. Cette souplesse s'explique par le fait qu'on attend du commanditaire plus les fonds qu'il apporte à la société qu'autre chose; les commandités apportant généralement leur industrie, ce sont les apports des commanditaires qui, le plus souvent, constituent le capital social.

**711.** Compte tenu de la présence des commanditaires à coté des commandités, il ne peut pas y avoir une transposition pure et simple, à la société en com-

---

<sup>(1)</sup> Il est possible de créer une société en commandite avec un commandité et un commanditaire.

<sup>(2)</sup> Il est possible d'avoir une société en commandite simple avec un commandité et plusieurs commanditaires ou avec plusieurs commandités et un commanditaire.

<sup>(3)</sup> RIPERT et ROBLLOT par GERMAIN et VOGEL, précité, n° 1225, p. 945.

mandite simple, des règles de la société en nom collectif. On comprend dans ces conditions, pourquoi la dénomination sociale de la société en commandite simple soit soumise à des règles particulières. En effet, l'article 294 AUSC, après avoir indiqué que la société en commandite simple est désignée par une dénomination sociale qui doit être immédiatement précédée ou suivie des mots «société en commandite simple» ou du sigle «S.C.S.», interdit formellement l'incorporation du nom d'un commandité dans cette dénomination<sup>(1)</sup>.

*B. Le capital de la société en commandite simple*

- 712.** En ce qui concerne le capital de la société en commandite simple, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales fait preuve de la même souplesse que pour celui de la société en nom collectif. En effet, le texte ne fixe aucun minimum et ne prévoit aucune valeur minimale pour les parts sociales. L'absence d'indication d'un minimum pour le capital social s'explique par le fait que la garantie des créanciers sociaux repose sur l'engagement indéfini et solidaire des commandités<sup>(2)</sup>.
- 713.** Le capital est constitué par les apports en numéraire et en nature effectués par les associés commanditaires et les commandités. On note, en ce qui concerne les apports en nature, qu'aucune mesure n'a été édictée pour éviter leur éventuelle surévaluation. C'est que la présence des commandités, tenus sur leurs biens personnels du passif social, est suffisante pour garantir les droits des créanciers<sup>(3)</sup>.
- Si l'apport en numéraire et l'apport en industrie n'appellent pas d'observations particulières, les règles prévues pour les autres types de sociétés s'appliquant sans problème ici, il n'en est pas de même de l'apport en industrie.
- 714.** En France, avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1966, la question de savoir si un associé commanditaire pouvait faire un apport en industrie était discutée. Aujourd'hui, elle est définitivement tranchée par l'article 23 de cette loi, qui répond par la négative.
- 715.** Dans l'Acte uniforme, en l'absence de texte comparable à l'article 23, la question reste posée<sup>(4)</sup>. On peut cependant tenter d'y apporter une réponse

<sup>(1)</sup> Le commanditaire dont le nom est incorporé dans la dénomination sociale, en violation de cette règle, répond indéfiniment et solidairement des dettes sociales.

<sup>(2)</sup> Voy. MERLE, précité, n° 167, p. 146.

<sup>(3)</sup> Voy. MESTRE, *Lamy Sociétés commerciales*, 1999, n° 2625.

<sup>(4)</sup> Il convient d'observer que le problème n'est pas propre à la société en commandite. Il n'y a aucune disposition dans l'Acte uniforme fixant le régime des apports en industrie. Faut-il mettre cela sur le compte de l'oubli? On peut relever en tout cas que, dans le projet

en partant de la nature de la société en commandite simple. Cette forme de société est en effet conçue pour permettre la combinaison du travail d'une catégorie d'associés (les commandités) avec le capital d'une autre catégorie (les commanditaires). Dans ces conditions, il est difficile d'admettre la possibilité pour ceux qui doivent apporter le capital, d'effectuer le travail attendu des autres. L'exclusion de l'apport en industrie du commanditaire se justifie d'autant plus qu'un tel apport supposerait un travail exécuté en qualité d'associé, ce qui n'est pas possible car, comme on l'a fait observer<sup>(1)</sup> «le commanditaire ne peut diriger la société, et s'il travaille pour elle, ce n'est pas en vertu du contrat de société»<sup>(2)</sup>.

716. Pour éviter toute confusion dans la situation des catégories d'associés, l'Acte uniforme a prévu des formalités constitutives particulières.

## §2. Les formalités constitutives

717. Certaines conditions de forme et de publicité sont les mêmes que pour la société en nom collectif. Il faut en effet, comme pour la société en nom collectif, établir des statuts. Il faut aussi accomplir les formalités de publicité. L'article 245 AUSC qui exige ces formalités de publicité à peine de nullité, est une disposition commune aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite simple.

Il y a cependant une particularité de la société en commandite simple qu'il importe de souligner; elle tient au fait que les statuts de la société en commandite simple doivent contenir certaines mentions qui ne sont pas exigées pour les statuts de la société en nom collectif. L'article 295 AUSC impose en effet aux associés de faire figurer, dans les statuts, les indications suivantes:

- le montant ou la valeur des apports de tous les associés;
- la part dans ce montant ou cette valeur de chaque associé commandité ou commanditaire;

---

initial, il n'était question que de deux types d'apports : apports en numéraire et apports en industrie; l'interdiction formulée par l'article 40 dernier alinéa avait en ce moment un sens. Dans le texte définitif, l'apport en industrie est visé à côté des apports en numéraire et en nature. Hélas! les rédacteurs de l'acte uniforme n'en ont pas tiré les conséquences, car non seulement ils n'ont pas fixé le régime juridique de l'apport en industrie, comme ils l'ont fait pour l'apport en numéraire (art. 41 à 44) et l'apport en nature (art. 45 à 50), mais en plus ils ont laissé subsister la formule «tout autre apport est interdit», ce qui est curieux car on ne connaît pas d'autre forme d'apport.

<sup>(1)</sup> RIPERT et ROBLOT par GERMAIN et VOGEL, précité, n° 1226, p. 945.

<sup>(2)</sup> L'argument tiré de la défense d'immixtion est cependant critiqué par certains auteurs qui font valoir que l'apport en industrie n'implique pas nécessairement des actes de gestion externe, seuls interdits. Voy. BASTIAN et BOUGNOUX, *J. Cl. Sociétés*, fasc. 62, n° 45.

– la part globale des associés commandités et la part de chaque associé commanditaire dans la répartition des bénéfices et dans le boni de la liquidation.

- 718.** Même si l'article 295 AUSC ne vise pas expressément, parmi les mentions obligatoires, les conditions de prise de décisions, il faut, à notre avis, en faire état dans les statuts. En effet, à la différence de ce qui se passe dans la société nom collectif où l'article 283 supplée à l'absence d'indication, dans les statuts, des règles de majorité en exigeant l'unanimité, dans la société en commandite, rien n'est prévu. L'absence de règle supplétive a pour effet d'obliger les associés à indiquer, dans les statuts, les conditions de prise de décision.
- 719.** La plupart des mentions ainsi exigées sont destinées à éviter toute équivoque et toute discussion dans la situation respective des deux catégories d'associés en ce qui concerne la participation dans le capital, la répartition des résultats de l'exploitation et le fonctionnement de la société.

## SECTION 2. LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE

- 720.** Comme dans les sociétés en nom, il y a deux entités : d'une part les associés qui détiennent le pouvoir souverain ; d'autre part, les gérants qui font fonctionner quotidiennement la société. Pour fixer le régime de ces entités, les rédacteurs renvoient le plus souvent aux règles régissant les sociétés en nom collectif. Il ne peut pas cependant y avoir une transposition pure et simple de ces règles. Il y a plutôt une adaptation de ces règles dans la détermination de la situation des gérants et des associés.

### §1. Les gérants

- 721.** Les rédacteurs de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ont réglementé minutieusement la nomination des gérants. Ils ont en revanche consacré à la fin des fonctions des règles imprécises et incomplètes.

#### *A. La nomination des gérants*

- 722.** La société en commandite simple est dirigée par un ou plusieurs gérants désignés dans les conditions prévues par l'article 298 AUSC.

Il résulte de ce texte que les associés peuvent, dans les statuts, désigner le ou les gérants ou en prévoir la désignation par un acte ultérieur dans les mêmes conditions que dans une société en nom collectif.

C'est en l'absence de stipulations statutaires que tous les associés commandités sont gérants.

**723.** Les rédacteurs ont entendu ainsi donner une certaine liberté aux associés dans la désignation des dirigeants.

Ils peuvent ainsi porter leur choix sur des tiers étrangers à la société. Ils peuvent aussi désigner des membres de la société.

**724.** La liberté des associés n'est cependant pas totale du fait de la discrimination que l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique opère entre les associés. L'article 299 AUSC exclut, en effet, la possibilité pour les commanditaires d'accomplir des actes de gestion externe, si bien que seuls les associés commandités peuvent être nommés gérants.

Cette règle connue, en doctrine, sous la dénomination de «défense d'immixtion du commanditaire» est destinée à assurer la protection des tiers, qui ne doivent pas être exposés au risque d'être induits en erreur sur la situation du commanditaire, qu'ils pourraient prendre pour un associé indéfiniment responsable.

**725.** En application de cette règle, il est interdit au commanditaire non seulement de se comporter comme gérant, mais également de participer de manière active et ostensible à la gestion en accomplissant des actes qui le mettent en rapport avec les tiers. Ainsi, le commanditaire ne peut accomplir pour le compte de la société des actes d'achat de matériel, de vente de marchandises ou de passation de marchés. Il ne peut non plus signer, pour le compte de celle-ci, une lettre de change ou contracter en son nom un emprunt. Ces actes demeurent interdits même s'ils sont accomplis en vertu d'une procuration, et il n'y a pas à distinguer selon que la procuration émane des autres associés ou du gérant lui-même.

**726.** La nullité ne peut être la sanction de la violation, par un commanditaire, de la règle portant prohibition de l'immixtion. Il n'y a pas nullité de la société dans laquelle le commanditaire aurait, en vertu de l'acte constitutif, le droit de gérer<sup>(1)</sup>. Il n'y a pas même nullité des actes d'immixtion accomplis au mépris de la prohibition.

**727.** La seule sanction est la responsabilité du commanditaire, lequel se trouve engagé sur l'ensemble de ses biens avec les commandités. C'est ce qui résulte de l'article 300 AUSC, qui reprend partiellement les dispositions de l'article 28 de la loi française du 24 juillet 1966.

---

<sup>(1)</sup> RIPERT et ROBLOT, précité, n° 1234, p. 949.

L'étendue de l'engagement dépend du commanditaire du nombre d'actes et de leur gravité.

En principe, le commanditaire doit répondre, sur son patrimoine propre, des dettes et engagements de la société qui dérivent des actes de gestion qu'il a faits<sup>(1)</sup>. Etant donné que la règle de la prohibition de l'immixtion n'est pas destinée à protéger les commandités<sup>(2)</sup>, la responsabilité du commanditaire ne se substitue pas à celle des commandités, il y a plutôt un cumul. C'est pourquoi l'article 300 prévoit que le commanditaire est, pour la conséquence de ces actes, tenu solidairement avec les commandités.

Toutefois, la responsabilité du commanditaire cesse d'être limitée aux conséquences des actes qu'il a accomplis, lorsque ces actes sont d'une certaine importance et d'une certaine gravité; dans une telle hypothèse, il peut être obligé pour tous les engagements de la société (Voy. art. 300 al. 2, AUSC). Il appartient aux tribunaux, dans chaque cas, d'apprécier le nombre et la gravité des actes. L'extension de la responsabilité est généralement retenue lorsque les circonstances donnent au commanditaire les apparences d'un véritable gérant ou cogérant.

- 728.** L'Acte uniforme n'interdisant que les actes de gestion qui mettent en rapport le commanditaire et les tiers, la sanction qu'elle édicte n'est pas encourue lorsque le commanditaire n'a accompli que des actes le mettant en rapport avec les co-associés. C'est le sens qu'il faut donner à l'article 301 selon lequel, «Les avis et conseils, les actes de contrôle et de surveillance n'engagent pas les associés commanditaires».
- 729.** Si l'on met de côté la question de la défense d'immixtion, toutes les règles applicables à la nomination des gérants de la société en nom collectif sont étendues aux gérants de la société en commandite simple. Il n'est pas sûr en revanche, faute de renvoi, que les règles applicables à la fin des fonctions des gérants de la société en nom collectif puissent être transposées ici.

### *B. La fin des fonctions des gérants*

- 730.** En France, le législateur, pour fixer le régime des sociétés en commandite simple, renvoie de manière générale, aux règles prévues pour les sociétés en nom

<sup>(1)</sup> On admet généralement que cette responsabilité qui est obligatoire (le juge ne peut décharger le commanditaire) n'existe que si les tiers ont pu être trompés sur la qualité de leur co-contractant. Voy. BASTIAN par BOUGNOUX, *J. Cl. Sociétés*, fasc. 63, précit. n° 68.

<sup>(2)</sup> De ce que la règle n'est pas destinée à protéger les commandités, on déduit aussi que, dans ses rapports avec ceux-ci, le commanditaire qui a commis un acte de gestion externe demeure tenu dans la limite de son apport, et dans la mesure où il a payé sur ses biens personnels, il aura un recours en contribution contre eux. Voy. MESTRE, *Lamy Sociétés*, précité, n° 2645.

collectif. En effet, l'article 24 de la loi de 1966, qui est un texte de portée très générale, indique clairement que : «les dispositions relatives aux sociétés en nom collectif sont applicables aux sociétés en commandite simple sous réserve des règles prévues au premier chapitre». L'application de ces règles à la révocation des gérants de la société en commandite simple conduit à distinguer selon que le gérant qui doit faire l'objet de la mesure est un commandité nommé dans les statuts, un commandité non désigné dans les statuts ou un tiers<sup>(1)</sup>.

Lorsque le gérant associé est nommé dans les statuts, la décision de révocation est prise à l'unanimité des commandités et à la majorité en nombre et en capital des commanditaires.

Pour le gérant associé non statutaire, il faut une décision prise à l'unanimité des associés, sauf stipulation contraire des statuts.

Enfin, le gérant pris en dehors de la société peut être révoqué par une décision prise à la majorité, dans le cas où les statuts n'auraient rien prévu à cet égard.

L'application des dispositions régissant la société en nom collectif, en l'absence de clause statutaire, conduit à une situation paradoxale puisque le gérant statutaire associé peut être révoqué plus facilement que le gérant associé non statutaire<sup>(2)</sup>.

- 731.** Dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales, seules les règles concernant la nomination et les pouvoirs des gérants des sociétés en nom collectif sont déclarées applicables à la société en commandite simple. Il n'y a donc pas de renvoi aux règles applicables à la révocation des gérants de la société en nom collectif. Etant donné que rien n'est prévu non plus dans les dispositions propres à la société en commandite simple, on peut penser que le législateur régional a entendu s'en remettre aux associés pour fixer, dans les statuts, les conditions de majorité requise pour la prise de décision. Mais que décider si les associés n'ont rien prévu? Cette situation devrait cependant rester exceptionnelle car, comme nous l'avons déjà souligné<sup>(3)</sup>, même si l'article 295 ne le dit pas expressément, les règles de prise de décision doivent obligatoirement figurer dans les statuts. Donc, à défaut de stipulations spéciales sur les conditions de majorité requises pour la révocation, on appliquera les stipulations concernant, de manière générale, les prises de décision par les associés<sup>(4)</sup>.

(1) MESTRE, *Lamy, Sociétés commerciales*, précité, n° 2641.

(2) Rappelons que le gérant associé non statutaire ne peut être révoqué, en cas de silence des statuts, qu'à l'unanimité.

(3) Voy. *Supra*, n° 165, les statuts doivent obligatoirement contenir les règles de prise de décision.

(4) La révocation constitue après tout une prise de décision.

## §2. Les associés

**732.** C'est par l'existence de commanditaires que la société en commandite simple se distingue de la société en nom. La personnalité de ces commanditaires intéresse moins les tiers que celle des commandités. Cela explique en partie la différence de situation juridique de ces deux catégories d'associés.

### *A. La situation juridique des associés*

**733.** Les commandités ont plus d'obligations que les commanditaires puisqu'ils répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales; en contrepartie, ils ont des droits un peu plus étendus.

### **1. Les droits des associés**

**734.** Les commanditaires ne peuvent pas prétendre gérer la société. Mais si l'on met de côté cette interdiction qui introduit, il est vrai, une certaine discrimination, les commanditaires ont presque les mêmes droits que les commandités: droit de participer aux bénéfices et droit de prendre part aux décisions collectives.

#### *a) Le droit de participer aux bénéfices*

**735.** La part des associés dans les bénéfices ne dépend pas de leur qualité; elle est fonction de la quotité du capital détenu. Le commanditaire a donc autant droit aux bénéfices réalisés que le commandité, et à défaut de stipulation statutaire, la part de chacun sera proportionnelle à la participation dans le capital social.

#### *b) Le droit de prendre part aux décisions*

**736.** Même si leur «poids électoral» est moins important que celui des commandités<sup>(1)</sup>, les commanditaires ont leur mot à dire sur les décisions collectives comme l'illustrent les modalités de prise de décision et les règles de majorité.

**737. Les modalités de prise de décisions.** Il résulte de l'article 302, al. 2 AUSC que les modalités de consultation des associés sont fixées par les statuts. La loi laisse ainsi une grande liberté aux associés qui pourront choisir entre la réunion en assemblée et la consultation par correspondance.

---

<sup>(1)</sup> L'opposition d'un commandité peut empêcher une prise de décision alors que l'opposition d'un commanditaire ne produit pas toujours les mêmes résultats; en effet, certaines décisions impliquent l'unanimité des commandités et la majorité des commanditaires.

Deux limites sont cependant apportées à la liberté des associés.

La première résulte de l'al. 3 de l'article 302 aux termes duquel «la réunion d'une assemblée est de droit si elle est demandée soit par un associé commandité, soit par le quart en nombre et en capital des associés commanditaires». Ce texte introduit une certaine discrimination entre commandités et commanditaires, car les premiers peuvent rendre obligatoire la tenue d'une assemblée, ce que les autres ne peuvent pas nécessairement.

La seconde restriction résulte de l'article 306 qui exige la tenue, dans les 6 mois de la clôture de l'exercice, d'une assemblée générale annuelle au cours de laquelle sont soumis à l'approbation des associés le rapport de gestion, l'inventaire et les états financiers de synthèse.

- 738.** Lorsqu'une décision doit être prise en assemblée, la convocation est faite à l'initiative du ou des gérants au moins quinze jours avant sa tenue<sup>(1)</sup>. L'auteur de la convocation est tenu d'indiquer la date, le lieu de réunion et l'ordre du jour. L'irrégularité de la convocation est sanctionnée par la nullité de l'assemblée, mais l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les associés étaient présents ou représentés.
- 739. Les règles de majorité.** Une grande liberté est laissée aux associés qui peuvent fixer, dans les statuts, aussi bien les règles de quorum que les règles de majorité. Il existe cependant des restrictions à cette liberté.
- 740.** Il y a, tout d'abord, une atteinte au pouvoir des associés de fixer le quorum. En effet, l'article 306 avant-dernier alinéa consacré à l'assemblée générale annuelle prévoit que celle-ci ne peut valablement se tenir que si elle réunit une majorité d'associés représentant la moitié du capital social.
- 741.** Il existe, d'autre part, une restriction en matière de détermination des règles de majorité. C'est en effet la loi elle-même qui fixe la majorité requise pour les modifications statutaires. Ainsi, selon l'article 305, al. 1<sup>er</sup>, il faut, pour ce type de décisions, le consentement de tous les commandités et la majorité en nombre et en capital des associés commanditaires. L'alinéa 2 de ce texte répute non écrite toute clause édictant des conditions de majorité plus stricte ; rien ne devrait cependant s'opposer à ce que les statuts assouplissent les conditions légales<sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> La convocation peut être faite par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, par télex ou par télécopie.

<sup>(2)</sup> Les associés devraient pouvoir décider, dans les statuts, que les modifications statutaires ne seraient pas subordonnées à la double majorité en nombre et en capital pour les commanditaires ou au consentement unanime des commandités.

**742.** L'atteinte à la liberté des associés ne résulte pas seulement de ce que l'Acte uniforme a fixé de manière impérative les règles de majorité requises pour les modifications statutaires. Elle tient aussi à ce que les associés ne peuvent logiquement fixer, pour les décisions collectives ordinaires, des conditions plus rigoureuses que celles qui sont exigées par l'Acte uniforme pour les modifications statutaires.

## **2. Les obligations des associés**

**743.** Il n'y a pas de discrimination entre les deux catégories d'associés que sont les commandités et les commanditaires dans la contribution au passif. Celle-ci est, comme la participation aux bénéfiques, proportionnelle au nombre de parts détenues, sauf stipulation contraire des statuts.

**744.** La qualité d'associé commandité ou d'associé commanditaire n'intervient que pour la détermination de l'étendue de la responsabilité<sup>(1)</sup>. Celle-ci dépend en effet du statut.

**745.** Les commandités sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales<sup>(2)</sup>. Même s'il n'y a pas, sur ce point, de renvoi aux règles de la société en nom collectif, on peut penser que les commandités sont soumis au même régime que les associés en nom.

**746.** Quant aux commanditaires, ils sont responsables des dettes sociales dans la limite de leurs apports. Il existe cependant une dérogation à cette règle. Il peut arriver en effet qu'un commanditaire soit tenu sur ses biens personnels solidairement avec les commandités. Il en est ainsi lorsque les circonstances de l'immixtion du commanditaire dans la gestion sont telles qu'elles lui donnent les apparences d'un véritable gérant.

Il en est de même lorsque le nom d'un commanditaire est incorporé dans la dénomination. Dans un tel cas, en effet, le commanditaire est tenu de la totalité des dettes sociales dans les mêmes conditions qu'un commandité<sup>(3)</sup>. C'est ce qu'exprime, maladroitement, l'article 294 al. 2 ainsi conçu «Le nom d'un associé commanditaire ne peut en aucun cas être incorporé à la dénomination sociale, à défaut de quoi (sic) ce dernier répond indéfiniment et solidairement du passif social».

---

<sup>(1)</sup> Sur la distinction entre l'obligation à la dette et la contribution aux pertes, voy. *supra* n° 114.

<sup>(2)</sup> Art. 293 AUSC.

<sup>(3)</sup> En France, la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989, en modifiant l'article 25 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, a supprimé l'alinéa 2 de cet article qui rendait le commanditaire indéfiniment et solidairement responsable des dettes sociales lorsque son nom figurait dans la raison sociale.

747. En dehors de ces situations exceptionnelles, le commanditaire, s'il réalise son apport, ne peut donc être recherché personnellement par les créanciers sociaux; on comprend, dans ces conditions, pourquoi sa personnalité soit moins importante que celle du commandité.

*B. Les qualités personnelles des associés*

748. Etant donné que le commandité est tenu sur son patrimoine personnel, sa personnalité ne peut être indifférente, contrairement au commanditaire qui n'a en pratique d'autres obligations que de réaliser son apport. Aussi, la cession des parts de ces deux catégories d'associés est-elle soumise à des régimes différents. Dans le même ordre d'idées, l'Acte uniforme a attaché des effets différents aux événements qui peuvent affecter leur personne.

**1. La cession des parts**

749. La situation du commandité est analogue à celle de l'associé en nom. C'est ce qui explique que la cession de ses parts n'est pas libre. Le commanditaire, en ce qui le concerne, n'est tenu que dans la limite de ses apports. Aussi, à la différence du commandité, le caractère personnel de sa part n'est-il pas très marqué. On ne peut cependant ignorer que la personnalité du commanditaire intéresse non seulement ses co-associés, mais aussi les tiers qui ont besoin de savoir quelles sont les personnes qui ont fait confiance aux commandités pour mesurer le crédit qu'il y a lieu de leur accorder. C'est pourquoi la cession de leur part ne peut non plus être totalement libre. Le législateur régional en est conscient; en effet, il déclare, dans une formule générale, que les parts des sociétés en commandite simple ne sont cessibles qu'avec le consentement unanime des associés, sans faire de distinction selon qu'elles sont détenues par des commandités ou des commanditaires.

750. Ces deux catégories de parts ne peuvent cependant être soumises à un régime absolument identique. C'est ce qui explique que l'Acte uniforme, en autorisant les associés à assouplir les conditions de la cession par une stipulation insérée dans les statuts, a fixé des limites tenant compte de la qualité du cédant et du cessionnaire.

751. En ce qui concerne les parts des commandités, il est permis aux associés de prévoir dans les statuts qu'elles pourront être cédées en partie à un associé commanditaire ou un tiers étranger à la société avec le consentement de tous les associés commandités et de la majorité en nombre et en capital des associés commanditaires<sup>(1)</sup>. On constate que les associés ne sont autorisés à

---

<sup>(1)</sup> Voy. art. 296 al. 2-3<sup>e</sup>, AUSC.

écarter l'exigence du consentement unanime que si le commandité conserve une ou quelques-unes de ses parts, et reste indéfiniment responsable.

**752.** Les associés ont un peu plus de liberté pour ce qui est de la cession des parts des commanditaires. Ils peuvent, en effet, valablement prévoir dans les statuts :

- que les parts des associés commanditaires sont librement cessibles entre associés<sup>(1)</sup>;

- que les parts des associés commanditaires peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société avec le consentement de tous les associés commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires<sup>(2)</sup>.

## 2. L'influence des qualités personnelles sur la vie de la société

**753.** Les évènements qui marquent la vie des commandités et des commanditaires n'exercent pas la même influence sur la vie de la société.

Les qualités personnelles du commanditaire, nous l'avons déjà souligné, ne sont pas indifférentes ne serait-ce que parce que sa personnalité intéresse les tiers qui veulent connaître la personne qui accorde leur confiance au commandité. Cependant, l'importance de ces qualités personnelles n'est pas telle qu'elle puisse avoir une incidence sur la vie de la société. L'Acte uniforme le rappelle opportunément dans l'article 308 aux termes duquel «La société en commandite continue malgré le décès d'un commanditaire».

**754.** La considération de la personne est en revanche très forte chez les commandités, puisque la plupart des évènements qui affectent leur vie entraînent la dissolution de la société.

C'est ainsi que le décès d'un commandité entraîne la dissolution de la société en commandite simple. Cette dissolution peut cependant être évitée s'il est stipulé que la société va continuer, en cas de décès d'un associé, avec les héritiers de celui-ci. Il peut y avoir un problème si l'associé décédé était seul commandité et si tous ses héritiers sont mineurs non émancipés; en effet, il ne peut y avoir de société en commandite simple en l'absence de l'une des catégories; or les héritiers mineurs ne pourront pas devenir commandités. L'Acte uniforme a apporté une solution à ce problème en décidant que, dans un tel cas, il doit être procédé au remplacement de l'associé décédé par un nouvel associé commandité ou à la transformation de la société dans le délai d'un an à compter du décès. L'Acte uniforme n'indique

---

<sup>(1)</sup> Cela s'explique par le fait qu'il n'y a pas entrée d'un nouvel associé dans la société, ni atteinte à l'*intuitus personae*.

<sup>(2)</sup> Voy. art. 296 al. 2.

pas la forme que pourraient choisir les associés, mais il ne fait aucun doute que cela ne peut être que la société anonyme ou la société à responsabilité. Les mineurs non émancipés, on le sait, ne peuvent pas être associés d'une société en nom collectif.

Le défaut de régularisation entraîne la dissolution de plein droit.

Même si l'Acte uniforme ne le prévoit pas expressément, on devrait également considérer que la société en commandite simple est dissoute par l'effet de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens contre un commandité ou la survenance d'une incapacité ou d'une interdiction chez celui-ci.

### SECTION 3. LA DISPARITION DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE

- 755.** La société en commandite simple peut disparaître sous sa forme initiale et continuer sous une autre forme. C'est l'opération de transformation. Il n'y a, dans les règles propres à la société en commandite simple, aucune disposition consacrée à cette question. Il faut donc se référer aux règles communes de transformation des sociétés. Il résulte de celles-ci que la transformation ne constitue qu'une modification des statuts; en tant que telle, elle est soumise aux mêmes conditions de forme et de délai. Par conséquent, il faut, pour procéder à la transformation d'une société en commandite, l'unanimité des commandités et la majorité en nombre et en capital des commanditaires. Toutefois, lorsque la société en commandite doit être transformée en société en nom collectif, il faut le consentement unanime des associés.

En cas de transformation de la société en commandite en société à risque limité (S.A. ou S.A.R.L.), les créanciers sociaux conservent leurs droits contre la société et les associés (art. 186 al. 3). Il s'ensuit que les commandités seront tenus indéfiniment et solidairement des dettes contractées par la société avant sa transformation.

- 756.** La société en commandite simple peut aussi disparaître en tant que personne morale. C'est la dissolution qui peut résulter de l'arrivée du terme, de la réalisation ou de l'extinction de l'objet, de la liquidation des biens, de l'annulation du contrat de société, de la décision des associés ou d'une décision de justice.

En plus des causes de dissolution communes à toutes les sociétés, il y a les causes de dissolution propres à la société en commandite simple. Ainsi, le décès d'un associé commandité entraîne la dissolution, s'il n'y a pas de clause de continuation.

Il faut dire aussi que la société en commandite étant caractérisée par la coexistence de deux catégories d'associés, il devrait y avoir dissolution si la disparition d'une catégorie n'est pas suivie d'une régularisation ou d'une transformation. Il en serait par exemple ainsi en cas de cession totale de ses parts par le seul associé commandité aux commanditaires.

## TITRE II LES SOCIÉTÉS À RISQUE LIMITÉ

757. Par opposition aux sociétés de personnes constituées *intuitu personae* et caractérisées par la solidarité de tous les associés, on trouve un ensemble de sociétés dans lesquelles la considération de la personne des associés est relativement indifférente. Ce sont des sociétés à risque limité parce qu'elles sont constituées en considération des capitaux apportés (*intuitu pecuniae*). Toutes commerciales en raison de leur forme, ces sociétés sont les plus importantes en nombre et en poids. Sur le plan juridique, elles sont soumises à une législation plus contraignante que celle des sociétés de personnes, législation souvent complétée par un arsenal répressif spécifique. Cet ensemble comporte deux sous-ensembles homogènes : les sociétés à responsabilité limitée (S.A.R.L.) d'une part (Chapitre 1<sup>er</sup>), les sociétés par actions réduites dans le droit OHADA aux sociétés anonymes (S.A.) d'autre part (Chapitre 2).



## CHAPITRE 1

# LA SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE

---

**758.** L'ancêtre de la S.A.R.L. est la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (G.m.b.H.) créée par une loi allemande du 29 avril 1892; celle-ci a ensuite eu un réel succès, notamment en France avec la loi du 7 mars 1925. Par conséquent, dans la plupart des pays membres de l'OHADA, la loi du 7 mars 1925 rendue applicable et ses lois modificatrices régissaient jusqu'ici la S.A.R.L.<sup>(1)</sup>; il faut cependant exclure le Sénégal, la Guinée, le Mali et Madagascar qui avaient adopté des textes plus ou moins différents et souvent proches de la législation française<sup>(2)</sup>.

**759.** La S.A.R.L. est une société au statut ambigu<sup>(3)</sup>. Elle présente un certain nombre de caractéristiques :

Elle est proche de la S.A. par le statut de ses associés; mais le montant du capital social minimum est différent; le régime des droits sociaux est différent; en effet, le régime des actions et des obligations avec leurs diverses variantes offre des modalités de participation au financement de la société beaucoup plus diversifiées et seul susceptibles de fonder une véritable stratégie de gestion financière; mais, le fonctionnement de la S.A. est plus lourd.

La S.A.R.L. comme la S.N.C. se particularise par la dimension modeste de la société avec un petit nombre d'associés; elles sont constituées en considération de la personne; mais il existe une différence notable dans la situation des associés.

La S.A.R.L. diffère aussi de la S.C.S., ne serait-ce que parce que cette dernière exige deux types d'associés. Enfin, elle diffère de la société civile toujours en raison de la situation des associés, ceux-ci étant dans la société civile responsables indéfiniment, mais non solidairement.

**760.** La S.A.R.L. a l'avantage de permettre à ses associés de se livrer à une exploitation commerciale, sans prendre personnellement la qualité de commerçant. L'article 309 de l'Acte uniforme la définit comme «une société

---

<sup>(1)</sup> Pour une étude détaillée, B. SAINTOURENS, *L'entreprise en société à responsabilité limitée*, Dalloz, 1994.

<sup>(2)</sup> Voy. *supra*, n° 18.

<sup>(3)</sup> En ce qui concerne le débat sur la nature de la S.A.R.L., cf. Jeanne BOUCOURECHLIEV et Nathalie HUET, «De natura S.A.R.L.», in *Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, p. 177 et s.

dans laquelle les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont les droits sont représentés par des parts sociales».

La société est désignée par une dénomination sociale qui doit être immédiatement précédée ou suivie en caractères lisibles des mots: «société à responsabilité limitée» ou du sigle: «S.A.R.L.».

L'objectif de cette société, maintenu en législation, est de faire d'elle le régime de référence pour les petites et moyennes entreprises en assouplissant les règles de fonctionnement<sup>(1)</sup>. C'est donc un outil idéal pour l'exploitation de telles entreprises. Elle apparaît nettement aujourd'hui encore plus comme un cadre adapté au lancement d'une affaire puisque, désormais, le nombre d'associés importe peu. En effet, l'article 309 précise que la S.A.R.L. peut être constituée par une personne physique ou morale, ou entre deux ou plusieurs personnes physiques ou morales. Elle est donc pluripersonnelle ou unipersonnelle.

## SECTION 1. LA S.A.R.L. PLURIPERSONNELLE

**761.** La création d'une S.A.R.L. pluripersonnelle présente de nombreux avantages, mais aussi quelques inconvénients.

Sur le plan des avantages, on peut relever qu'elle présente un meilleur confort pour les associés et les dirigeants que la S.N.C. :

- par rapport à la S.A.<sup>(2)</sup>: pas de dualité d'organes de direction; formalisme plus allégé; contrôle par les commissaires aux comptes exceptionnellement exigé;

- par rapport à la S.N.C.: moins de péril pour les associés qui n'ont pas la qualité de commerçant; responsabilité limitée (sauf pour les dirigeants et les associés principaux s'il s'engagent comme caution ou si la société dépose le bilan et leur responsabilité personnelle est recherchée).

Sur le plan des inconvénients qui sont aussi nombreux, il faut signaler principalement les pesanteurs de son fonctionnement :

- formalismes multiples;
- possibilité de sanctions pénales comme pour toute société d'ailleurs;

<sup>(1)</sup> En France par exemple, le législateur va plus loin puisqu'il a instauré la liberté de fixation de la valeur nominale des parts, et simplifié le formalisme des décisions collectives; voy. Loi du 11 février 1994.

<sup>(2)</sup> Cf., par exemple, HOMMAN-LUDIYE (L.) et MISSAINHOUN (J.E.), «La gestion des S.A. et des S.A.R.L.», *Cahiers juridiques et fiscaux*, CFCE, 1998, n° 2, p. 309; HOMMAN-LUDIYE (L.) et DJEDJE (P.), «Le contrôle de la gestion des S.A. et des S.A.R.L.», *Cahiers juridiques et fiscaux*, CFCE, 1998, n° 2, p. 317.

- lourdeurs inhérentes aux cessions de parts sociales ;
- coût fiscal des cessions de parts sociales plus élevé que cession des actions<sup>(1)</sup> ;
- au surplus, libération du capital soumise à condition contrairement aux sociétés de personnes.

**762.** L'étude des règles de constitution, d'organisation et fonctionnement, de dissolution de cette société laisse apparaître que celle-ci emprunte ses caractéristiques aussi bien aux sociétés de personnes qu'aux sociétés de capitaux.

Par assimilation aux premières, la S.A.R.L. est fondée sur l'*intuitu personae* et, dès lors, la personne de l'associé est prépondérante. En outre, le capital de la société est divisé en parts sociales en principe cessibles dans des conditions strictement énumérées par la loi. Enfin, la gestion de la société est confiée à un gérant.

D'un autre point de vue, la S.A.R.L. se rapproche des sociétés de capitaux sur plusieurs points : les associés n'ont pas la qualité de commerçant ; ils ne sont responsables du passif social qu'à concurrence de leurs apports ; la survenance d'un événement atteignant personnellement un associé tel que le décès, la faillite ou l'incapacité, est en principe sans effet sur la société.

### § 1. La constitution de la S.A.R.L.

**763.** En plus des règles communes à toute société, la S.A.R.L. doit être constituée selon quelques règles spécifiques de fond et de forme, assorties de sanctions.

#### *A. Les conditions de fond*

**764.** Elles sont relatives aux associés, au capital et à l'objet social.

#### **1. Les associés**

**765.** En principe, la loi de 1925 ne fixait pas un nombre limité d'associés d'une S.A.R.L. Il suffisait donc d'un minimum de deux associés conformément à l'article 1832 du Code civil. Mais, dans l'esprit du législateur de 1925, la S.A.R.L. a été conçue comme une société familiale ou à tout le moins une société adaptée aux petites et moyennes entreprises. De plus, l'*intuitu personae* qui la gouverne est peu compatible avec un nombre très élevé d'associés. Aussi, comprend-on que le législateur communautaire ait institué la société

<sup>(1)</sup> Par exemple, pour la France : S.A.R.L. 4,80% du prix convenu ; S.A. seulement 1%.

à responsabilité limitée unipersonnelle. D'ailleurs, dans la pratique, ces sociétés même pluripersonnelles se limitent à une cinquantaine d'associés au maximum. Ce chiffre a du reste été légalisé par le législateur français, et par le Sénégal, la Guinée, le Mali et le Niger. Dans ces législations, il est admis que si la S.A.R.L. compte plus de cinquante associés, elle doit se transformer en société anonyme dans les deux ans, sous peine de dissolution de plein droit. Le législateur OHADA, quant à lui, certainement pour promouvoir davantage d'investissements<sup>(1)</sup>, a préféré laisser libre cours aux associés du choix du nombre. La question intéresse donc exclusivement les rapports entre associés et ils doivent la régler seuls.

- 766.** Les associés peuvent être des personnes physiques ou morales. Aucune condition de capacité n'est en principe exigée, puisque les associés ne sont pas des commerçants. Dès lors peuvent en faire partie les incapables, les interdits, les personnes frappées d'incompatibilité de faire le commerce ou même les époux<sup>(2)</sup>. Toutefois, d'après une certaine jurisprudence, lorsque la société est constituée avec des apports en nature, on doit émettre une réserve: étant donné que les associés étaient déjà conformément à la loi de 1925 – et aujourd'hui de l'article 312 alinéa 5 de l'Acte uniforme – responsables solidairement et indéfiniment de l'évaluation faites des apports en nature, on pourrait dès lors envisager l'exclusion des incapables de la société<sup>(3)</sup>.
- 767.** Les associés de S.A.R.L. peuvent être des époux. Il faut simplement rappeler que c'est à propos de ce type de société que les critiques avaient été adressées à la jurisprudence de la Cour de cassation refusant les sociétés entre époux. Certains arrêts des cours d'appel faisant les premiers pas reconnaissaient la validité des sociétés à responsabilité limitée entre époux<sup>(4)</sup>. Aujourd'hui, avec l'Acte uniforme, il n'y a plus aucun doute: l'article 9 valide ces sociétés dans la mesure où les époux ne sont responsables des det-

<sup>(1)</sup> Si la S.A.R.L. a paru pendant longtemps le type adapté aux sociétés de famille, il n'en est plus de même aujourd'hui; cette forme de société peut aussi servir à promouvoir les investissements et certains n'hésitent pas à la qualifier de petite société de capitaux.

<sup>(2)</sup> Voy. art. 9 AU sur les sociétés entre époux.

<sup>(3)</sup> Une partie de la jurisprudence est en ce sens: cf. Paris, 23 décembre 1939, *DC*, 1941, 45 note RIPERT; *S.*, 1940, II, 1, note ROUSSEAU; en plus nuancé: Rouen, 12 décembre 1949, *D.*, 1950, 289 note RIPERT; *JCP*, 1950 II 5797, note BASTIAN qui estime que le mineur peut entrer dans la société lorsqu'il est certain que l'apport en nature a une valeur au moins égale à la valeur attribuée par l'acte, car dans ce cas, la garantie de l'article 8 qui pèse sur les associés ne jouera jamais. Cette jurisprudence est très contestée par la doctrine favorable à la capacité du mineur à faire partie de la S.A.R.L.: cf. RIPERT et ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1963, p. 434, n° 895.

<sup>(4)</sup> Lyon, 3 mai 1948, *D.*, 1949, 46, note COHENDY; Paris, 7 décembre 1954, *D.*, 1955, 353, note RIPERT; Colmar, 17 juin 1955, *D.*, 1955, 639; etc.

tes sociales qu'à concurrence de leurs apports. La question des pouvoirs sur les biens susceptibles d'être apportés en société relève alors du droit des régimes matrimoniaux.

- 768.** Les associés reçoivent en contrepartie de leurs apports des parts sociales. Ceux-ci sont des titres non négociables, étant entendu que la S.A.R.L. ne peut émettre de valeurs mobilières. Cependant, les parts sociales de S.A.R.L. sont en principe cessibles entre vifs, transmissibles pour cause de décès et peuvent être nanties. Les articles 317 et suivants de l'Acte uniforme organisent l'ensemble de ces opérations relatives aux parts sociales de S.A.R.L.

*a) Les cessions de parts entre vifs*

- 769.** Elles sont régies par les articles 317 à 320 de l'Acte uniforme. La cession de parts de S.A.R.L. comme celle des sociétés de personnes est une cession de créance impérativement soumise aux formes de l'article 1690 du Code civil, c'est-à-dire qu'elle doit être signifiée à la société par acte d'huissier, à moins que celle-ci n'y consente dans un acte authentique. Dans tous les cas, la société doit donner son accord préalable à la cession. C'est dans le même sens que, s'agissant de la forme de la cession, l'article 317 de l'Acte uniforme dispose que «la cession des parts sociales entre vifs doit être constatée par écrit. Elle n'est rendue opposable à la société qu'après l'accomplissement de l'une des formalités suivantes : 1<sup>o</sup>) signification de la cession à la société par acte extrajudiciaire ; 2<sup>o</sup>) acceptation de la cession par la société dans un acte authentique ; 3<sup>o</sup>) dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de ce dépôt. La cession n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement de l'une des formalités ci-dessus, modification des statuts et publicité au registre du commerce et du crédit mobilier.»

Ensuite, concernant les modalités de la cession, il faut distinguer deux hypothèses : la cession entre associés et la cession à des tiers.

- 770.** *Les cessions entre associés.* L'article 318 de l'Acte uniforme dispose que les statuts organisent librement les modalités de transmission des parts sociales entre associés ; cette organisation interne peut alors permettre d'éviter un bouleversement des majorités. A défaut de clause statutaire en ce sens, la transmission des parts entre associés est libre. Les statuts peuvent également prévoir les modalités de transmission des parts sociales entre conjoint, ascendants et descendants. A défaut, les parts sont librement cessibles entre les intéressés.

771. *Les cessions à des tiers.* En principe, lorsque la cession se fait au profit d'un tiers, les conditions sont plus rigoureuses. Cependant, l'article 319 de l'Acte uniforme prévoit que les statuts peuvent organiser librement les modalités de transmission des parts sociales à titre onéreux à des tiers étrangers à la société. La transmission des parts à un tiers peut alors faire l'objet de clause d'agrément ou de préemption insérée dans les statuts<sup>(1)</sup>. A défaut de prévision par les statuts, reprenant les dispositions rigides de la loi de 1925, l'article 319 impose un agrément des associés à une double majorité, c'est-à-dire représentant la moitié plus une des voix comptées par tête d'associé (majorité des associés non cédants), et représentant les trois quarts au moins du capital social (comptés en parts sociales), déduction faite des parts de l'associé cédant. Les statuts peuvent prévoir des majorités plus qualifiées.
772. Le projet de cession doit être notifié par l'associé cédant à la société et à chacun des autres associés. Si la société n'a pas fait connaître sa décision dans le délai de trois mois à compter de la dernière des notifications prévues ci-dessus, le consentement à la cession est réputé acquis. Si la société refuse de consentir à la cession, les associés sont indéfiniment et solidairement tenus dans le délai de trois mois qui suit la notification du refus à l'associé cédant, d'acquiescer les parts à un prix qui, à défaut d'accord entre les parties, est fixé par un expert nommé par le président de la juridiction compétente, à la demande de la partie la plus diligente. Le délai de trois mois ainsi stipulé peut être prolongé une seule fois par ordonnance du président de la juridiction compétente, sans que cette prolongation puisse excéder cent vingt jours. Dans un tel cas les sommes dues porteront intérêt au taux légal. La société peut également, avec le consentement de l'associé cédant, décider dans le même délai, de réduire le montant du capital social du montant de la valeur nominale des parts de cet associé et de racheter ces parts au prix fixé d'un commun accord entre les parties, ou déterminé par un expert comme il est dit plus haut.

Si à l'expiration des délais impartis ci-dessus, dit l'article 320 de l'Acte uniforme, aucune des solutions prévues (rachat des parts du cédant ou réduction du capital social du montant de la valeur nominale des parts de cet associé et rachat de ces parts) n'est intervenue, l'associé cédant peut librement réaliser la cession initialement prévue ou, s'il le juge préférable, renoncer à la cession et conserver ses parts.

---

<sup>(1)</sup> Cette solution était déjà prévue dans certains pays tels que le Gabon, où une procédure d'agrément et un droit de préemption en faveur des co-associés du cédant était prévue; au Sénégal (articles 1193 à 1195 du C.O.C.C.) et au Mali (articles 343 et 344 du Code de commerce), il était prévu que le refus d'agrément du cessionnaire proposé, imposait le rachat des parts du cédant par ses coassociés ou par des personnes désignées.

**b) La transmission des parts pour cause de décès**

773. Elle est organisée par l'article 321 de l'Acte uniforme. Il en ressort que les statuts peuvent prévoir qu'en cas de décès d'un associé, un ou plusieurs héritiers ou un successeur ne peuvent devenir associés qu'après avoir été agréés dans les conditions qu'ils définissent. A peine de nullité de la clause, les délais accordés à la société pour l'agrément ne peuvent être plus longs que ceux prévus aux articles 319 et 320 de l'Acte uniforme (trois mois renouvelable une fois) et la majorité exigée ne peut être plus forte que celle prévue audit article 319 (soit alors la majorité des associés restants représentant les trois quarts des parts sociales déduction faite des parts de l'associé décédé). La décision d'agrément doit être notifiée à chaque héritier ou successeur intéressé par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. En cas de refus d'agrément, il est fait application des dispositions des articles 318 (organisation par les statuts des modalités de transmission des parts sociales entre conjoint, ascendants et descendants) et 319 de l'Acte uniforme (organisation de la transmission par les statuts) et si aucune solution prévue à cet article n'intervient dans les délais impartis, l'agrément est réputé acquis. Il en est de même si aucune notification n'a été faite aux intéressés.

**c) Le nantissement des parts sociales**

774. Pour obtenir crédit, un associé peut donner ses parts sociales en nantissement<sup>(1)</sup>. Il s'agit d'une sûreté grave, en ce sens que si le débiteur ne peut payer sa dette, le créancier qui a ainsi un gage sur les parts sociales peut les réaliser; dans ce cas, le cessionnaire, nouveau titulaire des parts sociales, va se retrouver associé de la S.A.R.L. Or, l'*intuitu personae* d'une telle société commande que l'entrée des tiers à la société soit contrôlée. Le législateur communautaire a donc à juste titre réglementé le nantissement des parts sociales. D'après l'article 322 de l'Acte uniforme, la société doit donner son consentement à un projet de nantissement de parts sociales dans les conditions prévues pour la cession de parts à des tiers; ce consentement emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des parts sociales régulièrement nanties, à moins que la société ne préfère, après la cession, racheter sans délai lesdites parts en vue de réduire son capital. Pour l'application de ces dispositions et pour être opposable aux tiers, le nantissement des parts peut être constaté par un acte notarié ou par acte sous seing privé signifié à la société et publié au RCCM. Les conditions et la publicité du

---

<sup>(1)</sup> Cf. sur la question, V. CHASSERY, «Le nantissement des parts sociales», *RTD com.*, 1977, 433.

nantissement des parts sociales sont par ailleurs organisées par les articles 44 et 45 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, et les articles 64 et suivants de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

## 2. Le capital

**775.** Dans la plupart des pays membres du Traité OHADA, la législation précédemment applicable fixait un montant minimum du capital nécessaire à la constitution d'une S.A.R.L.<sup>(1)</sup>. Au Cameroun<sup>(2)</sup>, et dans les Etats encore régis par la loi de 1925 il était fixé à 250.000 F CFA au moins; au Sénégal, il était de 500.000 F CFA; en Guinée, de 8.000.000 FG (ou 10.000.000 FG s'il s'agit d'une S.A.R.L. comportant des associés de nationalité étrangère); au Mali, de 3.500.000 F CFA; au Niger, de 2.000.000 F CFA; au Burkina Faso, de 2.000.000 F CFA. Aujourd'hui, l'article 311 de l'Acte uniforme le fixe à 1.000.000 (un million) F CFA au moins. Ce capital est divisé en parts sociales d'une valeur nominale de 5.000 F CFA au minimum. En principe, la S.A.R.L. ne peut être définitivement constituée que si toutes les parts ont été réparties entre les associés dans l'acte de société et ont été intégralement libérées (contrairement à la S.A.). Il en est ainsi qu'il s'agisse des apports en nature ou des apports en numéraire. En fait, cette exigence de libération immédiate des apports en numéraire ne se rencontre que dans la S.A.R.L.

Peut-on insérer dans les statuts une clause de variabilité du capital? En France, la jurisprudence estime que oui.

**776.** En toute logique, les apports en industrie sont en principe interdits bien que l'Acte uniforme n'en dise rien car, en plus de la responsabilité limitée, l'associé en industrie serait dans l'impossibilité de libérer immédiatement son apport puisque sa prestation est successive<sup>(3)</sup>. Par ailleurs, le capital social constituant la seule garantie des créanciers sociaux dans ce type de société, on ne saurait considérer le travail d'un associé comme une partie du capital social<sup>(4)</sup>.

**777.** Les fondateurs ont l'obligation de déclarer expressément dans l'acte de société que ces conditions sont remplies, c'est-à-dire que tout le capital a été

<sup>(1)</sup> Equipe HSD, *Droit commercial et des sociétés en Afrique*, EDICEF, UREF, *op. cit.*, p. 118.

<sup>(2)</sup> Au Cameroun, c'est l'article 6 du décret de 1930, modifié par un décret du 23 février 1957, *JOC*, 57, p. 541.

<sup>(3)</sup> Cf. Amiens, 22 juillet 1952, *JCP*, 1953, II, 7733.

<sup>(4)</sup> En ce sens, RIPERT, ROBLOT, GERMAIN, *Droit commercial*, t. 1, 16<sup>e</sup> éd., n° 924, p. 695.

souscrit et que toutes les parts ont été intégralement payées. En ce sens, le dépôt des fonds et leur mise à disposition est bien réglementé; d'autres dispositions concernent l'évaluation obligatoire des apports en nature.

En vertu des articles 313 et suivants de l'Acte, les fonds provenant de la libération des parts sociales font l'objet d'un dépôt immédiat par le fondateur en banque, contre récépissé, dans un compte ouvert au nom de la société en formation, ou en l'étude d'un notaire. La libération et le dépôt des fonds sont constatés par un notaire du ressort du siège social, au moyen d'une déclaration notariée de souscription et de versement qui indique la liste des souscripteurs avec les nom, prénoms, domicile pour les personnes physiques, dénomination sociale, forme juridique et siège social pour les personnes morales, ainsi que la domiciliation bancaire des intéressés, s'il y a lieu, et le montant des sommes versées par chacun.

Les fonds ainsi déposés sont indisponibles jusqu'au jour de l'immatriculation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier. A compter de ce jour, ils sont mis à la disposition du ou des gérants régulièrement nommés par les statuts ou par acte postérieur. Dans le cas où la société ne serait pas immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier dans le délai de six mois<sup>(1)</sup> à compter du premier dépôt des fonds en banque ou chez le notaire, les apporteurs peuvent, soit individuellement, soit par mandataire les représentant collectivement, demander au président de la juridiction compétente l'autorisation de retirer le montant de leurs apports.

- 778.** S'agissant des apports en nature, il ressort de l'article 312 de l'Acte que les statuts doivent nécessairement contenir l'évaluation de chaque apport en nature et des avantages particuliers stipulés. C'est dire que ces apports sont immédiatement libérés. Cette évaluation est faite par un commissaire aux apports dès lors que la valeur de l'apport ou de l'avantage considéré, ou que la valeur de l'ensemble des apports ou avantages considérés, est supérieure à cinq millions (5.000.000) de francs CFA. Cependant, les associés peuvent eux-mêmes procéder à l'évaluation des apports en nature dans deux cas: lorsque la désignation d'un commissaire aux comptes n'est pas exigée ou lorsque, malgré la désignation du commissaire aux comptes, ils refusent de retenir la valeur proposée par cet expert. En ces cas, ils sont solidairement et indéfiniment responsables à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports et aux avantages particuliers stipulés. Cette responsabilité est pratiquement la seule hypothèse dans laquelle les associés de S.A.R.L. sont solidairement et indéfiniment tenus. Qu'elle soit délictuelle ou contractuelle

---

<sup>(1)</sup> Le délai de 6 mois semble assez restrictif. Pourquoi ne pas laisser aux associés la latitude de décider des conditions de restitution de leurs apports en cas de non-constitution de la société?

selon des opinions doctrinales, cette obligation légale qui pèse sur ces associés s'explique par la nécessité de garantir l'existence du capital social. Celui-ci doit dans la mesure du possible être constitué par des biens justement évalués.

Le commissaire aux apports, choisi sur la liste des commissaires aux comptes selon les modalités prévues aux articles 694 et suivants de l'Acte uniforme, est désigné à l'unanimité par les futurs associés ou, à défaut, par le président de la juridiction compétente, à la demande des fondateurs de la société ou de l'un d'entre eux. Le commissaire aux apports établit un rapport annexé aux statuts. Cependant, l'obligation de garantie ne vise que la valeur des apports au moment de la constitution ou de l'augmentation de capital et non pas le maintien de cette valeur.

- 779.** Pour récompenser des services rendus lors de la création de la société, ou le crédit personnel d'un associé, il était précédemment admis que la société pouvait créer des parts de fondateurs ou parts bénéficiaires comme dans les S.A., mais à condition que ces parts ne soient pas représentées par des titres négociables<sup>(1)</sup>. Cela semble improbable actuellement puisque même dans les S.A., ces titres en dehors du capital social, qui ne conféraient pas à leur titulaire la qualité d'associé, mais seulement une part fixe ou proportionnelle des bénéfices, ont été purement et simplement supprimés par l'Acte uniforme. L'article 918 de l'Acte uniforme règle à titre transitoire le sort des parts de fondateurs ou parts bénéficiaires émises avant l'entrée en vigueur de ce texte.

### 3. L'objet social

- 780.** Aux termes de la loi de 1925, les S.A.R.L. «peuvent être constituées pour un objet quelconque». L'Acte uniforme ne contient pas une disposition similaire. Il suffit donc, comme pour toute société, que l'objet soit licite. Toutefois, la surface financière de la société étant relativement réduite, il est tout à fait concevable que certaines législations interdisent l'exercice en S.A.R.L. de certaines activités risquées. Il en est ainsi des banques, des assurances<sup>(2)</sup>. Une telle solution plutôt généralement admise, se justifie par la faiblesse des garanties offertes par ce genre de société.

<sup>(1)</sup> Cf. Lyon, 15 mars 1935, *DP*, 1938, II, 499, note PIC.

<sup>(2)</sup> En effet, il découle de l'ordonnance du 31 août 1985 relative aux activités bancaires et d'assurance au Cameroun, que les sociétés d'assurances, de capitalisation et d'épargne ne peuvent adopter la forme de S.A.R.L.

*B. Les conditions de forme*

- 781.** La constitution de la S.A.R.L. est nécessairement instantanée. Les formalités de constitution sont relatives à la rédaction des statuts et à l'accomplissement des mesures de publicité.

Les statuts de la S.A.R.L. doivent conformément à l'article 10 de l'Acte uniforme être établis par acte notarié ou tout acte offrant des garanties d'authenticité, en l'occurrence un acte sous seing privé. L'article 315 de l'Acte uniforme exige que tous les associés, à peine de nullité interviennent à l'acte en personne ou par l'intermédiaire des mandataires justifiant d'un pouvoir spécial. Cette nullité qui est d'ordre public est une nullité absolue; elle a pour but la garantie de l'existence du consentement de chaque associé. Les associés ou leurs mandataires doivent apposer leur signature sur les statuts et la société acquiert la personnalité morale dès l'immatriculation au RCCM. La société constituée peut donc, comme pour toute société, reprendre les engagements préalablement souscrits pour son compte par les fondateurs.

Les règles de forme communes de publicité sont applicables.

*C. Les sanctions des règles de constitution*

- 782.** L'Acte uniforme prévoit des sanctions pour les vices de constitution des sociétés; mais il ne faut pas en oublier d'autres découlant de l'inobservation des règles de constitution des S.A.R.L. On peut citer par exemple, sans que cela soit dit expressément dans l'Acte, le montant insuffisant du capital ou des parts sociales (voir cependant l'article 368 qui propose une solution en cas de réduction du capital à un montant inférieur au minimum légal); sur le plan de la forme, on peut noter le défaut de signature de tous les associés, le défaut de déclaration des apports dans l'acte, le défaut de déclaration de régularité et de conformité des fondateurs, etc. Il faut préciser toutefois que toutes les règles de constitution susénoncées n'entraînent plus comme par le passé la nullité de la société tel que le prévoyait la loi de 1925. L'Acte uniforme, dans son article 75, organise un autre régime pour les irrégularités de constitution de la société. Dans tous les cas, le vice peut toujours être couvert et la régularisation ordonnée même sous astreinte.

Reste le problème de savoir ce que devient la société irrégulière si personne ne demande la régularisation ou après la prescription du délai convenu pour la demander. Peut-être se rapproche-t-on de la solution de l'article 865 qui considère qu'il y a société de fait lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales ont constitué entre elles une société reconnue par l'Acte uniforme, mais n'ont pas accompli les formalités légales constitutives?

**783.** De toutes les façons, toutes les personnes auxquelles l'irrégularité de constitution est imputable encourent une responsabilité solidaire pendant un délai de 5 ans à compter du jour de l'immatriculation de la société (article 80 de l'Acte). S'agissant de l'évaluation des apports en nature, il est prévu par l'article 312 alinéa 5 de l'Acte qu'à défaut d'évaluation faite par un commissaire aux apports ou s'il est passé outre à cette évaluation, les associés sont indéfiniment et solidairement responsables de l'évaluation faite des apports en nature et des avantages particuliers stipulés pendant une période de cinq ans (avant c'était dix ans). C'est pratiquement dans ce seul cas que les associés de S.A.R.L. sont responsables solidairement. Lorsque la nullité est prévue pour une irrégularité, il est prévu notamment par l'article 316 de l'Acte que les premiers gérants et les associés auxquels la nullité de la société est imputable sont solidairement responsables envers les autres associés et les tiers du dommage résultant de l'annulation. L'action se prescrit par trois ans à compter du jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée.

Des sanctions pénales sont également prévues en cas de fausse déclaration sur la libération du capital (article 887-1° de l'Acte uniforme), ou de majoration frauduleuse des apports en nature (article 887-4°). Ces infractions sont en toutes hypothèses assimilables à l'escroquerie.

## **§2. L'organisation et le fonctionnement de la S.A.R.L.**

**784.** La S.A.R.L. fonctionne à travers deux organes essentiels, à savoir le ou les gérants, et les associés ; ceux-ci sont assistés, le cas échéant, des commissaires aux comptes.

### *A. Le ou les gérants*

**785.** Le gérant est l'organe prépondérant de la société et il y exerce le pouvoir exécutif. Diverses règles organisent son statut en précisant les conditions de sa nomination, de sa rémunération, de sa démission et de sa révocation. Comme tout dirigeant de société, depuis la législation OHADA, des pouvoirs étendus lui sont reconnus, corrélativement à sa responsabilité éventuelle dans l'exercice de ses fonctions.

### **1. Le statut des gérants**

**786.** La question est traitée dans les articles 323 et suivants de l'Acte uniforme. La S.A.R.L. est administrée par un ou plusieurs gérants<sup>(1)</sup>, associés ou

---

<sup>(1)</sup> Le législateur africain ne fait aucune distinction en ce qui concerne le gérant majoritaire ou minoritaire.

non, désignés par les statuts ou dans un acte postérieur, salariés<sup>(1)</sup> ou gratuits.

Le statut de gérant de S.A.R.L. présente quelque avantage :

- pas d'interdiction d'être commerçant, bien qu'il soit non commerçant ;
- pas de conditions restrictives comme pour les administrateurs ;
- choix possible parmi les associés ou les tiers ;
- pas de limite d'âge (bien que les statuts peuvent en prévoir) ;
- cumul des mandats non plafonné ;
- cumul avec un contrat de travail non réglementé. Le gérant peut cumuler un contrat de travail et un mandat d'administration de S.A.R.L. puisque aucune règle légale ne l'interdit ; de plus, ce cumul peut être intéressant pour le gérant qui joint à l'avantage de la rémunération une garantie liée aux droits sociaux reconnus aux travailleurs<sup>(2)</sup>. Deux conditions essentielles doivent cependant être remplies : le contrat de travail doit être effectif et distinct des fonctions de gérant et doit placer l'intéressé dans un état de subordination vis-à-vis de la société.

**787.** Lorsque le gérant est désigné par un acte postérieur, à moins qu'une clause des statuts n'exige une majorité supérieure, la décision est prise à une majorité des associés représentant plus de la moitié du capital. La fonction de gérant de S.A.R.L. peut être exercée par toute personne non déchu du droit de gérer les sociétés. Le gérant n'a pas besoin de la capacité d'être commerçant puisque sa fonction ne lui donne pas cette qualité. En l'absence de dispositions statutaires, le ou les gérants sont nommés pour une durée de quatre ans ; ils sont rééligibles.

**788.** Ces fonctions sont gratuites ou rémunérées ; dans ce cas, les statuts ou une décision collective des associés fixe cette rémunération. En cas de décision collective, la question qu'on peut se poser est celle de savoir si le gérant participe au vote. La réponse varie selon qu'on considère ou non la détermination de la rémunération comme une convention réglementée au sens des articles 350 et suivants de l'Acte uniforme. L'article 325 est explicite : la fixation de la rémunération n'est pas soumise au régime de ces conventions ; l'article 354 alinéa 2 ne lui est donc pas applicable. Sur le plan fiscal, le gérant n'est considéré comme salarié que s'il n'est pas associé ou si étant

---

<sup>(1)</sup> Aucun texte n'interdit à un gérant de S.A.R.L. d'être en même temps salarié de la société ; parallèlement, un salarié de la société peut accéder aux fonctions de gérant. Dans ces cas, il doit y avoir une nette distinction entre la gérance et les fonctions qui résultent du contrat de travail. Cf. Ph. MERLE, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, 6<sup>e</sup> éd., n° 186.

<sup>(2)</sup> B. SAINTOURENS, « L'entreprise en société à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. 221 et s.

associé, il ne possède pas plus de la moitié des parts sociales; si tel est le cas, il est plutôt assimilé à un commerçant individuel<sup>(1)</sup>.

- 789.** Conformément à l'article 326 de l'Acte uniforme, le ou les gérants nommés ou non par les statuts sont révocables<sup>(2)</sup>. Contrairement à la révocation *ad nutum* prévue pour les administrateurs de S.A., celle des gérants de S.A.R.L. se fait par décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales. C'est donc une majorité simple. Et le législateur communautaire précise que toute clause contraire aux dispositions de l'article 326 est réputée non écrite. L'exigence de la majorité simple est donc d'ordre public et les statuts ne sauraient ni l'aggraver, ni l'amoindrir<sup>(3)</sup>. Il faut remarquer toutefois que le gérant n'étant pas interdit de vote, s'il a par exemple plus de 50 % du capital social, il est à l'abri d'une mesure de révocation. De fait, il devient irrévocable. Cependant, il n'est pas protégé contre une révocation judiciaire. En effet, en guise de soupape de sécurité, il est admis par l'article 326 alinéa 2 de l'Acte uniforme que tout associé, même s'il ne possède qu'une part, peut demander à la juridiction matériellement et territorialement compétente la révocation du gérant pour cause légitime<sup>(4)</sup>; cette disposition vient corroborer celle qui implicitement interdit la révocation du gérant sans justes motifs<sup>(5)</sup>. Il semble alors que cause légitime et justes motifs sont synonymes<sup>(6)</sup>. Ainsi en serait-il par exemple de l'incapacité notoire du gérant, d'une maladie grave, des fautes de gestion, d'une violation de la loi ou des statuts, de motifs d'économie justifiant la suppression d'un des gérants<sup>(7)</sup>. En tout état de cause, le juste motif doit s'apprécier en fonction du comportement du gérant, ou des conséquences que son comportement a provoquées à la société. Par exemple, ce comportement a d'une

<sup>(1)</sup> C'est-à-dire imposé sur le revenu; cela implique une déduction forfaitaire pour frais professionnels, une déduction du revenu imposable dans certaines limites des cotisations aux régimes obligatoires de sécurité sociale; c'est donc un costume juridique et fiscal très seyant puisque le régime est identique sur le plan fiscal et sur le plan social.

<sup>(2)</sup> J.L. AUBERT, «La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales», *RTD com.*, 1968, 977.

<sup>(3)</sup> Le législateur OHADA aurait pu songer à établir une symétrie entre la nomination et la révocation du gérant notamment en prévoyant la possibilité d'une majorité plus élevée si les associés le décident ainsi dans les statuts.

<sup>(4)</sup> Solution déjà admise en jurisprudence sous la loi de 1925 : cf. Cass. req., 8 juillet 1947, *S.*, 1947, I, 166.

<sup>(5)</sup> R. BAILLOD, «Le 'juste motif' de révocation des dirigeants sociaux», *RTD com.* 1983, 395; *Observ. Cl. CHAMPAUD*, *RTD com.*, 1980, p. 559, n° 7.

<sup>(6)</sup> Sur la question, cf. RIPERT, ROBLOT, GERMAIN, *op. cit.*, p. 716, n° 961 : ces auteurs expliquent clairement qu'il n'y a pas de différence entre cause légitime qui permet à tout associé de demander la révocation judiciaire du gérant, et le juste motif qui permet aux associés de révoquer eux-mêmes le gérant sans s'exposer à une demande de dommages et intérêts.

<sup>(7)</sup> En ce sens, Com., 16 mars 1954, *JCP*, 1954, I, 8172.

manière ou d'une autre compromis l'intérêt social ou le fonctionnement de la société.

Le gérant peut, s'il estime que le motif n'est pas légitime, demander des dommages et intérêts (article 326).

Le ou les gérants peuvent librement démissionner de leurs fonctions<sup>(1)</sup>. Mais si la démission est faite sans juste motif, la société est en droit de demander en justice la réparation du préjudice qu'elle subit (article 327 de l'Acte).

Les nominations, révocations et démissions des gérants doivent être publiées au RCCM (article 124 de l'Acte).

## 2. Les pouvoirs des gérants

**790.** Ils sont abordés par les articles 328 et 329 de l'Acte uniforme. Le gérant agit au nom de la société en toutes circonstances et il a le pouvoir d'accomplir tous les actes entrant dans l'objet social<sup>(2)</sup>. Il a donc un pouvoir de représentation illimitée de la société<sup>(3)</sup>.

D'ailleurs, le gérant de S.A.R.L. se voit souvent obligé de se porter caution des engagements de la société; généralement, les banques leur demandent, ainsi qu'aux principaux associés, de garantir en qualité de caution le remboursement des emprunts et crédits qu'elle accorde à la société; cet engagement est un acte grave parce que le sort des cautions est alors lié à celui de la société; si celle-ci fait de mauvaises affaires, les cautions en pâtissent également<sup>(4)</sup>.

**791.** L'article 328 de l'Acte uniforme distingue selon le schéma classique les rapports avec les associés et ceux entretenus avec les tiers.

---

<sup>(1)</sup> Sur la question, cf. H. SOULEAU, La démission des gérants des sociétés commerciales, *RTD com.*, 1972, 21; D. MARTIN, «La démission des organes de gestion des sociétés commerciales», *Rev. sociétés*, 1973, 273.

<sup>(2)</sup> Etant donné que la loi ne comporte pas de texte général fixant les devoirs du gérant, on admet en application de la théorie de la représentation, que le gérant doit agir au mieux des intérêts de la S.A.R.L.; il doit lui apporter toute l'activité et la diligence nécessaires à la réalisation de l'objet social. Cf. Ph. MERLE, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, 6<sup>e</sup> éd., n° 197; rapp. E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés (droits français et anglais)*, LGDJ, 1998, préf. A. Tunc.

<sup>(3)</sup> Cf. Req., 21 mars 1939, *Gaz. Pal.*, 1939, I, 974.

<sup>(4)</sup> Diverses raisons fondent l'exigence de ce cautionnement par les banques : insuffisance de la surface financière de la S.A.R.L. : fonds d'emprunts sans commune mesure avec les fonds propres; banques échaudées par les lois sur les procédures collectives qui ne font pas grand cas des créanciers quels qu'ils soient (droits fondamentaux des débiteurs; privilège du sort de l'entreprise au détriment de celui des créanciers; dépôt du bilan n'entraînant pas le droit de poursuivre à titre personnel le dirigeant qui s'est engagé comme caution). Donc, si le dirigeant est caution, et qu'il est solvable, cela conforte la garantie de la banque.

Dans les rapports entre associés, tout dépend des statuts. Ceux-ci peuvent prévoir des limitations de pouvoirs. C'est seulement en l'absence de la détermination des pouvoirs par les statuts que le gérant peut faire tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société. En cas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs prévus, sauf le droit pour chacun de s'opposer à toute opération avant qu'elle ne soit conclue. La gestion est donc individuelle et non collective comme dans la S.A. D'ailleurs, l'opposition d'un gérant à l'acte d'un autre gérant permet au premier de dégager sa responsabilité à l'égard des associés. Dans le silence des textes, il faut décider qu'elle peut être faite sous une forme quelconque à condition qu'elle soit bien affirmée.

Quant aux tiers, ils sont bien protégés. L'alinéa 2 de l'article 328 prévoit d'abord que l'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance<sup>(1)</sup>.

Ensuite, l'article 329 affirme clairement que dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que l'Acte uniforme attribue expressément aux associés. De plus, la société est engagée, même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Le cas de preuve contraire est certainement rarissime.

Enfin, il est précisé que les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent de cet article 329 sont inopposables aux tiers. Il en est ainsi quand bien même ceux-ci seraient de mauvaise foi et connaîtraient l'existence de telles clauses. Ceci rappelle le système allemand de la PROKURA qui est un mandat commercial légal confié au gérant et lui conférant de larges pouvoirs sauf en cas d'atteinte à l'objet social; l'existence de ce mandat dispense alors le tiers de vérifier les pouvoirs statutaires du gérant.

Si on ajoute à tous ces pouvoirs l'exigence d'une cause légitime pour sa révocation, on constate que le gérant de S.A.R.L. est le véritable maître de la société. Au surplus, c'est lui qui détient le pouvoir de transférer le siège social (article 359)<sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Ainsi, si par exemple un cogérant apprend fortuitement qu'un de ses collègues projette de conclure un contrat qu'il estime contraire à l'intérêt social, et décide de s'y opposer, il peut informer le tiers cocontractant de son opposition; si ce dernier passe outre et conclut le contrat, il ne peut par la suite exiger de la société son exécution.

<sup>(2)</sup> Sur le domicile de la société, voy. *supra*, n° 207.

### 3. La responsabilité des gérants

- 792.** Les articles 330 à 332 de l'Acte uniforme sont consacrés à la question de la responsabilité des gérants<sup>(1)</sup>. Selon l'article 330 de l'Acte uniforme, les gérants sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. La source de responsabilité des gérants est très large puisqu'elle n'est pas réservée seulement aux fautes lourdes<sup>(2)</sup>. Cependant, la faute reprochée doit être séparable de leurs fonctions<sup>(3)</sup>. Si plusieurs gérants ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal chargé des affaires commerciales détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage. Les associés disposent pour leur compte (action individuelle) ou celui de la société (action sociale), de l'action en responsabilité contre le gérant. L'article 331 déclare à cet effet que, outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les associés représentant le quart des associés et le quart des parts sociales peuvent, soit individuellement, soit en se groupant, intenter l'action sociale en responsabilité contre le gérant (action *ut singuli*). Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société à laquelle, le cas échéant, des dommages et intérêts sont alloués. L'exercice de l'action sociale par les associés vient ainsi vaincre la résistance des représentants légaux de la société qui auraient dû eux-mêmes exercer l'action *ut universi*.
- 793.** L'exercice de l'action sociale est donc entouré de garanties et vient tempérer quelque peu l'excès des pouvoirs des gérants. L'article 331 alinéa 3 et 4 précise bien d'une part qu'est réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée, ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action ; d'autre part qu'aucune décision de l'assemblée ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat.
- 794.** Les actions en responsabilité ci-dessus prévues se prescrivent par trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation.

---

<sup>(1)</sup> Sur la question, B. SAINTOURENS, *op. cit.*, p. 224, n<sup>os</sup> 737 et s.

<sup>(2)</sup> On peut ainsi retenir une faute de gestion résultant d'engagements de dépenses disproportionnées avec les ressources de la société, le manque d'attention dans la surveillance de la gestion, etc.

<sup>(3)</sup> Cf. G. AUZERO, «L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit des sociétés», *D. Affaires*, 1998, p. 502.

Lorsque le fait est qualifié crime, l'action se prescrit par dix ans. Le gérant de S.A.R.L. est dorénavant responsable dans les mêmes termes que les administrateurs des S.A., notamment en ce qui concerne la prescription désormais de 3 ans (au lieu de 30 comme précédemment admis) pour les actions en responsabilité. Au surplus, le gérant comme tout dirigeant de société, encourt une responsabilité personnelle en cas de cessation des paiements de la société: comblement du passif, extension de procédure collective, faillite personnelle, interdiction de gérer l'entreprise<sup>(1)</sup>.

- 795.** Enfin, le gérant est pénalement responsable en cas d'abus de biens sociaux (trahison des intérêts sociaux dans un but personnel ou pour favoriser une autre société dans laquelle le gérant est intéressé), de présentation de faux bilans dissimulant la véritable situation de la société, de majoration frauduleuse d'apport en nature, de distribution de dividendes fictifs en l'absence de bilan ou sur des bilans frauduleux. Les articles 889 à 891 sont assez explicites sur la question.

#### *B. Les associés non gérants<sup>(2)</sup>*

- 796.** Comme tout associé, ceux de la S.A.R.L. ont des droits financiers et politiques qui rappellent ceux des actionnaires de S.A. Il peut ainsi intervenir dans la vie de la société.

### **1. Les droits financiers**

- 797.** Il s'agit essentiellement du droit au dividende. L'article 346 de l'Acte uniforme prévoit en effet que la répartition des bénéfices s'effectue conformément aux statuts, sous réserve des dispositions impératives communes à toutes les sociétés. A peine de nullité de toute délibération contraire, il est pratiqué sur le bénéfice de l'exercice diminué, le cas échéant, des pertes antérieures, une dotation égale à un dixième au moins affectée à la formation d'un fonds de réserve dit «réserve légale»<sup>(3)</sup>. Cette dotation cesse d'être obligatoire lorsque la réserve atteint le cinquième du montant du capital social.

La répétition des dividendes ne correspondant pas à des bénéfices réellement acquis, peut être exigée des associés qui les ont reçus. L'action en répé-

<sup>(1)</sup> Les articles 183, 189, 196 (pour ne citer que ceux-là) de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif sont assez significatifs.

<sup>(2)</sup> CHOUKROUM, *Les droits des associés non gérants dans les sociétés à responsabilité limitée*, thèse Paris, 1957.

<sup>(3)</sup> Sous l'ancienne législation, la réserve légale était déjà imposée dans les sociétés par actions (article 36, L. 1867) et dans les S.A.R.L. (article 32 L. 1925). Le taux était de 10% au moins du capital social constitué par prélèvement de 1/20<sup>e</sup> sur chaque bénéfice réalisé.

tion se prescrit par le délai de trois ans à compter de la date de mise en distribution du dividende.

## 2. Les droits politiques

**798.** Il s'agit du droit à l'information (droit de communication), du droit de voter pour exprimer son opinion sur l'orientation des activités sociales et dès lors de participer aux décisions collectives.

### *a) Le droit à l'information*

**799.** En principe, conformément à l'article 344 de l'Acte, les associés ont un droit d'information permanent sur les affaires sociales. Préalablement à la tenue des assemblées générales, ils ont en outre un droit de communication organisé par l'article 345. En ce qui concerne l'assemblée générale annuelle, le droit de communication porte sur les états financiers de synthèse de l'exercice et le rapport de gestion établis par le gérant, sur le texte des résolutions proposées et, le cas échéant, sur le rapport général du commissaire aux comptes ainsi que sur le rapport spécial du commissaire aux comptes relatif aux conventions intervenues entre la société et un gérant ou un associé. Le droit de communication s'exerce durant les quinze jours précédant la tenue de l'assemblée générale. A compter de la date de communication de ces documents, tout associé a le droit de poser par écrit des questions auxquelles le gérant sera tenu de répondre au cours de l'assemblée. En ce qui concerne les assemblées autres que l'assemblée annuelle, le droit de communication porte sur le texte des résolutions proposées, le rapport du gérant et, le cas échéant, le rapport du commissaire aux comptes. Toutes délibérations prises en violation de ces dispositions sur le droit de communication des associés peuvent être annulées.

**800.** L'associé peut en outre, à toute époque, obtenir copie des documents ci-dessus énumérés, relatifs aux trois derniers exercices. De même, tout associé non gérant peut, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse du gérant est communiquée au commissaire aux comptes. Toute clause contraire aux dispositions sur le droit de communication des associés est réputée non écrite. Cela suppose donc que la nullité des délibérations ci-dessus prévue est d'ordre public.

### *b) Le droit de vote*

**801.** Dès le départ, l'article 334 de l'Acte uniforme dispose que chaque associé a le droit de participer aux décisions et dispose d'un nombre de voix égal à

celui des parts sociales qu'il possède. Ce principe d'égalité est d'ordre public et l'article 336 alinéa 2 précise bien que toute disposition contraire est réputée non écrite; dès lors, on ne peut créer des parts sociales à vote double ou des parts sociales sans droit de vote. Le législateur organise les modalités d'exercice du droit de vote. Il prévoit dans le même sens que des procès-verbaux doivent permettre de constater la consultation des associés.

**802. Les modalités d'exercice du droit de vote.** Il faut distinguer le vote en assemblée du vote par consultations écrites.

**803. *Vote en assemblée.*** Le droit de vote s'exerce par principe dans les assemblées où sont convoqués les associés (article 333 alinéa 1<sup>er</sup>). Toutefois, les statuts peuvent aussi prévoir que les décisions, ou certaines décisions seulement, pourront être prises par consultation écrite des associés. La tenue d'une assemblée reste obligatoire dans certaines hypothèses :

- lorsqu'il s'agit d'approuver les comptes annuels et cela se passe au cours d'une assemblée générale annuelle;

- lorsque la réunion de l'assemblée est demandée par un ou plusieurs associés détenant la moitié des parts sociales ou détenant, s'ils représentent au moins le quart des associés, le quart des parts sociales (article 337 alinéa 2). Ainsi, lorsque des associés pèsent suffisamment lourd dans la société, à condition qu'ils croient plus aux vertus d'une franche discussion ou qu'ils se méfient des surprises des consultations écrites, ils peuvent imposer la tenue d'une assemblée générale<sup>(1)</sup>;

- lorsqu'un associé demande en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour (article 337 alinéa 3).

**804.** Le formalisme est de rigueur dans l'organisation des assemblées d'associés, car il faut éviter qu'un de ceux-ci puisse y trouver prétexte pour faire annuler une décision qu'il n'apprécie pas personnellement. Il y a donc tout un rituel à observer :

- l'initiative de la convocation : Il faut se reporter à l'article 337 de l'Acte uniforme. En principe, les associés sont convoqués aux assemblées par le gérant ou, à défaut, par le commissaire aux comptes s'il en existe un. Les associés ne peuvent pas procéder eux-mêmes à la convocation. Mais comme il vient d'être précisé, tout associé, quel que soit le nombre de ses parts, peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour (article 337 alinéa 3). Il

<sup>(1)</sup> En ce sens, M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, 9<sup>e</sup> éd., n° 1342bis, p. 452.

en sera ainsi souvent en cas de défaillance des organes légaux et si l'intérêt social le justifie ;

– les modalités de convocation : Elles sont déterminées par l'article 338 de l'Acte uniforme. Les associés sont convoqués quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. A peine de nullité, la convocation indique l'ordre du jour. Dans le cas où la tenue de l'assemblée serait demandée par les associés, le gérant la convoque avec l'ordre du jour indiqué par les demandeurs. Dans les formes et délais prévus ci-dessus, les associés doivent être mis en situation d'exercer le droit de communication prévu à l'article 345 de l'Acte uniforme ;

– la sanction de l'irrégularité de convocation : D'après l'article 339 de l'Acte uniforme, toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée. Toutefois, l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les associés étaient présents ou représentés. C'est ce qui justifie l'importance de la présence<sup>(1)</sup> ou de la régularité de la représentation des associés ;

– la représentation : Il ressort de l'article 334 alinéa 2 et 3 d'une part qu'un associé peut se faire représenter par son conjoint, à moins que la société ne comprenne que les deux époux, d'autre part que sauf si les associés sont au nombre de deux, un associé peut se faire représenter par un autre associé. Il faut déduire de ces dispositions qu'est nulle la décision prise lors d'une assemblée générale par un seul associé, représentant son coassocié. Par ailleurs, un associé ne peut se faire représenter par une autre personne que si les statuts le permettent. Dans le même sens, en vertu de l'article 335 de l'Acte, le mandat donné à un autre associé ou à un tiers ne vaut que pour une seule assemblée ou pour plusieurs assemblées successives, convoquées avec le même ordre du jour. Cette règle prohibe implicitement la pratique des mandats en blanc, donnés sans limitation par un associé à son représentant. Enfin, d'après l'article 336, un associé ne peut constituer un mandataire pour voter du chef d'une partie de ses parts et voter en personne du chef de l'autre partie. Les dispositions sur la représentation sont d'ordre public. On en veut pour preuve que l'article 336 alinéa 2 dispose que toutes dispositions contraires sont réputées non écrites ;

– la présidence des assemblées : En vertu de l'article 341 de l'Acte, l'assemblée des associés est présidée par le gérant ou par l'un des gérants. Si aucun des gérants n'est associé, elle est présidée par l'associé présent et acceptant qui possède le plus grand nombre de parts sociales et, en cas

---

<sup>(1)</sup> D'ailleurs, il faut rappeler que l'article 892 de l'Acte uniforme sanctionne pénalement, ceux qui, sciemment, auront empêché un actionnaire ou un associé de participer à une assemblée générale.

d'égalité, par le plus âgé. L'Acte uniforme ne prévoit pas comme pour les sociétés anonymes la présence de scrutateurs et de secrétaire de séance. Les parties ont donc toute latitude pour insérer dans leurs statuts une clause à cet effet.

**805.** *Vote par consultation écrite.* Il y a ici un point de divergence avec les sociétés anonymes qui ne reconnaissent pas ce mode de consultation. A l'instar des sociétés de personnes, les statuts peuvent prévoir que les décisions pourront être prises sur consultation écrite des associés. Celle-ci est alors organisée par l'article 340 de l'Acte uniforme. D'après ce texte, en cas de consultation écrite, le texte des résolutions proposées ainsi que les documents nécessaires à l'information des associés sont adressés à chacun d'eux dans les mêmes conditions que celles relatives aux modalités de convocation des assemblées (article 338 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme). Les associés disposent d'un délai minimal de quinze jours à compter de la date de réception des projets de résolutions pour émettre leur vote.

**806. Les procès-verbaux.** Des procès-verbaux sont nécessaires pour constater la consultation des associés. Ils sont organisés par les articles 342 et 343 de l'Acte. Les délibérations des assemblées sont constatées par des procès-verbaux qui indiquent la date et le lieu de réunion, les nom et prénoms des associés présents, les documents et rapports soumis à discussion, un résumé des débats, le texte des résolutions mises aux voix et le résultat des votes.

Le procès-verbal doit être signé par chacun des associés présents. En cas de consultation écrite, il en est fait mention dans le procès-verbal auquel est annexée la réponse de chaque associé, et qui est signé par le ou les gérants. Les copies ou extraits des procès-verbaux des délibérations des associés sont valablement certifiés conformes par un seul gérant.

### *c) La participation aux décisions collectives*

**807.** Les associés participent aux décisions collectives généralement par l'intermédiaire des assemblées générales. Il se pose alors le problème de la compétence de celles-ci. Les assemblées générales sont ordinaires ou extraordinaires.

**808. Les assemblées générales ordinaires.** Elles rendent des décisions collectives ordinaires. Il s'agit, aux termes de l'article 347 de l'Acte, de celles qui ont pour but de statuer sur les états financiers de synthèse de l'exercice écoulé, d'autoriser la gérance à effectuer les opérations subordonnées dans les statuts à l'accord préalable des associés, de procéder à la nomination et au remplacement des gérants et, le cas échéant, du commissaire aux comptes, d'approuver les conventions intervenues entre la société et l'un de ses

gérants ou associés et, plus généralement, de statuer sur toutes les questions qui n'entraînent pas modification des statuts.

- 809.** L'assemblée générale ordinaire annuelle fait l'objet des articles 348 et 349 de l'Acte; elle se réunit dans les six mois de la clôture de l'exercice. Les gérants peuvent demander une prolongation de ce délai au président de la juridiction compétente statuant sur requête. Dans les assemblées ordinaires ou lors des consultations ordinaires écrites, les décisions sont adoptées par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié du capital. Si cette majorité n'est pas obtenue, et sauf stipulation contraire des statuts, les associés sont, selon le cas, convoqués ou consultés une seconde fois et les décisions sont prises à la majorité des votes émis quelle que soit la proportion de capital représentée. Ce qui signifie que même s'il y a un seul associé, celui-ci prend la décision à l'unanimité des voies exprimées.

Toutefois, la révocation des gérants ne peut, dans tous les cas, intervenir qu'à la majorité absolue.

- 810.** *L'approbation des conventions entre la société et l'un de ses gérants ou associés.* Les dirigeants sont en mesure par leurs prérogatives de causer des dommages à la société ou implicitement d'imposer à celles-ci des affaires qui sont bonnes pour eux, mais mauvaises pour la société. Faut-il alors interdire les conventions entre la société et ses dirigeants? Une réponse affirmative serait une sanction excessive car certaines conventions peuvent être utiles pour la société et le dirigeant. Une solution de compromis semble découler de la réglementation de ces conventions par le législateur communautaire. Celui-ci fait en ce sens une distinction entre les conventions réglementées par souci de prévention et les conventions interdites parce que présentant des risques certains pour la société. De manière implicite, toutes les conventions qui ne sont ni réglementées, ni interdites, sont libres. Il s'agit, à l'instar de ce qui est admis dans les S.A., de celles qui portent sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales (article 352).

- 811.** *Les conventions réglementées* font l'objet des articles 350 à 355 de l'Acte uniforme. L'assemblée générale ordinaire se prononce sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants ou associés. A cet effet, le ou les gérants ou, s'il en existe un, le commissaire aux comptes, présentent à l'assemblée générale ordinaire annuelle ou joignent aux documents communiqués aux associés, un rapport sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants ou associés. Il en est de même:

– pour les conventions intervenues avec une entreprise individuelle dont le propriétaire, est simultanément gérant ou associé de la société à responsabilité limitée;

– pour les conventions intervenues avec une société dont un associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général ou secrétaire général est simultanément gérant ou associé de la société à responsabilité limitée.

- 812.** Le gérant avise le commissaire aux comptes, s'il en existe un, des conventions susvisées, dans le délai d'un mois à compter de la conclusion desdites conventions. Lorsque l'exécution de conventions conclues au cours d'exercices antérieurs est poursuivie au cours du dernier exercice, le commissaire aux comptes est informé de cette situation dans le délai d'un mois à compter de la clôture de l'exercice.
- 813.** L'autorisation de l'assemblée générale ordinaire n'est pas nécessaire lorsque les conventions portent sur des opérations courantes conclues à des conditions normales. Il faut entendre par opérations courantes, celles qui sont effectuées par une société d'une manière habituelle dans le cadre de ses activités (par exemple la vente des produits de l'entreprise). De même, les conditions normales sont celles qui sont appliquées, pour des conventions semblables dans la société en cause ou, éventuellement, dans les sociétés du même secteur.
- 814.** Le rapport du gérant ou, s'il en existe un, du commissaire aux comptes, contient :
- 1°) l'énumération des conventions soumises à l'approbation de l'assemblée;
  - 2°) l'identification des parties à la convention et le nom des gérants ou associés intéressés;
  - 3°) la nature et l'objet des conventions;
  - 4°) les modalités essentielles de ces conventions, notamment l'indication des prix ou tarifs pratiqués, des ristournes et commissions consenties, des délais de paiement accordés, des intérêts stipulés, des sûretés conférées et, le cas échéant, toutes autres indications permettant aux associés d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées;
  - 5°) l'importance des fournitures livrées ou des prestations de services fournies ainsi que le montant des sommes versées ou reçues au cours de l'exercice en exécution des conventions conclues au cours d'exercices antérieurs et dont l'exécution s'est poursuivie au cours du dernier exercice.

- 815.** L'assemblée générale ordinaire se prononce sur les conventions en respectant les conditions ci-dessus prévues pour la tenue de l'assemblée ordinaire annuelle, notamment en ce qui concerne la périodicité et le vote des associés. Cependant, l'associé concerné ne prend pas part au vote de la délibération relative à la convention et ses voix ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité.
- 816.** La sanction du non-respect de la procédure d'autorisation desdites conventions n'est pas la nullité, mais l'engagement du ou des contrevenants à réparer les conséquences dommageables résultant de la convention conclue. C'est ce qui ressort de l'article 355 de l'Acte qui dispose que les conventions non approuvées par l'assemblée produisent néanmoins leurs effets, à charge pour le gérant ou l'associé contractant de supporter individuellement ou solidairement, selon le cas, les conséquences du contrat préjudiciables à la société. Cela suppose que la sanction n'est que facultative et ne devrait pas s'appliquer lorsque le contrat s'est révélé utile pour la société. L'action en responsabilité, si elle se justifie, doit être intentée dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de la convention ou, si elle a été dissimulée, de sa révélation.
- 817. Les conventions interdites.** Il ressort de l'article 356 de l'Acte uniforme qu'à peine de nullité du contrat, il est interdit aux personnes physiques, gérantes ou associées, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. La société ne doit pas servir de banque pour les associés ou ses dirigeants. De manière logique, cette interdiction s'applique aussi aux conjoints, ascendants et descendants des personnes susvisées, ainsi qu'à toute personne interposée. Elle ne s'applique pas si les emprunts, découverts, cautions, avals sont accordés à un associé ayant la qualité de personne morale.
- 818. Les assemblées générales extraordinaires.** Elles sont compétentes pour les décisions collectives dites extraordinaires. En vertu de l'article 357 de l'Acte, les décisions collectives extraordinaires ont pour objet de statuer sur la modification des statuts. L'Acte uniforme distingue les règles générales relatives au vote des associés dans les assemblées générales extraordinaires et les décisions concernant les modifications du capital.
- 819. Les règles générales relatives au vote des associés.** Le vote des associés est particulièrement réglementé par les articles 358 et 359 de l'Acte uniforme. Il est de principe conformément à l'article 358 de l'Acte uniforme, que les modifications des statuts sont décidées par les associés représentant au moins les

trois quarts du capital social. Il s'agit d'une règle d'ordre public, toute clause contraire qui imposerait une autre règle de majorité étant réputée non écrite. Ainsi, tant que le seuil des trois quarts des parts sociales n'est pas atteint, la décision n'est pas prise. Dès lors, un associé ou un groupe d'associés possédant la minorité de blocage, soit 26% des parts sociales, peut paralyser un projet de modification des statuts. Il reste toutefois possible aux autres associés d'invoquer l'abus de minorité (par référence à l'article 131 de l'Acte).

**820.** Cependant, au principe posé par l'article 358, le législateur communautaire a prévu quelques exceptions; elles découlent de l'article 359. En effet, compte tenu des incidences graves des actes en question, l'unanimité est requise:

- 1°) en cas d'augmentation des engagements des associés;
- 2°) en cas de transformation de la société en société en nom collectif;
- 3°) et en cas de transfert du siège social dans un Etat autre qu'un Etat partie.

Dans les deux premiers cas, la décision étend l'engagement initial des associés qui vont se trouver indéfiniment et solidairement responsables du passif social, et dans le dernier cas, la société, en transférant son siège social dans un autre Etat, se place hors du champ d'application de l'Acte uniforme.

**821.** *Les décisions relatives aux modifications de capital.* Le législateur impose un capital social minimum pour la S.A.R.L. Cette règle a une influence certaine sur les droits d'associés. Dès lors, toute décision susceptible de toucher ce capital peut porter atteinte aux droits d'associés. Des règles spécifiques et plus rigoureuses gouvernent donc les décisions d'augmentation ou de réduction du capital, de variation des capitaux propres, et de restructuration de la société.

**822.** Augmentation de capital. Les décisions d'augmentation de capital impliquent une modification des statuts; il faut donc que soit tenue une assemblée générale extraordinaire dans les formes et conditions exigées par la loi; l'article 358 de l'A.U. pose à cet effet un principe et une exception, celle-ci étant relative aux décisions moins graves.

Les articles 360 à 365 de l'Acte fixent un certain nombre de règles relatives à l'augmentation du capital. Par dérogation au principe posé ci-dessus relatif au calcul des majorités pour les modifications des statuts (article 358 de l'Acte uniforme), la décision d'augmenter le capital par incorporation de bénéfices ou de réserves est prise par les associés représentant au moins la moitié des parts sociales; la condition de majorité est moins exigeante dans

ce cas. Dans les autres cas, la règle de l'article 358 est scrupuleusement respectée.

- 823.** Comme pour la constitution de la société, la libération intégrale est immédiatement exigée en cas d'augmentation de capital par souscription de parts sociales en numéraire. L'Acte uniforme ne fait référence ni au droit préférentiel de souscription, ni à la prime d'émission; mais rien n'empêche les associés d'insérer dans les statuts une clause prévue à cet effet. Le dépôt et le retrait des fonds doivent se faire selon la procédure prévue par les articles 313 et 314 pour la création d'une S.A.R.L. Ainsi, les fonds provenant de la souscription sont déposés en banque ou en l'étude d'un notaire conformément aux dispositions applicables lors de la création de la société. Le gérant peut disposer des fonds provenant de la souscription en remettant au banquier ou au notaire dépositaire des fonds un certificat du RCCM attestant du dépôt d'une inscription modificative consécutive à l'augmentation de capital. Si l'augmentation de capital n'a pas été réalisée dans le délai de six mois à compter du premier dépôt des fonds provenant de la souscription, tout souscripteur peut demander au président de la juridiction compétente l'autorisation de retirer soit individuellement, soit par mandataire les représentant collectivement, les fonds pour les restituer aux souscripteurs.
- 824.** En cas d'augmentation de capital réalisée partiellement ou totalement par des apports en nature, la procédure utilisée est identique à celle de l'article 312 pour la constitution de la société. Il s'ensuit qu'un commissaire aux apports doit être désigné par les associés dès lors que la valeur de chaque apport ou avantage particulier considéré ou la valeur de l'ensemble des apports ou avantages particuliers considérés est supérieure à cinq millions (5.000.000) de francs CFA. Le commissaire aux apports est désigné selon les mêmes modalités que celles prévues lors de la constitution de la société. Le commissaire aux apports peut également être nommé par le président de la juridiction compétente à la demande de tout associé, quel que soit le nombre de parts qu'il représente. Il établit un rapport sur l'évaluation des biens et avantages particuliers telle qu'elle a été faite par l'apporteur et la société. Ce rapport est soumis à l'assemblée chargée de statuer sur l'augmentation de capital. L'apporteur en nature ne prend pas part au vote de la résolution approuvant son apport. Ses parts sociales ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. A défaut d'évaluation faite par un commissaire aux apports ou s'il est passé outre à cette évaluation, les associés sont responsables indéfiniment et solidairement de l'évaluation faite des apports en nature et des avantages particuliers stipulés pendant une période de cinq ans (article 312 de l'Acte uniforme). Toutefois, l'assemblée ne peut réduire la valeur des apports ou des avantages particu-

liers qu'à l'unanimité des souscripteurs et avec le consentement exprès de l'apporteur ou du bénéficiaire mentionné au procès-verbal. A défaut, l'augmentation du capital n'est pas réalisée.

- 825.** L'Acte uniforme n'a pas prévu l'augmentation du capital par compensation de créances<sup>(1)</sup>. Il s'agit d'un procédé spécifique qui exige en tout état de cause une délibération des associés. Leur décision doit prévoir le mode de libération, les caractères requis pour que la créance soit éligible à la compensation (certaine, liquide, exigible); la jurisprudence admet cette modalité d'augmentation du capital sous la condition de certitude de la créance<sup>(2)</sup>.
- 826.** Réduction du capital. La décision de réduction du capital est aussi de la compétence de l'AGE; elle est régie par les articles 366 à 370 de l'Acte, et est en principe motivée par des pertes. Les associés doivent à cette occasion être traités de façon égale<sup>(3)</sup>; ils souffriront donc tous de la réduction décidée. C'est en ce sens que l'Acte uniforme dispose que la réduction de capital ne peut en aucun cas porter atteinte à l'égalité des associés. La réduction du capital peut être réalisée par réduction du nominal des parts sociales, ou par diminution du nombre de parts. S'il existe un commissaire aux comptes, le projet de réduction de capital lui est communiqué dans les trente jours précédant la tenue de l'assemblée générale extraordinaire. Il fait connaître à l'assemblée son appréciation sur les causes et conditions de la réduction. En cas de consultation écrite, le projet de réduction du capital est adressé aux associés dans les mêmes conditions que celles prévues ci-dessus pour toutes consultations écrites (article 340 complété par l'article 338).
- 827.** Sur le plan juridique, une personne physique ou morale ne peut à la fois être créancière et débitrice d'elle-même. C'est la raison pour laquelle l'Acte uniforme précise que l'achat de ses propres parts par la société est interdit. Toutefois, l'assemblée qui a décidé une réduction de capital non motivée par des pertes peut autoriser le gérant à acheter un nombre déterminé de parts sociales pour les annuler. C'est l'annulation des parts sociales qui réalise la réduction du capital.
- 828.** En vertu de la règle de la fixité et de l'intangibilité du capital social, la réduction de celui-ci ne peut avoir pour effet de le réduire à un montant inférieur au minimum légal, sauf augmentation corrélative du capital lors de la même assemblée pour le porter à un niveau au moins égal au montant légal.

<sup>(1)</sup> F. TERRE, «Remarques sur l'augmentation de capital par incorporation des créances», *Mélanges Hamel*, p. 195 et s.; B. SAINTOURENS, *op. cit.*, p. 48.

<sup>(2)</sup> Cf. *Riom*, 22 novembre 1928, *Gaz. Pal.*, 1932, II, 716.

<sup>(3)</sup> J. MESTRE, «L'égalité en droit des sociétés, aspects de droit privé», *Rev. sociétés*, 1989, p. 399; SAINTOURENS, p. 54, n<sup>os</sup> 167 et s.

En effet, une réduction peut être associée à une augmentation du capital ; il s'agit alors du « coup d'accordéon ». La réduction du capital en dessous du minimum légal est une cause de dissolution de la société. Mais on peut aussi déboucher sur la transformation de la S.A.R.L. en une autre forme de société soit une société en nom collectif ou une société en commandite simple qui n'exigent pas de capital social minimum. Si elle conduit à la dissolution de la société, tout intéressé peut la demander en justice après avoir mis en demeure les représentants de celle-ci de régulariser la situation. L'action est éteinte lorsque cette cause de dissolution a cessé d'exister au jour où la juridiction compétente statue sur le fond.

- 829.** Pour la sauvegarde de leur gage général, les créanciers peuvent s'opposer à une réduction du capital social non motivée par des pertes, car celle-ci aboutirait à une diminution des liquidités. En ce sens, l'Acte uniforme prévoit que lorsque l'assemblée décide une telle réduction, les créanciers dont la créance est antérieure à la date du dépôt au RCCM du procès-verbal de délibération, peuvent former opposition à la réduction du capital dans un délai d'un mois à compter de la date du dépôt. L'opposition est signifiée à la société par acte extrajudiciaire. Le président de la juridiction rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes. Les opérations de réduction du capital ne peuvent commencer pendant le délai d'opposition.
- 830.** Variation des capitaux propres. Le capital est une notion abstraite caractérisée, il faut le rappeler, par son intangibilité. Les capitaux propres par contre représentent une réalité concrète, soumise à variation. Ils comprennent outre le montant du capital social, les réserves antérieurement constituées ou, en négatif, les pertes qui n'ont pu être apurées. Le montant des capitaux propres peut donc être négatif ; c'est le signe de la ruine et de l'insolvabilité de la société. Les capitaux propres correspondent également à l'actif net social, c'est-à-dire à l'actif brut diminué du passif externe. Ce sont les capitaux propres qui donnent la mesure de la fortune ou de la situation financière réelle de la société. Lorsqu'ils dépassent le montant du capital social, c'est un signe de prospérité car l'excédent provient de la mise en réserve des bénéfices antérieurs. En revanche, la société peut se retrouver en train de « manger » son capital. Ce n'est pas bon signe et c'est la raison pour laquelle dans les S.A.R.L. en cas de perte d'un certain montant de son capital, les associés doivent se concerter sur des mesures à prendre. Tel est l'objet des articles 371 à 373 de l'Acte uniforme relatifs à la S.A.R.L. <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Articles 664 et s. dans les *sociétés par actions*.

**831.** L'article 371 de l'Acte reprend le principe posé par le décret du 13 novembre 1956 complétant l'article 35 du décret de 1930 prévoyant une procédure pour le cas de perte d'une fraction importante du capital, identique à celle établie à propos des S.A. Il est ainsi prévu que, si du fait des pertes constatées dans les états financiers de synthèse, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, le gérant ou, le cas échéant, le commissaire aux comptes, doit, dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, consulter les associés sur l'opportunité de prononcer la dissolution anticipée de la société. Il leur faut alors dire s'ils veulent dissoudre la société ou procéder à un réajustement adéquat du capital.

Si la dissolution est écartée, la société est tenue, dans les deux ans qui suivent la date de clôture de l'exercice déficitaire, de reconstituer ses capitaux propres jusqu'à ce que ceux-ci soient à la hauteur de la moitié au moins du capital social. A défaut, elle doit réduire son capital d'un montant au moins égal à celui des pertes qui n'ont pu être imputées sur les réserves, à la condition que cette réduction de capital n'ait pas pour effet de réduire le capital à un montant inférieur à celui du capital légal.

A défaut par les gérants ou le commissaire aux comptes de provoquer une décision, ou si les associés n'ont pu délibérer valablement, tout intéressé peut demander à la juridiction compétente de prononcer la dissolution de la société. Celle-ci est prononcée de plein droit par le tribunal. Il en est de même si la reconstitution des capitaux propres n'est pas intervenue dans les délais prescrits. L'action est éteinte lorsque cette cause de dissolution a cessé d'exister au jour où la juridiction compétente statue sur le fond. Cela sous-entend qu'une régularisation est possible entretemps.

**832.** La restructuration de la société. Il peut s'agir d'une transformation, d'une fusion ou scission.

**833.** La transformation de la société. Les dispositions des articles 374 et 375 de l'Acte, relatives à la transformation d'une S.A.R.L. en une autre forme de société, doivent être complétées par les règles générales organisées par les articles 181 et suivants. Il convient de rappeler que lorsque la transformation a pour effet d'aggraver la responsabilité des associés, elle doit être décidée à l'unanimité. Tel serait le cas si une S.A.R.L. se transformait en S.N.C. De manière particulière, il ressort de l'Acte uniforme que la transformation d'une S.A.R.L. ne peut être réalisée que si celle-ci a, au moment où cette opération est envisagée, des capitaux propres d'un montant au moins égal à son capital social.

- 834.** La transformation ne peut être faite qu'au vu d'un rapport d'un commissaire aux comptes certifiant, sous sa responsabilité, que les conditions ci-dessus énoncées sont bien remplies. Lorsqu'il n'existe pas de commissaire aux comptes, celui-ci est choisi par le gérant selon les modalités prévues aux articles 694 et suivants de l'Acte uniforme. Toute transformation réalisée en contravention de ces dispositions est nulle. Cette nullité devrait en toute logique être absolue.
- 835.** L'Acte uniforme (article 374) pose trois conditions pour permettre à une société à responsabilité limitée de se transformer en société anonyme :
- la société doit avoir au moins deux ans d'existence ;
  - elle doit avoir fait établir et approuver par les associés le bilan de ces deux premiers exercices ; cette exigence d'ancienneté en cas de transformation de la S.A.R.L. en société anonyme s'explique dans ce cas par le souci d'éviter la fraude qui consisterait, pour échapper aux formalités de constitution d'une société anonyme, à constituer d'abord une S.A.R.L. avant de la transformer ensuite en société anonyme. Ces conditions ne s'expliquent que difficilement dans l'hypothèse de la transformation d'une société anonyme en S.A.R.L. ;
  - l'actif net de la société doit être au moins égal au capital social.
- 836.** En cas de transformation, les statuts de la S.A.R.L. doivent être mis en harmonie avec la législation propre au nouveau type choisi.
- Par exemple, si la société se transforme en S.A., il faut élever le montant du capital social à au moins 10 millions.
- 837.** La fusion et la scission sont visées par les articles 382 de l'Acte uniforme qui au reste se réfèrent au régime général organisé par les articles 189 et 190 du même texte. Ainsi, lorsque la fusion ou la scission est réalisée entre certains types de sociétés, en l'occurrence les sociétés anonymes ou les sociétés à responsabilité limitée, des règles particulières sont prévues par l'Acte uniforme ; elles sont contenues dans les articles 671 à 689. Il faut en effet tenir compte de l'intervention dans la procédure de l'opération, selon le type de société des commissaires à la fusion ou à la scission, de la soumission du projet aux assemblées d'obligataires de la société absorbée ou scindée, et de la protection des créanciers non obligataires des sociétés en cause. Dans d'autres hypothèses, il ne faut pas oublier l'existence des porteurs de parts de fondateurs ou parts bénéficiaires (article 918)<sup>(1)</sup>. Ces derniers doivent

---

<sup>(1)</sup> Certes, l'Acte uniforme interdit désormais l'émission de ces titres (article 744 alinéa 3). Celles existantes demeurent régies par les lois nationales de chaque Etat. Dans la plupart d'entre eux, c'est la loi du 23 janvier 1929 et la loi du 4 mars 1943 ; en Guinée, c'est l'article

être consultés sur les décisions qui affectent l'avenir de la société. Il faut aussi tenir compte de la croissance grâce à la fusion du nombre des actionnaires et de son incidence éventuelle sur l'équilibre des forces<sup>(1)</sup>.

- 838.** Les dispositions des articles 672, 676, 679, 688 et 689 de l'Acte uniforme sont applicables aux fusions ou aux scissions des sociétés à responsabilité limitée au profit de sociétés de même forme. Lorsque l'opération est réalisée par apports à des sociétés à responsabilité limitée existantes, les dispositions de l'article 676 de l'Acte uniforme sont également applicables.
- 839.** Il ressort enfin de l'article 383 de l'Acte que lorsque la fusion est réalisée par apport à une société à responsabilité limitée nouvelle, celle-ci peut être constituée sans autre apport que celui des sociétés qui fusionnent. Lorsque la scission est réalisée par apport à des sociétés à responsabilité limitée nouvelles, celles-ci peuvent être constituées sans autre apport que celui de la société scindée. En ce cas, et si les parts de chacune des sociétés nouvelles sont attribuées aux associés de la société scindée proportionnellement à leurs droits dans le capital de cette société, il n'y a pas lieu à l'établissement du rapport mentionné à l'article 672 de l'Acte uniforme (du commissaire de fusion). Dans les cas prévus ci-dessus, les associés des sociétés qui disparaissent peuvent agir de plein droit en qualité de fondateurs des sociétés nouvelles.

### §3. Le contrôle de la gestion de la S.A.R.L.

- 840.** Le contrôle de la gestion de la S.A.R.L. est assuré par les associés. On l'a vu avec le renforcement de leur droit à l'information. Il était jusqu'ici admis qu'ils pouvaient se faire assister le cas échéant par un conseil de surveillance<sup>(2)</sup>. Aujourd'hui, l'Acte uniforme institue purement et simplement un contrôle éventuel par des commissaires aux comptes. Cela n'a rien d'étonnant si l'on considère que le conseil de surveillance faisait déjà office de commissariat aux comptes dans les S.A.R.L. qui comptaient plus de 20 associés.
- 841.** La nomination d'un commissaire aux comptes dans une S.A.R.L. obéit à des conditions précises. D'après l'article 376 de l'Acte, sont tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes les sociétés à responsabilité

---

44 de l'ordonnance 119; le Sénégal les a interdites : article 1386 du C.O.C.C. et le Code de commerce malien les ignore purement et simplement.

<sup>(1)</sup> Cf. en ce sens M. COZIAN et A. VIANDIER, *op. cit.*, n° 1737 *in fine*, et n° 1724.

<sup>(2)</sup> La suppression du conseil de surveillance n'est pas forcément appréciable; le législateur aurait pu laisser le choix aux associés, ou proposer l'institution pour les S.A.R.L. d'une certaine dimension.

limitée dont le capital social est supérieur à dix millions (10.000.000) de francs CFA ou qui remplissent l'une des deux conditions suivantes :

- 1°) un chiffre d'affaires annuel supérieur à deux cent cinquante millions (250.000.000) de francs CFA ;
- 2°) un effectif permanent supérieur à 50 personnes.

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

Le commissaire aux comptes est choisi selon les modalités prévues aux articles 694 et suivants de l'Acte uniforme (concernant les commissaires aux comptes des sociétés anonymes). Pour des raisons d'impartialité, des incompatibilités sont prévues<sup>(1)</sup>. Ainsi, en vertu de l'article 378 de l'Acte, ne peuvent être commissaires aux comptes de la société :

- 1°) les gérants et leurs conjoints ;
- 2°) les apporteurs en nature et les bénéficiaires d'avantages particuliers ;
- 3°) les personnes recevant de la société ou de ses gérants des rémunérations périodiques sous quelque forme que ce soit, ainsi que leurs conjoints.

**842.** Aux termes de l'article 379, le commissaire aux comptes est nommé pour trois exercices par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié du capital social. Si cette majorité n'est pas obtenue et sauf stipulation contraire des statuts, il est nommé à la majorité des votes émis, quelle que soit la portion du capital représentée. Le mandat du commissaire aux comptes est plus court que celui du ou des gérants (quatre ans renouvelables en l'absence de clause statutaire contraire à cet effet). Il n'est donc pas lié à celui de ces derniers, ce qui apparaît comme une garantie d'indépendance supplémentaire. L'Acte uniforme ne dit cependant pas si le mandat des commissaires aux comptes est renouvelable. A l'instar de ce qui est prévu pour les S.A. (articles 708 et 709), rien ne semble s'opposer formellement à ce renouvellement.

**843.** Les délibérations prises à défaut de désignation régulière du commissaire aux comptes ou sur le rapport d'un commissaire aux comptes nommé ou demeuré en fonction contrairement aux dispositions ci-dessus de l'article 379 sont nulles. L'action en nullité est éteinte si ces délibérations ont été expressément confirmées par une assemblée sur le rapport d'un commissaire aux comptes régulièrement désigné.

---

<sup>(1)</sup> Elles sont cependant distinctes et plus souples que les règles admises pour les S.A. Voy. art. 697 et 698 A.U.

- 844.** De toute manière, les dispositions concernant les pouvoirs, les fonctions, les obligations, la responsabilité, la révocation et la rémunération du commissaire aux comptes sont régies par un texte particulier réglementant cette profession (article 381 de l'Acte). S'agissant des missions incombant aux commissaires aux comptes de S.A.R.L., on peut, dans le silence de la loi, se référer à celles des commissaires aux comptes des S.A. (articles 710 à 734).

#### §4. La dissolution de la S.A.R.L.

- 845.** En plus des causes communes à toute société, la S.A.R.L. comporte des causes propres de dissolution. Il s'agit de la réduction du capital au-dessous du minimum légal (article 368 de l'Acte). De plus, l'article 371 de l'Acte vise aussi le cas de perte d'une fraction importante du capital qui pourrait entraîner la dissolution de la société<sup>(1)</sup>.

Malgré l'*intuitu personae* de la S.A.R.L., les événements qui atteignent personnellement les associés, n'entraînent pas la dissolution de la société. Dès lors, la mort d'un associé n'est pas en principe une cause légale de dissolution de la S.A.R.L. Mais une clause des statuts peut en disposer ainsi. En revanche, il n'est pas permis de stipuler conventionnellement que l'incapacité ou la faillite d'un associé sera une cause de dissolution. En effet, l'article 384 précise bien que la société à responsabilité limitée n'est pas dissoute en cas d'interdiction, faillite ou incapacité d'un associé.

### SECTION 2. LA S.A.R.L. UNIPERSONNELLE

- 846.** Le commerçant qui exerce son activité à titre individuel engage son patrimoine tout entier. En effet, son fonds de commerce n'étant qu'un élément de son patrimoine, il est tenu personnellement des dettes d'exploitation de celui-ci. Sans adopter explicitement la formule du patrimoine d'affectation<sup>(2)</sup> prônée par certaines législations, et imitant le législateur français de la loi du 11 juillet 1985 qui a créé l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée<sup>(3)</sup>, le législateur africain vient d'instituer la S.A.R.L. d'un seul associé. Désormais est donc offert par ce biais un statut juridique à l'entrepreneur individuel.

<sup>(1)</sup> B. MAUBRU, «La perte du capital des sociétés à risque limité», *Rép. Defrénois*, 1983, art. 33142, p. 1185.

<sup>(2)</sup> Cf. en faveur de cette solution : Cl. CHAMPAUD, «L'entreprise personnelle à responsabilité limitée», *RTD com.*, 1979, p. 579 et s.

<sup>(3)</sup> Cf. P. SERLOOTEN, «L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée», *D.*, 1985, p. 187 et s.; A. SAYAG, «De nouvelles structures pour l'entreprise; la loi du 11 juillet 1985», *JCP*, 1985, éd. E., 14611; J. MESTRE et G. FLORES, «L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée», *Rev. sociétés*, 1986, p. 15 et s.; J.-J. DAIGRE, «L'EUURL : vrais regrets, vrais intérêts», *RJ com.*, 1988, p. 1.

La création de la S.A.R.L. unipersonnelle répond au souci des professionnels qui ont toujours souhaité avoir une structure juridique qui limite leur responsabilité, qui assure la pérennité de leur entreprise et qui leur réserve un statut fiscal et social attrayant<sup>(1)</sup>. Le régime de base reste celui de la S.A.R.L. avec cependant des adaptations rendues nécessaires par la présence d'un seul associé. Ainsi en est-il notamment des conditions de constitution (§ 1<sup>er</sup>) et de fonctionnement de la société (§ 2).

### § 1. La constitution de la société

847. La S.A.R.L. unipersonnelle peut être créée par décision unilatérale soit d'une personne physique, soit d'une personne morale. Dans ce dernier cas, ce peut être une technique permettant de filialiser une activité au sein d'un groupe, par exemple, créer des filiales à 100%. Toutefois, on ne peut manquer de constater que l'institution d'une société unipersonnelle va à l'encontre de la théorie traditionnelle qui a toujours voulu voir dans la société un contrat conclu entre deux ou plusieurs personnes œuvrant à une entreprise commune. Dans la S.A.R.L. unipersonnelle, la société résulte d'un acte unilatéral; la participation aux bénéfices et aux pertes n'est pas vraiment concevable et l'*affectio societatis* incompatible avec l'unité d'associé. En réalité, le législateur consacre implicitement une définition de la société en tant que technique d'organisation de l'entreprise<sup>(2)</sup>.
848. L'activité de la société peut être la même que pour une société pluripersonnelle. L'associé unique réalise un apport, en nature ou en numéraire de manière à doter la société du capital minimum de 1.000.000 F CFA exigé par la loi. L'intervention d'un commissaire aux apports est possible dans les mêmes conditions que pour la S.A.R.L. pluripersonnelle. La société unipersonnelle doit avoir une dénomination sociale, dans laquelle figure le nom de l'associé unique. Elle doit avoir un siège social et une domiciliation précise.

### § 2. Le fonctionnement de la société

849. Pour qu'il y ait société, il faut que tout le rituel soit observé: la nomination d'un gérant et la tenue d'assemblées; un commissaire aux comptes doit être désigné si les seuils fixés par la loi sont atteints (article 376 de l'Acte uniforme).

---

<sup>(1)</sup> M. COZIAN et A. VIANDIER, *op. cit.*, n° 1410.

<sup>(2)</sup> J. PAILLUSSEAU, «L'EUURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle», *JCP* 1986, éd. E., 14684; M. COZIAN et A. VIANDIER, *op. cit.*, n° 1403.

- 850.** La gestion est confiée à l'associé unique ou, faut-il dire, ce dernier se confie les fonctions de gérant. Il doit toutefois veiller à bien séparer les affaires de la société et ses affaires personnelles. En ce sens, on peut penser que le gérant associé unique peut être condamné pour abus de biens sociaux; il peut se voir étendre la procédure collective d'apurement du passif. Par un effort de rigueur certain, l'associé unique gérant doit arriver à isoler ce qui se rapporte à la vie de la société. Dans une autre hypothèse, la gérance peut être confiée à un tiers; celui-ci a juridiquement la qualité de mandataire; la situation est alors semblable à celle générée par une location-gérance de fonds de commerce. Si la société est créée par une personne morale, le gérant sera obligatoirement une personne physique non associée puisque dans la S.A.R.L., la gérance ne peut pas être confiée à une personne morale.
- 851.** La société unipersonnelle obéit à certaines règles spécifiques. Elles découlent en substance des articles 558 à 561 de l'Acte uniforme. Les pouvoirs de l'assemblée sont exercés par l'associé unique sans que bien évidemment les règles de convocation et de tenue aient à être respectées par lui. Les décisions qui doivent être prises en assemblée, qu'il s'agisse des décisions relevant de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire ou de celles relevant de l'assemblée générale ordinaire, sont prises par l'associé unique. C'est à lui que revient la mission d'approuver les comptes sociaux, de décider de la distribution des bénéfiques, de modifier les statuts ..., et de dresser les procès-verbaux des délibérations qu'il certifiera conformes. C'est lui qui doit approuver les conventions réglementées, ou respecter les conventions interdites: il ne peut donc contracter avec la société à sa guise, bien qu'il possède 100% du capital social. Lorsque la convention est conclue avec lui, il en est seulement fait mention sur le registre des délibérations.
- 852.** Concrètement, dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice, l'associé unique prend toutes les décisions qui sont de la compétence de l'assemblée générale ordinaire annuelle. Les décisions prises par l'associé unique revêtent la forme de procès-verbaux qui sont versés aux archives de la société. Toutes les décisions prises par l'associé unique et qui donneraient lieu à publicité légale si elles étaient prises par une assemblée doivent être publiées dans les mêmes formes. Il est également fait application de toutes les dispositions non contraires relatives à la prise des décisions collectives tel qu'il ressort de l'Acte uniforme.
- 853.** L'associé unique qui veut développer davantage son affaire peut ouvrir la société à de nouveaux partenaires. L'avantage est alors qu'il n'aura pas à modifier la forme sociale. En effet, la création de la S.A.R.L. unipersonnelle facilite le passage de l'unipersonnalité à la pluripersonnalité et vice versa; il

suffit pour cela que l'associé unique cède une partie de ses parts sociales et la société devient ou redevient pluripersonnelle ; pourtant dans ce cas, l'augmentation du nombre des associés n'emporte pas transformation de la société. En cas de décès de l'associé unique, il n'y a pas de dissolution de la société tout comme dans la société pluripersonnelle. Cette règle assure la pérennité de la société.

- 854.** Les causes de dissolution sont, à l'exception de la réunion de toutes les parts en une seule main, celles de la S.A.R.L. pluripersonnelle. En tout état de cause, l'associé unique est libre à tout moment de décider de la dissolution de la société. Il y a par conséquent transmission automatique à son profit de l'ensemble du patrimoine social. Mais il doit alors désintéresser les créanciers sociaux.

## CHAPITRE 2

# LA SOCIÉTÉ ANONYME

---

- 855.** La société anonyme est certainement la société qui a été la plus profondément modifiée par la nouvelle législation OHADA. Etant donné son rôle économique de premier plan, la société anonyme ne pouvait que retenir pendant longtemps l'attention du législateur africain. Il s'est agi en effet d'adapter ce « merveilleux instrument du capitalisme moderne »<sup>(1)</sup> aux exigences fonctionnelles et structurelles dictées par la mondialisation de l'économie.
- 856.** Jusqu'alors en effet, la société anonyme était encore régie dans la plupart des pays africains membres de l'OHADA par la vieille loi du 24 juillet 1867 qu'était venue compléter à l'époque coloniale la loi du 4 mars 1943<sup>(2)</sup>. Seule une petite minorité de ces pays se sont dotés depuis l'indépendance d'une législation propre en la matière<sup>(3)</sup>. Certaines des modifications introduites par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales ont déjà été intégrées dans le droit national de ces Etats parties.
- 857.** Il faut déjà dire qu'avec la suppression de la société en commandite par actions, la société anonyme est devenue l'unique société de capitaux qui puisse être constituée dans les Etats membres de l'OHADA.

Si l'idée elle-même n'est pas tout à fait nouvelle<sup>(4)</sup>, son application à une large échelle n'est pas moins révolutionnaire. En effet, il était déjà constaté en droit français que sur le plan pratique, ce type de société était en voie de disparition<sup>(5)</sup>. Lors de la réforme du 24 juillet 1966, il avait été question de la supprimer, mais en dernière analyse elle a été maintenue.

En Afrique francophone, seul le Sénégal avait jusqu'ici concrétisé l'idée dans sa réforme du droit des sociétés commerciales (Code des obligations civiles et commerciales, 2<sup>e</sup> partie). Il faut donc reconnaître que dans les pays

<sup>(1)</sup> RIPERT (G.), *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2<sup>e</sup> éd. Paris, 1951, n° 46.

<sup>(2)</sup> Cette loi fixait les dispositions communes aux sociétés anonymes et aux sociétés en commandite par actions. Il est à rappeler que la loi française du 15 novembre 1940 sur le régime du président directeur général n'avait pas été étendue outre-mer, cf. *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome 7, Droit des entreprises, p. 103.

<sup>(3)</sup> Il s'agit notamment du Sénégal.

<sup>(4)</sup> Il en était déjà question en France lors de la réforme de 1966; cf. RODIÈRE (R.) et OPPETIT (B.), *Droit commercial, groupements commerciaux*, Précis Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., Paris 1980, p. 293, n° 270; VIANDIER (A.) et autres, *La société en commandite entre son passé et son avenir*, Creda, Litec, 1983.

<sup>(5)</sup> RODIÈRE (R.) et OPPETIT (B.), *op. cit.*, n° 270, p. 292.

africains membres de l'OHADA, la société anonyme est désormais la seule technique de concentration des capitaux. Pour que cette volonté du législateur soit bien respectée, il est prévu que les sociétés en commandite par actions existant régulièrement dans l'un des Etats parties au Traité OHADA devront être transformées, dans un délai de deux ans, en sociétés anonymes, sous peine d'être dissoutes de plein droit à l'expiration de ce délai (article 908 alinéa 2 de l'Acte uniforme).

- 858.** Mais de quelle société anonyme s'agit-il? Il faut dire que l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E. constitue le droit commun des sociétés en général, et des sociétés anonymes en particulier. Il est d'ailleurs dit à cet effet par l'article 1<sup>er</sup> alinéa 3 de l'Acte uniforme qu'en plus de ses dispositions «les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique demeurent soumis aux lois non contraires au présent Acte uniforme qui sont applicables dans l'Etat partie où se situe leur siège social».

S'agissant particulièrement des sociétés anonymes, il en est qui sont régies spécialement par d'autres dispositions. C'est notamment le cas des sociétés d'assurances. D'après l'art. 301 du code CIMA<sup>(1)</sup>, ces sociétés ne peuvent être constituées que sous forme de société anonyme ou de société d'assurance mutuelle. Lorsqu'elles se seront constituées sous forme de société anonyme, il faudra leur appliquer à titre principal les dispositions du Code CIMA et à titre subsidiaire celles de l'Acte uniforme OHADA<sup>(2)</sup>. En cas de conflit entre ces deux dispositions, il faudra certainement faire l'emporter le spécial sur le général.

- 859.** Si l'Acte uniforme OHADA a apporté d'intéressantes innovations sur le régime des sociétés anonymes, il faut dire de suite que celles-ci n'intéressent que la constitution et le fonctionnement de ce groupement d'affaires.

L'Acte ne prévoit que peu de dispositions nouvelles ou particulières sur la dissolution des sociétés anonymes. Bien mieux, l'une des causes de dissolution considérée naguère comme propre aux sociétés anonymes a disparu. Il s'agit de la cause tirée de l'insuffisance des actionnaires. Il était prévu que la société pouvait être dissoute si elle comportait moins de sept

---

<sup>(1)</sup> Signé le 10 juillet 1992 à Yaoundé (Cameroun), le Traité CIMA est entré en vigueur, entre les pays qui l'avaient ratifié, le 14 avril 1994. Le code, quant à lui, est entré en vigueur le 15 février 1995.

<sup>(2)</sup> Il faut relever qu'en droit camerounais, la loi n° 90/019 du 10 août 1990 prévoyait que les établissements de crédit ne pouvaient avoir que l'une des formes suivantes : société anonyme, société en commandite par actions et société coopérative ou à forme mutuelle. La commandite par actions ayant été supprimée, ces sociétés revêtiront plus souvent la forme anonyme.

associés (article 38 de la loi du 24 juillet 1867). Dorénavant aucune exigence du nombre d'actionnaires n'est posée. Il est même possible de constituer une société anonyme unipersonnelle.

Il ne reste plus alors qu'une cause de dissolution : celle tirée de la perte partielle du capital. Naguère, la société pouvait être dissoute en cas de perte des trois quarts du capital. Une assemblée générale des actionnaires devait être convoquée par les administrateurs (article 37 Loi du 24 juillet 1867). Le cas échéant, tout intéressé pouvait demander la dissolution de la société devant les tribunaux.

Sous l'égide de l'OHADA, la perte déplorée doit être de la moitié du capital social. Le conseil d'administration ou alors l'administrateur général doit, dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, convoquer l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider éventuellement de la dissolution anticipée de la société. Si la dissolution est refusée par les actionnaires, ils doivent réduire le capital social d'un montant au moins égal à celui des pertes subies qui n'ont pu être imputées sur les réserves. Ils ont également la possibilité de reconstituer le capital à concurrence d'une valeur au moins égale à la moitié du capital social (articles 664 et 665 de l'Acte uniforme). Si l'assemblée générale extraordinaire n'a pas pu être convoquée ou n'a pu délibérer valablement sur dernière convocation tout intéressé peut demander en justice la dissolution de la société.

Il faut cependant relever que dans certaines hypothèses, le législateur admet que la cause de dissolution soit régularisée. Si la régularisation intervient avant le jour où le tribunal statue sur le fond, la dissolution ne peut être prononcée.

**860.** C'est dire qu'à cette exception près, les causes de dissolution des sociétés anonymes demeurent les mêmes que celles que connaît le droit commun des sociétés commerciales<sup>(1)</sup>. La société anonyme comme toute société commerciale pourra donc prendre fin :

- par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée. La durée est généralement stipulée à 99 ans avec possibilité de prorogation par les actionnaires. Aucun texte ne le prescrit cependant ;
- par la réalisation ou l'extinction de son objet ;
- par l'annulation du contrat de société ;

---

<sup>(1)</sup> Voy. notamment dans la première partie : La dissolution des sociétés commerciales, nos 317 et s. ; l'art. 735 de l'Acte uniforme renvoie d'ailleurs sur la question aux art. 220 à 202 de l'Acte uniforme.

- par décision des actionnaires aux conditions prévues pour modifier le statut;
- par la dissolution anticipée prononcée par la juridiction compétente, à la demande d'un actionnaire pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un actionnaire ou de mésentente entre actionnaires empêchant le fonctionnement de la société;
- par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation des biens de la société;
- par toute autre cause prévue par les statuts.

La dissolution de la société anonyme pluripersonnelle entraîne de plein droit sa mise en liquidation<sup>(1)</sup>. S'il s'agit d'une société anonyme unipersonnelle, il y a transmission universelle de son patrimoine à l'actionnaire unique, sauf possibilité d'opposition par les créanciers de la société. La personnalité subsiste pour les besoins de ces opérations et jusqu'à leur fin.

Dans tous les cas, la dissolution de la société n'a d'effet à l'égard des tiers qu'à compter de sa publication au registre du commerce et du crédit mobilier.

- 861.** Si le législateur africain n'a pas fait preuve d'originalité quant à la dissolution de la société anonyme, il a nettement amélioré ses règles de constitution, d'organisation et de fonctionnement. Deux soucis principaux ont guidé le législateur dans cette œuvre: la simplification des procédures et l'amélioration de l'information des parties contractantes et des tiers. La transparence recherchée au détriment quelque fois du secret des affaires devrait conduire à une gestion plus efficiente et rationnelle des sociétés anonymes, facteur de sécurité pour les investisseurs.

Ces préoccupations du législateur se sont traduites dans les différentes phases de la vie des sociétés anonymes à savoir la constitution, l'organisation et le fonctionnement.

## SECTION 1. LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

- 862.** La loi fondamentale du 24 juillet 1867 imposait pour la constitution d'une société anonyme au moins sept actionnaires (article 23). Une personne désireuse d'exploiter une entreprise sous cette forme était donc obligée de recourir à des prête-noms pour former la société. Désormais, il n'est plus

---

<sup>(1)</sup> Il faut noter que ces dispositions ne s'appliquent pas aux sociétés anonymes en état de redressement judiciaire ou de liquidation des biens régies par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif adopté le 10 avril 1998 à Libreville (Gabon) mais qui n'entrera en vigueur qu'au 1<sup>er</sup> janvier 1999.

besoin d'utiliser ce subterfuge. La société anonyme peut ne comprendre qu'un seul actionnaire : c'est la société anonyme unipersonnelle (article 385 alinéa 2).

En revanche, le législateur OHADA impose désormais un capital social minimum de dix millions de francs CFA (10.000.000 F). Ce capital est divisé comme avant en actions dont le montant nominal ne peut être inférieur à dix mille francs CFA<sup>(1)</sup>. Lorsque la société fait appel public à l'épargne ou lorsque ses titres sont inscrits à la bourse de valeurs, le capital minimum est de cent millions de francs CFA. La loi de 1867 n'en exigeait aucun. Avant l'avènement de l'OHADA, un capital social minimum n'était exigé que pour la constitution d'une seule société commerciale : la S.A.R.L. Il était alors de cinq cent mille francs CFA.

Cette exigence est réaliste dans la mesure où elle restaure à la société anonyme sa vocation originelle : technique de gestion adaptée aux grandes entreprises<sup>(2)</sup>. L'exigence d'un capital social minimum permet par ailleurs d'augmenter la surface financière de ces entreprises.

Cela étant, le législateur OHADA a prévu certaines règles de constitution communes aux sociétés anonymes et d'autres propres à certains types particuliers de sociétés anonymes.

### §1. Les règles communes

- 863.** Ces règles s'appliquent aux sociétés anonymes qui se constituent sans appel public à l'épargne ou sans apport en nature ou sans stipulation d'avantages particuliers. Autrement dit, il s'agit des sociétés anonymes dans lesquelles le capital social, constitué essentiellement d'apports en numéraire est souscrit dans un cadre restreint, de préférence entre personnes ou groupe de personnes qui se connaissent à l'avance.

L'Acte uniforme semble faire de ce mode de constitution la règle. C'est pourquoi il l'a débarrassé d'un certain nombre de formalités.

- 864.** Pour l'essentiel, la constitution de la société passe par cinq phases : l'établissement du bulletin de souscription, le dépôt de fonds et la déclaration notariée de souscription et de versement, l'établissement des statuts, l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) et le retrait des fonds.

<sup>(1)</sup> Ce capital minimum est porté à 250.000.000 F CFA pour les compagnies d'assurances (art. 329. 3.C. CIMA) et à un milliard de francs CFA pour les banques (art. 1<sup>er</sup> décret n° 90/1470 du 9 novembre 1990).

<sup>(2)</sup> GUYON (Y.), *Droit des affaires*, tome 1 : Droit commercial général et sociétés, 7<sup>e</sup> édition, Economica, Paris, 1996, n° 278, p. 271.

*A. L'établissement des bulletins de souscription*

- 865.** Les bulletins de souscription sont établis par les fondateurs de la société. Ceux-ci contactent alors individuellement chacun des potentiels actionnaires. En cas d'agrément, ceux-ci datent et signent le bulletin en mentionnant en toutes lettres le nombre d'actions souscrites.
- 866.** L'Acte uniforme précise que le bulletin est établi en deux exemplaires : l'un pour la société en formation et l'autre pour le notaire qui dressera la déclaration de souscription et de versement (article 391). Il n'est pas prévu d'exemplaire pour le souscripteur. Il lui est reconnu cependant le droit à une copie. Mention que copie lui a été remise doit figurer au bulletin de souscription.

Ce bulletin doit contenir entre autres mentions :

- l'indication du dépositaire chargé de conserver les fonds jusqu'à l'immatriculation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier ;
- l'indication du notaire chargé de dresser la déclaration de souscription et de versement.

Le souscripteur peut ainsi vérifier par lui-même si la constitution projetée de la société est réelle et non fictive.

*B. Le dépôt des fonds et la déclaration notariée de souscription et de versement*

- 867.** L'Acte uniforme lie les deux opérations. Mais elles peuvent être dissociées dans le temps. En effet, le dépôt des fonds peut se faire au fur et à mesure de leur réception par les fondateurs. Cela est d'autant plus plausible que les souscripteurs ne sont pas contactés au même moment mais bien souvent l'un après l'autre. La déclaration se fera alors après réception et dépôt du quart minimum du capital social exigé par la loi.
- 868.** Les fonds reçus doivent être déposés soit chez un notaire, soit dans une banque domiciliée dans l'Etat partie du siège de la société en formation. Aucune précision n'étant faite sur la localité du dépôt, la prescription légale est respectée s'il est choisi à cet effet n'importe quel notaire ou n'importe quelle banque de l'Etat partie.

Il aurait été souhaitable, pour permettre aux souscripteurs d'effectuer aisément leur vérification, que le dépôt soit impérativement fait au lieu du siège social projeté de la société en formation.

En même temps qu'il dépose les fonds, le fondateur doit remettre au dépositaire la liste des souscripteurs et le montant des sommes versées par chacun d'entre eux. C'est cette liste que les souscripteurs peuvent, à leur demande, consulter et le cas échéant, obtenir à leur frais, délivrance des

copies. Il faut remarquer cependant que lorsque les fonds ont été déposés au fur et à mesure qu'ils ont été perçus, cette liste ne pourra être établie qu'à la fin de l'opération.

Le législateur africain a comblé une lacune de la loi de 1867 en prévoyant que le dépôt doit être fait dans un délai de huit jours à compter de la réception des fonds. Il faudra certainement entendre par là à compter de chaque réception de fonds. Il s'agit ici d'éviter que les fondateurs ne dilapident ou ne disparaissent avec les fonds collectés. Malheureusement, comme le législateur français de 1966, le législateur OHADA n'a assorti la violation de cette prescription d'aucune sanction.

- 869.** Une fois les fonds déposés et muni du certificat *ad hoc* et des bulletins de souscription, le fondateur doit se présenter chez le notaire pour la déclaration de souscription et de versement. Par cet acte, le notaire affirme que le montant des souscriptions déclarées est conforme au montant figurant sur les bulletins de souscription et que celui de versement est conforme au montant porté au certificat bancaire délivré ou alors déposé en son étude. En cas d'inexactitude de la déclaration, le notaire encourt une sanction pénale tout comme les fondateurs qui falsifieraient le bulletin de souscription (art. 887).

Les souscripteurs ont la possibilité de prendre connaissance de la déclaration de souscription et de versement au cabinet du notaire et même d'en prendre copie à leur frais. Si tout leur paraît conforme, ils peuvent alors envisager la signature des statuts.

### *C. La signature des statuts*

- 870.** L'Acte uniforme parle plutôt d'établissement des statuts. Mais il semble peu réaliste de croire que c'est à ce niveau seulement que les statuts seront établis. Généralement, la souscription n'aura été faite qu'au vu d'un projet de statuts préalablement rédigé par les fondateurs.

L'article 10 de l'Acte uniforme indique d'ailleurs que ces statuts sont établis par acte notarié ou alors par tout acte offrant des garanties d'authenticité et déposé avec reconnaissance d'écritures et de signatures par toutes les parties au rang des minutes d'un notaire. Dorénavant, le projet de statuts n'est plus déposé au greffe comme le prévoyait la loi de 1867. Cependant, même s'il a été fait par acte sous seing privé, le projet de statuts doit être impérativement déposé au rang des minutes d'un notaire. Une unité de lieu est ainsi établie quant à la constitution de la société.

- 871.** A ce stade, il eût alors été souhaitable de parler plutôt de signature de statuts. C'est ce que confirme pour une large part l'article 396 de l'Acte uni-

forme qui prévoit que les statuts sont signés par tous les souscripteurs en personne ou par mandataires spécialement habilités à cet effet.

Il s'agit pour les parties, de réitérer en l'étude du notaire dépositaire du projet de statuts leur volonté de devenir actionnaires dans la société anonyme en formation. Cette signature nécessite le déplacement des actionnaires, lequel, à certains égards, peut s'avérer incommode<sup>(1)</sup>.

En fait, cette signature tient lieu d'assemblée générale constitutive. En effet, il est précisé qu'en plus des mentions prévues pour tous les statuts, les statuts de la société anonyme à signer doivent contenir entre autres énonciations :

- le mode d'administration et de direction retenu ;
- la désignation des premiers responsables de la société anonyme à savoir les membres du conseil d'administration ou l'administrateur général, les commissaires aux comptes et leurs suppléants ;
- les stipulations relatives à la composition, au fonctionnement et aux pouvoirs des organes de la société.

Entre parties, la société se trouve ainsi valablement constituée. Mais, elle n'aura de personnalité juridique qu'après son immatriculation au registre du commerce et du crédit immobilier. Ce qui donnera pleins pouvoirs aux organes désignés pour retirer les fonds déposés.

#### *D. Le retrait des fonds*

- 872.** Celui-ci est effectué selon les cas par le président directeur général, le directeur général ou l'administrateur général de la société. Il doit présenter au dépositaire le certificat du greffier attestant l'immatriculation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier.

Si d'aventure la société n'était pas constituée dans les six mois après le versement des fonds, tout souscripteur a la possibilité de demander, par voie de référé au président de la juridiction compétente, la nomination d'un administrateur chargé de retirer les fonds pour les restituer aux souscripteurs<sup>(2)</sup>. En cas de dépôt successif de fonds, il semble qu'il faille tenir compte pour le délai de six mois du dernier versement effectué.

- 873.** On se sera aperçu que pour constituer une S.A en OHADA, il n'est pas besoin de publicité. La tenue d'une assemblée générale constitutive n'est

<sup>(1)</sup> Il est à prévoir que la pratique préférera une signature anticipée que le notaire se contentera d'entériner après coup.

<sup>(2)</sup> Le législateur a consacré ici une solution différente de celle applicable aux S.A.R.L. Dans ce cas en effet, chaque souscripteur dispose de la possibilité de se faire autoriser en justice, par voie de requête notamment, à retirer le montant de ses apports (art. 314 al. 3).

même plus nécessaire. Il faut tout de même reconnaître que les promoteurs des sociétés anonymes continueront à y recourir comme par le passé.

Ce schéma de principe est modifié dans certaines situations particulières.

## **§2. Les règles particulières**

- 874.** La constitution de la société anonyme diffère du schéma précédent lorsque d'une part il existe des apports en nature ou des stipulations d'avantages particuliers et d'autre part lorsqu'il est fait appel public à l'épargne.

### *A. Constitution avec apport en nature ou stipulation d'avantages particuliers*

- 875.** Dans ce cas, en plus des règles générales précédemment analysées, une assemblée générale constitutive devient indispensable. Mais avant, il en aura fallu une autre que nous qualifierons de préconstitutive.

### **1. L'assemblée générale préconstitutive**

- 876.** Sa nécessité ne ressort pas clairement des textes<sup>(1)</sup>. En effet l'Acte uniforme n'envisage qu'une assemblée générale constitutive. Pourtant, pour désigner le commissaire aux apports, il est précisé que les futurs associés doivent le faire à l'unanimité. Pour éviter toute contestation, cette assemblée générale préconstitutive s'impose nécessairement. Son rôle essentiel consiste donc à désigner ce commissaire qui évaluera les apports en nature ou alors les avantages particuliers stipulés. Elle ne devient inutile que lorsqu'à défaut de l'unanimité recherchée, les fondateurs se sont adressés à la justice pour la désignation du commissaire aux apports. Il s'agit en effet d'assurer l'égalité entre les futurs actionnaires en faisant évaluer aussi exactement que possible leurs différents apports.

- 877.** Le commissaire aux apports est choisi sur la liste des commissaires aux comptes. L'Acte uniforme ne prévoit que la désignation d'un seul, à la différence de la loi française de 1966 qui prévoit l'éventualité d'en désigner plusieurs.

Ce commissaire aux apports qui peut se faire assister dans l'accomplissement de sa mission par un ou plusieurs experts de son choix établit, sous sa responsabilité, un rapport qui est déposé à la société trois jours au moins avant l'assemblée générale constitutive.

---

<sup>(1)</sup> L'article 4, al. 1<sup>er</sup>, de la loi 1867 la prévoyait expressément.

## 2. L'assemblée générale constitutive

**878.** C'est elle qui signe en quelque sorte l'acte de naissance de la S.A. Elle doit se prononcer sur l'évaluation des apports en nature ou des avantages particuliers faite par le commissaire aux apports.

En outre elle est chargée :

- de constater que le capital social est entièrement souscrit et que les actions de numéraire sont libérées au moins du quart ;
- d'adopter les statuts de la société avec possibilité de modification à l'unanimité ;
- de nommer les premiers dirigeants sociaux et le ou les commissaires aux comptes ;
- de reprendre éventuellement pour le compte de la société en formation les engagements souscrits par les fondateurs ;
- de donner, le cas échéant, aux premiers administrateurs mandat de prendre des engagements pour le compte de la société avant l'acquisition de la personnalité morale, c'est-à-dire avant l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier.

**879.** Eu égard à l'importance de cette assemblée, le législateur a prévu des règles particulières de convocation, de quorum et de majorité.

L'assemblée est convoquée par les fondateurs quinze jours au moins avant la date, après l'établissement de la déclaration notariée de souscription et de versement des fonds. Elle est faite soit par lettre au porteur contre récépissé, soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. La lettre doit mentionner l'ordre du jour, le lieu, la date et l'heure de l'assemblée.

L'inobservation de ces règles impératives de convocation est sanctionnée par la nullité de l'assemblée générale constitutive. Au cas où il en serait résulté préjudice pour les tiers, les fondateurs fautifs peuvent être déclarés solidairement responsables. La nullité peut cependant être couverte lorsque tous les actionnaires étaient présents ou représentés.

Pour délibérer valablement, les souscripteurs présents ou représentés doivent posséder au moins la moitié des actions. Si ce quorum n'est pas atteint, une deuxième convocation doit être adressée aux souscripteurs six jours au moins avant la date de l'assemblée. Le quorum est fixé au moins au quart des actions. A défaut, une troisième convocation peut être adressée aux souscripteurs dans les mêmes conditions que la deuxième pourvu qu'elle le soit dans un délai maximum de deux mois à compter de la date fixée par la deuxième convocation. Le quorum demeure fixé au moins au quart des actions.

- 880.** Présidée par l'actionnaire ayant le plus grand nombre de voix ou, à défaut, par le doyen d'âge assisté d'un bureau<sup>(1)</sup>, l'assemblée générale constitutive statue à la majorité des deux tiers des voix dont disposent les souscripteurs présents ou représentés.

Cependant, il n'est pas pris en compte, pour le calcul du quorum et de la majorité, les actions de l'apporteur en nature ou du bénéficiaire d'avantages particuliers même s'il a également la qualité d'apporteur en numéraire : nul ne peut être à la fois juge et partie.

En effet, en dehors de ces autres prérogatives, l'assemblée générale constitutive a surtout pour mission de juger le rapport du commissaire sur l'évaluation des apports en nature et l'octroi d'avantages particuliers. Une double voie s'ouvre à elle :

- soit elle approuve ce rapport : la société peut se constituer ;
- soit elle le désapprouve. Bien souvent elle estimera que l'apport ou l'avantage particulier a été surévalué. Elle proposera donc une diminution de sa valeur. La résolution doit être votée à l'unanimité des souscripteurs. Il faut en plus et surtout le consentement de l'apporteur.

Le législateur n'a pas envisagé l'hypothèse de sous-évaluation. Mais il ne fait aucun doute qu'étant souveraine, l'assemblée générale constitutive peut revoir à la hausse l'évaluation faite par le commissaire. Mais il faut avouer que cela sera fait aux risques et périls des souscripteurs qui bien souvent ne disposent pas suffisamment d'éléments techniques pour y procéder. En tout cas, les actionnaires et les administrateurs sont solidairement responsables à l'égard des tiers pendant cinq ans de la valeur attribuée aux apports en nature ou aux avantages particuliers.

- 881.** De cette assemblée, il est dressé un procès verbal indiquant la date et le lieu de la réunion, la nature de l'assemblée, le mode de convocation, l'ordre du jour, le quorum, les résolutions soumises au vote, les conditions de quorum et de vote pour chaque résolution et le résultat des votes pour chacune d'elle, l'acceptation de leurs fonctions par les premiers responsables. Ceux-ci font procéder par la suite à l'immatriculation de la société au registre du commerce et du crédit immobilier.

#### *B. Constitution en cas d'appel public à l'épargne*

- 882.** Lorsqu'il est fait appel public à l'épargne pour constituer une société, les fondateurs doivent, préalablement à l'opération, présenter au visa de l'or-

---

<sup>(1)</sup> La composition de ce bureau est la même que celle des assemblées générales des actionnaires.

ganisme de contrôle de la bourse des valeurs des Etats parties dont le public est sollicité ou, en l'absence de cet organisme, au ministre chargé des finances un projet de document d'information (art. 86). Ce document informe le public sur l'organisation, la situation financière, l'activité et les perspectives de l'émetteur ainsi que les droits attachés aux titres offerts (art. 86 à 96)<sup>(1)</sup>.

- 883.** En outre, le législateur OHADA impose une notice d'information (art. 825 à 827). Le fondateur doit publier avant le début des opérations de souscription d'actions une notice dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales de l'Etat partie du siège social et, le cas échéant, des Etats parties dont l'épargne est sollicitée.

Cette notice doit contenir un certain nombre de mentions utiles à l'information du souscripteur, comme le document d'information. Mais il n'est plus question de visa de l'autorité administrative. Trois types de documents doivent être établis :

- des circulaires doivent reproduire les énonciations de la notice d'information. En plus, elles doivent contenir la mention de l'insertion de la notice dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales, où la notice a été publiée. Enfin, elles doivent exposer les projets des fondateurs quant à l'emploi des fonds provenant de la libération des actions souscrites ;
- les affiches et les annonces dans les journaux doivent contenir à tout le moins, un extrait des énonciations de la notice d'information avec indication du numéro des journaux habilités à recevoir les annonces légales dans lesquelles elle a été publiée.

- 884.** Il s'agit d'un système d'informations qui semble se suffire à lui-même. L'autorité administrative n'est donc appelée ici à exercer aucun contrôle sur le système de l'information destinée au public. La S.A. faisant appel public à l'épargne se forme ainsi plus librement que ces autres types de sociétés utilisant la même technique.

- 885.** L'information du public étant réalisée et les intentions de souscription faites, il est convoqué une assemblée générale constitutive. En l'absence des dispositions contraires, cette assemblée est régie par les mêmes règles que celles tenue en cas d'apport en nature.

C'est cette même assemblée qui aura délibéré et adopté les règles d'organisation de la S.A.

---

<sup>(1)</sup> Cf. I<sup>re</sup> partie, n° 168.

## SECTION 2. L'ORGANISATION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

- 886.** Trois types d'organes interviennent dans le fonctionnement de la S.A. : les organes de gestion, les organes de délibération et les organes de contrôle.

## §1. Les organes de gestion

- 887.** L'une des innovations essentielles de l'Acte uniforme consiste en l'option désormais offerte aux fondateurs de société anonyme entre deux systèmes de gestion : la société anonyme avec conseil d'administration et la société anonyme avec administrateur général. Mais en réalité, seules les sociétés anonymes comprenant au moins 3 actionnaires bénéficient de cette option.

*A. La S.A. avec conseil d'administration*

- 888.** Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, l'institution du conseil d'administration était une création de la pratique<sup>(1)</sup>. L'Acte uniforme la légalise. Dans cette structure, le conseil d'administration n'est, comme son nom l'indique, qu'un organe d'administration. Il existe à côté, et de manière plus permanente, un organe de direction. Le législateur africain affirme nettement désormais la distinction entre l'administration et la direction de la S.A.<sup>(2)</sup>.

## 1. L'administration de la société anonyme

- 889.** Elle est l'œuvre d'un conseil d'administration qui a à sa tête un président disposant de prérogatives propres.

*a) Le conseil d'administration*

- 890.** Le législateur OHADA s'est beaucoup inspiré, sur la question, de la loi française du 24 juillet 1966 qui a repris, en les améliorant parfois, certaines dispositions de la loi du 16 novembre 1940<sup>(3)</sup>. Il en est ainsi des règles de composition, de compétence ainsi que du fonctionnement du conseil d'administration.

---

<sup>(1)</sup> NGOMO (A.F.), *Guide pratique du droit des sociétés commerciales au Cameroun*, PUA Yaoundé, 1996, p. 162, n° 545.

<sup>(2)</sup> Cf. NGOMO (A.F.), « Pour une redéfinition des pouvoirs des organes intervenant dans la gestion des S.A. (réflexions à partir du projet de Code des sociétés de l'UDEAC dans la perspective de l'harmonisation du droit des affaires de la zone franc) », *Juridis Info*, n° 16, 1993, p. 74.

<sup>(3)</sup> Cette loi n'a pas été rendue applicable outre-mer ; voir *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome 7, droit des entreprises, p. 103.

**891. La composition du conseil d'administration.** Le conseil d'administration est formé de trois membres au moins et de douze membres au plus. Si la plupart des membres sont actionnaires, il est permis que dans la limite du tiers de ses membres soit admis au conseil d'administration des membres non actionnaires. Cette mesure vise sûrement à l'intégration des salariés non actionnaires à l'administration de la société. L'article 22 de la loi de 1867 ne l'admettait guère.

L'administrateur peut être soit une personne physique, soit une personne morale<sup>(1)</sup>. Dans ce dernier cas, la personne morale est tenue de désigner pour la durée de son mandat, un représentant permanent qui encourra les mêmes responsabilités que s'il était administrateur en son nom propre.

En cas de fusion, le nombre d'administrateurs peut être provisoirement dépassé, sans excéder vingt-quatre. Le législateur n'a certainement pas voulu qu'en cas de fusion de deux sociétés, certains administrateurs perdent leur mandat. Cette perte devient inévitable en cas de fusion entre plusieurs sociétés dont chacune d'elles avait au moins douze administrateurs. Lorsqu'en cas de fusion le nombre d'administrateur excède douze, il ne peut être pourvu à leur remplacement pour décès, révocation ou démission, tant que le nombre n'a pas été ramené à douze, sauf hypothèse de nouvelle fusion.

**892.** Le conseil d'administration est obligatoirement composé de trois membres au moins lorsque la société fait appel public à l'épargne, et de quinze membres au plus lorsque ses actions sont admises à la bourse des valeurs.

Toutefois, en cas de fusion impliquant une ou plusieurs sociétés dont les titres sont admis à la bourse des valeurs, le nombre de quinze pourra être dépassé jusqu'à concurrence du nombre total des administrateurs en fonction depuis plus de six mois dans les sociétés fusionnées, sans pouvoir excéder vingt (art. 829, al. 2). Si la société vient à être radiée de la bourse des valeurs, le nombre d'administrateurs doit être ramené à douze dans les plus brefs délais (art. 828).

**893.** Les membres du premier conseil d'administration sont désignés soit par les statuts de la S.A., soit au cours de l'assemblée générale constitutive. En cours de vie sociale, les administrateurs sont désignés par l'assemblée générale ordinaire.

Toutefois, en cas de fusion, le législateur a voulu éviter la tenue d'une autre assemblée générale ordinaire. Exceptionnellement, il a donné compé-

---

<sup>(1)</sup> Sous l'empire de la loi de 1867, cette dernière possibilité résultait seulement de la pratique, voy. NGOMO (A.F.), «Guide», *op. cit.* p. 165, n° 555.

tence à l'assemblée générale extraordinaire de la société bénéficiaire de la fusion pour procéder à la nomination de nouveaux administrateurs.

Les administrateurs sont nommés pour une durée librement fixée par les statuts. Cependant, cette durée ne peut excéder six ans en cas de nomination en cours de vie sociale et deux ans en cas de nomination initiale par les statuts ou par l'assemblée générale constitutive<sup>(1)</sup>. Ils sont en principe rééligibles sauf disposition statutaire contraire. Reste à dire qui peut être administrateur d'une S.A.

- 894.** Comme la loi du 24 juillet 1867, l'Acte uniforme laisse une grande liberté pour le choix des administrateurs. En effet, peu d'incompatibilités existent entre l'exercice de cette fonction et d'autres<sup>(2)</sup>. Tout au moins peut-on concevoir qu'il soit interdit judiciairement à une personne d'exercer cette fonction lorsqu'elle a été en relation directe avec la commission de l'infraction. Il s'agit à vrai dire d'une mesure de sûreté (article 36 Code pénal camerounais). Toute personne capable peut donc être administrateur d'une S.A. Encore faut-il qu'elle soit élue à cette fonction.

En principe, les modalités de cette élection sont fixées par les statuts. Ceux-ci peuvent prévoir une répartition des sièges en fonction des catégories d'actions émises par la société. Dans tous les cas, cette répartition ne saurait priver les actionnaires de leur éligibilité au conseil ou priver une catégorie d'actions de sa représentation à cette instance. Il n'est même plus exigé des administrateurs la possession d'un minimum d'actions naguère appelées actions de garantie<sup>(3)</sup>. De même, en l'absence de dispositions statutaires contraires, un salarié de la société peut être nommé administrateur si son contrat de travail correspond à un emploi effectif<sup>(4)</sup>.

L'Acte uniforme interdit cependant le cumul par une personne physique, administrateur en son nom propre ou représentant permanent d'une personne morale administrateur, de plus de cinq mandats d'administrateur de S.A. ayant leur siège sur le territoire d'un même Etat partie<sup>(5)</sup>. *A contrario*, le cumul au-delà de cinq mandats devient possible lorsque les mandats excédentaires concernent des S.A. ayant leurs sièges sociaux dans des Etats par-

<sup>(1)</sup> Dans ce dernier cas, l'art. 90 de la loi française de 1966 fixe la durée à trois ans.

<sup>(2)</sup> Il faut relever néanmoins l'incompatibilité avec les fonctions de commissaire aux comptes (art. 699 de l'Acte uniforme).

<sup>(3)</sup> L'art. 26 de la loi du 24 juillet 1867 exigeait que les administrateurs soient propriétaires d'un nombre d'actions déterminées par les statuts qui seraient nominatives, inaliénables et déposées dans la caisse sociale. Elles ne pouvaient donc faire l'objet d'un gage.

<sup>(4)</sup> L'art. 93 de la loi française du 24 juillet 1966 exige que ce contrat soit antérieur de deux années au moins à sa nomination.

<sup>(5)</sup> En droit français le cumul est interdit au delà de huit mandats (art. 92 loi de 1966). La réduction s'explique certainement en droit africain par l'étroitesse des marchés.

ties différents. En limitant le nombre de mandats, le législateur attend des administrateurs qu'ils consacrent davantage de temps à la gestion de la société. Lorsqu'un administrateur se trouve dans cette situation interdite, il doit se démettre de l'excédent de mandats dans les trois mois de sa nomination. A l'expiration de ce délai, la démission se fait d'office. L'administrateur peut alors être appelé à remettre les sommes perçues à ce titre. Les délibérations auxquelles il aurait participé demeurent cependant valables.

- 895.** Le conseil ainsi composé désigne parmi ses membres un président qui doit être une personne physique. L'Acte ne prévoit pas un poste de vice-président. Un avis de la CCJA en date du 26 avril 2000 vient préciser qu'il n'est pas possible, sans violer la loi, de créer un tel poste dans les statuts de la société<sup>(1)</sup>. On peut en déduire que les dispositions de l'Acte uniforme relatifs aux organes dirigeants des sociétés commerciales ont un caractère impératif.
- 896.** Dorénavant, la désignation des administrateurs doit être publiée au registre du commerce et du crédit mobilier. Cette mesure est très importante. Elle est destinée à assurer le crédit de l'entreprise, celui-ci dépendant pour une large part de la confiance que les tiers placent en ses dirigeants.

Pareillement, la démission et la révocation d'un administrateur doivent être publiées dans le RCCM. En effet, les administrateurs peuvent être révoqués à tout moment par l'assemblée générale ordinaire. Ils peuvent même être révoqués sur un incident de séance quand bien même ce point n'aurait pas été inscrit à l'ordre du jour. L'assemblée devrait alors logiquement pourvoir à leur remplacement.

En revanche, en cas de démission ou de décès d'un administrateur entre deux assemblées, il est reconnu au conseil d'administration le pouvoir de coopter de nouveaux administrateurs. Le conseil doit agir dans le délai de trois mois à compter du jour où se produit la vacance lorsque le nombre des administrateurs est inférieur au minimum statutaire. Les nominations ainsi faites doivent être ratifiées par la plus prochaine assemblée générale ordinaire. Si tel n'est pas le cas, les délibérations du conseil d'administration intervenues avec les nouveaux administrateurs n'en sont pas moins valables aussi bien à l'égard des actionnaires que des tiers. Si par suite de la vacance le nombre des administrateurs est inférieur à trois, les administrateurs restant doivent convoquer une assemblée générale ordinaire en vue de compléter l'effectif.

---

<sup>(1)</sup> CCJA, Avis n° 02/2000/EP du 26 avril 2000, 2<sup>e</sup> question.

Qu'il s'agisse d'un cas de démission, de révocation ou de décès, les fonctions d'administrateur s'achèvent à la fin de l'assemblée générale ordinaire ayant statué sur les comptes de l'exercice et tenue dans l'année au cours de laquelle expire leur mandat. Le mandat sera donc selon les cas soit abrégé soit allongé parfois de quelques mois ou jours.

- 897.** Les fonctions d'administrateur ne sont pas gratuites<sup>(1)</sup>. Elles donnent lieu à rémunération. L'article 11 de la loi du 4 mars 1943 repris d'ailleurs par le décret du 30 septembre 1953<sup>(2)</sup> prévoyait trois formes de rémunération des administrateurs : les jetons de présence, les tantièmes et les rémunérations exceptionnelles.

Les tantièmes ont été supprimés par l'Acte uniforme qui cherche ainsi à amoindrir les frais généraux des S.A. Le législateur a entendu également ne pas faire trop profiter les administrateurs au détriment des autres actionnaires.

Le législateur OHADA n'a retenu que les jetons de présence, rebaptisés indemnités de fonction, et les rémunérations exceptionnelles. Toute clause statutaire qui prévoirait d'autres rémunérations serait nulle, de même que toute décision d'une assemblée générale et *a fortiori* toute décision du conseil d'administration.

- 898. Les pouvoirs du conseil d'administration.** La loi du 24 juillet 1867 était muette sur la question. Seuls certains statuts de sociétés y apportaient clarification. L'Acte uniforme comble ce vide en donnant de manière générale au conseil d'administration les pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société (article 435). Il les exerce néanmoins dans le respect de l'objet social et sous réserve des pouvoirs reconnus aux assemblées d'actionnaires. Toute limite statutaire de ces pouvoirs est inopposable aux tiers. La société demeure tenue lorsque le conseil d'administration s'est engagé au-delà de l'objet social. Ces tiers doivent néanmoins être de bonne foi car la fraude corrompt tout.

Mais il faut s'empresse de dire que le conseil n'agit pas, ne traite pas avec les tiers<sup>(3)</sup>. Ce rôle revient à la direction. Bien plus, le conseil d'administration ne peut agir que comme corps, organe, en prenant des décisions. Aucun administrateur n'a de pouvoirs propres, sauf bien évidemment le P.C.A.

---

<sup>(1)</sup> Bien que l'art. 22 de loi de 1867 ait prévu le contraire, en pratique les fonctions d'administrateur n'ont jamais été gratuites. Au fond la gratuité ne s'accommode pas de l'esprit de lucre qui anime les S.A. !

<sup>(2)</sup> *J.O.C.*, 4 janvier 1956, p. 2.

<sup>(3)</sup> RODIÈRE (R.) et OPPÉTT (B.), *op. cit.*, n° 182, p. 199.

- 899.** L'Acte uniforme procède à une énumération de pouvoirs du conseil d'administration qui ne peut être considérée comme exhaustive. Ainsi, notamment, a-t-il compétence pour :
- préciser les objectifs de la société et l'orientation qui doit être donnée à son administration ;
  - exercer un contrôle permanent de la gestion ;
  - arrêter les comptes de chaque exercice ;
  - déplacer le siège social dans les limites du territoire d'un même Etat partie (article 27). Cette décision doit être ratifiée par la prochaine assemblée générale ordinaire. Le cas échéant, elle devient caduque (article 451). En dehors des limites du territoire d'un même Etat partie, il faut une décision de l'assemblée générale extraordinaire (article 551 alinéa 3-2<sup>o</sup>) ;
  - donner une autorisation pour la conclusion de certaines conventions dites réglementées<sup>(1)</sup>.
- 900.** Les conventions réglementées sont de deux catégories. La première est constituée des conventions entre la société et l'un de ses administrateurs, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints ou celles dans lesquelles ces personnes sont indirectement intéressées ou traitent avec la société par personne interposée. Il en est de même des conventions conclues avec une personne morale dont l'un des dirigeants de la société anonyme est propriétaire ou associé indéfiniment responsable ou même dirigeant<sup>(2)</sup>.

L'autorisation n'est pas nécessaire lorsque les conventions portent sur les opérations courantes conclues à des conditions normales<sup>(3)</sup>. Pour éviter toute discussion sur ces expressions capitales, le législateur les a lui-même définies. L'opération courante est celle qui est effectuée par une société de manière habituelle dans le cadre de ses activités. Les conditions normales sont celles qui sont appliquées, pour des conventions semblables, non seulement par la société en cause, mais également par les autres sociétés du même secteur d'activité.

L'autorisation doit être sollicitée par l'administrateur intéressé qui informe le conseil dès qu'il a connaissance de telle convention. Lorsqu'elle accorde son autorisation, le conseil, notamment son président, doit aviser le commissaire aux comptes dans le mois qui suit la conclusion. Il s'agit de permettre à ce dernier de dresser le rapport spécial qu'il doit soumettre à

---

(1) A cette énumération, il faut ajouter le droit de convoquer les assemblées générales ordinaires et extraordinaires.

(2) Il faut rappeler qu'un administrateur d'une S.A. peut également être dirigeant d'une autre société.

(3) L'article 40 de la loi de 1867 modifié par la loi du 4 mars 1943 parlait de «conventions normales portant sur des opérations de la société avec ses clients».

l'assemblée générale annuelle ordinaire; celle-ci peut alors approuver ou désapprouver la convention. Dans le premier cas, aucun problème ne se pose. Dans le second, il faut dire quel sera le sort du cocontractant: le législateur maintient la convention à son égard ainsi qu'à celui des tiers de bonne foi et fait reposer les conséquences dommageables éventuelles pour la société sur l'administrateur intéressé.

La nullité de la convention peut cependant être demandée surtout s'il y a eu fraude. L'action doit être exercée dans un délai de trois ans à compter de la conclusion ou alors du jour de la révélation, lorsque la convention a été dissimulée. Toutefois, la nullité peut être couverte par un vote spécial de l'assemblée générale ordinaire.

- 901.** La seconde catégorie de conventions soumises à autorisation du conseil d'administration est constituée de cautions, avals et garanties que pourrait donner la société à des tiers pour couvrir leurs engagements.

Il s'agit là d'une innovation d'une importance pratique indéniable. En même temps que le crédit par écriture peut être une source de revenus pour la société, il peut en même temps engendrer sa perte. C'est pour cela que l'autorisation du conseil d'administration est nécessaire. Pour autant, il ne faut pas alourdir le fonctionnement de la société en exigeant trop souvent la réunion du conseil d'administration pour de tels actes. A cet effet, le conseil d'administration peut autoriser la direction à donner ces engagements, elle-même pouvant déléguer ce pouvoir. Le montant de l'engagement peut être cependant limité soit globalement soit par engagement; de même sa durée qui ne saurait excéder un an. Ces limitations, sur autorisation du conseil d'administration, peuvent ne pas s'appliquer aux engagements souscrits au profit des administrations fiscales et douanières. Il y a là, nous semble-t-il, un vestige de la solvabilité de l'Etat aujourd'hui fortement démentie en Afrique.

- 902.** Il faut relever que suivant en cela la loi de 1867, l'Acte uniforme interdit aux dirigeants sociaux ainsi qu'à leurs conjoints, ascendants, descendants ou autres personnes interposées de contracter, sous quelque forme que ce soit des emprunts auprès de la société, de se faire cautionner ou avaliser par elle ou de se faire consentir par elle un emprunt.

Il ne pourrait en aller différemment que dans deux cas:

- lorsqu'il s'agit d'une société exploitant un établissement bancaire ou financier. Il faudra qu'il s'agisse d'opérations courantes conclues à des conditions normales telles que définies par l'article 439 de l'Acte uniforme;

– lorsque le bénéficiaire est une personne morale membre du conseil d'administration, à l'exclusion de la personne physique qui est son représentant permanent. Cette exemption s'explique difficilement, le représentant devant veiller à chaque fois à la protection des intérêts bien compris de son mandat.

**903.** Le conseil d'administration peut exercer ses pouvoirs par lui-même. Il peut aussi conférer à un ou plusieurs de ses membres tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés (article 447). On reconnaît là la disposition de l'article 90 alinéa 1<sup>er</sup> du décret français n° 67-236 du 23 mars 1967 pris en application de la loi du 24 juillet 1966. Certes, l'alinéa 2 de cet article relatif aux comités d'études n'a pas été repris. L'institution de ces comités avait été très critiquée<sup>(1)</sup>. Rien n'interdit cependant au conseil d'administration d'en instituer et de prévoir pour ses membres une rémunération exceptionnelle compte tenu du travail qu'ils auront à effectuer. Il peut parfois en aller du fonctionnement même du conseil d'administration.

**904. Le fonctionnement du conseil d'administration.** Organe de délibération, le conseil d'administration doit pouvoir se réunir aussi souvent que l'exige l'intérêt de la société. Si une périodicité n'est pas imposée par l'Acte uniforme, il est néanmoins reconnu au tiers des membres lorsque le conseil d'administration ne s'est pas réuni depuis plus de deux mois de le convoquer. Par conséquent, lorsque le conseil d'administration est composé de trois membres, chacun d'eux peut dans cette hypothèse le convoquer en indiquant l'ordre du jour de la séance. Il n'est imposé aucun mode de convocation. Les statuts doivent alors régler la question. Par prudence il est préférable d'adopter deux modes : un mode normal par lettre simple ou recommandée avec un préavis de huit jours et un mode d'urgence par télex ou téléphone avec bref délai.

**905.** Le conseil d'administration ne peut valablement délibérer que si la moitié au moins de ses membres sont présents. Le législateur africain, dans le but d'assurer la participation effective au conseil de ses membres, a entendu exclure pour le calcul du quorum le mécanisme de la représentation.

Mais de manière fort curieuse celui-ci resurgit pour le calcul de la majorité. Il est prévu en effet que les décisions du conseil d'administration sont prises à la majorité des membres présents ou représentés, à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte (article 454 alinéa 2 de l'Acte uniforme). Doit-on croire que la représentation est admise pour la majorité et exclue pour le quorum? Cela semble difficile à accepter. Il faut y voir une

<sup>(1)</sup> RODIÈRE (R.) et OPPETIT (B.), *op. cit.*, p. 220, n° 200.

hésitation du législateur africain qui avait à choisir entre l'ancien système et le système français issu de la loi de 1966 qui a supprimé le vote par représentation au conseil d'administration. Cette dernière solution semble la meilleure. Les réunions intermittentes du conseil d'administration ne doivent pas être éludées par certains de ses membres qui par cette seule qualité perçoivent une indemnité de fonction.

Elle ne semble pas être finalement la solution retenue par le législateur. En effet, l'article 456 de l'Acte uniforme précise bien qu'un administrateur peut donner à un autre mandat de le représenter à une séance, pourvu que le mandataire ne dispose que d'une seule procuration. Cette procuration devrait compter, et pour le calcul du quorum, et pour celui de la majorité.

- 906.** Les séances du conseil d'administration sont présidées par son président qui a voix prépondérante en cas de partage de voix sauf dispositions statutaires contraires. Il faut admettre qu'il préside également celles des séances du conseil d'administration qu'il n'aurait pas convoquées lui-même.

En cas d'empêchement du président, les séances du conseil d'administration sont présidées par l'administrateur possédant le plus grand nombre d'actions, et en cas d'égalité par le plus âgé d'entre eux. Les statuts peuvent disposer autrement et notamment que les membres désigneront n'importe lequel d'entre eux pour présider les séances du conseil d'administration.

- 907.** Participent aux réunions du conseil d'administration, les administrateurs dont le président, le ou les commissaires aux comptes pour les séances au cours desquelles sont arrêtés les états financiers de synthèse. Mais bien que la loi ne le dise pas, il est d'usage et l'Acte uniforme ne l'a pas interdit qu'assistent également aux réunions du conseil d'administration :

- le directeur général lorsqu'il n'est pas administrateur ;
- un secrétaire chargé de dresser le procès-verbal. Généralement il s'agira d'un employé de la société.

D'autres personnes peuvent-elles participer aux séances du conseil d'administration ? L'article 455 de l'Acte uniforme le laisse entendre avec cette expression ouverte «les administrateurs ainsi que toute personne appelée à participer aux réunions du conseil d'administration ...». L'alinéa 5 de l'article 458 prévoit également que le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration doit faire état de la présence ou de l'absence de la personne convoquée à la réunion en vertu d'une disposition légale et de la présence de toute autre personne ayant assisté à tout ou partie de la réunion. De quelles personnes s'agit-il ? On pense notamment aux experts qui pourraient être invités pour éclairer le conseil d'administration sur une question technique inscrite à l'ordre du jour. Dans tous les cas, ces personnes n'ont pas le droit

de vote. Elles sont tenues à la discrétion, comme les administrateurs, pour les informations présentées par le président du conseil comme confidentielles.

- 908.** Les délibérations du conseil d'administration sont constatées par des procès-verbaux établis sur un registre spécial tenu au siège social ou alors sur des feuilles mobiles numérotées sans discontinuité. Les procès-verbaux sont certifiés sincères par le président de séance et au moins un administrateur. En l'absence du président, deux administrateurs peuvent le signer.

Le législateur impose désormais la manière de les tenir et un contenu minimum (article 458). Mais surtout il exige que le registre spécial ou alors les feuilles mobiles soient dorénavant cotées et paraphées par le juge de la juridiction compétente. Il n'est pas dit quand cela doit être fait. Sûrement ce sera à la fin de l'exercice annuel. Il s'agit pour ce magistrat d'arrêter le registre et de lui conférer une certaine authenticité, un peu comme il le ferait avec les registres de l'état civil. Cependant, le juge n'ayant pas assisté lui-même à la transcription des faits relatés dans le registre, le contenu y relatif ne fait foi que jusqu'à preuve contraire. Les copies ou extraits des procès-verbaux sont certifiés par le président du conseil, le directeur général ou à défaut par un fondé de pouvoirs habilité à cet effet. Ce rôle revient au liquidateur lorsque la société est en cours de liquidation amiable. Le suivi de l'application de la plupart des délibérations du conseil d'administration est fait par son président.

*b) Le président du conseil d'administration*

- 909.** L'Acte uniforme OHADA aura eu le mérite de tenter de distinguer entre les pouvoirs d'administration du président du conseil d'administration de ceux qu'il peut éventuellement être appelé à exercer dans la direction de la société<sup>(1)</sup>.

En sa qualité du président du conseil d'administration, il exerce trois prérogatives essentielles :

- il convoque et préside les réunions du conseil d'administration et les assemblées générales d'actionnaires ;
- il veille à ce que le conseil d'administration assure le contrôle de la gestion de la société ;

---

<sup>(1)</sup> Sous l'ancien système, le président du conseil d'administration assurait, sous sa responsabilité, la direction générale de la société. Ce n'est que sur sa proposition que certains de ses pouvoirs pouvaient être délégués à un directeur général qu'il avait choisi et proposé la nomination au conseil d'administration.

– il opère, à toute époque de l'année, les vérifications qu'il juge opportunes. A ce titre, il peut se faire communiquer tout document qu'il estime utile à l'accomplissement de sa mission.

Pendant l'exercice, il effectue un contrôle interne de la gestion de la société. Il s'agira surtout de vérifier et de certifier les engagements comptables pris par les organes de direction.

- 910.** Cette tâche capitale pour la vie de l'entreprise mérite rémunération. Si le principe n'a jamais été discuté, il s'est élevé la question de savoir quel organe devait fixer cette rémunération, l'assemblée générale ou alors le conseil d'administration?<sup>(1)</sup>

L'Acte uniforme en a confié la charge au conseil d'administration. Cette rémunération serait restée relativement cachée s'il n'était reconnu à tout actionnaire le droit, préalablement à l'assemblée générale ordinaire annuelle, de prendre connaissance au siège social du montant global certifié par le commissaire aux comptes des rémunérations versées aux dix ou cinq dirigeants sociaux et salariés les mieux rémunérés selon que la société a moins ou plus de deux cent salariés (article 525. 5°).

En plus de cette rémunération, le conseil d'administration peut accorder à son président des avantages en nature (remboursement des frais, missions, etc.).

- 911.** Le président du conseil d'administration est nécessairement un administrateur puisqu'il est dit que le conseil d'administration désigne parmi ses membres un président qui doit être une personne physique (article 477). Par conséquent, s'il perd sa fonction d'administrateur, il perd celle de président du conseil d'administration. La durée du mandat du président du conseil d'administration ne peut excéder celle du mandat de l'administrateur. Le mandat du président du conseil d'administration est cependant renouvelable.

Pour qu'il puisse se consacrer effectivement à sa tâche, le président du conseil d'administration est interdit<sup>(2)</sup>:

- d'une part d'exercer simultanément les mêmes fonctions dans plus de trois sociétés ayant leur siège social sur le territoire d'un même Etat partie;

<sup>(1)</sup> Voy. TUNC (A.), «La rémunération des dirigeants des sociétés», *RTD com.*, 1996, 113.

<sup>(2)</sup> Il faut relever que le législateur africain n'a pas retenu comme en France une limite d'âge pour le poste de président du conseil d'administration; là-bas fixé à 65 ans.

– d'autre part, d'avoir en sus plus de deux mandats d'administrateur général ou de directeur général de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire d'un même Etat partie.

Les sociétés anonymes étant seules visées, le cumul demeure possible avec des postes de responsabilité dans des S.A.R.L. ou alors des sociétés de personnes. Ce qui devrait, à notre sens, être également interdit.

- 912.** En cas d'empêchement temporaire du président du conseil d'administration, le conseil peut déléguer un de ses membres dans ces fonctions. Dans le régime antérieur, c'est le président du conseil d'administration lui-même qui désignait son remplaçant. Dorénavant le conseil d'administration recouvre ses pouvoirs de désignation.

En cas de décès, de démission ou de révocation du président, le conseil d'administration nomme un nouveau président ou délègue un administrateur dans les fonctions de président. Toutes ces règles sur le remplacement du président du conseil d'administration montrent bien que dans l'esprit du législateur OHADA, on ne saurait statutairement créer un poste de vice-président.

Comme tout administrateur, le président du conseil d'administration peut être révoqué à tout moment par le conseil. Il peut même être révoqué indirectement par l'assemblée générale lorsque celle-ci refuse de renouveler son mandat d'administrateur. Il aurait alors très peu de chances de briguer un poste de direction dans la même société.

## **2. La direction de la société anonyme**

- 913.** L'Acte uniforme offre aux actionnaires une alternative. Ils peuvent faire assurer la direction de leur société soit par le président du conseil d'administration, il est alors appelé président directeur général (PDG), soit par un directeur général distinct du président du conseil d'administration.

### ***a) Le président directeur général (PDG)***

- 914.** Le PDG est nommé par le conseil d'administration parmi ses membres. Il doit nécessairement être une personne physique. C'est dire qu'un tiers ou alors un actionnaire non administrateur ne peut être désigné PDG. La durée du mandat du PDG ne peut excéder celle de son mandat d'administrateur. Son mandat est cependant renouvelable.

Il est interdit au PDG d'exercer simultanément plus de trois mandats de même nature dans des sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire d'un même Etat partie. Il peut cependant cumuler cette fonction avec deux mandats de directeur général ou d'administrateur général. Il pourrait

même, sans enfreindre les dispositions de l'Acte uniforme, avoir en plus de son mandat actuel deux mandats d'administrateur de sociétés anonymes implantées dans le même Etat partie. Le PDG peut être révoqué à tout moment par le conseil d'administration (article 469 A.U.). Il s'agit donc d'une révocation *ad nutum*.

Le PDG exerce en même temps les fonctions de PCA et celles de directeur général.

L'Acte uniforme ne prévoit pas un poste de vice-PDG. En cas d'empêchement temporaire du PDG, le conseil peut déléguer un autre administrateur dans les fonctions de PDG (article 468 A.U.); de même, en cas de décès, de démission ou de révocation du PDG, le conseil nomme un nouveau PDG ou délègue un administrateur dans les fonctions de PDG (article 468 A.U.). Il peut tout simplement être secondé par un ou plusieurs DGA (article 470 de l'Acte).

#### ***b) Le directeur général (DG)***

- 915.** Le DG est également nommé par le conseil d'administration. Mais à la différence du PDG, il n'est pas nécessaire qu'il soit un administrateur ou même un actionnaire de la société. Il peut être un tiers. La loi exige qu'il soit une personne physique.

Le DG, tout comme le PDG, peut proposer au conseil d'administration la nomination d'un ou de plusieurs DG adjoints pour l'assister dans l'exercice de ses fonctions. Le conseil d'administration détermine la durée des fonctions ainsi que les modalités et le montant de la rémunération des DG adjoints. A l'égard des tiers, ceux-ci disposent des mêmes pouvoirs que le DG ou alors le PDG. Quels sont ces pouvoirs?

- 916.** Le DG, tout comme le PDG, assure la direction générale de la société et représente celle-ci dans ses rapports avec les tiers. Il y a là une différence fondamentale par rapport au système de fait qui était jusque là applicable dans certains Etats parties<sup>(1)</sup>. S'inspirant de la loi française de 1940, la pratique prévoyait que le PCA assumerait sous sa responsabilité, la direction générale de la société. S'il ne voulait pas assurer seul les fonctions de DG, sur sa proposition, le conseil d'administration lui adjoignait pour l'assister, un DG. Le conseil d'administration déterminait ses pouvoirs après accord avec le président du conseil d'administration.

Désormais, le DG assurera la direction de la société sous sa responsabilité. Pour assumer ses fonctions, l'Acte uniforme le dote des pouvoirs les

<sup>(1)</sup> NGOMO (A.F.), «Guide», *op. cit.*, p. 162.

plus étendus qu'il exerce dans la limite de l'objet social (articles 465 alinéa 3 et 487 alinéa 2). Il ne doit cependant empiéter ni sur les pouvoirs du conseil d'administration, ni sur ceux de son président, encore moins sur les prérogatives des assemblées d'actionnaires.

A l'égard des tiers, les pouvoirs du DG sont mêmes plus étendus. Il peut engager la société par des actes qui ne relèvent pas de l'objet social. En tout cas, toute stipulation statutaire ou délibération du conseil d'administration ou des assemblées qui limiterait ses pouvoirs serait inopposable aux tiers de bonne foi.

917. Les pouvoirs reconnus par la loi au DG peuvent être exercés en cas d'empêchement temporaire par un administrateur délégué. Celui-ci est désigné par le conseil d'administration lui-même.

En cas de décès, de démission ou de révocation du DG, un administrateur délégué peut être nommé. Mais le conseil d'administration peut décider également de nommer directement un autre DG. Dans tous les cas, le DG peut être révoqué à tout moment par le conseil d'administration cette recevabilité *ad nutum* fragilise paradoxalement cette fonction eu égard aux pouvoirs exercés.

918. On peut faire remarquer que dans les cas où le PCA est en même temps DG, ce cumul de fonctions fait de lui le président d'un organe qui est chargé précisément de le contrôler. Cette situation mal gérée, peut s'avérer désastreuse pour l'entreprise, car il est difficile d'être à la fois juge et partie. La fonction de DG tendra donc à l'emporter sur celle de PCA. Ce qui rapproche singulièrement la société anonyme avec conseil d'administration et PDG de la société anonyme avec administrateur général dans laquelle le conseil d'administration n'existe pas du tout.

#### *B. La société anonyme avec administrateur général*

919. C'est une création assez particulière du législateur africain. Elle s'inscrit dans la même logique que celle qui a guidé l'institution de la société anonyme ou S.A.R.L. unipersonnelle<sup>(1)</sup>. Il s'agit de favoriser la création des sociétés anonymes en attirant dans les pays membres de l'OHADA les investissements étrangers<sup>(2)</sup> et de simplifier leur structure de gestion.

<sup>(1)</sup> Sur la société unipersonnelle voy. : AUDESSAT, «La société unipersonnelle et le patrimoine d'affectation», *Rev. soc.*, 1974, 221 ; CHAMPEAUD (Cl.), «L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée», *RTD com.*, 1979, p. 579 ; GRISOLI (A.), «La société d'une seule personne en droit comparé», in *Etudes A. Jauffret*, 1974, p. 361 ; SORTAIS (S.), «La société unipersonnelle», in *Mélanges Bastian*, t. 1, Litec 1974, Paris p. 325.

<sup>(2)</sup> Voy. séminaire international sur «les investissements étrangers en Afrique», organisé par l'Union Internationale des Avocats Yaoundé 29, 30 mai 1998.

Le choix ne peut être porté sur ce type de direction que si la société anonyme comprend un nombre d'actionnaires égal ou inférieur à trois. Ceux-ci peuvent donc, s'ils le désirent s'affranchir d'un conseil d'administration qui serait encombrant et désigner plutôt un administrateur général. Celui-ci cumule, sous sa responsabilité, les fonctions d'administration et de direction de la société.

S'il les estime trop lourdes, il peut proposer à l'assemblée générale la nomination d'une ou plusieurs personnes physiques qui pourront l'assister, à titre d'administrateur général adjoint, dans l'exercice de ces tâches. L'assemblée fixe la durée et les pouvoirs de l'administrateur général adjoint en accord avec l'administrateur général. Elle peut également mettre fin à tout moment à cette fonction ainsi qu'à celle de l'administrateur général lui-même. En quoi consistent ces fonctions?

- 920.** L'administrateur général est la cheville ouvrière de cette forme de société anonyme.

Dans l'ordre de ses rapports internes, il convoque et préside les assemblées générales d'actionnaires. Il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Il exerce ce pouvoir sous une double limite: le respect de l'objet social d'une part et celui des pouvoirs reconnus aux assemblées d'actionnaires d'autre part.

Dans ses rapports avec les tiers, l'administrateur général peut engager la société même pour des actes qui ne relèvent pas de son objet social. Toutes limitations de ses pouvoirs ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi.

Cependant, il est interdit à l'administrateur général et à l'administrateur général adjoint de contracter sous quelque forme que ce soit un emprunt auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement, ainsi que de se faire cautionner ou avaliser par elle ses engagements envers les tiers. La même interdiction s'applique à ses conjoints, descendants, ascendants ou toutes personnes interposées.

Elle ne s'applique plus lorsque la société anonyme avec administrateur général est un établissement bancaire ou financier. Elle peut donc consentir ces facilités à l'administrateur général pourvu que les conventions portent sur des opérations courantes conclues à des conditions normales<sup>(1)</sup>.

- 921.** L'absence de conseil d'administration dispense l'administrateur général de la nécessité d'obtenir une autorisation préalable pour conclure certains contrats avec la société qu'il dirige.

---

<sup>(1)</sup> Le législateur en donne une définition à l'art. 439 de l'Acte uniforme, *cf. supra*, n<sup>os</sup> 250 et s.

Ainsi, l'administrateur général peut-il en principe conclure toutes conventions directement ou indirectement par personne interposée avec la société qu'il dirige ou alors avec celle-ci et une autre personne morale dont il est propriétaire, associé indéfiniment responsable ou d'une manière générale dirigeant social.

Cependant, un mois au plus tard après leur conclusion, il doit en informer le commissaire aux comptes pour lui permettre de préparer son rapport annuel qu'il présentera à l'assemblée générale. Ces conventions produisent toujours des effets à l'égard des tiers, qu'elles soient approuvées ou désapprouvées par l'assemblée générale. Dans le dernier cas, la responsabilité de l'administrateur général peut être engagée. Il est même dispensé de ces formalités lorsqu'il se trouve être l'actionnaire unique de la société anonyme.

Toutefois, les cautions, avals et garanties que pourrait donner la société demeurent soumis à l'autorisation préalable, non pas du conseil d'administration qui n'existe pas, mais plutôt de l'assemblée générale. Cette exigence n'est plus nécessaire lorsque ces avals, cautions et garanties sont donnés aux administrations douanières et fiscales.

Le nombre restreint d'actionnaires devrait faciliter la réunion de l'assemblée générale aussi souvent que possible pour se prononcer sur des opérations de tel type. Pour le reste, l'administrateur général exerce la totalité des pouvoirs dans la société anonyme.

- 922.** En fait, il n'est pas prévu de règle particulière pour la désignation de l'administrateur général. L'administrateur général peut être désigné dans les statuts ou par l'assemblée générale constitutive : son mandat ne saurait excéder deux ans. En cours de vie sociale, il est dirigé par l'assemblée générale pour un mandat qui ne peut excéder 6 ans. Ce mandat est renouvelable.

L'administrateur général peut être choisi parmi les actionnaires ou en dehors d'eux. Dans le dernier cas, il faudra une marque particulière de confiance puisque pratiquement, il ne s'opère aucun contrôle interne de son activité.

- 923.** La limitation de mandats introduite avec l'Acte uniforme concerne également l'administrateur général. Il lui est interdit d'exercer simultanément :
- plus de trois mandats d'administrateur général de société anonyme ayant leur siège social sur le territoire d'un même Etat partie ;
  - soit son mandat d'administrateur général et plus de deux mandats de PDG ou de DG.

Il lui resterait alors la possibilité, sans violer l'article 425 de l'Acte uniforme, de briguer deux autres mandats d'administrateur pour atteindre le chiffre maximum de cinq.

- 924.** Le régime de suppléance de l'administrateur général est différent de celui du DG. Ainsi, en cas d'empêchement temporaire, ses fonctions sont provisoirement exercées par l'administrateur général adjoint lorsqu'il en a été nommé. Ce n'est qu'à défaut que l'assemblée générale ordinaire doit se réunir pour en désigner un.

En cas de décès ou de démission de l'administrateur général, ses fonctions sont exercées par l'administrateur général adjoint jusqu'à la nomination, à la prochaine assemblée générale ordinaire, d'un nouvel administrateur général.

L'administrateur général adjoint n'est donc pas comparable au DG adjoint qui ne peut jamais exercer les fonctions de DG de manière provisoire. Dans ce cas, le conseil d'administration désigne directement un autre DG. L'absence de conseil d'administration conforte donc les pouvoirs de l'administrateur général et, dans une certaine mesure, ceux éventuels bien que précaires, de l'administrateur général adjoint.

C'est que les pouvoirs dévolus au conseil d'administration dans une société anonyme avec conseil d'administration sont ici partagés entre l'administrateur général et l'assemblée générale des actionnaires qui ne devrait être qu'un organe de délibération et non de gestion.

## **§2. Les organes de délibération**

- 925.** Il s'agit des assemblées. Les plus connues, et qui font l'objet d'une réglementation fort détaillée, sont les assemblées d'actionnaires. Mais il est aussi des assemblées d'obligataires.

On doit relever, pour mémoire, que si l'émission des parts de fondateurs ou parts bénéficiaires est désormais interdite, celles émises avant le 1<sup>er</sup> janvier 1998, date d'entrée en vigueur de l'Acte uniforme, demeurent (articles 744 alinéa 3 et 918). Elles ne disparaîtront pas de si tôt, l'Acte uniforme n'ayant pas prévu, comme la loi française du 24 juillet 1966, des mesures de rachat de ces parts ou leur conversion en actions dans un délai donné. Ces porteurs de parts continueront donc pendant longtemps encore de bénéficier de la possibilité que leur reconnaît la loi du 23 janvier 1929 de se réunir en assemblées générales.

L'Acte uniforme a donc réglementé seulement les assemblées générales d'actionnaires et celles des obligataires.

### *A. Les assemblées d'actionnaires*

- 926.** Malgré la diversité théorique de ces assemblées, un certain nombre d'éléments leur est commun.

## 1. Les règles communes

927. Elles ont essentiellement trait à la convocation et à la tenue de l'assemblée.

### *a) La convocation des actionnaires*

928. En principe, l'assemblée est convoquée soit par le conseil d'administration dans les sociétés avec conseil d'administration, soit par l'administrateur général. Dans le premier cas en pratique, elle est faite pour le conseil d'administration par son président.

Mais il peut arriver que l'organe habilité, pour des raisons diverses, ne parvienne pas à le convoquer. C'est pour cela que l'Acte uniforme a prévu que pourrait également convoquer l'assemblée générale :

- le commissaire aux comptes, après que celui-ci ait vainement requis de l'organe compétent la convocation, dans le cadre de la procédure d'alerte (article 156 de l'Acte uniforme);
- un mandataire désigné par le président de la juridiction compétente, à la demande de tout intéressé en cas d'urgence ou alors des actionnaires représentant au moins un dixième du capital social s'il s'agit d'une assemblée générale ou le dixième des actions de la catégorie intéressée s'il s'agit d'une assemblée spéciale. Cette disposition tout à fait nouvelle s'inscrit dans le souci de ne pas bloquer délibérément le fonctionnement de la société anonyme par un refus des dirigeants de convoquer l'assemblée générale par peur de s'expliquer devant les actionnaires pour leur gestion calamiteuse. Il demeure que la notion d'urgence sera appréciée souverainement par le tribunal;
- le liquidateur nommé dans le cadre de la liquidation amiable de la société consécutive à sa dissolution, par les actionnaires ou par décision de justice (article 203 et s.).

929. Les moyens de convocation de l'assemblée varient selon que la société a émis des actions au porteur ou des actions nominatives.

Dans le premier cas, la convocation de l'assemblée se fait par avis de convocation insérée dans un journal habilité à recevoir les annonces légales. Il en est de même, même comme l'Acte uniforme ne le dit pas expressément, s'il y a à la fois des actions au porteur et des actions nominatives. Si toutes les actions de la société sont nominatives, l'avis de convocation peut être remplacé par une convocation faite aux frais de la société par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Ces règles n'étant pas impératives, les statuts peuvent prévoir des règles différentes plus simples, notamment la convocation par simple lettre.

**930.** Dans tous les cas, il doit s'écouler un délai entre la convocation et la tenue de l'assemblée. Il faut en effet permettre à l'actionnaire de préparer sa réunion. Le législateur africain l'a fixé à quinze jours au moins lorsqu'il s'agit de la première convocation et à six jours au moins pour les convocations suivantes lorsque l'assemblée n'a pas pu se tenir sur première convocation.

Un délai différent, généralement plus court, pourra être fixé par le juge qui a permis au mandataire de convoquer l'assemblée.

**931.** L'acte portant convocation de l'assemblée doit porter un certain nombre de mentions que l'Acte uniforme énumère (article 519). En principe l'assemblée se tient au siège social aux jour et heure indiqués. Mais tout autre lieu peut être également désigné. Si c'est en dehors de la ville abritant le siège social, il peut se poser la question de savoir qui doit supporter les frais de déplacement des actionnaires non dirigeants.

L'indication de l'ordre du jour est essentielle pour la tenue de l'assemblée. En effet, seuls les problèmes figurant à l'ordre du jour peuvent donner lieu à débat et à résolution (article 522). L'Acte uniforme n'indique pas la sanction attachée à l'inobservation de cette prescription, mais ce devrait être la nullité. Il n'est admis d'exception à cette règle qu'en vertu de la théorie des incidents de séance. L'assemblée peut alors révoquer un ou plusieurs membres du conseil d'administration ou, le cas échéant, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint et procéder à leur remplacement même lorsque la question n'était pas inscrite à l'ordre du jour.

Cet ordre du jour est établi en principe par l'auteur de la convocation de l'assemblée. C'est lui qui arrête les points à soumettre à l'assemblée. Lorsque l'assemblée est convoquée par un mandataire de justice, l'ordre du jour est fixé par le président du tribunal qui l'a désigné. L'Acte uniforme n'exige cependant pas que les points inscrits à l'ordre du jour soient accompagnés des projets de résolutions. La pratique qui s'était instaurée en ce sens continuera certainement de s'appliquer. Cependant, un ou plusieurs associés détenant une fraction du capital qui varie avec le capital social peuvent requérir de l'auteur de la convocation l'inscription à l'ordre du jour de certains points sous la forme de projets de résolution<sup>(1)</sup>. Ceux-ci sont adressés au siège social, par lettre au porteur contre récépissé, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, par télex ou par télécopie, dix jours au moins avant la tenue de l'assemblée. Pour briser le mauvais vouloir des

<sup>(1)</sup> D'après l'art. 520 de l'Acte uniforme, ces fractions sont établies comme suit :

- 5 % du capital si le capital social est inférieur à 1 milliard de F CFA ;
- 3 % s'il est compris entre un milliard et 2 milliards ;
- 0,50 % s'il est supérieur à 2 milliards.

dirigeants sociaux, l'Acte uniforme déclare nulles les délibérations de l'assemblée qui n'auraient pas soumis ces projets au vote.

L'Acte uniforme exige également qu'il soit donné des précisions dans l'ordre du jour de l'assemblée sur les candidats au poste d'administrateur ou d'administrateur général : identité, références professionnelles, activités professionnelles au cours des cinq dernières années. Ces dispositions nouvelles visent à mieux informer les actionnaires sur les qualités intellectuelles et morales des dirigeants sociaux qu'ils auront à choisir. L'omission n'est cependant pas sanctionnée expressément. La nullité peut cependant être tirée de l'irrégularité de la convocation (article 519, alinéa 4). Il en est de même de l'interdiction de modifier l'ordre du jour arrêté sur deuxième convocation de l'assemblée ou troisième convocation s'il s'agit de l'assemblée générale extraordinaire (article 524).

- 932.** Il faut remarquer que le législateur a sanctionné expressément par la nullité les assemblées irrégulièrement convoquées : non-respect des délais, de la forme, du contenu de l'ordre du jour notamment (article 519 alinéa 4). Cependant, la nullité étant relative, elle est couverte lorsque tous les actionnaires sont présents ou représentés. Une telle mesure permet l'économie d'une nullité et s'inscrit parfaitement dans les prévisions du législateur en la matière<sup>(1)</sup>. Le législateur n'a cependant pas prévu que la convocation doit rappeler aux actionnaires la liste des documents dont ils peuvent prendre connaissance au siège social avant l'assemblée. A notre sens, l'omission de cette information capitale rendrait la convocation initiée irrégulière donc annulable.

S'agissant particulièrement des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne, avant toute réunion d'assemblée d'actionnaires, elles doivent publier dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales le contenu de l'avis de convocation (article 831)

### *b) La tenue des assemblées*

- 933.** L'assemblée étant l'organe suprême de la société<sup>(2)</sup>, il faut s'assurer de la qualité de ceux qui y participent. L'Acte uniforme y a veillé (article 537).

Au premier chef se trouvent les actionnaires. Naturellement ceux-ci jouissent du droit de participer aux assemblées. Cependant, l'exercice de ce droit peut être subordonné à l'inscription préalable des actionnaires sur le registre des actions nominatives de la société. Par ailleurs, il peut être exigé des titulaires d'actions au porteur de les déposer, au plus tard cinq jours

---

<sup>(1)</sup> Cf. art. 242 et s. de l'Acte uniforme.

<sup>(2)</sup> GUYON (Y.), *op. cit.*, n° 289, p. 283.

avant la tenue de l'assemblée en un lieu précisé ou alors de produire un certificat de dépôt de ces actions dans un établissement bancaire ou financier. De même, le créancier gagiste doit déposer à la demande de son débiteur actionnaire et aux frais de celui-ci, les actions au porteur qu'il détient à titre de gage. Il s'agit d'une part de faciliter aux dirigeants sociaux l'établissement de la liste de présence et d'autre part de leur permettre de vérifier avant l'assemblée s'ils disposent d'une majorité suffisante pour faire passer leurs projets de résolution.

Le droit de participer à l'assemblée n'implique pas la participation effective de l'actionnaire. Autrement dit, celui-ci peut se faire représenter. L'Acte uniforme admet de manière libérale que l'actionnaire puisse se faire représenter par un mandataire de son choix<sup>(1)</sup>. Le mandat est donné en principe pour une assemblée. Il vaut tout de même pour les assemblées successives convoquées avec le même ordre du jour. Le mandat peut être donné cependant pour deux assemblées, l'une ordinaire, l'autre extraordinaire tenues le même jour ou dans un délai de sept jours. Ces assemblées sont encore dites mixtes. Aucune clause statutaire ne peut déroger à ces dispositions.

**934.** Peut également participer à l'assemblée des actionnaires toute personne habilitée à cet effet par une disposition légale ou par une stipulation des statuts de la société. L'Acte uniforme accorde un droit de participation aux personnes suivantes :

- les commissaires aux comptes tenus de faire un rapport à l'assemblée générale ordinaire annuelle (article 711) et les commissaires à la fusion tenus de faire un rapport à l'assemblée générale extraordinaire ;
- les représentants des groupements des obligataires (article 791) ;
- les administrateurs non actionnaires.

Ceux-ci ne disposent que de voix consultatives.

L'Acte prévoit même la possibilité d'introduire à l'assemblée générale des personnes étrangères à la société. Il faudra alors soit une autorisation du président de la juridiction compétente, soit une décision du bureau de l'assemblée, soit une décision de l'assemblée elle-même. Il s'agira surtout de personnes appelées à éclairer l'assemblée sur une question discutée : experts de tous ordres, créanciers ou débiteurs de la société, etc.

Il faut ajouter à ces personnes le DG ou alors l'administrateur général, qui en pratique assure le secrétariat des assemblées ou toute personne ou organisme qu'ils peuvent désigner à cette fin.

---

<sup>(1)</sup> L'art. 161 al. 2 de la loi française du 24 juillet 1966 n'admet comme mandataire qu'un autre actionnaire ou alors le conjoint de l'actionnaire mandant.

Il faut préciser enfin qu'en vertu de l'article 11 de la loi du 23 janvier 1929, les représentants des porteurs de parts bénéficiaires ou parts fondateurs peuvent participer, sans voix délibérative, à ces assemblées d'actionnaires.

- 935.** L'assemblée est dirigée par un bureau composé d'un président, de deux scrutateurs et d'un secrétaire.

Le président est selon les cas, le président du conseil d'administration, le PDG ou alors l'administrateur général. En cas d'empêchement du président, l'assemblée est présidée par l'associé ayant ou représentant le plus grand nombre d'actions, sauf dispositions statutaires contraires. En cas d'égalité d'actions, le législateur a préféré le doyen d'âge. Il faut néanmoins préciser que lorsque l'assemblée est convoquée par le commissaire aux comptes, c'est lui qui fixe l'ordre du jour mais ne préside pas les débats. Il en est de même du mandataire de justice. Cependant, lorsque la société anonyme est en liquidation des biens, il faut certainement admettre, tous ses organes étant mis en veilleuse, que le liquidateur préside l'assemblée.

Les deux scrutateurs nommés sous réserve de leur acceptation sont les deux actionnaires représentant le plus grand nombre d'actions tant par eux-mêmes que comme mandataires.

Le secrétaire est nommé par l'assemblée (et non par le bureau) pour établir le procès-verbal des débats. Il peut être choisi en dehors des actionnaires. Mais bien souvent il s'agira du DG ou d'un cadre de l'entreprise.

- 936.** Ce bureau est chargé d'établir :

- d'une part la fiche de présence. Celle-ci est primordiale. Elle permettra en effet de calculer par la suite le quorum et la majorité lors des votes. Elle permet également de vérifier la qualité des participants à l'assemblée. Elle doit être élargée par les actionnaires présents et par les mandataires, au moment de l'entrée en salle. Les procurations y sont annexées à la fin de l'assemblée. Cette feuille, qui doit contenir les éléments d'identification de chaque participant ainsi que le nombre d'actions qu'ils représentent et le nombre de voix y attachées, est certifiée sincère et véritable par les scrutateurs ;
- d'autre part, le procès-verbal de délibération. Le législateur africain énumère les différents éléments qu'il doit contenir (article 535 alinéa 2). Ce qui semble nouveau est l'exigence d'un résumé des débats. Dorénavant, il ne suffit pas que figurent au procès-verbal les résolutions adoptées. Si l'opinion de chaque actionnaire intervenant ne peut être rendue intégralement, les discussions globales doivent faire l'objet d'un résumé.

Ce procès-verbal est signé par les membres du bureau et archivé au siège social avec la feuille de présence. Des copies ou extraits peuvent en être délivrés. Ils sont certifiés par le PDG, le président du conseil d'administration, l'administrateur général ou toute autre personne mandatée à cet effet. En cas de liquidation de l'entreprise, un seul liquidateur est habilité à les certifier.

- 937.** Le législateur n'a pas réglementé les modalités de vote dans les assemblées. Il s'est surtout attardé sur le droit de vote lié aux actions<sup>(1)</sup>.

Les actionnaires prendront bien soin que ces modalités soient réglées dans les statuts. Il peut être ainsi prévu que les votes seront exprimés au scrutin public, soit à main levée, soit par appel nominal. Il est même possible de prévoir que pour une question donnée, les dirigeants sociaux ou des actionnaires représentant une certaine fraction du capital puissent demander le vote secret. La question peut même être tranchée différemment selon les assemblées concernées.

## **2. Les règles spéciales**

- 938.** Elles concernent les trois catégories d'assemblées d'actionnaires, à savoir les assemblées générales ordinaires, les assemblées générales extraordinaires et les assemblées spéciales.

### *a) Les assemblées générales ordinaires*

- 939.** Lorsqu'on parle d'assemblées d'actionnaires sans autre précision, c'est des assemblées générales ordinaires qu'il s'agit. C'est le droit commun des assemblées.

L'assemblée générale ordinaire se tient au moins une fois l'an, dans les six mois de la clôture de l'exercice. Ce délai peut être prorogé par décision de justice. Il demeure la possibilité, en cas d'urgence, de convoquer extraordinairement en cours d'exercice une assemblée générale ordinaire.

Le droit de participer à cette « messe » annuelle est en principe libre pour tout actionnaire. Cependant, il peut être exigé dans les statuts, un nombre minimal d'actions pour bénéficier de ce droit. Ce nombre ne peut être supérieur à dix. En tout cas, cette mesure ne saurait aboutir à priver les actionnaires de leur droit de participer à l'assemblée générale. C'est ainsi que lorsque cette réserve existe, les actionnaires peuvent se réunir pour atteindre ce minimum et se faire représenter par l'un d'entre eux.

---

<sup>(1)</sup> Cf. *supra*, n° 120.

**940.** Sur première convocation, l'assemblée générale ordinaire ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le quart des actions ayant le droit de vote. Sur seconde convocation, aucun quorum n'est plus requis. Un actionnaire seul peut donc valablement délibérer sur les questions inscrites à l'ordre du jour.

L'assemblée statue à la majorité simple des voix exprimées. Il n'est pas tenu compte des bulletins blancs.

**941.** Le législateur ne régleme pas spécialement le droit de vote. Celui-ci peut donc être restreint par les dispositions statutaires. Ainsi peut-il être prévu que les actionnaires présents ou représentés ne pourront voter que s'ils ont libéré leurs titres de versement exigibles. C'est une mesure efficace pour amener les actionnaires à s'acquitter de leurs obligations<sup>(1)</sup>. Connaissant l'importance de l'assemblée générale ordinaire, ces actionnaires s'exécuteront promptement.

**942.** L'assemblée générale ordinaire en effet prend toutes les décisions autres que celles qui sont réservées aux assemblées générales extraordinaires et aux assemblées spéciales (article 546). Il faut y ajouter aussi celles relevant de la compétence du conseil d'administration ou des dirigeants sociaux (PCA, PDG ou DG).

L'Acte uniforme procède à l'énumération des attributions de l'assemblée générale extraordinaire qui, à coup sûr, n'est qu'indicative. Ainsi l'assemblée générale extraordinaire est-elle compétente notamment pour :

- statuer sur les états financiers de synthèse de l'exercice ; ces documents doivent être déposés au greffe du tribunal, pour être annexés au RCCM, dans le mois qui suit leur approbation par l'assemblée. En cas de désapprobation, une copie de la délibération doit être déposée dans les mêmes délais (article 269) ;
- décider de l'affectation du résultat ;
- nommer les membres du conseil d'administration ou l'administrateur général et le cas échéant, l'administrateur général adjoint ainsi que le commissaire aux comptes ;
- approuver ou désapprouver les conventions conclues entre les dirigeants sociaux et la société ;
- émettre les obligations ;
- approuver le rapport du commissaire aux comptes sur l'acquisition par la société d'un bien appartenant à un actionnaire. Cette formalité n'est impo-

---

<sup>(1)</sup> Elle va de pair avec celle refusant de distribuer aux mêmes actionnaires des dividendes, cf. *infra*, n° 557.

sée que d'une part dans les deux ans de la constitution de la société et d'autre part lorsque la valeur du bien est au moins égale à cinq millions de francs CFA. Il s'agit d'empêcher aux dirigeants, à défaut de s'avantager indûment, de conférer des avantages à des amis actionnaires.

- 943.** Pour pouvoir délibérer sur toutes ces questions en toute connaissance de cause, l'actionnaire a le droit, d'une part, d'obtenir communication de certains documents et, de manière plus large d'autre part, de poser des questions écrites aux dirigeants sociaux.

Le droit d'obtenir communication de documents peut s'exercer soit de manière permanente, soit de manière ponctuelle. Dans le premier cas, il est prévu que tout actionnaire peut, à toute époque de l'année, prendre connaissance et copie au siège social :

- des documents sociaux mis à la disposition des actionnaires avant l'assemblée générale extraordinaire concernant les trois derniers exercices ;
- des procès-verbaux et des feuilles de présence des assemblées tenues au cours de ces trois derniers exercices ;
- de tous autres documents, si les statuts le prévoient.

Dans le deuxième cas, l'actionnaire a le droit de prendre connaissance au siège social 15 jours avant la tenue de l'assemblée générale extraordinaire :

- de l'inventaire, des états financiers de synthèse et de la liste des administrateurs ;
- des rapports du commissaire aux comptes et du conseil d'administration ou de l'administrateur général ;
- du texte de l'exposé des motifs, des résolutions proposées ainsi que des renseignements concernant les candidats au conseil d'administration et au poste d'administrateur général ;
- de la liste des actionnaires : ceci est important surtout lorsqu'il existe des actions au porteur ;
- du montant global certifié conforme par les commissaires aux comptes des rémunérations versées aux dix ou cinq dirigeants sociaux les mieux rémunérés selon que l'effectif de la société excède ou non deux cents salariés.

A l'exception de l'inventaire, l'actionnaire qui prend connaissance d'un de ces documents peut en prendre copie à ses frais.

En cas de refus de communiquer à l'actionnaire les documents requis, celui-ci peut saisir par voie de référé, le président de la juridiction compétente. Celui-ci peut ordonner à la société, le cas échéant, sous astreinte, la communication de ces documents.

**944.** Le droit de poser des questions écrites aux dirigeants sociaux est tout à fait nouveau et améliore le contrôle interne exercé par les actionnaires sur la gestion de la société. Il est ainsi prévu que tout actionnaire peut, deux fois par exercice, poser des questions écrites au PDG ou DG ou à l'administrateur général sur tous faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (article 526). C'est ce que l'article 158 appelle de manière générale la procédure d'alerte par les associés<sup>(1)</sup>. Le dirigeant interpellé est tenu de répondre à l'actionnaire par écrit dans un délai d'un mois. Dans le même temps, il adresse copie de la question et de sa réponse au commissaire aux comptes.

Le législateur suppose que si la continuation de l'entreprise est vraiment compromise, le commissaire aux comptes en fera part à l'assemblée générale ordinaire dans son rapport.

S'agissant de la société anonyme faisant appel public à l'épargne, et dont les titres sont inscrits à la bourse, elles doivent publier au journal habilité à recevoir les annonces légales dans les quatre mois de la clôture de l'exercice et 15 jours au moins avant la tenue de l'assemblée générale ordinaire les projets d'états financiers de synthèse, d'affectation de résultat et pour des sociétés anonymes ayant des filiales ou des participations, les états financiers de synthèse consolidés s'ils sont disponibles. Ils doivent reprendre la même publication après approbation par l'assemblée générale ordinaire (articles 847 et 848).

#### *b) Les assemblées générales extraordinaires*

**945.** Il s'agit des réunions importantes pour la vie de la société. Elle est appelée en effet à prendre des décisions assez graves. Ainsi, l'assemblée générale extraordinaire est-elle seule habilitée à :

- modifier les statuts dans toutes leurs dispositions ;
- autoriser les fusions, scissions, transformations et apports partiels d'actif ;
- transférer le siège social en toute autre ville de l'Etat partie où il est situé ou sur le territoire d'un autre Etat (article 27) ; il faut rappeler que si le transfert a lieu dans la même ville, le conseil d'administration peut l'ordonner<sup>(2)</sup> ; mais par ailleurs, cette compétence s'exerce conjointement avec le conseil d'administration puisque l'article 451 de l'Acte uniforme lui reconnaît également cette prérogative<sup>(3)</sup> sous réserve de l'approbation de l'assemblée générale ordinaire. C'est dire que dans ce cas, la même

<sup>(1)</sup> Cf. *supra*, nos 44, 245 et 263, I<sup>e</sup> partie : La théorie générale des sociétés commerciales.

<sup>(2)</sup> Cf. *supra*, n° 207 et art. 27 de l'Acte uniforme.

<sup>(3)</sup> Cf. *supra*, n° 207.

compétence a été attribuée au conseil d'administration, à l'assemblée générale ordinaire pour ratification et à l'assemblée générale extraordinaire (article 551);

– dissoudre par anticipation la société ou en proroger la durée.

L'assemblée générale extraordinaire ne peut cependant prendre des résolutions qui puissent augmenter les engagements des actionnaires au-delà de leurs apports. Il faudrait pour cela l'accord de chaque actionnaire. C'est le cas par exemple de la transformation de la société anonyme en une société de personnes (S.N.C. ou S.C.S.).

**946.** Avant la tenue de l'assemblée générale extraordinaire, l'actionnaire a le droit de prendre connaissance au siège social des textes de résolutions proposées, du rapport du conseil d'administration ou de l'assemblée générale et du rapport du commissaire aux comptes et du liquidateur selon les cas. Mieux informé, il pourra alors utilement voter.

**947.** Il faut déjà dire qu'à la différence de l'assemblée générale ordinaire, le droit de participation de l'actionnaire à l'assemblée générale extraordinaire ne saurait, sous peine de nullité de la clause, être limité.

L'importance des questions à débattre explique l'exigence d'un quorum et d'une majorité plus élevée. Ainsi, l'assemblée générale extraordinaire ne délibère-t-elle valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins la moitié des actions, sur première convocation, et le quart sur deuxième convocation. Ce quorum est même maintenu en cas de troisième convocation de l'assemblée générale extraordinaire. Celle-ci doit intervenir au plus tard deux mois à compter de la date fixée par la deuxième convocation. Le législateur OHADA ne prévoit pas d'éventualité de quatrième convocation.

L'assemblée générale extraordinaire statue à la majorité des deux tiers des voix exprimées, les bulletins blancs ne sont pas comptés lorsqu'il est procédé à un scrutin. L'unanimité est même exigée en cas de transfert du siège de la société sur le territoire d'un autre Etat. En effet, celui-ci peut être lourd de conséquences, notamment le changement de nationalité et par conséquent la soumission de l'entreprise à un régime d'imposition qui peut être défavorable

Ces règles de quorum et de majorité s'appliquent également aux assemblées spéciales.

### *c) Les assemblées spéciales*

**948.** Le législateur africain n'a pas innové ici. Comme par le passé, les assemblées spéciales sont assimilées aux assemblées générales extraordinaires pour ce

qui est des règles de quorum (1/3 sur première convocation, sur deuxième ou troisième convocation) et de majorité (2/3 des voix exprimées).

- 949.** Ces assemblées réunissent des titulaires d'actions d'une catégorie déterminée: actions de capital, actions de jouissance, actions de priorité, actions simples, etc.

Elles sont chargées d'approuver ou de désapprouver les décisions des assemblées générales modifiant les droits de leurs membres. Ces décisions ne deviennent définitives qu'après leur approbation.

- 950.** Parfois, les actionnaires participant à l'assemblée spéciale ont pris part encore pour la plupart à l'assemblée générale ayant décidé de la mesure touchant à leurs droits. Ce qui donne parfois une impression de lourdeur, de répétition. Mais les assemblées spéciales demeurent indispensables pour la sauvegarde des droits de cette catégorie d'actionnaires, tout comme les assemblées d'obligataires, pour les titulaires de ces titres.

#### *B. Les assemblées d'obligataires*

- 951.** Il s'agit des organes de délibération de la masse des obligataires. Avec l'avènement de l'Acte uniforme OHADA, les porteurs d'obligations d'une même émission sont groupés de plein droit dans cette masse<sup>(1)</sup>. A la différence du groupement des porteurs de parts<sup>(2)</sup>, le groupement des obligataires jouit de la personnalité juridique.

Le groupement est représenté par un à trois mandataires choisis par élection selon la volonté de l'assemblée générale (article 786). Ce nombre est donc désormais limité à trois (l'article 25, alinéa 1<sup>er</sup> du décret du 30 octobre 1935 n'en prévoyait aucune).

- 952.** Etant elles-mêmes des groupements spéciaux, les assemblées obligataires ne peuvent être que des assemblées générales, qu'il y ait un seul groupement d'obligataires ou alors en cas d'émissions successives d'obligations, plusieurs<sup>(3)</sup>.

Il faut néanmoins distinguer ici, comme dans les assemblées d'actionnaires, l'assemblée générale ordinaire de l'assemblée générale extraordinaire.

<sup>(1)</sup> L'art. 10 du décret du 13 janvier 1938 portant application aux colonies françaises, pays de protectorat et territoires sous mandat du décret du 30 octobre 1935 sur la protection des obligataires, laissait seulement la possibilité aux obligataires de former un groupement.

<sup>(2)</sup> Loi du 23 janvier 1929 sur les parts de fondateurs émises par les sociétés.

<sup>(3)</sup> Il faut même noter que dans ce cas la société peut, lorsqu'une clause de chaque contrat d'émission le prévoit, réunir en un groupement unique les porteurs d'obligataires ayant des droits identiques (art. 785 *in fine* Acte uniforme).

- 953.** L'assemblée générale ordinaire a compétence pour délibérer sur :
- la nomination des représentants de la masse, la durée de leurs fonctions, la fixation, s'il y a lieu, de leurs rémunérations et leur suppléance, leur convocation ;
  - toute mesure ayant pour objet d'assurer la défense des obligataires et l'exécution du contrat d'emprunt ;
  - les dépenses de gestion que ces mesures peuvent entraîner et en général toutes mesures ayant un caractère conservatoire ou d'administration.
- A son tour, l'assemblée générale extraordinaire est habilitée à délibérer sur toute proposition tendant à modifier le contrat d'emprunt. L'Acte uniforme en donne une liste qui ne peut qu'être indicative. Il s'agit notamment :
- du changement de l'objet ou de la forme de la société débitrice ;
  - de sa fusion ou scission ;
  - de toute proposition de compromis ou de transaction sur les droits litigieux ou ayant fait l'objet de décisions judiciaires ;
  - de la modification totale ou partielle des garanties ou report d'échéance ;
  - du changement de siège social ;
  - de la dissolution de la société.
- 954.** Cette distinction entre assemblée générale ordinaire et assemblée générale extraordinaire des obligataires demeure utile, non seulement quant à la délimitation des pouvoirs respectifs de chacune d'entre elles, mais aussi dans la mesure où les règles de quorum et de majorité définies pour les assemblées d'actionnaires s'appliquent distributivement à ces autres assemblées selon qu'elles sont ordinaires ou extraordinaires (article 802 alinéa 3).
- A ces exceptions près, ce sont les mêmes règles qui guident et le fonctionnement et les décisions de l'assemblée générale d'obligataires, qu'elles soient ordinaires ou extraordinaires.

### **1. Le fonctionnement des assemblées**

- 955.** L'assemblée générale des obligataires peut être réunie à toute époque pour délibérer sur les questions relevant de sa compétence.
- La convocation et la tenue de cette assemblée présentent quelques particularités qu'il faut relever.
- a) La convocation de l'assemblée*
- 956.** En principe, l'assemblée générale est convoquée par les représentants du groupement des obligataires. Le cas échéant, elle peut être convoquée selon

les cas par le conseil d'administration ou l'administrateur général. Si la société est en liquidation, elle peut être convoquée par le liquidateur.

Pour briser la léthargie des organes habilités à convoquer l'assemblée générale, des obligataires représentant le trentième au moins des titres peuvent solliciter sa convocation. Elle devra donc être faite soit par les représentants des obligataires, soit à leur défaut par un mandataire de justice que le tribunal désignera, à la requête de ces obligataires<sup>(1)</sup>.

- 957.** Selon que l'assemblée est ordinaire ou extraordinaire, la convocation est soumise aux mêmes conditions de fond et de délai que les assemblées générales correspondantes des actionnaires. Il en est de même de la communication aux obligataires des projets de résolution et des rapports qui seront proposés à l'assemblée (article 797).

Cependant, l'Acte uniforme prévoit un certain nombre de mentions qui doivent figurer dans l'avis de convocation : indication de l'emprunt souscrit, nom, prénom, qualité et domicile de l'auteur de la convocation, la date de la décision de justice désignant le mandataire chargé de convoquer l'assemblée s'il y a lieu.

Peut-on donc penser que les autres mentions, tel l'ordre du jour, demeurent facultatives? La réponse doit être négative dans la mesure où il faut combiner ces exigences avec celles plus générales relatives aux convocations d'assemblée d'actionnaires par les articles 516 et suivants de l'Acte uniforme.

- 958.** L'ordre du jour figurant dans l'avis de convocation est arrêté en principe par l'auteur de la convocation. Cependant, une fraction d'obligataires représentant le trentième au moins des titres peut requérir l'inscription à l'ordre du jour des projets de résolutions.

L'assemblée ne peut délibérer que sur ces seules questions. Mais il paraît qu'il faille admettre ici comme en matière d'assemblée des actionnaires (article 522 alinéa 2) qu'il est possible en application de la théorie des incidents de séance de démettre de ses fonctions un représentant fautif et d'en nommer le remplaçant même lorsque cette question n'était pas inscrite à l'ordre du jour.

En tout cas, une assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée, notamment dans le cas où elle s'est tenue en l'absence de certains obligataires.

---

<sup>(1)</sup> L'art. 12 al. 3 du décret de 1938 prévoyait la possibilité pour les obligataires après l'expiration d'un délai de 15 jours après réception de leur demande restée sans réponse, de convoquer eux-mêmes l'assemblée générale et d'en fixer l'ordre du jour après y avoir été autorisés par ordonnance du juge.

**b) La tenue de l'assemblée**

- 959.** Le lieu de tenue de l'assemblée générale des obligataires n'est pas précisé par l'Acte uniforme. Mais il y a lieu de croire que ce pourrait être au siège social de la société débitrice ou alors en tout autre lieu par elle désigné. L'article 802 alinéa 3 de l'Acte uniforme dispose en effet que «les règles de tenue des assemblées d'actionnaires s'appliquent en tant que de besoin aux assemblées d'obligataires».

La règle ainsi énumérée permet de dire en l'absence d'autres dispositions de l'Acte uniforme sur la gestion, que le frais de tenue de l'assemblée générale des obligataires sont entièrement à la charge de la société débitrice. Le principe était déjà posé par l'article 32 alinéa 1<sup>er</sup> du décret de 1938. Mais l'alinéa 2 de ce texte émettait une réserve s'agissant des autres dépenses de gestion décidées par l'assemblée générale de la masse. Elles étaient payées par la société débitrice mais pourraient être retenues sur les intérêts servis aux obligataires. Ces dépenses ne devraient pas excéder le dixième de l'intérêt net annuel.

En ne reprenant pas ces dispositions, l'Acte uniforme entend laisser toutes ces dépenses à la charge de la société. Ce qui peut parfois grever considérablement son patrimoine, d'autant plus que c'est elle qui supporte également les rémunérations des représentants de groupement (article 794).

- 960.** Cela étant, l'assemblée générale des obligataires est désormais présidée par un représentant du groupement et s'ils sont plusieurs, et en cas de désaccord, par celui d'entre eux qui dispose soit par lui-même, soit par représentation du plus grand nombre de titres. Si c'est un mandataire de justice qui a convoqué l'assemblée, il en est le président.

Ce système est plus souple que celui antérieur sous lequel l'assemblée s'ouvrait sous une présidence provisoire du plus grand porteur d'obligations avant l'élection d'un bureau définitif (article 17 décret 1930).

Comme dans les assemblées d'actionnaires, le président est entouré de deux scrutateurs, plus gros porteur d'obligations qui acceptent, et d'un secrétaire qui peut être choisi en dehors des obligataires : c'est le bureau.

- 961.** Dans les assemblées générales d'obligataires, comme celles des actionnaires du reste, le droit de vote s'attache à l'obligation et non à la personne de son titulaire. Le droit de vote dont dispose chaque obligataire est donc proportionnel à la qualité du montant de l'emprunt dont il dispose en terme d'obligations.

L'obligataire peut lui-même exercer son droit de vote puisqu'il peut participer en personne à l'assemblée générale. Il a également la possibilité de

s'y faire représenter par une personne de son choix. Celle-ci votera alors à sa place par procuration.

L'article 805 alinéa 3 de l'Acte uniforme dispose cependant : «les obligataires peuvent voter par correspondance dans les mêmes conditions et formes que les actionnaires aux assemblées d'actionnaires». Cet article laisse perplexe dans la mesure où le vote par correspondance<sup>(1)</sup> n'est pas reconnu aux actionnaires mais plutôt le vote par procuration (voir art. 538 et s. de l'Acte uniforme). C'est certainement de lui que le législateur a voulu parler<sup>(2)</sup>. Pour ne pas influencer par trop le vote des obligataires, la loi interdit à la société qui détient au moins quinze pour cent du capital de la société débitrice de participer au vote à l'assemblée des obligataires.

Comme l'assemblée des actionnaires, l'assemblée des obligataires prend certaines décisions sous la forme de résolutions.

## 2. Les résolutions

**962.** Le rôle essentiel des assemblées d'obligataires est d'approuver ou alors de désapprouver les propositions à lui soumises et touchant aux intérêts de ses membres par la société débitrice. L'assemblée dispose alors d'une alternative. Lorsqu'elle approuve les propositions à elle soumises, celles-ci entrent en vigueur. Lorsqu'elle les désapprouve, l'Acte uniforme distingue deux cas :

- s'il s'agit de propositions relatives au changement de la forme ou de l'objet de la société débitrice, celle-ci peut passer outre en remboursant les obligataires. Sous l'ancienne législation (article 20 D.1938), le remboursement devait intervenir à la demande de l'obligataire au plus tard dans les trois mois à partir de la date à laquelle le changement est devenu définitif<sup>(3)</sup>. L'Acte uniforme protège mieux les obligataires dans la mesure où il exige que le remboursement soit fait avant la réalisation effective du changement de forme ou d'objet ;
- s'il s'agit de propositions relatives à la fusion ou scission de la société débitrice, celle-ci peut passer outre mais alors le principe des obligataires conservent leurs droits dans la société absorbante (fusion-absorption), la société nouvelle (fusion par création de personne morale nouvelle) ou les sociétés résultant de la scission.

<sup>(1)</sup> Sur le vote par correspondance, voy. GUYON (Y.), *op. cit.*, p. 299, n° 301, 1.

<sup>(2)</sup> Le vote par correspondance ou consultation écrite n'est admis que dans les sociétés de personnes (art. 284 pour les S.N.C. ; art. 302 pour les S.C.S.) et les sociétés à responsabilité limitée (art. 333 al. 2) ; voir notamment *infra*, n° 335.

<sup>(3)</sup> La même solution s'appliquait d'ailleurs en cas de fusions ou de constitutions de garanties particulières.

Les obligataires peuvent s'opposer à la décision de fusion ou scission. Le tribunal saisi tranchera : soit il rejettera l'opposition, soit il ordonnera le remboursement des obligataires, soit il ordonnera la constitution de garanties suffisantes. En tout cas, l'opposition ne saurait paralyser l'opération projetée. Le législateur semble présumer que celle-ci n'aura été décidée que dans l'intérêt de la société débitrice.

- 963.** L'avis des obligataires n'est même plus demandé, par la force des choses, en cas de dissolution de la société non provoqué par une fusion ou scission. Leurs créances arrivent par anticipation à terme et doivent être remboursées puisque devenues exigibles.

Il faut néanmoins faire remarquer que si la dissolution de la société est la conséquence d'une procédure collective d'apurement du passif de la société, l'assemblée générale des obligataires ne devrait plus exister. En effet, d'après l'article 72 de l'Acte uniforme portant organisation de ces procédures, «la décision d'ouverture constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui seul, agit en son nom dans l'intérêt collectif et peut l'engager». Bien évidemment, cette règle ne s'applique pas en cas de règlement préventif puisque celui-ci maintient en place tous les organes de la société et limite seulement leurs pouvoirs. Il devrait aller différemment en cas de redressement judiciaire et liquidation des biens. L'article 812 de l'Acte uniforme prévoit cependant qu'en cas de redressement judiciaire de la société, il n'est pas mis fin au fonctionnement et au rôle de l'assemblée générale des obligataires. La conséquence en est qu'à côté du syndic qui représente la masse des créanciers, il faudra admettre que les obligataires constituent leurs représentants. Ce qui ne manquera pas de créer de conflits.

- 964.** Le législateur OHADA ne soumet plus la validité de certaines résolutions prises par l'assemblée générale des obligataires à l'homologation du tribunal. Cette exigence était prévue par l'article 24 du décret de 1938 s'agissant des résolutions portant sur la modification de la forme, la fusion de la société avec une autre ou l'émission par la société d'obligations comportant un droit de préférence.

Désormais, toute résolution prise par l'assemblée générale des obligataires est en elle-même valable. Cette assemblée en sort plus forte. Cette disposition entre autres, vise à inviter les épargnants à prêter plus à la société.

Le renforcement du contrôle dans les sociétés anonymes s'inscrit dans le même sillage.

### §3. Les organes de contrôle

965. De manière générale, le législateur OHADA a renforcé le contrôle dans les sociétés commerciales, et spécialement dans les sociétés anonymes.

Il en est ainsi du contrôle interne<sup>(1)</sup>. Ainsi, les actionnaires disposent d'un droit de communication des documents (article 525 de l'Acte uniforme), du droit de déclencher la procédure d'alerte en posant au plus deux fois par an des questions écrites aux dirigeants (article 158); et surtout du droit de recourir à une expertise de gestion (articles 159 et 150)<sup>(2)</sup>. De même, dans les sociétés anonymes comportant un président du conseil d'administration ou un DG, il est reconnu au premier un droit de contrôle de la gestion de la société confiée au second (article 480).

Le contrôle externe de la société anonyme effectuée par le commissaire aux comptes a été amélioré. C'est de lui seul qu'il s'agira ici. L'Acte uniforme fait obligation aux sociétés anonymes de désigner un commissaire aux comptes et un suppléant<sup>(3)</sup>. Si la société fait appel public à l'épargne, elle est tenue d'avoir au moins deux commissaires aux comptes et deux suppléants. La taille de l'entreprise postulant de l'importance des fonctions à exercer justifie ce nombre. Le législateur OHADA a élargi le champ d'investigation du commissaire aux comptes en même temps qu'il s'est montré plus restrictif dans le choix de ce collaborateur privilégié, mais parfois peu compris de l'entreprise.

#### *A. Le choix du commissaire aux comptes*

966. Pour exercer la fonction de contrôle d'une société, il faut avoir et la qualité et le mandat de commissaire aux comptes.

#### **1. Les qualités requises**

967. Peuvent avoir la qualité de commissaire aux comptes, les personnes d'une certaine compétence et d'une liberté assurée.

Leur compétence est tirée de la qualification exigée. Seuls des experts comptables peuvent être désignés commissaires aux comptes qu'ils aient été

---

<sup>(1)</sup> NGOMO (A.F.), «L'amélioration du contrôle interne de la gestion des sociétés commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des sociétés et au groupement d'intérêt économique dans la zone franc», *Revue BEAC*, n° 2, 25 avril 1996, p. 101 et s.

<sup>(2)</sup> Cf. *supra*, n°s 261 et s.

<sup>(3)</sup> Les S.A.R.L. ne sont obligées d'avoir un commissaire aux comptes que dans les cas suivants :

- chiffre d'affaires annuel supérieur à deux cent cinquante millions;
- effectif permanent supérieur à cinquante personnes (art. 376 de l'Acte uniforme).

agrées par l'ordre dans les Etats qui en possèdent un<sup>(1)</sup> ou alors choisis sur une liste préalablement établie par une commission siégeant auprès d'une cour d'appel dans les Etats où il n'existe pas d'ordre des experts comptables.

- 968.** La liberté des commissaires aux comptes est recherchée à travers les nombreuses incompatibilités qui sont désormais posées. Il s'agit de leur assurer une liberté matérielle et morale.

Ainsi, l'article 697 de l'Acte uniforme pose-t-il de manière claire que les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles :

- avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance ;
- avec tout emploi salarié, sauf lorsqu'il s'agit d'enseignement ;
- avec toute activité commerciale, qu'elle soit exercée directement ou par personne interposée.

Cependant, les articles 698 à 700 de l'Acte uniforme ne reprennent pas le terme « incompatibilité », mais utilisent celui d'« interdiction ». La question se posera certainement au juge de dire de déterminer la frontière entre ces deux termes. La même difficulté se pose avec acuité en matière pénale<sup>(2)</sup>.

Ainsi, les articles 697 jusqu'à 700 de l'acte uniforme réglementent les incompatibilités avec la fonction de commissaire aux comptes.

De manière générale, conformément à l'article 697, les fonctions de commissaires aux comptes sont incompatibles avec toute activité subordonnée ou activité commerciale :

- toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance ;
- tout emploi salarié sauf lorsqu'il s'agit d'enseignement ;
- toute activité commerciale, qu'elle soit exercée directement ou par personne interposée.

Par ailleurs, aux termes de l'article 698, les fonctions de commissaires aux comptes sont incompatibles avec les activités ou actes de nature à porter atteinte à son indépendance. Ne peuvent donc être commissaires aux comptes :

- les fondateurs, apporteurs, bénéficiaires d'avantages particuliers, dirigeants sociaux de la société ou de ses filiales, ainsi que leur conjoint ;
- les parents et alliés, jusqu'au quatrième degré inclusivement, des personnes visées au paragraphe 1<sup>o</sup>) du présent article ;

<sup>(1)</sup> Dans les Etats membres de l'UDEAC (Cameroun, Congo, RCA, Tchad, Gabon, Guinée Equatoriale), les experts comptables doivent être agréés par une décision du comité de direction de cette institution (art. n° 4/70 UDEAC 133 du 27 novembre 1970).

<sup>(2)</sup> Cf. *supra*, n° 304.

- les dirigeants sociaux de sociétés possédant le dixième du capital de la société ou dont celle-ci possède le dixième du capital, ainsi que leur conjoint ;
- les personnes qui, directement ou indirectement, ou par personne interposée, reçoivent, soit des personnes figurant au paragraphe 1<sup>o</sup>) du présent article, soit de toute société visée au paragraphe 3<sup>o</sup>) du présent article, un salaire ou une rémunération quelconque en raison d'une activité permanente autre que celle de commissaire aux comptes ; il en est de même pour les conjoints de ces personnes ;
- les sociétés de commissaires aux comptes dont l'un des associés, actionnaires ou dirigeants se trouve dans l'une des situations visées aux alinéas précédents ;
- les sociétés de commissaires aux comptes dont soit l'un des dirigeants, soit l'associé ou l'actionnaire exerçant les fonctions de commissaire aux comptes, a son conjoint qui se trouve dans l'une des situations prévues au paragraphe 5<sup>o</sup>) du présent article.

Enfin, les articles 699 et 700 traitent des incompatibilités à la fin des fonctions de commissaires aux comptes.

Ainsi, le commissaire aux comptes ne peut être nommé administrateur, administrateur général, administrateur général adjoint, directeur général ou directeur général adjoint des sociétés qu'il contrôle moins de cinq années après la cessation de sa mission de contrôle de ladite société. La même interdiction est applicable aux associés d'une société de commissaires aux comptes. Pendant le même délai, il ne peut exercer la même mission de contrôle ni dans les sociétés possédant le dixième du capital de la société contrôlée par lui, ni dans les sociétés dans lesquelles la société contrôlée par lui possède le dixième du capital, lors de la cessation de sa mission de contrôle de commissaire aux comptes.

L'appréciation de la participation se fait au moment de la cessation de la première mission.

Cette interdiction constitue une disposition impérative de l'Acte uniforme dont la violation a pour effet d'entraîner la nullité de la nomination de l'ancien commissaire aux comptes aux fonctions d'administrateur ou de directeur général.

De même, les personnes ayant été administrateurs, administrateurs généraux, administrateurs généraux adjoints, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints, gérants ou salariés d'une société ne peuvent être nommées commissaires aux comptes de la société moins de cinq années après la cessation de leurs fonctions dans ladite société. Pendant le même délai, elles ne peuvent être nommées commissaires aux comptes dans les sociétés pos-

sédant 10% du capital de la société dans laquelle elles exerçaient leurs fonctions ou dont celles-ci possédaient 10% du capital lors de la cessation de leurs fonctions.

Ces interdictions sont également applicables aux sociétés de commissaires aux comptes dont lesdites personnes sont associées, actionnaires ou dirigeantes.

- 969.** Le législateur OHADA a même voulu sanctionner sévèrement l'inobservation de ces prescriptions. Alors que l'article 33 de la loi de 1867 validait les délibérations prises par l'assemblée des actionnaires sur le rapport d'un commissaire aux comptes irrégulièrement désigné, l'Acte OHADA consacre désormais le principe de la nullité (article 701).

La délibération ne peut être expurgée du vice qui l'infecte que si elle est expressément confirmée par une assemblée générale, sur le rapport des commissaires régulièrement désignés.

Mais, il ne suffit pas de remplir les conditions légales pour exercer effectivement les fonctions de commissaire aux comptes auprès d'une société. Encore faut-il être désigné par ses organes, autrement dit, recevoir mandat d'eux.

## **2. La désignation et la cessation de fonctions**

- 970.** Le premier commissaire aux comptes et son suppléant sont désignés dans les statuts ou par l'assemblée générale constitutive pour deux exercices sociaux. Ce mandat est porté à six exercices lorsque le commissaire aux comptes et son suppléant sont désignés par l'assemblée générale ordinaire en cours de vie sociale. Le législateur OHADA a ainsi accédé à la critique du mandat de trois années prévu par la loi de 1867 qui était jugé trop court pour ne pas permettre un meilleur suivi par ce professionnel de la situation de l'entreprise. Bien évidemment, cette durée demeure renouvelable.

Exceptionnellement, le commissaire aux comptes peut être désigné judiciairement. Il faut supposer alors que l'assemblée générale ait omis d'en élire un. Tout actionnaire peut demander en référé au président de la juridiction compétente de suppléer à cette lacune. Tant que cela n'est pas fait, sauf refus exprès, le commissaire aux comptes reste en poste jusqu'à la plus prochaine assemblée générale ordinaire annuelle.

Le législateur OHADA qui attache une importance capitale aux fonctions de commissaires aux comptes, frappe de nullité toute délibération prise à défaut de désignation régulière de commissaire aux comptes ou sur le rapport du commissaire de comptes titulaire nommé ou demeuré en fonction en violation des règles gouvernant cette nomination (article 700-1 de

l'Acte uniforme). Toutefois, l'action en nullité est éteinte si les délibérations litigieuses sont confirmées par une assemblée générale sur le rapport d'un commissaire aux comptes régulièrement désigné (article 700-2)<sup>(1)</sup>. Par ailleurs, encourent une sanction pénale les dirigeants sociaux qui n'auraient pas provoqué la désignation des commissaires aux comptes de la société ou ne les auraient pas convoqués aux assemblées générales (article 898 de l'Acte).

**971.** Pour garantir davantage l'indépendance du commissaire aux comptes par rapport aux dirigeants de mauvaise foi, il lui est reconnu le droit, lorsque ceux-ci proposent à l'assemblée de ne pas renouveler son mandat, de se faire entendre à la séance. Il pourra alors mettre en exergue les raisons qui soutiennent cette proposition pour lui préjudiciable. L'assemblée se décidera en toute connaissance de cause.

**972.** Elle peut alors ne pas renouveler le mandat de l'ancien commissaire aux comptes auquel cas elle désigne un autre. Les fonctions de l'ancien commissaire aux comptes cessent donc.

Le mandat du commissaire aux comptes peut pareillement prendre fin en cas de démission, empêchement ou de décès. Les fonctions sont alors exercées par le suppléant jusqu'à la cessation de l'empêchement ou lorsque l'empêchement est définitif, jusqu'à l'expiration du mandat du commissaire aux comptes empêché.

**973.** Il peut enfin être mis fin prématurément aux fonctions du commissaire aux comptes.

Tantôt ce sera à titre de prévention. Le commissaire aux comptes est alors soupçonné d'impartialité. Un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social ainsi que le ministère public peuvent demander en justice sa récusation. Les motifs n'étant pas précisés par le législateur, le tribunal appréciera, en s'inspirant du droit commun, de la pertinence des raisons invoquées à l'appui de la demande.

Tantôt ce sera à titre de sanction et il sera mis fin aux fonctions de commissaire aux comptes. Il s'agit de punir la faute ou alors de remédier à l'em-

---

<sup>(1)</sup> L'expression «à défaut de désignation régulière» vise non seulement le cas où la société n'a pas de commissaire aux comptes, mais aussi celui où elle n'est dotée que d'un seul commissaire alors qu'elle devrait en avoir deux.

Bien que le texte de l'Acte ne vise que les délibérations, on peut penser que ces délibérations sont seulement celles de l'assemblée et non du conseil puisque le même article prévoit la possibilité de couvrir la nullité par une décision de l'assemblée générale. Les délibérations du conseil d'administration échapperaient donc à cette nullité (en ce sens, voir *Mémento Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, Price Waterhouse Coopers, 1998, n° 744, p. 214.

pêchement définitif du commissaire aux comptes: un ou plusieurs actionnaires représentant le dixième du capital social au moins, le conseil d'administration, l'administrateur général ou même le Ministère public peuvent demander en justice sa révocation que la loi de 1867 appelait relèvement. Le cas échéant, sa responsabilité civile pourra être engagée non pas en qualité de mandataire comme le prévoyait l'article 43 de la loi de 1867 mais plus d'après les règles de droit commun. L'action doit être exercée dans les trois ans, ce délai court à compter de la date du fait dommageable ou si le fait a été dissimulé à compter de sa révélation. Si le fait est constitutif de crime, l'action se prescrit par dix ans.

C'est que la mission confiée au commissaire aux comptes est fondamentale pour le devenir de l'entreprise. Elle ne s'accommode guère de fautes et de négligences.

### *B. La mission du commissaire aux comptes*

- 974.** Il s'agit essentiellement d'une mission de contrôle. Mais par rapport au régime antérieur, la forme et les moyens dont dispose le commissaire aux comptes ont été diversifiés tout comme les suites de ce contrôle.

#### **1. La forme et les moyens de contrôle**

- 975.** Le commissaires aux comptes a tout au long de l'exercice une mission permanente de contrôle sur les valeurs et les documents comptables de la société. C'est pour atteindre cette fin qu'il a le droit de se faire communiquer sur place tous contrats, livres, documents comptables et registres des procès-verbaux appartenant à la société contrôlée. Il peut même recueillir toutes informations utiles auprès des tiers qui ont accompli des opérations pour le compte de la société. Mais de ceux-ci, sauf décision de justice, il ne saurait exiger communication des pièces. La loi vise ainsi non pas tous les tiers ayant contracté avec la société mais les tiers mandataires de la société: notaires, huissiers, experts divers, etc.

Pendant cette mission permanente de contrôle, le commissaires aux comptes peut, sous sa responsabilité, se faire assister ou représenter par des experts ou collaborateurs de son choix qu'il fait connaître nommément à la société.

- 976.** De manière plus ponctuelle, le commissaire aux comptes est appelé à exercer deux types de contrôle.

L'un était déjà prévu par la législation antérieure. Il s'agit de certifier que les états financiers de synthèse de la société contrôlée ou même, le cas échéant, de ses filiales, sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle

du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que la situation financière et patrimoniale de la société à la fin de l'exercice. Il s'agit pour le législateur de s'assurer que l'information servie par les dirigeants aux actionnaires est fiable.

Mais surtout, le législateur OHADA prévoit désormais que le commissaire aux comptes doit s'assurer que l'égalité entre les associés est respectée. A titre d'exemple, il doit vérifier que les actions d'une même catégorie bénéficient des mêmes droits, à l'occasion notamment du partage des dividendes ou de distribution du droit de vote. Ainsi, le législateur peut en amont, faire tarir par ce contrôleur les sources de certains litiges entre actionnaires ou entre ceux-ci et les dirigeants sociaux.

Dans l'un et l'autre cas, le commissaire aux comptes ne doit pas s'immiscer dans la gestion de la société. Mais il est obligé de donner certaines suites à son contrôle.

## 2. Les suites du contrôle

**977.** Si le contrôle est la mission essentielle du commissaire aux comptes, il n'en est pas l'unique. Le législateur fait reposer sur lui à l'issue du contrôle un devoir d'information et un devoir de dénonciation.

La mission d'information consiste à porter à la connaissance des dirigeants sociaux et des actionnaires des faits découverts au cours de ces investigations. En fait, il s'agit d'une mission traditionnellement reconnue au commissaire aux comptes. Celui-ci est tenu de dresser un rapport qu'il adresse au conseil d'administration ou à l'administrateur général faisant état des investigations auxquelles il a procédé et des irrégularités qu'il a découvertes (article 715). De même est-il tenu de signaler à la plus prochaine assemblée générale les irrégularités et inexactitudes relevées au cours de sa mission.

**978.** Nouveau est en revanche le devoir qu'il a désormais de déclencher une procédure d'alerte dès qu'il a connaissance, dans l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (article 153). Il doit adresser une demande d'explications aux dirigeants et si le vice persiste, faire convoquer l'assemblée des actionnaires pour les en informer. En cas de résistance des dirigeants, il peut lui-même convoquer cette assemblée pour porter l'information à leur attention<sup>(1)</sup>.

**979.** L'obligation de dénonciation au ministère public des faits délictueux découverts par le commissaire aux comptes est ancienne. Elle était déjà prévue

---

<sup>(1)</sup> Voy. *supra* nos 44, 245, 263.

par l'art. 34 de la loi du 34 juillet 1867. Bien que beaucoup d'auteurs l'aient jugée choquante, anormale et inquiétante<sup>(1)</sup>, elle a été maintenue par le législateur OHADA. L'Acte uniforme précise cependant que la responsabilité du commissaire aux comptes ne peut être engagée par cette révélation, dans le cas notamment où les faits dénoncés ne sont pas punissables. En effet, ce serait trop demander que de lui faire porter la charge de qualifications pénales qu'il ne maîtrise certainement pas.

- 980.** Le commissaire aux comptes exerce en définitive une fonction exaltante dans l'entreprise. Son rôle n'a cessé de s'accroître en même temps que son influence sur la vie de la société. Il paraît normal, même comme l'Acte uniforme n'en dit rien, que ses honoraires tout comme les autres rémunérations exceptionnelles soient librement débattus entre lui et les dirigeants. En revanche, il est prévu expressément que les frais de déplacement et de séjour engagés par les commissaires aux comptes dans l'exercice de leurs fonctions sont à la charge de la société. C'est la contrepartie nécessaire pour assurer la sauvegarde des biens de l'entreprise, et partant, de son fonctionnement.

### SECTION 3. LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

- 981.** La vitalité de la société anonyme est attestée à travers l'émission des titres négociables appelés valeurs mobilières. Certaines de ces dernières s'intègrent dans le capital de la société anonyme qui est appelé lui-même à varier selon les besoins de l'entreprise. Ce sont ces mêmes besoins qui conduisent parfois à la restructuration de la société.

#### §1. Les valeurs mobilières

- 982.** On désigne ainsi des titres négociables qui représentent des droits identiques par catégories, acquis par ceux qui ont apporté à la société anonyme des espèces ou des biens nécessaires à son financement<sup>(2)</sup>. Elles présentent quatre principales caractéristiques.

Ce sont des titres indivisibles à l'égard de la société émettrice (article 744-2 *in fine* de l'AUSC); ainsi, lorsque les titres émis par les sociétés anonymes appartiennent à des personnes en état d'indivision, celles-ci ne peuvent pas exercer séparément leur droit à l'égard de la société.

<sup>(1)</sup> Cf. notamment sur la question : LAUNAI et BOKOBZA, «Le commissaire aux comptes devant l'obligation de révéler au procureur de la République les faits délictueux», *Gaz. Pal.*, 1965, doct. I, p. 10; BOULAY, «L'obligation du commissaire aux comptes de révéler les faits délictueux», *Rev. soc.*, 1980, p. 443.

<sup>(2)</sup> GUYON (Y.), *op. cit.*, n° 726, p. 751.

Les valeurs mobilières sont des biens fongibles, par conséquent, elles sont interchangeables.

Les valeurs mobilières sont des titres négociables, c'est-à-dire transmissibles selon les modes spéciaux du droit commercial qui varient avec la forme du titre. Les titres nominatifs sont transmissibles par inscription dans les livres de la société par virement de compte à compte. Les titres au porteur se transmettent par simple tradition, c'est-à-dire de la main à la main. Les valeurs mobilières peuvent même être cotées en bourse, autrement dit sont négociables en bourse. Les actions en numéraire ne sont toutefois négociables qu'après avoir été entièrement libérées.

Enfin, les valeurs mobilières sont des meubles par détermination de la loi.

**983.** Il existe dans les sociétés anonymes trois principales sortes de titres : actions, obligations, parts de fondateur<sup>(1)</sup> :

- les actions représentent des droits d'associés ;
- les obligations représentent des droits de créanciers ;
- les parts de fondateur, appelées aussi parts bénéficiaires, donnent droit à une fraction des bénéfices sans représenter une part du capital. Elles ont depuis longtemps mauvaise presse dans la doctrine comme dans la pra-

---

<sup>(1)</sup> Le législateur OHADA, tout en réglementant minutieusement ces trois sortes de titres, laisse la possibilité aux sociétés anonymes d'émettre d'autres valeurs mobilières représentatives de créances sur la société émettrice ou donnant droit de souscrire ou d'acquérir une valeur mobilière représentative de créance (article 822).

La création des autres valeurs mobilières est laissée à la discrétion des sociétés émettrices. Il faut donc s'attendre dans les années qui suivent à une diversification des valeurs mobilières (BONNEAU (T.), « La diversification des valeurs mobilières », *RTD civ.*, 1988, 535).

Parmi ces valeurs mobilières laissées à la discrétion de la société, on songe particulièrement aux titres participatifs, aux titres associatifs et aux certificats d'investissement.

Les titres participatifs et titres associatifs, bien que assez proches des obligations classiques, présentent trois particularités : ils donnent au porteur la qualité de créancier subordonné passant même après les créanciers chirographaires. L'emprunt n'est pas amortissable ; la rémunération comporte une partie fixe et une partie variable calculée en fonction des bénéfices réalisés par l'émetteur. Toutefois, ces titres ne pourront être émis par n'importe quelle société ; l'intervention du législateur sera indispensable.

Les certificats d'investissement sont des démembrements de l'action. Celle-ci confère aussi bien les droits pécuniaires (dividendes, réserves, boni) que les droits non pécuniaires, notamment le droit de vote. Le certificat d'investissement confère seulement les droits pécuniaires attachés aux actions. Il est alors négociable comme l'action. Le certificat de droit de vote, quant à lui, représente uniquement le droit de vote.

Cf. VIANDIER (A.), « Certificats d'investissement et certificats de droit de vote », *JCP*, 1983, éd. C.I., n° 14417 ; HORASSE (H.), DESLANDES (M.), GENTILHOMME (R.), « Certificats d'investissement et opérations sur le capital », *Dr. Soc.*, Actes pratiques, 1996, p. 30.

Aux termes de l'article 822, ces autres valeurs mobilières, ne seront remboursées qu'après désintéressement des autres créanciers à l'exclusion des titulaires de prêts participatifs. Il en est ainsi, parce que les prêts participatifs constituent déjà, de par leur nature, des créances de dernier rang. Celles-ci ne sont d'ailleurs remboursées, en cas de liquidation des biens de la société, qu'après désintéressement complet des autres créanciers, même chirographaires.

tique. Le législateur OHADA a été sensible à ces critiques et, sans supprimer les parts de fondateur, a interdit d'en créer de nouvelles. Ainsi, les parts de fondateur émises avant le 1<sup>er</sup> janvier 1998 demeurent valables et constituent à être régies par la loi du 23 janvier 1929.

#### *A. Les actions*

- 984.** L'action est un titre représentant une part d'associé. Le même mot sert à désigner le titre (on oppose les actions nominatives et les actions au porteur) et le droit représenté (l'action s'oppose à une part d'intérêt).

Envisagée comme titre, l'action présente la caractéristique d'être négociable. Ce caractère est parfois atténué, des limites étant ou pouvant être apportées à la libre transmission des actions.

Envisagée comme part d'associé, l'action a une valeur nominale qui correspond à la part qu'elle représente dans le capital social. Les actions sont soumises à une règle d'égalité: elles représentent la même part du capital social et confèrent les mêmes droits et les mêmes obligations. Il faut préciser tout de suite que ce principe d'égalité n'est pas absolu; il peut exister des actions qui donnent aux actionnaires des droits différents de ceux des actions ordinaires.

- 985.** Le législateur a fixé le montant minimum de l'action à 10.000 (dix mille) francs CFA (art. 750 Acte uniforme). Ce qui veut dire, comme par le passé, les membres de la société peuvent convenir d'un montant supérieur par action.

Il faut préciser qu'il ne s'agit que du montant nominal de l'action, autrement dit la valeur de l'action qui correspond à la valeur de l'apport au moment de sa création. Cette valeur minimale dite «au pair» est appelée à varier avec les résultats de la société. Ainsi, si la société a constitué des réserves, la valeur réelle de l'action dite «valeur vénale» sera supérieure à la valeur nominale. Ce sera l'inverse lorsque la société a plutôt subi des pertes.

- 986.** Cela étant, les actions sont en principe appelées à durer autant que la société elle-même<sup>(1)</sup>.

Dès qu'elles ont été créées, sauf hypothèses de dissolution ou de liquidation de la société, les actions ne sauraient être remboursées. L'art. 778 de l'Acte uniforme en pose le principe en ces termes: «L'amortissement des actions par voie de tirage au sort est interdit, nonobstant toute disposition législative, réglementaire ou contractuelle contraire».

---

<sup>(1)</sup> Cette durée, mentionnée dans les Statuts, ne peut excéder 99 ans (art. 28 Acte uniforme).

Le Législateur OHADA reprend ainsi pour son propre compte l'interdiction naguère posée en France par la loi du 27 octobre 1943 et surtout le décret du 4 août 1949<sup>(1)</sup>. Il s'agit d'établir l'égalité entre actionnaires en s'assurant que si les actions doivent être remboursées, tous les actionnaires doivent en bénéficier dans la même proportion. Ce qui est donc interdit, c'est l'amortissement des actions par voie de tirage au sort. Demeure par conséquent permis l'amortissement partiel ou total de toutes les actions<sup>(2)</sup>. Sous certaines conditions demeure aussi permis la souscription ou l'achat et la prise en gage par la société de ses propres actions<sup>(3)</sup>.

987. Au cours de leur vie, les actions confèrent à leurs titulaires d'importantes prérogatives généralisées en termes de droits. Leur consistance peut parfois varier en fonction de la catégorie à laquelle appartient le titre considéré.

### 1. Les différentes catégories d'actions

988. Lorsqu'il traite des différentes formes d'actions, l'Acte uniforme n'envisage que les actions en numéraire qu'il oppose aux actions d'apport (articles 748 et 749). Le critère ici utilisé est celui de la nature de l'apport.

Mais en parcourant tout l'Acte uniforme, on s'aperçoit qu'on peut également, comme par le passé, se fonder sur d'autres critères et distinguer successivement les actions au porteur des actions nominatives, les actions ordinaires des actions de priorité, les actions de capital des actions de jouissance.

#### a) *Actions de numéraire et actions d'apport*

989. Selon l'article 748 de l'Acte uniforme, les actions en numéraire sont celles dont le montant est libéré en espèces ou par compensation de créances certaines, liquides et exigibles sur la société, celles qui sont émises par suite d'une incorporation au capital de réserves, bénéfiques ou primes d'émission et celles dont le montant résulte pour partie d'une incorporation de réserves, de bénéfiques ou de primes d'émission et pour partie d'une libération en espèces.

Toutes les autres actions sont des actions d'apport. Il s'agit en fait des actions dont le montant est libéré en nature, car bien que l'article 40 de l'Acte uniforme admette des apports en industrie, ceux-ci ne sont pas envisageables dans le cadre des sociétés anonymes mais seulement dans les sociétés de personnes.

<sup>(1)</sup> Voy. ESCARRA (J. et E.) et RAULT (J.), *Traité théorique et pratique de Droit commercial: Les sociétés commerciales*, tome 3, édition Sirey, 1955, p. 434, n<sup>os</sup> 1343-1344.

<sup>(2)</sup> Article 653 A.U.

<sup>(3)</sup> Articles 339 et s. A.U.

*b) Actions nominatives et actions au porteur*

**990.** Le critère de distinction porte sur la forme de l'action. L'action est dite nominative lorsqu'elle est représentée par un titre sur lequel se trouve inscrit le nom de son titulaire. Sa transmission ne peut être valablement faite que par l'inscription sur les registres de la société du nom du nouvel acquéreur et la radiation de celui de l'ancien.

Au contraire, l'action est dite au porteur, lorsqu'elle ne porte aucune mention de nom. Ce qui facilite sa transmission par la simple voie de la tradition.

**991.** En principe, au choix des fondateurs de la société, l'action peut revêtir la forme nominative ou au porteur. A cette règle, l'article 540 alinéa 3 de l'Acte uniforme apporte des restrictions. Il impose la forme nominative à certaines actions. C'est le cas :

- des actions en numéraire qui doivent demeurer nominatives jusqu'à leur entière libération ;
- des actions bénéficiant d'un droit de vote double ;
- des actions dont la cession à un tiers est soumise à une clause d'agrément ;
- des actions d'apport dans les deux premières années de leur création ;
- des actions acquises par la société pour être distribuées aux salariés.

Cependant, la forme «au porteur» n'est imposée dans aucun cas.

*c) Actions ordinaires et actions de priorité*

**992.** Cette distinction repose sur l'étendue des avantages qui peuvent être conférés à chaque action. Lorsque l'avantage considéré est commun à toutes les actions, celles-ci sont dites ordinaires.

A l'inverse, les actions de priorité sont investies d'avantages particuliers, soit pécuniaires, soit politiques. Le législateur OHADA n'utilise le terme «action de priorité» que s'agissant des premières. Ainsi, l'article 755 prévoit-il que les avantages ainsi créés, peuvent notamment être une part supérieure dans les bénéfices ou le boni de liquidation, un droit de priorité dans les bénéfices, des dividendes cumulatifs.

Mais, au-delà des avantages pécuniaires, l'action de priorité peut conférer à son titulaire un droit politique plus fort que ne l'aurait fait l'action ordinaire. Ainsi, le titulaire de l'action de priorité peut-il se voir conférer un droit de vote double. D'après l'article 752 de l'Acte uniforme, ce droit peut être conféré par les statuts ou l'AGE aux actions nominatives entièrement libérées pour lesquelles il est justifié d'une inscription nominative depuis au moins deux ans au nom d'un même actionnaire. Il peut en être de même en

cas d'augmentation de capital par incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission. Le droit de vote double peut alors être conféré dès leur émission aux actions nominatives attribuées gratuitement à un actionnaire à raison des actions anciennes pour lesquelles il bénéficie déjà de ce droit. Toute action au porteur perd le droit de vote double.

993. Avec cette réglementation assez minutieuse, on peut penser que les statuts ou l'AGE, ne pourrait aller au-delà et conférer à une action plus qu'un droit de vote double, un vote triple par exemple. Le droit de vote plural possible ailleurs, se trouve donc ramené dans l'espace OHADA, dans la meilleure des hypothèses au vote double.

Dans le même esprit, on peut penser qu'il ne saurait être créer d'actions sans droit de vote. En effet, l'article 751 de l'A.U. prévoit que: «A chaque action, est attaché un droit de vote proportionnel à la quotité du capital qu'elle représente, et chaque action donne droit à une voix au moins». Le législateur français n'a donc pas été suivi qui a instauré avec sa loi du 13 juillet 1978, la possibilité de créer des actions à dividende prioritaire, sans droit de vote<sup>(1)</sup>.

#### *d) Actions de capital et actions de jouissance*

994. Cette distinction fondée sur la permanence du risque de perte auquel l'apport demeure soumis, ne résulte d'aucun texte propre aux sociétés anonymes. Elle s'induit néanmoins de la théorie générale reprise par les articles 46 et 47 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales qui distinguent entre apport en propriété et apport en jouissance. En échange de leurs différents apports, il est délivré dans les sociétés anonymes, aux apporteurs, des actions correspondantes.

L'action de capital est celle qui correspond effectivement à une quotité du capital social fournie par l'actionnaire. La société acquiert alors la propriété de cet apport. A sa différence, l'action de jouissance est celle dont le montant nominal a été remboursé à l'actionnaire notamment à la suite d'un amortissement de capital<sup>(2)</sup>. Cependant, le remboursement est effectué par un prélèvement sur les bénéfices ou sur les réserves. Ce qui en réalité laisse le capital intact. Pour ne pas faire perdre sa qualité d'actionnaire à l'apporteur, il lui est délivré une action de jouissance. Il continuera alors à jouir de

<sup>(1)</sup> JAUFFRET SPINOSI (C.), «Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote», *Rev. Soc.*, 1979, p. 26 et s.

<sup>(2)</sup> MERLE (Ph.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 1992, n° 288, p. 257.

<sup>(1)</sup> Cf., d'une manière générale, *supra*, n°s 114 et s.

toutes les prérogatives qui s'attachent à l'action, à l'exception du paiement d'un boni de liquidation. Telles sont ses prérogatives.

## 2. Les droits attachés aux actions

**995.** Certains de ces droits sont énumérés par les articles 751 et suivants de l'Acte uniforme OHADA, d'autres sont parsemés dans l'Acte uniforme<sup>(1)</sup>. Il faudra certainement préciser quelques modalités permettant leur exercice.

### a) La nature des droits

**996.** On peut opérer une classification de ces droits en distinguant les droits politiques des droits financiers et des droits patrimoniaux<sup>(2)</sup>.

**997. Les droits politiques.** Il s'agit des prérogatives visant à associer l'actionnaire à la vie de la société. Elles sont constituées essentiellement de droits extrapécuniaires. On peut en énumérer quatre.

**998. Le droit de faire partie de la société.** Il n'est énoncé nulle part de manière formelle. Il participe pourtant de l'essence même de la qualité d'actionnaire. En effet, en tant qu'associé, l'actionnaire ne peut pas être expulsé de la société par les dirigeants ou par une décision de l'assemblée générale.

Dans certains cas cependant, les actionnaires peuvent se retrouver exclus de la société :

- soit de leur propre fait : ils ont par exemple commis une faute en ne libérant pas les actions souscrites ;
- soit d'un fait étranger à leur volonté : c'est le cas lorsque la société réduit son capital en diminuant le nombre des actions. Les actionnaires qui ne possèdent pas un nombre minimum d'actions anciennes pour se voir attribuer une action nouvelle, se trouvent exclus de la société.

**999. Le droit à l'information.** Le droit à l'information de l'actionnaire peut s'exercer soit de manière permanente, soit de manière occasionnelle.

De manière permanente, aux termes de l'article 526 de l'A.U., l'actionnaire a la possibilité de prendre connaissance et copie au siège social :

- des documents sociaux (inventaire, états financiers de synthèse, liste des administrateurs, rapports des commissaires aux comptes) concernant les trois derniers exercices ;

<sup>(2)</sup> COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, op. cit., p. 269 et s., n<sup>os</sup> 820 et s.

<sup>(1)</sup> Cf. *supra* n<sup>os</sup> 121, 162, 801, 991 à 993.

- des procès-verbaux et des feuilles de présence aux assemblées tenues au cours de ces trois derniers exercices ;
- de tous les autres documents si les statuts le prévoient.

**1000.** De manière occasionnelle, l'actionnaire peut avoir accès à certaines informations. Ainsi, quinze jours au moins avant la tenue de l'AGO annuelle, il a la possibilité de prendre connaissance au siège social des documents suivants :

- l'inventaire, les états financiers de synthèse et la liste des administrateurs lorsqu'un conseil d'administrateur a été constitué ;
- les rapports des commissaires aux comptes et du conseil d'administration ou de l'administrateur général qui sont soumis à l'assemblée ;
- le cas échéant, le texte de l'exposé des motifs, les résolutions proposées, ainsi que les renseignements concernant les candidats aux conseils d'administration ou au poste d'administrateur général ;
- la liste des actionnaires ;
- le montant global certifié par les commissaires aux comptes des rémunérations versées aux dix ou cinq dirigeants sociaux et salariés les mieux rémunérés selon que l'effectif de la société excède ou non deux cents salariés.

Pour toutes autres assemblées, le droit de prendre connaissance des documents porte sur le texte des résolutions proposées, le rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général selon le cas et, le cas échéant, le rapport du commissaire aux comptes ou du liquidateur.

En principe, le droit de prendre connaissance des documents entraîne pour l'actionnaire celui de tirer copie à ses frais. Toutefois, il ne saurait faire copie de l'inventaire (article 525 A.U.).

**1001.** L'actionnaire a également le droit, deux fois par exercice, de poser des questions écrites au président du conseil d'administration, au président directeur général, ou à l'administrateur général sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (articles 158 et 526 A.U.). C'est la procédure d'alerte.

La réponse est communiquée au commissaire aux comptes. En cas de refus de répondre, ou de non-communication des documents, il est statué, à la demande de l'actionnaire, par le président de la juridiction compétente, statuant à bref délai (article 528 A.U.).

**1002.** *Le droit de participation et de vote aux assemblées.* Le droit de participer aux assemblées est un droit fondamental pour l'actionnaire. Il ne saurait en être privé sans être éjecté de la société. La participation aux assemblées est en

principe personnelle. Mais l'actionnaire peut se faire représenter par un mandataire de son choix (article 538 A.U.).

**1003.** Le droit de participation aux assemblées entraîne celui de prendre part au vote. A chaque action est attaché un droit de vote proportionnel à la quotité du capital qu'elle représente et chaque action donne droit à une voix au moins (articles 543 et 751 A.U.). Il s'agit là de l'application du principe de proportionnalité.

L'A.U. OHADA apporte cependant exception à ce principe dans trois cas :

- d'abord, il est reconnu la possibilité de limitation du nombre de voix dont chaque actionnaire dispose dans les assemblées (article 543 al. 2 A.U.). Cette limitation doit cependant être imposée à toutes les actions sans distinction de catégories ;
- ensuite, le nombre de voix affecté à une action peut être augmenté. Ainsi, l'Acte uniforme reconnaît la possibilité de créer des actions à droit de vote double (articles 544, 752 et 753 A.U.)<sup>(1)</sup> ;
- enfin, il est reconnu la possibilité de suppression du droit de vote en cas notamment de rachat par la société de ses propres actions (article 542 A.U.). Il n'est même pas tenu compte de ces actions pour le calcul du quorum.

**1004.** *Le droit préférentiel de souscription.* Il s'agit du droit reconnu aux actionnaires, en cas d'augmentation du capital de la société, d'acquérir de nouvelles actions proportionnellement au montant de leurs actions initiales. Parce que le nombre d'actions conditionne le poids de l'actionnaire lors des assemblées, le droit préférentiel de souscription peut être analysé comme un droit politique. L'actionnaire ne peut en être privé que par l'assemblée générale statuant aux conditions de quorum et de majorité d'une AGE et pareille délibération n'est valable que si le conseil d'administration ou l'administrateur général selon le cas, indique dans leur rapport à l'assemblée générale les motifs de l'augmentation du capital ainsi que les personnes auxquelles seront attribuées les actions nouvelles et le nombre d'actions attribué à chacune d'elles, le taux d'émission et les bases sur lesquelles il a été déterminé (article 758 A.U.).

L'actionnaire peut cependant renoncer à l'exercice de son droit et même le négocier dans les mêmes conditions que l'action elle-même pendant la durée de la souscription (article 757 A.U.). Ce droit politique peut donc avoir une connotation patrimoniale.

**1005. Les droits patrimoniaux.** Les actions sont des droits incorporels de nature mobilière qui peuvent être soit transmis, soit nantis.

**1006.** *Le droit de transmission des actions.* L'A.U. OHADA proclame le principe de la libre transmissibilité des actions (art. 754). Il s'agit de toute opération par laquelle l'action est transférée du propriétaire initial à une autre personne.

La transmission peut avoir lieu à cause de mort (succession) ou alors entre vifs. Dans ce dernier cas, on parle de cession. Celle-ci est rendue facile pour les sociétés cotées puisqu'il existe un marché où acheteurs et vendeurs peuvent se retrouver : c'est la bourse des valeurs<sup>(1)</sup>. Dans les autres cas, le cédant, pour récupérer la valeur de sa mise et le montant de la plus-value éventuelle qui représente l'action, doit s'arranger pour trouver un acheteur.

**1007.** Le législateur a repris dans l'article 754 de son A.U. sur les sociétés commerciales, les modes traditionnels de transmission des actions. Il distingue entre les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne, et celles qui ont recours à ce mode populaire de financement. Lorsqu'il s'agit des premières, la modalité de transmission varie selon qu'il s'agit des actions nominatives ou des actions au porteur. La transmission des actions nominatives se fait par transfert sur les registres de la société. Les droits du titulaire résultent de la seule inscription sur ces registres. Au contraire, la transmission des actions au porteur se fait par leur simple tradition. Le porteur du titre est réputé en être le propriétaire.

Pour les sociétés faisant appel public à l'épargne, leurs actions, qu'elles soient nominatives ou au porteur, sont transmises selon l'une des modalités ci-dessus décrites. Mais en plus, leur transmission peut s'opérer par virement de compte à compte lorsqu'elles ont été représentées par une inscription dans un compte ouvert au nom de leur propriétaire et tenues soit par la société émettrice, soit par un intermédiaire financier agréé par le Ministre chargé de l'économie et des finances. Le législateur OHADA souhaite ainsi une dématérialisation progressive de ces titres<sup>(2)</sup>.

Au total, il s'agit de modalités de transmission fort simples qui dérogent aux formalités qu'exige l'article 1690 du Code civil pour les cessions de

<sup>(1)</sup> Il existe pour les pays de l'Afrique Occidentale la bourse régionale des valeurs mobilières dont le siège est Abidjan (Côte d'Ivoire). Le projet de création d'une bourse régionale est en cours pour les pays de l'Afrique Centrale. Mais déjà, certains Etats se sont dotés d'une bourse nationale de valeurs. C'est le cas du Cameroun dont la bourse créée en 1999 a son siège à Douala.

<sup>(2)</sup> GUYON (Y.), p. 755, n° 730 ; «Les aspects juridiques de la dématérialisation des valeurs mobilières», *Rev. soc.*, 1984, 451 ; FOYER (J.), «La dématérialisation des valeurs mobilières en France», *Mélanges Flattet*, p. 21, 1985 ; CAUSSE (H.), «Principe, nature et logique de la dématérialisation», *J.C.P.*, 1992, éd. E., I, 194.

créances. C'est pour cela qu'il est plus souvent parlé de la négociabilité des actions.

- 1008.** La libre négociabilité des actions n'est cependant pas absolue. Le législateur OHADA y veille en exigeant des conditions minimales (articles 759 et suivants).

L'article 2 de la loi du 24 juillet 1867 prévoyait que les actions étaient négociables après le versement du quart. L'Acte uniforme est plus rigoureux. Les actions de numéraire ne sont négociables qu'après avoir été entièrement libérées. Il s'agit d'inciter les souscripteurs à fournir rapidement à l'entreprise les moyens promis. Les actions ne sont plus négociables dès la constitution de la société mais depuis son immatriculation au RCCM. En effet, désormais c'est à ce moment qu'elle acquiert la personnalité juridique. En cas d'augmentation du capital, la règle demeure inchangée : les nouvelles actions sont négociables à compter de la mention modifiant le capital au RCCM.

Le législateur n'a rien dit sur les actions d'apport. Pourtant, l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 prévoyait que ces actions ne seraient négociables que deux ans après la constitution définitive de la société. Il s'agissait d'éviter aux titulaires des ces actions de s'en défaire avant que la société ne périlite du fait d'une mauvaise évaluation de leurs apports en nature. L'Acte uniforme exige seulement que ces actions demeurent nominatives pendant les deux ans. Elle seront donc négociables quoique plus difficilement que si elles étaient au porteur.

La négociation de promesse d'actions demeure interdite sauf s'il s'agit d'actions à créer à l'occasion de l'augmentation de capital d'une société dont les anciennes actions sont déjà inscrites à la cote officielle d'une bourse de valeurs d'un ou de plusieurs Etats parties. La négociation est alors faite sous condition suspensive de réalisation et d'augmentation du capital.

- 1009.** La libre négociabilité des actions peut être paralysée par des clauses d'agrément. Plusieurs conditions sont posées pour leur validité :
- dans une société qui en fait usage, toutes ses actions doivent être nominatives. Autrement dit, une clause d'agrément ne saurait concerner une action au porteur puisqu'elle peut être transmise par simple tradition ;
  - elles ne peuvent concerner que des tiers étrangers à la société. Autrement dit, entre actionnaires, les actions sont librement négociables. Ce qui peut aboutir parfois à un renversement de la majorité entre actionnaires ou groupe d'actionnaires ;
  - elles ne jouent pas en cas de succession, de liquidation de communauté de bien entre époux, de cession soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à

un descendant. C'est que la famille est une en droit des sociétés. Mais il ne s'agit ici que de la famille nucléaire et non de la famille africaine large ;  
 – elles doivent être accompagnées de clauses de préemption. En effet, on ne saurait constituer l'actionnaire prisonnier de la société. S'il ne peut vendre ses actions à une personne déterminée parce que la société a refusé de donner son agrément, il faut encore que celle-ci ou alors ses membres puissent se porter acquéreur.

C'est pour cela que si la société n'agrée pas le cessionnaire proposé, elle doit, dans les trois mois à compter de la notification de son refus, faire acquérir les actions dont la cession est projetée soit par un actionnaire, soit par un tiers, soit avec le consentement du cédant par la société en vue d'une réduction de son capital. Passé ce délai, l'agrément est considéré comme donné, sauf possibilité judiciaire par lui de proroger le délai lorsqu'un expert a été désigné pour déterminer le prix de cession.

- 1010.** *Le droit de nantissement des actions.* L'action étant une valeur mobilière, elle est susceptible d'être donnée en gage. Le principe en est posé par l'article 64 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. L'actionnaire peut ainsi tirer crédit de ses titres.

Pour se faire, il doit adresser à la société par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, par télex ou par télécopie le projet de nantissement indiquant les noms, prénoms et le nombre d'actions concerné par l'opération (article 773 A.U.). L'accord de la société résulte soit d'une acceptation du nantissement communiquée dans les mêmes formes que la demande d'agrément, soit du défaut de réponse dans le délai de trois mois à compter de la demande.

L'hypothèse de refus n'est pas envisagée par l'Acte uniforme, mais elle demeure possible. On peut alors penser que comme dans l'hypothèse du refus de la cession, la société devrait pouvoir offrir à l'actionnaire les moyens recherchés à travers l'opération projetée de nantissement.

- 1011.** Le consentement donné par la société au projet de nantissement d'actions comporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des actions nanties<sup>(1)</sup>. Il n'en irait autrement que si la société préfère racheter ses propres actions en vue de réduire son capital (article 772 A.U.).
- 1012.** *Les droits financiers.* Il s'agit d'un ensemble de droits qui procurent directement au titulaire de l'action une satisfaction pécuniaire. Le profit obtenu est à la mesure de l'investissement réalisé à travers la souscription de l'action.

---

<sup>(1)</sup> Sur la procédure de réalisation du nantissement, voy. ANOUKAHA (F.) *Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, PUA, 1998, p. 63 et s., n<sup>os</sup> 156 et s.

Celle-ci confère en effet à son titulaire le droit aux dividendes, le droit aux réserves et, le cas échéant, le droit au boni de liquidation.

- 1013.** *Le droit aux dividendes.* Ce droit est en principe proportionnel à la quotité du capital que représente chaque action. Mais comme il a été dit, il peut être créé des actions de priorité<sup>(1)</sup>. Il s'agit de payer à l'actionnaire sa quote-part de bénéfices réalisés par la société au cours d'un exercice.

La décision de partage des bénéfices est prise par l'AGO annuelle (article 546 A.U.) et exécutée par le conseil d'administration (article 756 A.U.). L'Acte uniforme exige que le paiement des dividendes soit fait en une seule fois (article 756 A.U.). Bien mieux, ce paiement doit intervenir comme dans toutes les autres sociétés commerciales dans un délai maximum de neuf mois après la clôture de l'exercice, sauf prorogation accordée par le président de la juridiction compétente (article 146 alinéa 2 de l'Acte uniforme).

- 1014.** Aucune exigence n'étant posée quant à la nature des dividendes, ceux-ci revêtiront de préférence la forme pécuniaire. Mais il est également possible, avec le consentement des bénéficiaires, de procéder à un paiement des dividendes en nature ou par distribution d'actions. Dans ce dernier cas, l'opération consiste en une augmentation du capital de la société.

- 1015.** *Le droit aux réserves.* En plus des réserves légales qu'elles sont obligées de constituer, les sociétés anonymes peuvent constituer des réserves libres soit facultatives soit statutaires. Ce bas de laine constitue en fait des bénéfices accumulés. Les actionnaires ont donc vocation à les partager en cas de dissolution de la société ou en cours de vie sociale, à l'exception cependant des réserves légales et statutaires.

Ainsi, lorsque le bénéfice distribuable d'un exercice ne permet pas d'assurer un niveau suffisant de dividendes, les assemblées peuvent décider d'opérer des prélèvements sur les réserves libres afin de compléter la distribution.

- 1016.** *Le droit au boni de liquidation.* Cette prérogative de l'actionnaire joue au moment de la liquidation de la société. Lorsque les dettes sociales ont été honorées et les apports remboursés, la somme qui reste dans la caisse dans la société constitue le boni de liquidation. La procédure de liquidation est alors clôturée avec la répartition entre les actionnaires, en proportion de leur quote-part dans le capital social, de cette somme.

Dans ce cas, comme dans celui des autres droits, il faut dire quel actionnaire doit en jouir.

<sup>(1)</sup> Voy. *supra*, n<sup>os</sup> 801, 991 à 993.

*b) L'exercice des droits*

**1017.** Les droits attachés aux actions ne seront effectivement exercés que si l'actionnaire s'acquitte de son unique obligation, à savoir la libération des actions souscrites. Celle-ci étant effectuée, il faut dans certains cas dire qui est titulaire des droits attachés à l'action.

**1018. La condition: la libération des actions.** Il ne suffit pas à une personne de souscrire les actions d'une société anonyme pour en devenir irrévocablement actionnaire et jouir des prérogatives afférentes à cette qualité. Encore faut-il pouvoir les libérer.

L'Acte uniforme OHADA distingue selon qu'il s'agit des actions d'apport ou des actions de numéraire. S'agissant des premières, et quel que soit d'ailleurs le type de sociétés, elles doivent être libérées intégralement lors de la constitution de la société (article 45 A.U.). S'agissant des actions de numéraire, l'Acte uniforme est plus souple, mais moins que la loi du 24 juillet 1867 qui prévoyait un délai maximum de cinq ans. Dorénavant, les actions doivent être libérées au moins du quart de leur valeur à la souscription, le solde étant versé au fur et à mesure des appels du conseil d'administration dans un délai maximum de trois ans à compter de la date de souscription (article 774 A.U.).

En cas de non-paiement des sommes restant à verser sur les actions non libérées, aux époques fixées par le conseil d'administration ou l'administrateur général selon le cas, la société adresse à l'actionnaire défaillant une mise en demeure par lettre au porteur contre récépissé, ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (article 775 alinéa 1<sup>er</sup> A.U.).

**1019.** Si l'actionnaire réagit favorablement, tout rentrera dans l'ordre. Dans le cas contraire, et passé le délai d'un mois après la mise en demeure, la société pourra envisager la vente des actions souscrites non libérées. Mais d'ores et déjà, à compter du même délai d'un mois, les actions pour lesquelles les versements exigibles n'ont pas été effectués cessent de donner droit à l'admission au vote dans les assemblées d'actionnaires et elles sont déduites pour le calcul du quorum et des majorités. Pareillement, le droit aux dividendes et le droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital attachés à ces actions sont suspendus jusqu'au paiement des sommes dues (article 775 alinéa 2 et 3 A.U.).

**1020. Le titulaire des droits.** Dans la grande majorité des cas, ce problème ne se posera pas. Il est susceptible de l'être dans deux hypothèses: celle de la propriété partagée de l'action et celle d'action nantie.

**1021.** *La propriété partagée de l'action.* La propriété des actions est partagée en cas d'indivision et d'usufruit. Lorsque les actions appartiennent à plusieurs personnes en indivision, le principe consacré est l'exercice en commun des droits. A cet effet, les droits attachés aux actions, doivent être exercés à l'unanimité. La qualité d'actionnaire est reconnue à chacun des co-indivisaires. A défaut d'accord entre eux, tous sont convoqués aux assemblées, mais ne seront représentés que par l'un d'entre eux également habilité à encaisser les dividendes. Si les co-indivisaires ne peuvent désigner l'un d'entre eux pour le faire, le juge saisi à l'initiative du plus diligent désignera un mandataire.

**1022.** Lorsque les actions sont grevées d'un usufruit, le droit de vote dans les assemblées, ordinaires et extraordinaires, à défaut de stipulation contraire des statuts, appartient au nu-propiétaire sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices où il est réservé à l'usufruitier (article 128 A.U.). De même, le droit préférentiel de souscription attaché aux actions anciennes en cas d'augmentation de capital appartient au nu-propiétaire. Ce n'est qu'en cas de négligence que l'usufruitier peut se substituer à lui (articles 581 – 582 A.U.).

En revanche, c'est l'usufruitier qui exerce le droit à l'information et tous les droits patrimoniaux et financiers, tout au moins pour ce qui concerne l'usufruit.

**1023.** *La propriété de l'action nantie.* Dans ce cas, il n'y a pas de difficulté particulière. La propriété des actions reste dévolue au débiteur. C'est lui qui exerce le droit de vote dans les assemblées (article 540 A.U.) et bien évidemment les autres droits patrimoniaux et financiers attachés à l'action.

En principe, le créancier gagiste ne participe pas à la vie sociale. Mais, il a été jugé que pour conserver la valeur des titres nantis, il pouvait agir en responsabilité contre les dirigeants mauvais gestionnaires<sup>(1)</sup>.

### *B. Les obligations*

**1024.** L'obligation est un titre émis en représentation d'un emprunt fait par la société. L'article 779 de l'acte uniforme propose la définition suivante : « Les obligations sont des titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale ».

L'obligataire est donc un créancier. Il s'oppose à l'actionnaire qui est un associé. Mais l'obligataire se distingue également d'un créancier ordinaire pour deux raisons :

---

<sup>(1)</sup> Cass. req., 5 janvier 1903, *D.P.*, 1905, I, p. 118.

- unité de l'emprunt : sa créance n'a pas un caractère individuel : elle n'est que la fraction d'un même emprunt. On dit que les obligations sont des coupures d'une émission globale. Cette unité crée des liens entre les obligataires qui ont les mêmes droits et qui ont intérêt à s'unir pour les défendre ;
- importance de l'emprunt : globalement, l'emprunt obligataire représente une grosse créance. Certains emprunts obligataires sont supérieurs au capital apporté par les actionnaires. Il en résulte que les obligataires sont unis à la société plus profondément qu'un créancier ordinaire. Certes juridiquement l'obligataire reste un créancier ; il a toujours droit au remboursement de la somme prêtée tandis que l'actionnaire ne retrouve son capital que s'il reste un actif net suffisant. Mais, pratiquement, si la société fait de mauvaises affaires, le risque est aussi grand pour l'obligataire que pour l'actionnaire. Et le droit de préférence à l'encontre des actionnaires a d'autant moins d'intérêt pratique que l'emprunt est plus important. Par là, l'obligataire se rapproche beaucoup de l'actionnaire qui, somme toute, ne risque lui aussi qu'un capital limité. On comprend alors que les obligataires aient cherché à intervenir dans la vie de la société, voire à participer en contrepartie de leurs risques à la prospérité de l'entreprise.

**1025.** Pendant longtemps ces divers intérêts n'ont pas été pris en considération par le législateur. La liberté contractuelle donnait aux sociétés le droit d'emprunter comme elles le voulaient ; les émissions d'obligations n'étaient pas réglementées. La protection des obligataires était laissée à l'initiative privée ; et si la pratique unissait les obligataires en groupements qualifiés inexactement de sociétés civiles, ces groupements n'assuraient pas très efficacement la protection des obligataires.

Au début du 20<sup>e</sup> siècle, le législateur commença à se préoccuper de ce problème, et c'est ainsi qu'une loi du 30 janvier 1907 régla l'émission en la soumettant à certaines mesures de publicité. Mais c'est un décret-loi du 30 octobre 1935 relatif à la protection des obligataires qui marqua l'intervention législative la plus importante.

Ce texte, intervenu après la crise économique de 1930 qui avait mis en lumière l'opposition des intérêts en cause, vise à protéger l'épargne publique par la réglementation des émissions, mais aussi entend assurer la protection des obligataires, en conciliant au sein de la société les intérêts souvent opposés des actionnaires et des obligataires, par une organisation collective des obligataires.

**1026.** L'Acte uniforme reprend cette législation en ne lui apportant que des retouches de détail. Envisageant les obligations sous l'angle individuel puis sous

l'angle collectif, nous étudierons successivement : les divers types d'obligations (1) et l'organisation collective des obligataires (2).

### 1. Les divers types d'obligations

**1027.** Le législateur OHADA est resté assez classique. Or, la pratique connaît de plus en plus des obligations qui cherchent à réaliser un compromis entre l'obligation et l'action, notamment les obligations convertibles en actions, les obligations remboursables en action, les obligations échangeables, les obligations à bon de souscription d'action.

#### *a) Les obligations de type classique*

**1028.** On distingue les obligations de type classique pur, les obligations à lots et à primes et les obligations indexées.

**1029. Le type classique pur.** Sous sa forme la plus classique, l'obligation est un titre de créance qui donne droit à un intérêt fixe et au remboursement du seul capital versé.

**1030.** L'émission de ces obligations est subordonnée à un certain nombre de conditions qui sont communes à tous les emprunts obligataires. L'acte uniforme pose trois conditions de fond :

- les obligations ne peuvent être émises que par les sociétés anonymes et les groupements d'intérêt économique constitués de sociétés anonymes ;
- ces sociétés doivent avoir deux années d'existence et avoir établi deux bilans régulièrement approuvés par les actionnaires. Les souscripteurs doivent en effet apprécier la fiabilité de la société avant de s'engager. La loi de 1867 ne prévoyait qu'un délai d'un an. L'acte uniforme est plus rigoureux, à bonne cause, nous semble-t-il. La société doit être bien assise avant de solliciter l'argent des tiers. Cependant, même avant le délai de deux ans, la société demeure libre de recourir à d'autres emprunts notamment bancaires ;
- le capital de ces sociétés doit être entièrement libéré. En effet, si tel n'était pas le cas, la société ayant besoin d'argent, devait s'adresser en premier lieu à ses actionnaires, ceux-là même qui se sont engagés à la financer.

**1031.** Quant à la forme, la décision d'émettre des obligations est prise par l'assemblée générale des actionnaires. L'acte uniforme ne dit pas expressément laquelle. Ce silence est certainement voulu. La détermination de l'assemblée compétente dépendra de la nature des obligations à créer. S'il s'agit des obligations simples, compétence doit être reconnue à l'assemblée générale ordinaire. S'il s'agit par exemple des obligations échangeables ou converti-

bles en actions, compétence doit être accordée à l'assemblée générale ordinaire car leur réalisation entraînera modification du capital social et partant des statuts.

La décision prise, l'assemblée générale des actionnaires peut déléguer le conseil d'administration ou l'administrateur général pour réaliser l'émission d'obligations en une ou plusieurs fois. L'opération doit être bouclée dans un délai de deux ans au plus tard.

- 1032.** Si le placement d'obligations se fait par appel public à l'épargne, la société émettrice doit publier, avant l'ouverture de la souscription, dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales une notice faisant ressortir la situation de la société et les conditions de l'émission.

Elle doit ensuite établir des circulaires informant le public de l'émission d'obligations, des affiches et faire des annonces dans les journaux sur l'opération.

- 1033.** Le législateur n'a cependant pas dit quelle forme revêtiraient les obligations, ni quel serait leur montant minimal. De ce silence, on peut déduire que les obligations peuvent être nominatives ou au porteur. La pratique continuera à fixer leur valeur nominale, comme celle des actions, à 10.000 francs. Mais à la différence des actions, les obligations peuvent être émises au-dessous du pair pour attirer les souscripteurs. Il en est de même des garanties offertes.

- 1034.** En effet, le paiement des intérêts et le remboursement de principal des obligations peuvent être garanti par une sûreté réelle ou personnelle. La décision doit être prise par l'assemblée générale des actionnaires.

En principe, les sûretés sont constituées par la société avant l'émission des obligations dans un acte spécial pour le compte du groupement des obligataires en formation.

Exceptionnellement elles peuvent être constituées postérieurement à l'émission des obligations. Elles sont alors conférées par les représentants légaux de la société, soit sur autorisation de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires; soit si les statuts le prévoient, par le conseil d'administration ou l'administrateur général. Elle sont acceptées expressément par le groupement des obligataires.

Toujours dans le but d'attirer les souscriptions, il peut être inscrit au contrat d'émission une clause de traitement égal par laquelle la société s'engage à faire bénéficier automatiquement les obligataires portant des titres déjà émis des garanties conventionnelles qui seraient accordées lors d'une nouvelle émission. C'est la clause *pari passu*. Elle demeure valable.

- 1035.** Le législateur n'a pas réglementé spécialement le remboursement des obligations. Seul l'art. 784 A.U. relatif au droit des sociétés prévoit que «les obligations» rachetées par la société émettrice et remboursées sont annulées et ne peuvent être remises en circulation». Mais on peut raisonner à partir du droit commun des contrats.

Le remboursement du capital ne peut intervenir par anticipation que si une clause du contrat d'obligation l'a prévu. Il est admis, en effet, que le terme est établi au profit du prêteur comme de l'emprunteur. Si un taux d'intérêt élevé a été convenu, la société pourrait trouver avantageux de rembourser pour emprunter à un meilleur taux; elle ne peut le faire sans l'accord des obligataires. Toutefois, en cas de dissolution anticipée non suivie de fusion ou de scission, la société peut imposer le remboursement des obligataires.

Généralement, le remboursement des obligations est échelonné sur toute la durée du contrat. On dit que la société procède à un amortissement progressif de l'emprunt. Cet amortissement peut se faire par rachat en bourse ou par tirage au sort. Il y a ainsi une différence entre l'amortissement des obligations et celui des actions. Pour les actions, l'amortissement doit porter sur tous les titres de façon uniforme et peut donc ne pas avoir lieu par voie de tirage au sort. Il y a une autre différence: l'obligation rachetée ou amortie perd tous ses droits; elle doit être annulée et ne peut plus être remise en circulation (art. 784 A.u soc.), tandis que l'amortissement des actions laisse subsister une action de jouissance et n'entraîne qu'une diminution des droits de l'actionnaire.

- 1036.** Les obligations à lots et à primes. Ce sont des variétés anciennes d'obligations de type classique.

Les obligations sont dites à lots lorsque certaines d'entre elles, désignées par voie de tirage au sort, seront remboursées avec des lots plus ou moins importants. De telles obligations sont interdites par le législateur OHADA (art. 782 A.U. Société<sup>(1)</sup>).

Les obligations sont dites à prime, lorsque la société s'engage à rembourser à tous les obligataires une somme supérieure à celle qu'ils ont versée. Il ne faut pas les confondre avec les obligations émises au-dessous du pair. Mais l'on peut combiner l'émission au-dessous du pair avec la prime de remboursement. Une obligation au nominal de 10.000 F CFA sera émise à 9.800 F CFA et remboursée à 10.5000 F CFA.

---

<sup>(1)</sup> En droit français, l'émission de ces obligations est soumise à autorisation (art. 292) de la loi du 24 juillet 1966.

Aujourd'hui, ces obligations sont à prime croissante; elles combinent la prime et le tirage au sort. Chaque année on rembourse une certaine quantité d'obligations; la prime croît avec la période de temps pendant laquelle l'obligataire a prêté de l'argent. On veut pallier les risques de dévaluation. Dans cette situation l'obligataire a avantage à être remboursé au début d'une période. Malgré cela, l'obligation à prime croissante n'est pas expressément interdite par le législateur OHADA<sup>(1)</sup>.

Quelle est la nature juridique des lots et des primes? Au regard de la société c'est une charge d'intérêt supplémentaire. Au regard des obligataires, les primes et les lots sont des accroissements du capital; ils profitent au nu-propriétaire et non à l'usufruitier.

- 1037.** Les obligations indexées. Elles n'ont pas fait l'objet d'une affirmation de validité ni d'une réglementation particulière. Il faut leur appliquer les règles du droit commun. La question se rattache à un problème qui a été fort débattu: les clauses d'indexation sont-elles valables dans les prêts d'argent?

La Cour de cassation française s'est prononcée catégoriquement pour la validité de clauses d'échelle mobile dans les prêts d'argent en un arrêt qui fut très remarqué car il fut rendu sur des conclusions contraires du procureur général<sup>(2)</sup>.

Mais, depuis, le législateur a limité les possibilités d'indexation par deux ordonnances du 30 décembre 1958 (art. 79) et du 4 février 1959 (art. 14). Il en résulte que l'on ne peut choisir comme indices que des indices se rapportant à l'objet du contrat ou à l'activité des parties. S'agissant d'un contrat dont l'objet est un prêt d'argent, il ne reste que l'activité des parties. Et dans un emprunt obligatoirement, on voit mal comment l'on retiendrait l'activité des prêteurs par hypothèse très diverse. Seule l'activité de la société pourra finalement fournir l'élément d'indexation.

Il n'en reste pas moins qu'il est fort probable que l'administration des finances s'oppose à leur émission.

#### *b) Les obligations convertibles en actions*

- 1038.** Leur but est de permettre aux obligataires de bénéficier d'une hausse des actions de la société, due à la prospérité des affaires sociales ou à la dévaluation monétaire, tout en pouvant échapper à la baisse des actions en ne demandant pas la conversion et en conservant leur qualité d'obligataires.

<sup>(1)</sup> En droit français, elle n'est soumise à aucune autorisation spéciale d'émission.

<sup>(2)</sup> Civ., 25 juin 1957, *JCP*, 1957, II, 10.098bis.

Les obligations convertibles en actions faisaient l'objet, dans la plupart des Etats OHADA, du décret n° 53-811 du 3 septembre 1953 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 53-148 du 25 février 1953 relatif à l'émission des obligations convertibles au gré des porteurs.

En application des dispositions transitoires de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés et du groupement d'intérêt économique, ce texte continue de régir la matière en ce qu'il contient de compatible avec les nouveaux textes<sup>(1)</sup>. L'émission de ce type d'obligations est ouverte à toutes les sociétés anonymes à l'exception des sociétés dont l'Etat détient plus de la moitié du capital social lorsque sa participation a été prise en vertu d'une loi particulière (article 1<sup>er</sup> du décret précité).

Le titulaire de l'obligation bénéficie, par cette technique, de la faculté de convertir son titre à l'échéance en une action représentant une quote-part du capital de la société émettrice. Obligataire au départ, il devient actionnaire à l'arrivée.

La technique des obligations convertibles connaît deux variantes :

- les obligations convertibles en actions à un moment donné : dans ce cas, il est stipulé dans le contrat d'émission que l'obligataire aura l'option entre conserver son titre et le convertir en action pendant un délai donné et ce, à l'expiration d'une période courant à partir de la date d'émission de l'obligation ;
- les obligations convertibles en actions à tout moment : dans ce cas, l'option de conversion devra être levée à tout moment.

Pour protéger les droits de l'obligataire, certaines opérations sont interdites à la société émettrice : amortissement du capital, réduction de capital par voie de remboursement, distribution des réserves en espèces ou en titres, modification de la répartition des bénéfices<sup>(2)</sup>.

**1039.** L'émission d'obligations convertibles en actions s'analyse pour la société en une augmentation éventuelle du capital puisque, dans toute la mesure où les obligataires opteront pour la conversion, il y aura finalement augmentation du capital. C'est pourquoi l'émission est subordonnée à un accord de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires. Ceux-ci bénéficiant d'un droit préférentiel de souscription aux actions émises en augmentation d'un capital, ce droit est reporté sur les obligations convertibles. Si l'on veut que

<sup>(1)</sup> *En ce sens, Mémento Droit des Sociétés commerciales et du G.I.E. OHADA*, Price Waterhouse Coopers, précité, n° 1093, p. 299.

<sup>(2)</sup> Il est à noter qu'en droit français, dans lequel les actions sans droit de vote sont admises à la différence du droit OHADA, cette dernière interdiction est inopérante si les actions à émettre sont à dividendes prioritaires sans droit de vote.

les obligations puissent être librement souscrites par toutes personnes ou par certaines personnes non actionnaires, il convient que par une délibération spéciale, l'assemblée générale extraordinaire renonce au droit préférentiel de souscription des actionnaires.

L'assemblée doit délibérer au vu d'un rapport spécial du conseil d'administration et d'un rapport spécial des commissaires aux comptes qui doivent donner leur avis sur les bases de conversion proposées.

La conversion ne peut jamais être imposée aux obligataires. Elle demeure toujours une faculté individuelle. L'obligataire se décidera librement en fonction de l'intérêt que présentera pour lui la conversion; intérêt qui sera lié à l'évolution du cours des actions et aux bases de conversion qui doivent être fixées lors de l'émission. Celles-ci sont établies d'après la valeur des actions à ce moment et le montant nominal des obligations<sup>(1)</sup>.

#### *c) Les obligations échangeables en actions*

- 1040.** Le but recherché est, d'une part, de permettre l'échange des obligations pendant toute la durée du contrat d'obligation depuis le jour de l'émission jusqu'à l'échéance et même quelque temps après l'échéance, d'autre part, de conserver à la société une plus grande liberté financière.

Le moyen utilisé est le suivant: la société émet simultanément les obligations et les actions qui serviront à l'échange. Ces actions sont souscrites par «tiers souscripteur», qui doit être une banque ou une personne ayant des cautions bancaires.

Le tiers souscripteur s'engage à effectuer l'échange à tout moment et à souscrire aux augmentations de capital relatives aux actions qu'il détient. Une convention qui le lie à la société précise dans quelles conditions il est remboursé soit des obligations échangées soit des actions n'ayant pas donné lieu à échange; elle fixe aussi sa rémunération.

Les modalités de l'échange, du reste facultatives pour l'obligataire, sont déterminées dans le contrat d'émission.

#### *d) Les obligations à bon de souscription d'actions*

- 1041.** Les obligations à bon de souscription d'actions (O.B.S.A.) sont des titres émis avec un bon donnant droit de souscrire des actions de la société émettrice. Il y a donc deux produits financiers en un.

---

<sup>(1)</sup> Par exemple, si les actions valent 15.000 F CFA et les obligations émises à 30.000 F CFA, une obligation permettra d'obtenir deux actions.

Le bon est émis avec l'obligation<sup>(1)</sup>. Mais, il peut être détaché de celle-ci et être l'objet d'une cession distincte.

Les bons de souscription ne sont pas définis dans l'Acte uniforme: en revanche, les droits des titulaires des bons de souscription sont protégés par une infraction spécifique prévue à l'article 894 de l'A.U. Soc.

Les obligations à bon de souscription doivent être distinguées d'une opération voisine, les obligations à warrant, qui sont simplement des obligations donnant droit de souscrire d'autres obligations revêtant les mêmes caractéristiques.

### *e) Les obligations remboursables en actions*

- 1042.** Ces obligations, au lieu d'être remboursées en numéraire, sont remboursées obligatoirement et exclusivement en actions. Le titulaire est bien obligataire au départ<sup>(2)</sup>, mais à la fin de l'opération, il devient actionnaire. Le caractère obligataire de la mutation de l'obligataire en actionnaire, permet de faire la différence avec les obligations convertibles dans lesquelles le prêteur a à l'échéance, le choix entre le remboursement en numéraire et la conversion en actions.

## **2. L'organisation collective des obligataires**

- 1043.** La qualité particulière des obligataires explique les limites des droits individuels et l'organisation des droits collectifs. Aux termes de l'article 813 de l'A.U., les obligataires ne peuvent exercer de contrôle individuel sur les opérations de la société ou obtenir communication des documents sociaux; ils ont seulement le droit, à leur frais, d'obtenir auprès de la société copie des procès-verbaux et des feuilles de présence des assemblées d'obligataires du groupement dont ils font partie. En revanche, l'Acte uniforme organise minutieusement la défense des intérêts collectifs des obligataires.

- 1044.** Les intérêts communs des obligataires ont depuis longtemps incité les banques chargées du placement des obligations auprès de leurs clients, à assurer leur défense commune par la création de groupements qualifiés de sociétés civiles. Lors de la souscription, les banques faisaient signer au souscripteur une adhésion à la société civile des obligataires.

Ce système avait donné lieu à quelques excès car, avec la complicité des banques, les sociétés émettrices détournaient parfois au profit de leurs inté-

<sup>(1)</sup> Ce qui permet de le distinguer du bon dit «sec» ou «autonome», émis par une société et conférant le droit de souscrire des actions (ou des certificats d'investissement). Il n'est donc pas rattaché à une autre valeur mobilière.

<sup>(2)</sup> Com., 13 juin 1995, *Rev. soc.*, 1995, p. 736, note P. DIDIER.

rêts les pouvoirs confiés au groupement des obligataires. Il suffisait qu'elles eussent réussi à faire contrôler le groupement par des personnes dévouées.

Un décret-loi du 30 octobre 1935 a imposé une organisation collective destinée à mieux assurer la défense des intérêts des obligataires. Le souci des droits individuels est certain et se traduit par une stricte délimitation des pouvoirs accordés à la majorité. Les articles 785 à 821 de l'acte uniforme reprennent ces dispositions avec de très légères modifications.

Les obligataires d'une même émission sont groupés en une masse à laquelle l'article 785 confère la personnalité morale.

Il y a autant de masses différentes que d'emprunts obligataires émis par la société<sup>(1)</sup>.

### *C. Les parts de fondateurs*

- 1045.** Ce sont des titres négociables qui donnent droit à une part des bénéfices, sans représenter un capital. Elles sont attribuées à des personnes qui ont rendu ou rendent des services à la société. Elles sont un moyen de rémunérer l'apport en industrie qui ne peut pas l'être par des actions.

Elles ont été souvent émises lors de la constitution de la société au profit des fondateurs. De là, leur nom. Mais elles pouvaient être créées au cours de la vie sociale par une modification des statuts. Certains les appellent alors parts bénéficiaires.

La première émission a été faite en 1858 par la « Société universelle du canal de Suez ». Cet exemple a été suivi par de nombreuses sociétés. On a vite constaté des abus : les parts ont été attribuées en échange de services d'une valeur discutable, ou difficiles à chiffrer, ou illicites. Certains ont créé des sociétés avec des parts de fondateur très avantageuses attribuant jusqu'à 75% des bénéfices ; puis se sont empressés de revendre ces titres avant que la société n'ait périclité.

Pour ces raisons, l'on a depuis longtemps proposé d'interdire les parts de fondateurs. C'est le parti qui a été choisi par le législateur OHADA<sup>(2)</sup>.

Les parts émises avant le 1<sup>er</sup> janvier 1998 conservent leur valeur et sont soumises au régime prévu par la loi du 23 janvier 1929. Cette loi témoignait déjà d'une certaine hostilité contre les parts qui s'est manifestée dans l'or-

<sup>(1)</sup> Sur l'organisation et les prérogatives des assemblées d'obligataires, voy. *supra*, N° 519.

<sup>(2)</sup> Est-ce à dire qu'il ne sera plus possible d'avantager les fondateurs ou d'accorder des droits particuliers à ceux qui rendraient des services à la société ? Le moyen pourra être fourni par les actions privilégiées qui risquent de prendre le relais des parts de fondateurs. La seule différence est que le bénéficiaire de ces avantages aura dû faire un apport minimum de 100 F.

ganisation collective des porteurs conçue moins dans leur intérêt propre que dans celui des actionnaires.

### 1. Le régime des parts de fondateurs

- 1046.** Les parts de fondateurs dont la création est désormais interdite étaient déjà prohibées dans certaines sociétés où l'on craignait tout particulièrement la rémunération de services illicites : sociétés de presse (ord. 26 août 1944 art. 6), sociétés d'investissement chargées de gérer un portefeuille de valeurs mobilières (ord. 2 novembre 1945 art. 7).

#### *a) Les droits des porteurs de parts*

- 1047.** L'on s'est interrogé sur la nature juridique des parts de fondateurs.

Certains estimaient que les porteurs de parts étaient des associés car ils percevaient des bénéfices en contrepartie d'un apport en industrie. Mais la majorité des auteurs les considéraient comme de simples créanciers de bénéfices éventuels.

La loi du 23 janvier 1929 a cru devoir prendre parti dans cette controverse. L'article 1<sup>er</sup> alinéa 2 indique que les parts de fondateur ne confèrent pas à leurs propriétaires la qualité d'associés, mais peuvent leur attribuer, à titre de créance sur la société, des bénéfices fixes ou proportionnels.

- 1048.** Cependant, il faut observer que les droits des porteurs de parts sont liés à la prospérité de la société. Sans être actionnaires, la valeur de leurs droits est, comme pour les actionnaires, fonction des bénéfices réalisés. Cela explique qu'on leur ait accordé un certain droit d'intervention dans la vie sociale. Mais ce droit est exercé collectivement.

- 1049.** Individuellement, les porteurs de parts ont deux droits :

- le droit de négocier leur titre ; les parts de fondateurs sont représentées par des titres négociables qui peuvent être nominatifs ou au porteur ;
- le droit à une fraction des bénéfices ; cette fraction est déterminée librement par les statuts.

Les statuts peuvent limiter les droits des porteurs aux bénéfices qui sont distribués annuellement à l'exclusion des bénéfices mis en réserve.

Les statuts peuvent à l'inverse étendre le droit des porteurs aux bénéfices mis en réserve. Au jour de la liquidation, les porteurs de parts participeront au partage du boni de liquidation.

Très souvent, les statuts ne précisent pas si la fraction porte sur les bénéfices distribués ou sur les bénéfices réalisés. On estime que le droit porte alors sur tous les bénéfices, donc même sur les bénéfices mis en réserve.

Ce droit des porteurs de parts sur les bénéfices est souvent une source de conflit avec les actionnaires lorsque ceux-ci veulent constituer ou distribuer des réserves.

- 1050.** Supposons que les actionnaires veuillent constituer une réserve qui n'est ni imposée par la loi ni prévue aux statuts.

Si les porteurs de parts ont un droit sur tous les bénéfices réalisés, ils ne peuvent pas se plaindre de la mise en réserve des bénéfices puisque leurs bénéfices sont maintenus par un droit dans les réserves.

Mais si les porteurs de parts ont droit seulement aux bénéfices distribués, la constitution de réserves risque de les priver de leurs droits. On pourrait penser que la décision des actionnaires n'est pas opposable aux porteurs de parts.

La jurisprudence estime cependant que la constitution d'une réserve est toujours opposable aux porteurs de parts lorsqu'elle s'analyse en une mesure d'utile gestion de la société.

- 1051.** Supposons aussi que les actionnaires veuillent distribuer une réserve. Les porteurs de parts vont-ils participer à la distribution? La question ne se pose pas lorsque les réserves sont constituées par des sommes revenant aux seuls actionnaires: les porteurs de parts n'ont aucun droit. Il en est ainsi lorsque la réserve est constituée par une prime d'émission; ce n'est pas une véritable réserve: elle n'est pas constituée avec des bénéfices.

A l'inverse, les porteurs de parts qui ont des droits sur tous les bénéfices peuvent exiger de participer à la distribution de la réserve constituée avec des bénéfices. Il en est ainsi même lorsque la réserve est incorporée au capital, car cette opération équivaut à une distribution au profit des actionnaires.

La présence des porteurs de parts est donc une gêne considérable lorsque la société veut consolider son autofinancement en incorporant les réserves au capital. Elle devait distraire une partie de ces réserves pour fournir les droits des porteurs<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> En droit français, l'article 8*bis* de la loi du 23 janvier 1929, ajouté en 1966, permet de lever cette hypothèque. Les porteurs de parts sont invités à donner leur accord à l'opération et leur assemblée peut accepter un dédommagement forfaitaire. A défaut d'approbation, la fraction de réserve leur revenant peut être affectée à un fonds spécial auquel ils auront droit à la dissolution de la société. Ainsi, la société conserve la disposition de ses réserves comme si elles avaient été intégralement incorporées. Le droit des porteurs se trouve reporté à la liquidation. En compensation, la loi leur attribue sur ce fonds spécial un premier dividende comparable à celui des actionnaires.

*b) La suppression des parts*

**1052.** Elle peut se réaliser par deux moyens : le rachat et la conversion.

La loi de 1929 a eu pour objet de les faciliter en permettant à la majorité des porteurs de les accepter pour le compte de tous.

**1053. Rachat et conversion amiables.** Le rachat n'a pas été réglementé. Si les statuts prévoient le rachat, ils en précisent les conditions financières. Il faudra alors appliquer les statuts. Si les titres sont cotés en bourse, le rachat se fera en général, d'après la valeur moyenne du titre en bourse pendant une période déterminée, par exemple deux ans. Si les titres ne sont pas cotés en bourse, on procède à une capitalisation des dividendes pendant quelques années, par exemple pendant les trois ou quatre dernières années.

Si le rachat n'a pas été prévu par les statuts, l'assemblée des porteurs devra accepter le rachat et ses modalités.

**1054.** La conversion des parts en actions est prévue à l'article 8 de la loi de 1929.

Elle a pour conséquence une augmentation de capital et ne peut se réaliser qu'avec des réserves sociales qui constitueront ce nouveau capital.

**1055. Rachat et conversion imposés par la société.** Vingt ans après la création des parts, la société peut exiger leur rachat ou leur conversion en actions (L. 1929 art. 8<sup>ter</sup>). Il suffit d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires. Il n'est pas besoin de consulter les porteurs de parts. Le prix de rachat ou le taux de conversion est déterminé par voie d'expertise.

**2. L'organisation collective des porteurs de parts**

**1056.** Elle a été conçue davantage dans l'intérêt de la société que pour la protection des droits individuels des porteurs de parts. Il en résulte que les prérogatives de la masse sont ici beaucoup plus étendues.

Sous cette réserve importante, le système est analogue à celui mis en place pour protéger les obligataires. Les porteurs de parts sont groupés en une masse. Il y a autant de masse que de catégories distinctes de parts.

*a) Organisation de la masse*

**1057.** Elle est comparable à celle de la masse des obligataires.

**1058. Les représentants de la masse.** La masse peut désigner un ou plusieurs mandataires révocables. Ces représentants de la masse exercent les droits de la masse et exécutent les décisions de la masse (loi 1929, article 11).

Comme différence avec les représentants de la masse des obligataires, on peut seulement noter que les représentants de la masse des porteurs de parts n'ont pas le pouvoir de convoquer l'assemblée de la masse.

- 1059.** *L'assemblée de la masse.* Elle peut être convoquée de deux façons: par la société qui a émis les parts ou par un groupe représentant 1/20<sup>e</sup> des porteurs de parts avec l'autorisation du président du tribunal de commerce du siège de la société (loi de 1929 article 2). La convocation se fait par insertion par une insertion dans un journal d'annonces légales (article 3 de la loi de 1929) ou dans tout support de publicité prévu par l'article 257 de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés.

Tout porteur de parts a le droit de participer à l'assemblée et d'y voter. Aucun vote plural n'est admis.

La majorité et le quorum sont toujours les mêmes. La majorité est des deux tiers des voix des porteurs présents ou représentés. Le quorum est à deux degrés: dans la première assemblée, il est de la moitié, dans la seconde assemblée, il est du tiers. Ce dernier quorum est toujours exigé.

*b) Les pouvoirs de la masse*

- 1060.** La masse des porteurs de parts a des pouvoirs plus étendus que la masse des obligataires. Les décisions sont de deux sortes:
- 1061. Les décisions relatives à la société émettrice.** La société émettrice est susceptible de prendre des décisions qui, indirectement, vont porter atteinte aux droits des porteurs des parts. Aussi, certaines doivent avoir l'accord de l'assemblée des porteurs de parts (loi du 23 janvier 1929 articles 9 et 10).
- 1062.** *Modification de l'objet ou de la forme de la société émettrice.* L'approbation de l'assemblée des porteurs de parts est indispensable. La société ne peut pas passer outre.
- 1063.** *Dissolution anticipée de la société.* Certains actionnaires avaient utilisé un moyen commode quoique coûteux pour se débarrasser des parts de fondateurs: dissoudre la société puis la reconstituer aussitôt sans les parts de fondateurs. Les tribunaux avaient accordé des dommages-intérêts aux porteurs de part victimes de cette opération. La loi de 1929 (art. 10) soumet la dissolution anticipée à l'approbation de la masse. Toutefois, les actionnaires peuvent passer outre au refus de l'assemblée des porteurs de parts qui ont seulement la possibilité d'intenter une action en dommages-intérêts dans les six mois qui suivent la dissolution.

**1064. Les décisions relatives au régime des parts de fondateur.** L'assemblée peut prendre toutes décisions relatives aux droits de porteurs de parts. Il n'y a qu'une limite: l'abandon pur et simple, sans contre-partie, des droits des porteurs.

L'assemblée peut accepter le rachat à un juste prix, la conversion soit en actions, soit en obligations, une réduction des droits des porteurs<sup>(1)</sup>.

## §2. Les variations du capital social

**1065.** Il s'agit ici d'un ensemble d'opérations qui portent sur les actions. A l'exception de l'augmentation du capital, toutes ces opérations ne faisaient l'objet dans la plupart des Etats parties d'aucune réglementation particulière. L'Acte uniforme OHADA est venu combler cette lacune.

Le législateur est allé jusqu'à interdire purement et simplement certaines opérations portant sur les actions. Il en est ainsi dans deux cas, l'un absolu, l'autre relatif:

- en premier lieu, il est désormais interdit à toute société anonyme de prendre en gage ses propres actions, directement ou par l'intermédiaire d'une personne agissant en son nom mais pour le compte de la société; cette interdiction ne s'applique pas cependant aux entreprises de crédit pour lesquelles les gages sont des opérations courantes; à titre transitoire, il est accordé un délai d'un an aux sociétés qui avaient pris en gage leurs propres actions pour les restituer à leurs propriétaires. Le délai est porté à deux ans si le transfert en gage à la société résultait d'une transmission de patrimoine à titre universel ou d'une décision de justice. Tout contrat de gage poursuivi en violation de ces prescriptions est nul de plein droit. Il doit en aller de même de la conclusion du contrat désormais;
- en second lieu, il est interdit en principe à la société anonyme de souscrire ou d'acheter ses propres actions, soit directement, soit par personne interposée; de même ne peut-elle accorder des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté en vue de la même opération.

Exceptionnellement, dans le cadre de la promotion de l'actionnariat salarié, la société peut acquérir un certain nombre de ses actions pour les attribuer à ses employés. De même, dans le cadre d'une réduction du capital, la société peut acquérir un nombre déterminé de ses actions pour les annuler.

**1066.** Dans l'ensemble, il s'agit d'un certain nombre de mesures visant la transparence dans les affaires. C'est dans le même registre qu'il faut inscrire les opé-

---

<sup>(1)</sup> En cas d'augmentation de capital, les porteurs peuvent renoncer à leurs droits dans les réserves ou accepter la réduction de leur pourcentage sur les bénéfices.

rations d'augmentation, de réduction et d'amortissement du capital auxquelles le législateur OHADA a apporté une attention particulière.

### *A. L'augmentation du capital*

- 1067.** Elle fait l'objet d'une réglementation assez fournie dans l'Acte uniforme (articles 562 à 626). Pratiquement, elle est l'opération sur capital la plus courante. Elle était déjà envisagée par certaines dispositions de la loi du 24 juillet 1867 (notamment les articles 1<sup>er</sup> et 4), mais surtout par les dispositions du décret du 8 avril 1935 et la loi du 4 mars 1943.

Pour l'essentiel, le législateur africain reprend l'ensemble de cette législation et la complète. Si le principe de l'augmentation du capital n'a jamais fait difficulté, les techniques ont varié dans le temps.

#### **1. Le principe**

- 1068.** Il appartient à la société de juger de l'opportunité d'une augmentation du capital. Le législateur ne pose qu'une restriction à cette liberté: le capital social doit être intégralement libéré avant toute émission d'actions nouvelles à libérer en numéraire, à peine de nullité de l'opération. La même exigence a été rencontrée à propos de l'émission des obligations<sup>(1)</sup>. La raison est logique. Si la société a besoin d'argent, elle doit d'abord en appeler à ses associés qui n'ont pas entièrement réalisé leurs obligations souscrites de financement de la société. Ce n'est qu'après qu'elle peut solliciter de nouveaux financements.

Il faut cependant remarquer que l'exigence n'est pas de mise si l'augmentation du capital doit s'opérer par apport en nature. Elle peut cependant aboutir à une rupture de l'égalité entre actionnaires.

- 1069.** La décision d'augmenter le capital est de la compétence exclusive de l'assemblée générale extraordinaire car elle emporte modification des statuts. La décision est prise à l'unanimité lorsque l'augmentation a lieu par majoration du montant nominal des actions sans incorporation des réserves, bénéfiques ou primes d'émission. Il s'agit en effet d'augmenter les engagements des actionnaires et le consentement de chacun d'entre eux est nécessaire. Lorsque l'augmentation a lieu par incorporation des réserves, bénéfiques ou primes d'émission, l'assemblée statue aux conditions de quorum et de majorité d'une assemblée générale ordinaire<sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Cf. *supra*, n° 1021.

<sup>(2)</sup> Cf. *supra*, n° 947.

Pour leur permettre de prendre une décision utile, les actionnaires doivent être éclairés par deux rapports; un du conseil d'administration ou de l'administrateur général selon les cas, l'autre du commissaire aux comptes. En aucun cas le conseil d'administration ou l'administrateur général ne peut se substituer à l'assemblée générale pour exercer cette prérogative. Toute clause qui enfreindrait cette prescription serait réputée non écrite.

L'augmentation de capital doit être réalisée dans un délai de trois ans, et non plus de cinq comme le prévoyait l'article 6 de la loi du 4 mars 1943. Ce délai court à compter de l'assemblée générale qui a décidé ou autorisé l'augmentation. Ce délai correspond à celui qui est également prévu pour la libération des actions en cas de constitution de la société (article 389 alinéa 2). Nous pensons néanmoins que l'augmentation de capital obéit à une logique différente: l'entreprise a immédiatement besoin d'argent. Si tel n'était pas le cas, elle n'aurait pas envisagé l'augmentation du capital. Le délai à notre sens apparaît trop long.

- 1070.** Mais si le conseil d'administration ou l'administrateur général ne peut décider de l'augmentation du capital, l'assemblée générale conserve la latitude de déléguer à un de ces organes les tâches d'exécution, de mise en œuvre de l'augmentation décidée.

A cet effet, plusieurs techniques, d'ailleurs arrêtées par l'assemblée générale, permettent de réaliser l'opération envisagée.

## 2. La réalisation

- 1071.** Il résulte de l'article 562 de l'Acte uniforme que l'augmentation du capital peut être réalisée soit par apports extérieurs à la société, soit par incorporation de certains de ses avoirs.

### *a) Augmentation par apports extérieurs*

- 1072.** Le capital social est augmenté par émission d'actions nouvelles. Il peut s'agir soit d'actions de numéraire, soit d'actions d'apport.

- 1073. Augmentation par création d'actions de numéraire.** C'est l'hypothèse la plus intéressante pour la société anonyme. Il s'agit en effet de trouver de l'argent frais pour redynamiser son activité. Mais c'est également l'hypothèse qui pose le plus de problèmes. Pour sauvegarder le droit des anciens actionnaires, le législateur impose aux nouveaux une prime d'émission en même temps qu'il reconnaît aux anciens un droit préférentiel de souscription d'actions émises.

**1074.** Le droit préférentiel de souscription s'entend du droit dont dispose les actionnaires proportionnellement au montant de leurs actions d'acquérir de nouvelles actions émises dans le cadre de l'augmentation. Ce droit est irréductible et d'ordre public en ce sens que toute clause contraire est réputée non écrite. A titre réductible, les anciens actionnaires peuvent également souscrire des actions nouvelles lorsque, par suite de renonciation, de négligence ou pour tout autre motif, la souscription nouvelle n'a pas été épuisée par l'exercice des droits irréductibles. Mais il faut pour cela une décision expresse de l'assemblée générale.

Les actionnaires ont en effet la possibilité de renoncer à leur droit préférentiel de souscription au profit des personnes dénommées ou sans indication de bénéficiaire. Plus rarement, leur droit préférentiel de souscription peut être supprimé soit pour la totalité de l'augmentation, soit pour une ou plusieurs tranches de cette augmentation de capital. C'est une décision grave qui ne peut être prise que par l'assemblée générale qui décide ou autorise l'augmentation.

Sous le régime antérieur, le délai accordé aux actionnaires pour exercer leur droit préférentiel de souscription ne pouvait jamais être inférieur à quinze jours<sup>(1)</sup>. L'Acte uniforme le porte à vingt jours et fixe le point de départ à la date d'ouverture de la souscription. Ce délai peut même être clos par anticipation lorsque tous les droits de souscription à titre irréductible et, le cas échéant, à titre réductible ont été exercés ou que l'augmentation a été intégralement souscrite.

Si de nouveaux actionnaires sont appelés à participer à l'augmentation du capital, ils doivent payer, le cas échéant, en plus de la valeur nominale de l'action, une prime d'émission.

**1075.** Cette prime s'entend d'un droit d'entrée à payer par les nouveaux actionnaires. Elle est destinée à compenser la différence entre la valeur nominale et la valeur vénale des anciennes actions. En effet, c'est en fonction de cette valeur que doit être fixé le montant de nouvelles actions afin que les nouveaux ne profitent sans bourse délier des réserves et autres bénéfices qui auraient été accumulés entre-temps par la société.

Le fait de la coexistence du droit préférentiel de souscription des anciens actionnaires et l'exigence de nouveaux actionnaires d'une prime d'émission a été critiqué<sup>(2)</sup>. Il n'en a pas moins été maintenu par le législateur OHADA. La prime d'émission doit même être payée en totalité lors de la souscription

---

<sup>(1)</sup> Cf. art. 1<sup>er</sup>, al. 2 du décret loi du 8 août 1935.

<sup>(2)</sup> GUYON (Y.), *op. cit.*, p. 449, n° 432.

alors que la valeur nominale des actions peut seulement être acquittée du quart, le reste devant intervenir dans un délai de trois ans.

- 1076.** Les formalités d'augmentation du capital par apports en numéraire sont presque identiques à celles déjà décrites lors de la constitution de la société<sup>(1)</sup>.

Notamment, six jours au moins avant la date d'ouverture de la souscription, les actionnaires sont informés de l'émission d'actions nouvelles et de ses modalités par un avis porté à leur connaissance par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Suivent l'établissement des bulletins de souscription, la libération des fonds, l'établissement de la déclaration notariée de souscription et de versement puis le retrait des fonds. Il faut seulement signaler que le retrait de fonds a lieu, non pas après l'inscription modificative du capital social au registre du commerce et du crédit mobilier, mais plutôt après la déclaration notariée de souscription et de versement. Il est effectué par le mandataire de la société sur présentation au dépositaire de cette déclaration notariée. En effet, s'agissant d'une augmentation de capital réalisée par une société dont la santé financière paraît relativement satisfaisante, on peut se montrer moins rigoureux qu'en cas de constitution d'une société.

Comme en matière de constitution de société, tout souscripteur a le droit, six mois après le versement des fonds, de demander en référé au président de la juridiction compétente la nomination d'un mandataire chargé de retirer les fonds pour les restituer aux souscripteurs, sous la déduction de ses frais de répartition si, à cette date, l'augmentation du capital n'est pas réalisée. Il s'agit en effet de lutter contre la thésaurisation et la malhonnêteté. Ces dangers sont en principe exclus lorsque l'augmentation du capital se fait par apports en nature.

- 1077. Augmentation par création d'actions d'apport.** Ces actions rémunèrent soit des apports en nature, soit la stipulation d'avantages particuliers. Les souscripteurs de l'augmentation étant en général déjà connus, il n'existe pas au profit d'anciens actionnaires de droit préférentiel de souscription. Pareillement, il n'est pas nécessaire que le capital initial ait été entièrement libéré. Mais en revanche, le droit d'entrée de nouveaux actionnaires dans la société sera représenté par une prime d'apport qui viendra s'ajouter à la valeur nominale des anciennes actions, lorsque la société aura constitué des réserves.

---

<sup>(1)</sup> Cf. *supra*, n<sup>os</sup> 864 et s.

- 1078.** Cela étant, comme en matière de constitution de sociétés, lorsqu'il y a apports en nature ou stipulation d'avantages particuliers, l'augmentation du capital passe par trois étapes.

La première assemblée générale extraordinaire décide de l'augmentation du capital et de ses différentes modalités. Elle délègue les organes dirigeants pour la réaliser. Le conseil d'administration ou alors l'administrateur général désigne un commissaire aux apports qui apprécie, sous sa responsabilité, la valeur des apports en nature et des avantages particuliers. Son rapport, déposé huit jours au moins avant, est soumis à une nouvelle assemblée générale extraordinaire. Si celle-ci approuve l'évaluation, l'augmentation du capital est réalisée. Dans le cas contraire, notamment lorsque des modifications sont portées à l'évaluation, l'avis de l'apporteur est requis. S'il refuse d'accepter la modification, l'augmentation n'est pas réalisée.

Comme lors de la constitution de la société, les actions d'apport sont intégralement libérées dès leur émission. Parfois, l'augmentation du capital est réalisée à travers un simple jeu d'écriture comptable. Il en est ainsi lorsque l'augmentation est réalisée par incorporation de créances, réserves ou bénéfices.

*b) Augmentation par incorporation de créances, réserves, bénéfiques ou primes d'émission*

- 1079.** Il résulte de l'alinéa 2 de l'art. 562 de l'Acte uniforme que l'augmentation du capital peut se faire «soit par compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles sur la société, soit par incorporation des réserves, bénéfiques ou primes d'émission».

A la différence du texte français<sup>(1)</sup>, le texte africain ne vise pas expressément l'hypothèse d'augmentation par conversion d'obligations en actions. Il ne l'exclut pas non plus. Plus prosaïquement, les obligations représentent des créances particulières, mais des créances tout de même, que le titulaire a sur la société. Elles peuvent donc être compensées par voie d'augmentation du capital. La compensation peut porter indistinctement sur les créances ordinaires ou alors obligataires. L'essentiel, dans la dernière hypothèse, est que l'échéance de remboursement soit arrivée. Si l'éventualité avait été prévue au contrat d'émission, les obligations peuvent être converties en actions.

- 1080.** L'augmentation du capital par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission suppose une renonciation des actionnaires à se prévaloir, au

<sup>(1)</sup> Art. 178, al. 2 de la loi du 24 juillet 1966.

moins en partie, de leur droit sur ces avoirs économisés par la société. En contre partie, ils bénéficient :

- soit d'une élévation de la valeur nominale de leurs actions. Dans ce cas aucune action nouvelle n'est créée ;
- soit d'attribution d'actions gratuites proportionnellement au droit qu'ils avaient sur ces sommes. C'est cette seconde option qui est prisée car il est plus facile de négocier plusieurs actions d'un petit montant nominal qu'un nombre moindre mais d'un montant nominal plus élevé.

**1081.** Il peut même arriver que l'augmentation de capital se fasse en partie en numéraire, donc par apports nouveaux, et en partie par incorporation des réserves, bénéfices ou primes d'émission. Dans ce cas, les actions souscrites en numéraire doivent être intégralement libérées lors de la souscription. (article 606 de l'Acte uniforme).

Plus rarement, l'augmentation du capital intervient à la suite d'une réduction du même capital. C'est le fameux « coup d'accordéon ».

### *B. La réduction du capital*

**1082.** La réduction du capital ne faisait jusque là dans les Etats parties de l'OHADA qui n'ont pas légiféré sur la question depuis l'indépendance, l'objet d'aucune réglementation<sup>(1)</sup>. La matière était régie par la pratique qu'inspirait un droit prétorien inachevé. L'Acte uniforme pose désormais des règles claires devant régir la question.

La plus importante est celle de l'égalité des actionnaires. En aucun cas la réduction ne saurait y porter atteinte sauf consentement exprès des actionnaires défavorisés. C'est en quelque sorte l'envers du droit préférentiel de souscription des anciens actionnaires en cas d'augmentation du capital. Cette règle guide aussi bien la prise de décision que la mise en œuvre de la réduction.

#### **1. La décision de réduction**

**1083.** Elle relève de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire qui statue au vu d'un rapport du commissaire aux comptes.

En effet, le projet de réduction doit être communiqué par les dirigeants au commissaire aux comptes 45 jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale extraordinaire qui décide ou autorise la réduction du capital.

---

<sup>(1)</sup> C'est notamment le cas du Cameroun.

Celui-ci doit présenter à l'assemblée générale extraordinaire un rapport dans lequel il apprécie les causes et les conditions de la réduction projetée. Si l'assemblée estime la réduction opportune, elle vote une délibération en ce sens. Elle peut alors déléguer au conseil d'administration ou à l'administrateur général selon les cas, tous pouvoirs pour la réaliser.

## 2. La réalisation de la réduction

**1084.** La mise en œuvre de la réduction du capital est plus ou moins simple selon qu'elle est motivée ou non par des pertes enregistrées par la société.

Lorsque la réduction est motivée par des pertes, aucun problème majeur ne se pose. Les créanciers de la société sont obligés de la subir malgré la diminution de leur gage commun que constitue le capital social. Il y a là une innovation car dans le droit positif antérieur, la réduction du capital n'était en aucun cas opposable aux créanciers ayant traité avec la société antérieurement à la décision de réduction.

L'organe dirigeant qui réalise la réduction sur délégation de l'assemblée générale doit en dresser un procès-verbal soumis à publicité. Il doit ensuite procéder à la modification corrélative des statuts. Il n'est même pas imposé, comme en matière d'augmentation du capital, un délai pour la réalisation.

**1085.** La situation peut se compliquer lorsque la réduction n'est pas motivée par des pertes. En effet, il est prévu que les créanciers de la société, dont la créance est antérieure au dépôt au greffe du procès-verbal de la délibération de l'assemblée générale qui a décidé ou autorisé la réduction du capital peuvent s'opposer à la réduction. Il en est de même de ces créanciers privilégiés que sont les obligataires.

Leur opposition doit intervenir dans un délai de trente jours à compter de la date de dépôt au greffe du procès-verbal de l'assemblée générale qui a décidé de la réduction. Elle est formée par acte extrajudiciaire porté devant la juridiction compétente. De deux choses l'une :

- soit l'opposition est accueillie : la procédure de réduction est interrompue jusqu'au remboursement de leurs créances ou jusqu'à la constitution des garanties jugées par les créanciers suffisantes ;
- soit l'opposition n'est pas accueillie : la procédure est suspendue pendant les délais de l'opposition et l'instance reprend son cours. La réduction sera alors opposable aux créanciers ; ce qui est contraire à la force obligatoire des contrats (article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil).

**1086.** Le législateur a même envisagé une hypothèse particulière de réduction du capital : le rachat de ses propres actions par la société. La diminution du nombre des actions n'est point gratuite. Elle fait l'objet du rachat par la

société elle-même. La jurisprudence jugeait cette opération suspecte (celle-ci pouvant aboutir à une réduction occulte du capital) mais en admettait la possibilité si la société procédait à ces achats au moyen des réserves<sup>(1)</sup>. Cependant, la question demeurait discutée de savoir si les actions ainsi achetées devaient être annulées ou pouvaient être conservées en portefeuille par la société. L'Acte uniforme y apporte réponse.

Désormais, le rachat de ses propres actions est interdit. Exceptionnellement, il est autorisé dans le cadre d'une réduction du capital non motivée par des pertes à condition que ces actions soient annulées dans un certain délai (article 639).

Pour respecter la règle de l'égalité entre actionnaires, l'offre d'achat doit être faite par la société à tous les actionnaires. Si tous désirent en bénéficier et que le nombre d'actions offertes est supérieur à celui sollicité, il est procédé pour chaque actionnaire vendeur à une réduction proportionnelle du nombre d'actions dont il est propriétaire ou titulaire. Le cas échéant, le capital est réduit à due concurrence des actions offertes. L'opération peut alors être renouvelée jusqu'à la réduction du capital voulue.

- 1087.** Bien que l'Acte uniforme ne le dise pas expressément, le financement de cette opération ne peut provenir que des bénéfices, réserves, statutaires notamment ou exceptionnellement légales à condition de les reconstituer par la suite. Il y va du respect du principe de l'égalité entre actionnaires. Cette règle commande également à certains égards l'opération d'amortissement du capital social.

### *C. L'amortissement du capital social*

- 1088.** Il s'agit d'une opération qui consiste à rembourser aux actionnaires tout ou partie du montant nominal de leurs actions, à titre d'avance sur le produit de la liquidation future de la société et ce sans entamer le capital (article 651 de l'Acte uniforme).

Elle suppose donc une société en pleine prospérité. En effet, les sommes utilisées pour l'opération sont prélevées sur le bénéfice ou sur les réserves non statutaires. Il est strictement interdit de toucher à cette fin à la réserve légale. Si l'assemblée générale extraordinaire le décide, les réserves statutaires peuvent être mises à contribution.

En effet, à moins que les statuts en attribuent la compétence à l'assemblée générale ordinaire, c'est l'assemblée générale extraordinaire qui est compétente pour décider de l'opération. Pourtant, elle n'entraîne pas modification

---

<sup>(1)</sup> Cf. TROUILLAT (R.), *Le droit nouveau des sociétés commerciales*, Entr. mod. d'édit., Paris, 1967, p. 444.

des statuts. Il s'agit tout de même d'une décision bien grave à laquelle il serait souhaitable de faire participer, avec une large majorité et quorum, les actionnaires.

- 1089.** Sur le plan technique, l'amortissement envisagé est réalisé par voie de remboursement égal pour chaque action d'une même catégorie (article 654). Autrement dit, l'amortissement doit concerner en principe toutes les actions. L'amortissement des actions par voie de tirage au sort est par conséquent interdit. Il y va du respect de la règle de l'égalité entre actionnaires.

Mais l'assemblée générale extraordinaire peu décider que l'amortissement ne concernera qu'une catégorie d'actions à un niveau égal. Dans ce cas, bien que l'Acte uniforme ne l'exige pas expressément, l'assemblée spéciale de la catégorie d'actions concernées doit être consultée.

Les actions peuvent ainsi être soit partiellement soit intégralement amorties. Les actions intégralement amorties sont dites «actions de jouissance»<sup>(1)</sup>. Les actions amorties partiellement ou intégralement perdent le droit au premier dividende et au remboursement du nominal jusqu'à due concurrence. En revanche elles conservent tous les autres droits : droit à l'information, droit de participation et de vote aux assemblées notamment. L'amortissement n'est d'ailleurs pas irréversible.

- 1090.** Il est prévu en effet que les actions amorties peuvent être reconverties en actions de capital. L'opération doit être autorisée par un vote de l'assemblée générale extraordinaire. Elle doit être ratifiée par l'assemblée spéciale de la catégorie d'actions concernées, s'il y a lieu.

La reconversion peut être réalisée de deux manières :

- soit par prélèvement à concurrence du montant amorti des actions à reconvertir sur la part des bénéfices d'un ou plusieurs exercices revenant à ces actions ;
- soit par reversement à la société par les actionnaires concernés du montant de leurs actions, augmenté le cas échéant du premier dividende ou de l'intérêt statutaire pour la période écoulée de l'exercice en cours et, éventuellement de l'exercice précédent.

La modification des statuts résultant de l'opération est faite selon les cas soit par le conseil d'administration, soit par l'administrateur général.

- 1091.** On aboutit à la conclusion selon laquelle les actions constituant le capital de sociétés anonymes ne sont pas figées. Elles peuvent varier en nombre

---

<sup>(1)</sup> Cette expression avait été proposée par M. Pleven lors de la discussion à l'assemblée nationale française de la loi du 24 juillet 1966.

(soit à la hausse, soit à la baisse) et en consistance, dans les droits procurés. Cela dépend des nécessités de l'entreprise. C'est ce même besoin qui conduit à la restructuration des sociétés anonymes.

### §3. La restructuration des sociétés anonymes

**1092.** Il faut rappeler que la plupart des Etats parties au traité de l'OHADA n'avaient pas jusqu'ici une législation générale en matière de restructuration des entreprises. L'Acte uniforme, en s'inspirant de la pratique et de la jurisprudence développées sur ces questions, y a apporté remède.

En plus des règles générales applicables aux opérations de fusion et de transformation des entreprises<sup>(1)</sup>, le législateur a prévu des règles spéciales applicables lorsque ces opérations ont lieu entre des sociétés anonymes (article 670). Il en résulte que si la restructuration a lieu entre une société anonyme et une société commerciale d'une autre nature, il faudra appliquer plutôt les règles générales prévues dans la première partie de l'Acte uniforme<sup>(2)</sup>.

Toutes les opérations de restructuration n'ont pas été envisagées cependant. Il en est ainsi notamment des opérations de nationalisation et de privatisation qui demeurent soumises à l'emprise des législations nationales<sup>(3)</sup>. L'Acte uniforme a traité d'une part des fusion, scission et apport partiel d'actif, d'autre part des transformations.

#### *A. Les fusions, scissions et apports partiels d'actif*

**1093.** Entre sociétés anonymes, le législateur OHADA n'a réglementé que les fusions et scissions. Il n'a plus envisagé expressément les apports partiels d'actif. Il ne faudrait pas en déduire que ces opérations ne sont pas possibles entre sociétés anonymes. La raison doit être tirée de ce que de manière générale l'apport partiel d'actif est soumis au régime de la scission (article 195 *in fine* de l'Acte uniforme).

Parce qu'il consacre deux sections différentes à la fusion et à la scission, l'Acte uniforme pourrait laisser croire que ces deux opérations sont régies par des règles différentes. En réalité, il n'en est rien. D'une part, le législateur lui-même déclare applicables à la scission toutes les dispositions traitant de la fusion (article 684). D'autre part, dans la section consacrée à la

<sup>(1)</sup> Cf. *supra*, n<sup>os</sup> 266 et s.

<sup>(2)</sup> Voy. les articles 181 à 199 de l'Acte uniforme.

<sup>(3)</sup> Ainsi, en droit camerounais, les privatisations demeurent régies par la loi n<sup>o</sup> 89/030 du 29 décembre 1989, l'ordonnance n<sup>o</sup> 90/004 du 22 juin 1990 et les décrets n<sup>o</sup> 86 656 du 3 juin 1986, n<sup>o</sup> 89/010 du 4 janvier 1989, n<sup>o</sup> 95/056 du 29 mars 1995. Aucun texte jusqu'ici n'a été pris pour les nationalisations.

scission, le législateur reprend inutilement certaines règles déjà posées pour la fusion<sup>(1)</sup>.

Au total, il n'existe presque pas de règles particulières à la scission. Sous réserve d'ajustements ponctuels, les fusions, scissions et apports partiels d'actif entre sociétés anonymes obéissent aux mêmes règles, qu'il s'agisse de la préparation ou alors de la réalisation de l'opération.

### 1. La préparation de l'opération

**1094.** Il revient au conseil d'administration ou à l'administrateur général de chacune des sociétés qui désirent fusionner d'établir un rapport devant être mis à la disposition des actionnaires.

Ce rapport doit contenir deux éléments fondamentaux :

- d'une part, les indications précises sur le calcul de la parité d'échange des titres. Il s'agit pour l'essentiel d'apprécier et de chiffrer en termes de proportion d'actions la valeur économique des deux sociétés ;
- d'autre part, le projet de fusion encore dit traité de fusion. Cet acte doit énumérer les éléments fondamentaux de l'opération à savoir, les motifs, buts et conditions, la date de l'arrêté des comptes de sociétés concernées, la désignation et l'évaluation de leur patrimoine, le rapport d'échange des actions, les modalités de leur remise.

**1095.** Il est exigé en plus de ce rapport, un autre qui sera dressé par un ou plusieurs commissaires à la fusion. Ceux-ci en fait contrôlent l'évaluation faite dans leur rapport par les dirigeants sociaux. A ce titre, l'Acte uniforme précise que ces commissaires vérifient que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable.

Pour remplir cette mission de contrôle, les commissaires à la fusion désignés par le président de la juridiction compétente peuvent obtenir auprès de chaque société communication de tous documents utiles et procéder à toutes vérifications nécessaires.

Pour l'information des actionnaires, ces deux rapports entre autres documents<sup>(2)</sup> sont mis à leur disposition au siège social de chaque société intéressée au moins quinze jours avant la date de l'assemblée qui doit se prononcer sur l'opération. C'est cette assemblée en effet qui doit permettre la réalisation de la fusion.

---

<sup>(1)</sup> Ainsi les art. 685, 686, 687 et 688 de l'Acte uniforme écrits pour la scission correspondent respectivement aux art. 677, 678, 681 et 679 al. 1<sup>er</sup> traitant de la fusion.

<sup>(2)</sup> Il s'agit notamment des états financiers de synthèse, des rapports de gestion des trois derniers exercices et d'un état comptable (art. 674 de l'Acte uniforme).

## 2. La réalisation de l'opération

**1096.** L'opération de fusion n'est possible que s'il est obtenu le consentement d'une part des actionnaires des sociétés intéressées, et d'autre part, dans une moindre mesure, celui de certains créanciers de ces sociétés.

S'agissant du consentement des actionnaires, il est obtenu à titre principal lors de l'assemblée générale extraordinaire qui décide de l'opération.

La fusion est également soumise à ratification des assemblées spéciales de chacune des sociétés lorsqu'elle a pour effet de faire disparaître les droits spéciaux reconnus à une catégorie d'actionnaires. L'Acte uniforme n'a malheureusement pas dit ce qu'il adviendrait du projet au cas où il n'était pas ratifié par une assemblée spéciale. Peut être faut-il alors admettre que la fusion aura néanmoins lieu à condition que ces actionnaires reçoivent juste et équitable compensation pour les droits délaissés.

**1097.** S'agissant des créanciers des sociétés intéressées par la fusion, il ne se pose de problème que lorsque l'opération entraîne la disparition de la société débitrice. c'est notamment le cas de la fusion (fusion-absorption ou fusion par création d'une société nouvelle) et de la scission<sup>(1)</sup>. Les créanciers de la société qui disparaît sont alors intéressés au premier chef par l'opération. De même, la situation des créanciers postérieurs à la réalisation de l'opération ne fait pas difficulté, leur débiteur demeure la société absorbante ou alors la nouvelle société créée.

Il ne reste alors que les créanciers antérieurs à l'opération projetée. A ce propos l'Acte uniforme distingue selon qu'il s'agit de créanciers simples ou alors de créanciers obligataires.

Les créanciers non obligataires dont la créance est antérieure à la publicité donnée au projet de fusion peuvent former opposition à celui-ci dans un délai de 30 jours à compter de cette publicité devant la juridiction compétente. De deux choses l'une soit l'opposition est rejetée et l'opération se poursuit simplement, soit le tribunal ordonne le remboursement des créances ou la constitution de garanties suffisantes pour permettre l'opération. A défaut pour la société de le faire, la fusion est inopposable au créancier. Dans tous les cas, l'opposition ne saurait empêcher la poursuite de l'opération. Il y a là une différence fondamentale avec l'effet de l'opposition des créanciers obligataires en cas de réduction du capital social<sup>(2)</sup>.

Les créanciers obligataires de la société qui disparaît des suites de l'opération sont consultés sur le projet de fusion ou de scission, à moins qu'il ne

<sup>(1)</sup> Le problème ne se pose pas en cas d'apport partiel d'actif, la société apporteuse ne disparaissant pas.

<sup>(2)</sup> Cf. *supra*, n° 1085.

leur soit offert, sur leur demande, le remboursement de leurs titres. Dans ce dernier cas, la société nouvelle ou bénéficiaire de l'opération devient débitrice des obligataires de la société qui disparaît. Si le créancier obligataire ne demande pas le remboursement de ses titres dans le délai fixé, il conserve sa qualité dans la société absorbante.

En principe, les créanciers de cette dernière société ne sont pas intéressés au premier chef par l'opération. C'est pour cela qu'en principe, le projet de fusion n'est pas soumis à leurs assemblées. Mais ils peuvent redouter qu'avec la multiplication des créanciers par l'opération envisagée, leur gage ne vienne à diminuer. C'est pour cela que l'Acte uniforme prévoit que leurs assemblées générales peuvent donner mandat aux représentants de la masse pour s'opposer à l'opération projetée. Cette opposition produira les mêmes effets que celle des créanciers obligataires de la société qui disparaît.

- 1098.** L'Acte uniforme n'a pas envisagé la situation des porteurs de parts bénéficiaires ou de fondateurs face aux opérations de fusion, scission, ou apport partiel d'actif.

Mais il faut décider, dans la mesure où ces opérations touchent nécessairement à l'objet et à la forme de la société qui disparaît que ces modifications ne sont valables qu'autant que l'assemblée générale des porteurs les aura approuvées (article 9 loi du 23 janvier 1929).

Il doit en aller de même, et *a fortiori*, lorsqu'il s'agit de la transformation de la société anonyme.

### *B. La transformation*

- 1099.** L'Acte uniforme pose trois conditions pour permettre à une société anonyme de se transformer en société d'une autre forme :

- la société doit avoir au moins deux ans d'existence ;
- elle doit avoir fait établir et approuver par les actionnaires le bilan de ces deux premiers exercices ;

On retrouve également cette exigence d'ancienneté en cas de transformation de la S.A.R.L. en société anonyme (article 374). Elle s'explique dans ce cas par le souci d'éviter la fraude qui consisterait, pour échapper aux formalités de constitution d'une société anonyme, à constituer d'abord une S.A.R.L. avant de la transformer ensuite en société anonyme. Ces conditions ne s'expliquent que difficilement dans l'hypothèse de la transformation d'une société anonyme en S.A.R.L. ;

- l'actif net de la société doit être au moins égal au capital social.

**1100.** Se traduisant par une modification des statuts, la transformation est décidée par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires<sup>(1)</sup> dans les conditions prévues pour la modification des statuts d'une SARL (art. 263, 265, 693). L'assemblée statue au vu du rapport du commissaire aux comptes de la société sur l'actif social (art. 691).

Cette décision est soumise, le cas échéant, à l'approbation de l'assemblée des obligataires.

Dans le cas de la transformation d'une société anonyme en SARL, les parts sociales qui viendront remplacer les actions réduisent la marge de manœuvre de leurs titulaires. En effet, les parts sociales sont seulement cessibles et non négociables (art. 57); les droits des anciens actionnaires devenus associés sont ainsi diminués. Il ne s'agit pas pour autant d'une augmentation de leurs engagements. C'est certainement la raison pour laquelle la décision de transformation ne doit pas nécessairement être prise à l'unanimité.

**1101.** Lorsqu'il s'agit pour la société anonyme de se transformer en S.N.C. L'Acte uniforme exige que la décision soit prise à l'unanimité des actionnaires. En effet, il s'agit d'une décision qui augmente les engagements des actionnaires. A ce titre, le consentement de tous est généralement requis. (article 72 alinéa 2 de l'Acte uniforme).

En revanche, il n'est exigé dans ce cas ni de condition d'ancienneté, ni de rapport du commissaire aux comptes sur l'actif net social, ni approbation de l'assemblée des obligataires, ni formalités de publicité.

**1102.** Le législateur n'a pas envisagé spécialement la transformation d'une société anonyme en société en commandite simple. Dans cette hypothèse, il faut tenir compte de la dualité de catégories d'associés de la S.C.S. On peut, conformément à l'article 305, estimer qu'une telle décision requiert l'accord unanime des futurs commandités ainsi que la majorité en nombre et en capital des futurs commanditaires<sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Cf. *supra*, n<sup>os</sup> 951, 954.

<sup>(2)</sup> GUYON (Y.), *op. cit.*, p. 591, n<sup>o</sup> 568.

# **TITRE III**

## **LES GROUPEMENTS**

### **D’AFFAIRES PARTICULIERS**

**1103.** L’Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d’intérêt économique (AUSC) consacre l’essentiel de ses dispositions aux différentes sociétés commerciales. Mais à côté de ces dernières, il est prévu des structures originales, dont la place dans le mécanisme des affaires n’est plus à démontrer : il s’agit des groupements d’affaires particuliers. Ces structures, qui empruntent l’essentiel de leur réglementation au droit commun des sociétés, sont au nombre de deux : il s’agit aussi bien des sociétés sans personnalité morale (Chapitre 1<sup>er</sup>) que de la structure intermédiaire entre la société et l’association qu’est le groupement d’intérêt économique (Chapitre 2).



## CHAPITRE • 1

# LES SOCIÉTÉS SANS PERSONNALITÉ JURIDIQUE

---

- 1104.** La personnalité morale des sociétés et autres personnes morales visées dans l'Acte uniforme naît de leur immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) de la juridiction dans le ressort de laquelle est situé leur siège social<sup>(1)</sup>. En principe, toutes les sociétés commerciales doivent requérir leur immatriculation auprès de ce registre. Par exception, certaines sociétés n'établissent pas la démarche, et ne peuvent en conséquence disposer de la personnalité morale qui naît de l'immatriculation. L'AUSC consacre deux types de sociétés sans personnalité morale : la société en participation (Section 1<sup>re</sup>) et la société de fait (Section 2).

### SECTION 1. LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION

- 1105.** L'AUSC traite dans son Livre 5 de la société en participation définie comme la société dont «les associés conviennent librement qu'elle ne sera pas immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier et qu'elle n'aura pas la personnalité morale»<sup>(2)</sup>.

La société en participation est donc en principe ignorée des tiers. En ce sens, elle est qualifiée de société occulte. La société en participation occulte apparaît ainsi comme celle dans laquelle les associés concluent un contrat de société et le dissimulent aux tiers. Dans une telle société, seul le gérant apparaît aux yeux des tiers. Il agit en son nom et pour son compte personnel sans révéler aux tiers le contrat l'unissant à la collectivité des participants.

La société en participation est souvent connue des tiers. En effet, il arrive que les participants révèlent l'existence de la société aux tiers et, dans ce cas, la société devient ostensible. Dans la société en participation ostensible, les associés agissent au vu et au su des tiers, alors même qu'ils n'ont pas procédé à l'immatriculation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM). La formule de la participation ostensible est particulièrement utilisée lorsque les participants visent la réalisation d'une opération ponctuelle et rapide pour laquelle il est possible de se passer de la complexité des formalités de constitution d'une société.

---

<sup>(1)</sup> Art. 27 et s. de l'Acte uniforme sur le droit commercial général.

<sup>(2)</sup> Art. 854 AUSC.

**1106.** Occulte ou ostensible, la société en participation n'a pas de personnalité morale. Il en résulte qu'une telle société n'est pas tenue des engagements souscrits par le gérant ou les associés; que chaque participant reste en principe propriétaire de son apport; que la société ne disposant pas de patrimoine ne peut être mise en redressement ou en liquidation judiciaire; que le gérant ne peut ester en justice pour le compte de la société, etc.

Consacrée dans l'AUSC, la société en participation est une véritable société qui est plus largement fondée sur la considération de la personne du contractant. La définition qui en est donnée dans l'Acte uniforme, et qui reprend celle retenue en droit français<sup>(1)</sup>, donne le cadre de sa réglementation qui peut être présenté en envisageant successivement les dispositions relatives à son existence (§ 1<sup>er</sup>) et celles afférentes à sa dissolution (§ 2).

### **§ 1. L'existence de la société en participation**

**1107.** La Société en participation existe chaque fois que les intéressés conviennent librement de ne pas immatriculer leur société et qu'elle n'aura pas la personnalité morale. Envisager son existence revient toutefois à présenter successivement les différentes règles relatives à sa constitution (A) et celles afférentes à son fonctionnement (B).

#### *A. La constitution de la société en participation*

**1108.** Comme pour toute forme de société, la constitution de la société en participation est assujettie à des conditions de fond (A). Cependant, elle se singularise par une absence de conditions de forme (B).

#### **1. Les conditions de fond**

**1109.** La constitution d'une société en participation suppose que deux ou plusieurs personnes (a) conviennent, dans le cadre d'un objet identifié (b) d'apporter un bien à une entreprise commune (c).

##### *a) Les associés de la société en participation*

**1110.** Il faut au moins deux personnes pour constituer une société en participation. Il est en effet impossible à une seule personne de créer une société en participation, même par réunion des parts en une seule main. Car la société en participation est un simple contrat qu'il est impossible de maintenir lorsque l'un des contractants fait défaut. Dès lors, en cas de réunion des parts en une seule main, la société en participation devrait être dissoute.

---

<sup>(1)</sup> Art. 1871, al. 1, C. civ.

Les associés de la société en participation, qui peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales, doivent respecter les règles relatives au consentement (a) et à la capacité (b).

1111. *Le consentement des associés.* Il convient d'adapter à la société en participation les règles communes au droit des contrats : la société en participation repose sur le principe de la liberté contractuelle, et elle suppose la rencontre de volonté d'au moins deux associés. Leur consentement doit être réel et exempt de vices. En outre, il est nécessaire de rapporter la preuve du consentement des associés.
1112. *La réalité du consentement des associés.* Le consentement a un rôle important à tenir relativement à son contenu puisqu'il permet de qualifier la convention conclue. Il s'intègre alors à la notion d'*affectio societatis* et porte sur tous les éléments déterminants de la société.

La constitution de la société en participation suppose une réelle volonté des intéressés de s'associer. Celui qui s'engage doit ainsi avoir l'aptitude nécessaire pour prendre un tel engagement, faute de quoi son engagement pourra être déclaré nul.

Ainsi, le consentement donné par un incapable majeur peut être remis en cause selon les formes prévues par l'article 1304 du Code civil. Ce texte prévoit en effet la possibilité, par le majeur lui-même ou son tuteur ou même son curateur si postérieurement il en a été désigné un, de demander la nullité de l'acte dans un délai de cinq ans à compter de sa passation<sup>(1)</sup>.

La volonté des participants ne doit pas être simulée. Il y a simulation lorsque la volonté des associés fait prévaloir un acte juridique apparent, sur un acte caché conclu entre les mêmes personnes et traduisant leur volonté réelle.

Les effets de la simulation diffèrent selon que l'on se place dans les rapports des parties ou les relations avec les tiers.

Dans les rapports entre les parties, l'acte secret est valable et régit leurs relations, lorsqu'il constate une convention licite en elle-même<sup>(2)</sup>. Les participants disposent de l'action en déclaration de simulation pour établir l'existence de cet acte secret. En revanche, si l'acte secret est nul, l'acte apparent produira effet, à condition de satisfaire les conditions de validité qui lui sont propres<sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> C'est au demandeur en nullité de prouver l'existence du trouble mental au moment de l'acte : C. civ., art. 489.

<sup>(2)</sup> Comp. Aix., 7 avril 1970 : *JCP*, 1970, II, 16466.

<sup>(3)</sup> Toutefois, l'acte apparent et l'acte secret sont nuls en cas d'indivisibilité entre les deux.

Dans les rapports avec les tiers, la solution s'inverse. Les tiers disposent en effet, selon leurs intérêts personnels, d'une option entre s'en tenir à l'apparence ou se prévaloir de la situation réelle. L'action en déclaration de simulation, largement ouverte<sup>(1)</sup>, leur permet d'établir la situation réelle.

1113. *L'absence de vice du consentement.* Par application des règles du droit commun des sociétés, le consentement des parties à la société en participation ne doit pas être vicié par un dol, une erreur ou de la violence.

Dans la pratique du droit des sociétés, les vices de consentement se rencontrent assez rarement en pratique<sup>(2)</sup>. Toutefois, les participants peuvent invoquer, avec plus ou moins de chance de succès devant le juge, notamment une erreur sur l'objet (nature du contrat; appréciation de la qualité d'un apport; forme de la société, etc.) ou sur la personne (identité physique et civile, qualités substantielles: honorabilité, moralité, etc.). C'est dire, s'agissant de cette dernière hypothèse, que même si la société en participation est une société de personnes sans personnalité morale, l'erreur sur la personne peut valablement être invoquée comme cause d'annulation du contrat. Car ce dernier est conclu *intuitu personae*, c'est-à-dire en considération de la personne du contractant.

On ne saurait toutefois affirmer sans réserves, que c'est en considération de la personne des associés que la société en participation a été constituée. Certes, une telle société est traditionnellement classée parmi les sociétés de personnes. D'ailleurs, son fonctionnement interne est calqué, à défaut de stipulations contraires, sur celui de la société en nom collectif<sup>(3)</sup>. Pourtant, il existe une différence essentielle entre les deux catégories de sociétés, différence qui dépasse l'existence de la personnalité morale, et qui réside dans l'obligation de la dette sociale à l'égard des tiers.

Contrairement aux associés des sociétés de personnes immatriculées, les associés d'une société en participation ne sont tenus aux dettes sociales que s'ils y ont consenti. Ainsi, leur reconnaissance mutuelle n'est pas nécessaire, et dans certaines sociétés en participation chaque associé ne connaît que le gérant.

Il en résulte que, dans ces situations, l'erreur sur la personne sera indifférente, et elle ne pourra être invoquée pour le motif que le gérant a refusé d'indiquer à l'ensemble des associés le nom des autres.

<sup>(1)</sup> Il n'est pas nécessaire en effet que l'acte simulé porte préjudice au demandeur : voy. Cass. civ. 19 mai 1942 : *S.*, 1942, 1, 98.

<sup>(2)</sup> C'est notamment le cas de la violence à l'état pur qui ne trouve pratiquement pas d'exemple en matière de sociétés.

<sup>(3)</sup> Art. 856, AUSC.

On peut penser au contraire qu'une société pourra être annulée pour erreur des associés sur la personne du gérant, celle-ci étant déterminante de l'activité commune.

- 1114.** *La preuve du consentement.* Si la nécessité du consentement des associés ne fait aucun doute, encore faut-il pouvoir le démontrer. La question est d'autant plus délicate qu'un écrit n'est pas obligatoire.

Le consentement et l'existence de la société peuvent être prouvés par tout moyen<sup>(1)</sup>. Toutefois la preuve présente deux principales difficultés :

En premier lieu, c'est l'objet du consentement des associés qui pose le plus de difficulté. Dans ce cas particulier, il s'agit de déceler, *a posteriori*, le contenu réel de la volonté commune, et de vérifier si les associés ont entendu constituer une société ou une convention d'un autre type.

En second lieu, il convient de vérifier si l'accord porte sur une société ou n'en est que le projet ou la promesse. En ce sens, il a été jugé, en France, qu'un écrit, manifestant une intention des associés mais qui est restée sans suite, le signataire n'ayant pu participer aux affaires de l'autre partie, ne constitue pas la preuve d'une volonté de s'associer, mais a la valeur de simple projet d'association<sup>(2)</sup>.

Enfin, la société ne doit pas être fictive, et l'accord doit réellement porter sur une activité commune. Ainsi, doit être annulée une société en participation conclue entre une société en nom collectif et l'un de ses salariés, s'il apparaît que la société ne devait avoir aucune activité propre susceptible d'engendrer les pertes, mais se bornait à répartir les bénéfices réalisés par une autre société<sup>(3)</sup>. L'annulation d'une telle société est, dès lors, justifiée par l'inexistence d'une volonté réelle de créer une société.

- 1115.** *La capacité.* La capacité désigne l'aptitude d'une personne à participer à la vie juridique. Dans le cadre d'une société en participation, le problème se pose de savoir quels sont les participants qui doivent avoir la capacité requise pour exercer une profession commerciale.

S'agissant du gérant-associé, il est traditionnellement admis qu'il doit nécessairement avoir la capacité de commerçant. Ainsi, un mineur ou un majeur en tutelle ne peut être gérant d'une société en participation. Il en va de même des personnes soumises à des incompatibilités.

S'agissant des coassociés, la solution est moins certaine. En effet, il apparaît difficile de lier la qualité de commerçant de l'associé à l'engagement au

<sup>(1)</sup> Art. 854, al. 2, AUSC.

<sup>(2)</sup> Cass. com., 8 février 1972 : *Rev. sociétés* 1973, p. 145, 22 avril 1977 : *Bull. civ.*, IV, n° 108.

<sup>(3)</sup> Paris, 25 avril 1994 : *D.*, 1994, IR, p. 133.

vu et au su des tiers. Il convient donc de considérer que la qualité de commerçant résulte de l'objet de la société qui peut être commercial ou civil<sup>(1)</sup>.

***b) L'objet de la société en participation***

- 1116.** L'objet de la société en participation peut être civil ou commercial. Cette précision se déduit de deux dispositions de l'Acte uniforme. Tout d'abord, l'article 855 de l'AUSC dispose que les associés conviennent librement de l'objet de la société en participation. Ensuite, l'article 856 relatif aux rapports entre les associés admet que la société puisse avoir un caractère civil ou commercial.

C'est donc la nature civile ou commerciale de l'activité<sup>(2)</sup> qui permet de déterminer l'objet de la société en participation. La société en participation n'étant pas une société commerciale en raison de sa forme<sup>(3)</sup>, le caractère civil ou commercial dépend de son seul objet.

En application des règles du droit commun, l'objet de la société en participation doit être licite. Serait illicite, la société en participation constituée afin de réaliser une entente économique, ou celle constituée afin de détourner une réglementation professionnelle ou encore la société dont l'objet consiste à exercer une activité réservée à certaines formes de sociétés (activité bancaire, par exemple).

***c) Les apports***

- 1117.** Comme dans toute société, un apport est indispensable à la constitution de la société en participation. Après avoir présenté les règles générales relatives aux apports, nous montrerons le régime des différents apports pouvant être consentis à la société en participation.
- 1118.** *Les règles générales relatives aux apports.* La société en participation est une société et, à ce titre, les règles générales relatives aux apports doivent s'appliquer. Toutefois, la société en participation n'ayant pas de personnalité morale, certaines règles doivent lui être adaptées. En effet, une telle société n'a pas de capital social, et les biens apportés ne peuvent appartenir à une société qui n'existe pas en tant qu'entité juridique. Ces biens sont en effet mis à la disposition du gérant, chaque associé conservant la propriété des biens lui appartenant.

---

<sup>(1)</sup> J. VALLANSAN et E. DESMORIEUX, «Société en participation et société créée de fait, aspects juridiques et fiscaux», Joly, 1996 n° 34, p. 19.

<sup>(2)</sup> Le caractère civil ou commercial d'une activité est déterminé par l'Acte uniforme sur le droit commercial général (Art. 3 et 4).

<sup>(3)</sup> Art. 6, al. 2, AUSC.

Mais, comme toute société, la société en participation suppose des apports sans lesquels une société ne peut se constituer. A défaut d'apport, la société doit être annulée, et celui qui n'a pas réalisé d'apport ne peut se prévaloir de la qualité d'associé. Il ne contribuera donc pas aux pertes.

A l'absence d'apport doit être assimilé l'apport fictif, par exemple l'apport du bien appartenant à un mineur par ses parents qui n'ont aucun droit personnel sur ce bien.

En l'absence de dispositions légales contraires, tout type d'apport est admissible dans la société en participation : apport en nature, en numéraire ou en industrie.

L'apport doit être personnel et, si un ou plusieurs associés s'engagent à fournir des fonds, chacun s'engage pour soi, l'engagement n'étant ni solidaire, ni indivisible.

**1119.** *Le régime des apports.* Le régime des apports diffère selon le type d'apport consenti à la société en participation. Classiquement, on distingue trois types d'apports : l'apport en numéraire, l'apport en nature et l'apport en industrie. Il convient de passer en revue ces différents types d'apport qui peuvent être consentis à la société en participation.

**1120.** *L'apport en numéraire.* L'associé en participation peut apporter en société une somme d'argent. La souscription l'engage à mettre cette somme à la disposition de l'activité sociale. Selon l'article 43 de l'AUSC, l'associé qui devrait apporter une somme dans la société et qui ne l'a point fait devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts, au taux légal, de cette somme à compter du jour où elle devait être payée et ce sans préjudice de dommages-intérêts, s'il y a lieu. Ce texte constitue une application d'une règle de droit commun des sociétés ; il s'applique donc, à défaut de disposition particulière contraire, à l'associé en participation, qui peut être condamné à verser des intérêts moratoires.

L'apport en numéraire se matérialise par la mise à disposition de la somme d'argent à la personne qui sera chargée de réaliser l'activité commune, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, le gérant. Si l'apporteur en numéraire est lui-même gérant, la somme d'argent ne change pas de patrimoine.

**1121.** *L'apport en nature.* L'apport en nature est la mise à disposition de l'activité sociale d'un bien. Il se réalise par la mise à disposition effective des biens, avec le transfert des biens correspondant en jouissance ou en propriété<sup>(1)</sup>. Selon la doctrine française, l'apport à une société en participation est de même nature que l'apport à une société dotée de la personnalité morale. Les

---

<sup>(1)</sup> Art. 45, AUSC.

biens apportés forment une masse collective, un fonds social affecté à l'entreprise, cette affectation étant limitée aux rapports internes puisque à l'égard des tiers chaque associé reste propriétaire du bien apporté<sup>(1)</sup>. En vertu de son droit de propriété, chaque associé supporte les risques de destruction du bien apporté par cas de force majeure, et il le reprend à la dissolution de la société.

- 1122.** *L'apport en industrie.* La société en participation, dont le capital est inexistant, est particulièrement fonctionnelle pour recevoir les apports en industrie. Aucun texte n'interdit aux participants de mettre, à la disposition de l'activité sociale leur travail, leur crédit, leur savoir-faire. Dans ce cas, l'apporteur en industrie doit rendre compte à la société (plus exactement à ses coassociés) de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport. Par ailleurs, l'apporteur en industrie s'interdit de profiter personnellement de l'activité qui fait spécialement l'objet de l'apport et dont doit profiter la société.

## 2. L'absence de conditions de forme

- 1123.** S'agissant des conditions de forme de la société en participation, on relève une absence de forme écrite (2) et une absence de mesures de publicité (2).

### a) *L'absence de forme écrite*

- 1124.** L'un des principaux attraits de la société en participation est qu'elle se constitue sans formalités: pas d'écrit, pas d'immatriculation ni de publicité légale.

La société en participation peut être prouvée par tout moyen (écrits, témoignages et présomptions, livres de commerce, etc.). La règle figure à l'article 854, alinéa 2 de l'AUSC, et elle vaut aussi bien pour les sociétés en participation civiles que pour les sociétés en participation commerciales.

Entre les associés, il s'agit de prouver la réunion des trois éléments constitutifs du contrat de société (apport, partage des bénéfices ou des économies et des pertes, *affectio societatis*).

Les tiers n'ont pas l'obligation de prouver la réunion des éléments constitutifs de la société; ils peuvent se prévaloir de la seule apparence extérieure, à condition de démontrer que cette apparence les a portés, de bonne foi, à croire à l'existence de la société. La Cour de cassation française a ainsi admis que l'apparence de la société s'appréciait globalement indépendamment de l'apparence de chacun de trois éléments constitutifs de toute

<sup>(1)</sup> C. REGNANT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, L.G.D.J., 1994, n<sup>os</sup> 98 et s.

société<sup>(1)</sup>. Ces arrêts ont été rendus à propos de sociétés créées de fait, mais la solution est transposable à la société en participation.

**b) L'absence de formalités de publicité**

- 1125.** La principale caractéristique de la société en participation réside dans le fait qu'elle n'est pas immatriculée et qu'elle n'a pas la personnalité morale. L'article 854 *in fine* de l'AUSC dispose que la société en participation n'est pas soumise à publicité.

En vertu de ce texte, la publicité de la société en participation n'est donc pas obligatoire sans être interdite. Toutefois, si les associés décident de procéder à une publicité, des conséquences peuvent éventuellement être envisagées quant à la responsabilité de chacun. Notamment, on pourrait y voir la volonté des associés de s'engager à l'égard des tiers<sup>(2)</sup>.

**3. La sanction des règles de formation de la société en participation**

- 1126.** Les irrégularités entachant les règles de formation de la société en participation sont de nature à entraîner sa nullité.

La question reste cependant de savoir dans quel cas, précisément, cette nullité de la société en participation est encourue. Il convient, à cet égard, de se référer aux dispositions générales de l'AUSC<sup>(3)</sup> qui ont vocation à s'appliquer à toutes les sociétés. Une société en participation peut donc être annulée pour violation des dispositions générales relatives aux éléments constitutifs de la société ou pour violation des règles générales de validité des contrats.

Le caractère ostensible de la société en participation ne peut plus entraîner sa nullité. Les seules conséquences en sont éventuellement de rendre responsable des dettes un plus grand nombre d'associés.

Le régime de la nullité d'une société en participation peut suivre soit le régime de la nullité des contrats puisque la société en participation n'est qu'un simple contrat, soit le régime des sociétés en général. Dans ce dernier cas, on retrouve des interprétations doctrinales différentes. Certains auteurs proposent de limiter les dispositions générales relatives au régime de nullité d'une société<sup>(4)</sup> aux seules sociétés dotées de la personnalité morale, au motif que dans la société en participation les intérêts des tiers sont préser-

<sup>(1)</sup> Cass. civ., 13 novembre 1980 : *D.*, 1981, p. 541, note J. CALAIS-AULOY ; Cass. com., 15 novembre 1994 : *RJDA*, 4/1995, n° 437.

<sup>(2)</sup> *infra*, n°s 1150 et s.

<sup>(3)</sup> Art. 242 et s.

<sup>(4)</sup> Art. 246 et s. de l'AUSC.

vés en cas de nullité. D'autres proposent au contraire de transposer les règles relatives aux sociétés<sup>(1)</sup>.

Pour au moins deux raisons, cette dernière interprétation semble plus convaincante. Tout d'abord, ces textes relatifs aux sociétés sont d'application générale et leur application n'est pas incohérente. Ensuite, un argument de texte justifie l'application des règles générales : l'article 253 de l'AUSC dispose, en effet, que la nullité met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat de société.

### *B. Le fonctionnement de la société en participation*

- 1127.** L'originalité de la société en participation réside dans son absence d'immatriculation. Elle peut aussi fonctionner sans organes. Les dispositions légales sont supplétives, et l'organisation tout comme le fonctionnement de la société en participation repose sur le contrat de société, contrat inopposable aux tiers en vertu de son effet relatif.

Le fonctionnement de la société en participation sera examiné en envisageant successivement les rapports entre associés (1) les relations avec les tiers (2) et le sort des biens (3).

#### **1. Les rapports entre associés**

- 1128.** L'organisation interne de la société en participation est régie par l'article 856 de l'AUSC qui prévoit une règle de nature supplétive dans les termes suivants : « A moins qu'une organisation différente n'ait été prévue, les rapports entre associés sont régis par les dispositions applicables aux sociétés en nom collectif ».

La liberté contractuelle est affirmée avec son principe et ses limites à l'article 855 de l'AUSC. Les associés conviennent librement de l'objet, du fonctionnement et des règles d'organisation de la société en participation sous réserve de ne pas déroger aux règles impératives des dispositions communes aux sociétés, à l'exception des règles relatives à la personnalité morale.

C'est dans ce cadre légal qu'il convient d'envisager les droits et obligations des associés et la gérance.

#### *a) Les droits et les obligations des associés*

- 1129.** C'est après avoir présenté les droits des associés que nous montrerons les obligations qu'ils assument dans le cadre de leur accord de volontés.

<sup>(1)</sup> Voy. J. DERRUPPÉ, in *Jurisclasseur Sociétés*, fasc. 44-B, n<sup>os</sup> 60 et 61.

- 1130.** *Les droits des associés.* Les associés de la société en participation disposent de droits importants, au nombre desquels le droit de participer aux décisions collectives, le droit sur les parts et le bénéfice ainsi que le droit de retrait.
- 1131.** *Le droit de participer aux décisions collectives.* Un principe d'ordre public veut que tout associé ait le droit de participer aux décisions collectives<sup>(1)</sup>. Ce principe s'applique aux associés des sociétés en participation, qui, du reste, ne peuvent conventionnellement y déroger. Mais une fois ce principe respecté, rien n'interdit au contrat de société la possibilité de prévoir librement les modalités de cette participation. En l'absence de stipulation particulière, les règles relatives à la S.N.C. seront applicables.

Il suffira, à ce niveau, d'indiquer que les associés peuvent prendre leurs décisions à l'occasion de réunions d'assemblées ou par le biais de consultations écrites, ou par le consentement de tous les associés dans un même acte. Les décisions sont, en principe, prises à l'unanimité, sauf stipulation contraire prévue dans le contrat de société. L'unanimité serait particulièrement requise pour toute décision entraînant une augmentation des engagements des associés.

- 1132.** *Le droit de l'associé sur ses parts et sur les bénéfices.* Les droits de l'associé d'une société en participation sont cessibles selon les modalités de la cession de créance de droit commun : la cession doit être constatée par écrit et notifiée aux autres associés pour pouvoir leur être opposable.

Les associés ont cependant la possibilité, dans le contrat constitutif, de déclarer incessibles les parts de la société, ceci pour mettre en exergue *l'intuitu personae* des participants. De même, la transmission de parts d'associé à cause de mort peut être réglée dans les statuts ; à défaut, le décès d'un participant entraîne la dissolution de la société en participation.

Le droit de l'associé sur sa part a pour autre corollaire le droit de participer aux bénéfices. En principe, la part de bénéfice de chacun est fixée dans les statuts. A défaut, il y a lieu d'appliquer la règle de répartition proportionnelle aux apports. La prohibition des clauses léonines s'applique également aux sociétés en participation.

- 1133.** *Le droit de retrait.* En vertu du principe de la liberté contractuelle, chaque participant conserve le droit de se retirer de la société en participation. De toute manière, la référence de l'article 856 de l'AUSC à la réglementation des sociétés de personne oblige à permettre le retrait avec l'autorisation unanime des autres associés.

---

<sup>(1)</sup> Art. 125, AUSC.

Le retrait donne normalement droit pour l'associé au remboursement de la valeur de ses droits sociaux, après une évaluation amiable ou conforme aux clauses des statuts.

- 1134.** *Les obligations des associés.* Rappelons que les obligations des associés ne peuvent, en aucun cas, être augmentées sans leur consentement. Même si rien n'interdit aux statuts d'en prévoir davantage (par exemple, les participants peuvent contracter une obligation de non-concurrence de l'activité commune, objet de la société), les obligations des associés participants sont, en principe, au nombre de deux : l'obligation de libérer l'apport promis et l'obligation de contribuer aux pertes.
- 1135.** *L'obligation de libérer l'apport promis.* La première obligation du participant est naturellement celle de libérer l'apport qu'il a promis et dont il est débiteur envers tous les autres associés, lesquels peuvent en demander, du reste, l'exécution.

Si l'apport est en nature, l'exécution de l'obligation présente une originalité dans la société en participation puisque à l'égard des tiers l'apporteur est considéré comme propriétaire du bien apporté<sup>(1)</sup>. De ce fait, les coparticipants ne pourront se prévaloir de leurs droits de réclamer le bien si ce dernier a été transmis. La transmission étant en effet valable, seule une action en dommages-intérêts pourra être exercée contre l'apporteur négligent.

- 1136.** *L'obligation de contribuer aux pertes.* L'associé coparticipant a, comme tout associé, l'obligation de contribuer aux pertes ; une clause contraire serait considérée comme une stipulation léonine. La répartition des pertes se fait dans les mêmes proportions que le partage des bénéfices, c'est-à-dire au prorata des apports. Mais, rien n'interdit au contrat constitutif de prévoir des modalités de répartition différentes : par exemple, il peut être stipulé une limitation des pertes à un montant forfaitaire.

#### ***b) La gérance de la société en participation***

- 1137.** Dans la société en participation, les tiers ne connaissent que le ou les intervenants à une relation contractuelle. En conséquence, le gérant ne peut être considéré comme un organe de la société. C'est surtout pour faciliter le fonctionnement interne de la société que la désignation d'un gérant s'avère nécessaire.

Après avoir montré les règles tenant au choix et à la désignation du gérant, nous présenterons le statut et les pouvoirs de cet organe de direc-

---

<sup>(1)</sup> Art. 857, AUSC.

tion et terminerons en montrant quelles sont ses obligations et sa responsabilité.

- 1138.** *Le choix et la désignation du gérant.* Il est nécessaire de présenter le choix du gérant avant de montrer les règles relatives à sa désignation.
- 1139.** *Le choix du gérant.* Le choix du gérant est laissé à la discrétion des associés, tant pour ce qui concerne les modes de désignation que ses qualités. Le gérant peut être une personne physique ou morale. Dans une société à participation de nature commerciale, il est logique de penser que le gérant doit avoir la qualité et la capacité commerciale puisque c'est lui qui exerce le commerce en son nom.

Si le gérant est une personne morale, celle-ci sera représentée par son dirigeant légal sauf délégation expresse de pouvoirs.

Le plus souvent, le gérant sera choisi parmi les associés. Mais rien n'interdit de confier la gérance de la société en participation à un tiers, qui est alors considéré comme mandataire. Une telle désignation est à prévoir si, pour une opération ponctuelle, le tiers pressenti présente les compétences nécessaires pour bien mener l'opération.

Les participants peuvent, enfin, convenir de désigner plusieurs gérants, voire décider que tous les associés seront gérants. Dans ce cas, seuls les gérants directement investis de l'exploitation commerciale extérieure prendront la qualité de commerçants et assumeront les obligations qui y sont attachées.

- 1140.** *Les règles de désignation du gérant.* Le ou les gérants de la société en participation sont, en principe, désignés à l'unanimité des associés, soit dans le contrat constitutif de la société, soit dans un acte ultérieur. Dans tous les cas, l'unanimité des associés semble s'imposer comme règle. A défaut d'unanimité, le gérant ne pourrait agir que pour le compte de ceux des associés qui l'auront investi.

A défaut d'accord des associés sur la désignation du ou des gérants, quelle règle supplétive faut-il appliquer? Il semble qu'il faut, conformément au renvoi opéré par l'article 856 de l'Acte uniforme, appliquer la réglementation afférente à la société en nom collectif: tous les associés seront gérants<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Une partie de la doctrine française réfute cette interprétation. Voy. notamment Y. CHARTIER, «La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978», *JCP*, éd. E, 1978, n° 2917, spéc. n°s 348 et s.; *Contra*, Y. GUYENOT, «Le régime des sociétés en participation après la réforme des sociétés par la loi du 4 janvier 1978», *Gaz. Pal.*, 1978, doct., p. 386.

- 1141.** Les pouvoirs du gérant de la société en participation sont ceux définis dans le mandat qui délimite l'étendue de sa mission. C'est dans le cadre de ce mandat que sont déterminés le statut et les pouvoirs du gérant.
- 1142.** *La durée du mandat du gérant.* Le mandat du gérant de la société en participation dure en principe le temps que dure la société. Toutefois, les associés peuvent prévoir une durée plus courte. Par ailleurs, le gérant peut lui-même, avant le terme de son mandat, cesser ses fonctions par la démission. Si la démission n'est pas acceptée par les coparticipants, le gérant peut, en cas de préjudice causé à l'activité sociale, être condamné à verser aux coassociés des dommages-intérêts.
- 1143.** *La révocation du gérant.* Les modalités de la révocation du gérant peuvent être indiquées dans le contrat constitutif. La majorité requise pour prononcer la révocation du gérant est alors, en principe, la majorité de sa désignation. Mais le plus souvent, l'unanimité est requise pour pouvoir révoquer le gérant de la société en participation.
- Si les statuts restent muets sur les modalités de révocation du gérant, les règles prévues pour la S.N.C. sont alors applicables<sup>(1)</sup>.
- 1144.** *La rémunération du gérant.* La rémunération du ou des gérants, ainsi que son mode de calcul, peut être prévue dans le contrat constitutif ou dans un acte ultérieur: il peut s'agir d'un traitement fixe, ou d'une rémunération calculée par un pourcentage sur les bénéfices ou encore des avantages en nature.
- Dans bon nombre d'hypothèses, le contrat constitutif reste muet sur la question de la rémunération du gérant. Dans ce cas, le gérant doit pouvoir, comme tout mandataire, réclamer en justice une juste rémunération<sup>(2)</sup>.
- 1145.** *Les pouvoirs du gérant.* Les mandants que sont les coassociés doivent indiquer, avec précision, les pouvoirs confiés au(x) gérant(s) ainsi que les conditions d'exercice de ces pouvoirs. En cas de pluralité de gérants, les associés peuvent décider d'une répartition des pouvoirs entre eux. Des conditions limitatives relatives aux actes de disposition, par exemple, ou à la possibilité de n'engager la société que jusqu'à un certain montant, peuvent être prévues dans le contrat constitutif. De même, la totalité ou certains actes du gérant peuvent être subordonnés à une autorisation unanime des associés.

En l'absence de précision dans le contrat, les dispositions applicables sont, soit celles relatives aux S.N.C. si la société a un objet commercial, soit

<sup>(1)</sup> J. VALLANSAN et E. DESMORIEUX, *op. cit.*, p. 39, n° 94.

<sup>(2)</sup> Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, «Droit civil», *Les contrats spéciaux*, Cujas, 1975, n° 547.

celles prévues par l'article 1848 du Code civil si la société a un objet civil. En effet, il ne s'agit que de régler les relations internes entre les associés et la gérance. En cas de dépassement des pouvoirs, l'opération devient inopposable aux associés.

- 1146.** Le gérant doit pouvoir exercer les pouvoirs qui lui sont confiés. A cet effet, comme les associés, il a qualité pour exiger de chaque co-participant, la libération de son apport afin de réunir les moyens d'exercice de l'activité sociale. Si le gérant a la possibilité de se substituer un mandataire, il reste qu'il ne doit pas le faire à l'insu des associés et il demeure responsable, à leur égard, des fautes et détournement commis par le mandataire.
- 1147.** *Les obligations du gérant.* Les obligations du gérant de la société en participation sont celles d'un mandataire à l'égard de son mandant. Ainsi, le gérant de la société en participation doit rendre compte aux associés, et cette reddition des comptes intervient au profit de chaque associé, qui a le droit d'agir contre le gérant à cette fin.

Tout cela suppose qu'une comptabilité soit tenue. Les opérations conclues pour le compte de la participation le sont sur le patrimoine personnel du ou des gérants, et lesdites opérations figurent sur un compte de participation, ouvert dans la comptabilité personnelle du gérant, qui doit fonctionner comme un compte unique de gestion regroupant à son débit toutes les charges et à son crédit tous les produits concernant la société en participation. D'autres méthodes de comptabilisation peuvent être utilisées<sup>(1)</sup>.

La présentation des comptes aux associés est opérée selon une périodicité prévue au contrat. Dans les cas où l'activité sociale le permet, cette présentation est faite une seule fois, lors de la dissolution de la société. En l'absence de précision, la présentation doit faire l'objet d'un compte rendu annuel comme il est de règle dans les sociétés en nom collectif. Dans tous les cas, les associés sont en droit d'exiger des justifications et la présentation de documents explicatifs.

- 1148.** *La responsabilité du gérant.* Si un ou plusieurs gérants ont été désignés, ils engagent leur responsabilité civile à l'égard des coassociés s'ils ont commis des fautes à l'occasion de leur gestion. Il s'agit, précisément, d'une responsabilité civile contractuelle qui repose sur l'idée de mandat.

---

<sup>(1)</sup> DUPOUY, «La comptabilité des sociétés en participation», *Rev. sociétés*, 1979, p. 753 et 763.

La responsabilité pénale du gérant peut être retenue sur le fondement de l'abus de confiance et l'incrimination se présente alors comme un détournement de mandat.

## 2. Les relations avec les tiers

1149. Dans le cadre des relations du gérant de la société en participation avec les tiers, le principe est celui de la responsabilité personnelle des associés (1). Cette responsabilité est indéfinie et solidaire lorsque les associés ont agi expressément en cette qualité auprès des tiers (2).

### *a) Le principe de la responsabilité personnelle des associés*

1150. Dans la société en participation, la mission du gérant désigné n'a d'effet qu'entre les associés, et elle est inopposable aux tiers. Il n'en reste pas moins en pratique que c'est lui qui, de façon générale, a la charge d'agir à l'égard des tiers ; il contracte alors en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers<sup>(1)</sup>. Le gérant désigné n'agit pas en effet en tant qu'un gérant classique, et il n'agit pas non plus en tant qu'associé : il agit en son propre nom. Il en résulte que les tiers agissant viennent en concours avec les créanciers personnels du gérant dont le droit est né d'une opération étrangère à la participation. De la même façon, le coparticipant non gérant qui conclut lui-même un contrat pour le compte de la participation reste personnellement engagé<sup>(2)</sup>.

La société en participation est généralement une société occulte. Ceci explique qu'à l'égard des tiers la situation se dénoue comme s'il n'y avait pas eu de société. Les relations contractuelles tissées par le gérant et les tiers ont donc effet obligatoire à son égard et effet relatif à l'égard des autres, alors même que les tiers connaissent l'existence de la société. Ces derniers ne disposent, en principe, d'aucune action contre les associés sauf recours aux actions de droit commun (action oblique et action paulienne).

### *b) La responsabilité indéfinie et solidaire des associés*

1151. En vertu des dispositions de l'Acte uniforme, lorsque les associés agissent expressément en cette qualité auprès des tiers, ils sont responsables, indéfiniment et solidairement, des obligations souscrites à ce titre<sup>(3)</sup>. La même

<sup>(1)</sup> Art. 861, al. 1, AUSC.

<sup>(2)</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 17<sup>e</sup> éd., 1999 : selon ces auteurs, la société en participation est à la société immatriculée ce que le concubinage est au mariage ; voy. aussi D. PERNOT, *La société sans personnalité morale*, Thèse Besançon, 1988, p. 13 et 15.

<sup>(3)</sup> Art. 861, al. 1 et 2 AUSC.

solution vaut pour l'associé qui, par son immixtion, laisse croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard, et dont il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit<sup>(1)</sup>.

Ces dispositions méritent un commentaire plus détaillé.

- 1152. L'action des participants en qualité d'associés auprès des tiers.** Le problème est celui de savoir à quelle condition les coparticipants peuvent être considérés comme agissant en qualité d'associés auprès des tiers et engager ainsi leur responsabilité.

A ce propos, une illustration nous est donnée, dans la jurisprudence française, par un arrêt de la Cour de cassation rendu le 15 juillet 1987<sup>(2)</sup>. Les faits de l'espèce se présentent comme suit : pour obtenir un crédit, un gérant avait communiqué à une banque les statuts de la société en participation pour le compte de laquelle il agissait. La banque avait, par la suite, informé les coassociés de l'existence du crédit sans recevoir de réponse de leur part. Par ailleurs, le gérant avait fait paraître, dans un journal d'annonces légales, une convocation des coassociés en assemblée. Le juge d'appel, prenant en considération ces éléments de fait, avait considéré que la société s'était révélée à la banque et condamné tous les coassociés au remboursement du crédit. Cette décision fut cassée au motif que le juge d'appel « n'avait pas, suffisamment, caractérisé les actes personnels des participants permettant de considérer qu'ils avaient agi en qualité d'associés au vu et au su de la banque ».

En s'inspirant de cette jurisprudence, il y a lieu de retenir, comme position de principe, que l'action des participants en qualité d'associés auprès des tiers n'engage leur responsabilité que s'ils ont effectué des actes positifs montrant, de façon indiscutable, leur volonté de s'engager.

- 1153. L'immixtion dans le contrat.** Cette hypothèse vise à admettre l'action des tiers contre les coassociés autres que celui qui a directement agi. A cet égard, l'article 861 alinéa 4 de l'AUSC deux conditions cumulatives :

Tout d'abord, l'associé doit avoir, par son immixtion, fait croire au cocontractant qu'il s'engageait à son égard. Ainsi, plus que l'immixtion dans la gestion interne d'une opération, il doit s'agir d'un engagement direct et ostensible faisant croire au contractant l'existence d'un engagement de la part de l'associé. La responsabilité personnelle de l'associé doit donc être justifiée par un acte positif comme, par exemple, le fait de rentrer en rapport personnel avec les fournisseurs, d'entreprendre des démarches

---

<sup>(1)</sup> Art 861, al. 4, AUSC.

<sup>(2)</sup> Cass. Com. 15 juillet 1987 : *Rev. sociétés* 1988, p. 70, note P. DIDIER ; *RTD com.*, 1988, p. 67, obs. CHAMPAUD et LE FLOCH.

personnelles pour obtenir un crédit, de payer des créanciers, de faire réaliser des travaux ou de fréquenter des chantiers.

Ensuite, il doit aussi être prouvé que cet engagement a tourné au profit de l'associé. Ainsi, ce dernier est engagé si la preuve est faite que l'engagement a tourné à son profit. Toutefois, la seule démonstration que l'acte a profité à l'associé serait insuffisante car l'objectif de tout associé, qui entre en société, est de profiter des bénéfices réalisés à l'occasion de l'activité sociale. La responsabilité de l'associé au titre de l'immixtion suppose donc qu'il s'agisse d'un profit direct et personnel, indépendant de l'application du contrat de société<sup>(1)</sup>.

### 3. La gestion des biens mis à la disposition de la société en participation

1154. Concernant les opérations afférentes aux biens affectés à l'entreprise commune, l'AUSC<sup>(2)</sup> fait une distinction selon que les biens sont personnels (1) ou font ou non l'objet d'une indivision (2).

#### a) La gestion des biens personnels

1155. Il résulte de l'article 857 de l'AUSC que «Les biens nécessaires à l'activité sociale sont mis à la disposition du gérant de la société. Toutefois, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à sa disposition de la société». Dans les deux hypothèses visées par ce texte, la propriété apparente est personnelle à l'un des associés. De ce principe de propriété personnelle résultent les conséquences suivantes :

- l'associé conserve le droit d'aliéner le bien tout en restant débiteur de l'obligation de mise à disposition. Ainsi, l'acquéreur n'étant pas tenu de cette obligation personnelle, l'apporteur sera responsable de la reprise du bien par l'acquéreur ;
- l'apporteur d'un fonds de commerce reste le seul titulaire du droit au renouvellement ; l'apport d'un immeuble n'entraîne pas cession partielle de ses droits locatifs aux autres associés ;
- les créanciers personnels de l'apporteur peuvent exercer leur droit de gage général sur le bien apporté, dans la mesure où il est resté la propriété apparente de ce dernier. Au contraire, les créanciers des coassociés ne peuvent faire valoir de droit sur ce même bien, alors même qu'il s'agirait de créancier du gérant ayant contracté à l'occasion de l'exploitation de l'entreprise faisant l'objet de la participation.

<sup>(1)</sup> J. VALLANSAN et E. DESMORIEUX, *op. cit.*, p. 52, n° 127.

<sup>(2)</sup> Art. 857 et s. AUSC.

– en cas de procédure collective ouverte contre le gérant détenteur du bien, l'apporteur, qui est resté à l'égard des tiers le propriétaire, peut revendiquer les biens apportés et s'opposer à leur vente par les organes de la procédure. La solution ne doit pas être trouvée dans les relations entre l'apporteur et le gérant, mais dans la possibilité pour le propriétaire apparent de faire échapper le bien à la collectivité des créanciers.

*b) La gestion des biens indivis*

**1156.** L'article 859 de l'AUSC prévoit deux cas d'indivision des biens mis à la disposition de l'activité commune : sont réputés indivis entre les associés, les biens acquis par emploi ou remploi de denier indivis pendant la durée de la société et ceux qui se trouvaient indivis avant d'être mis à la disposition de la société.

Il en est de même de ceux que les associés auraient convenu de mettre en indivision<sup>(1)</sup>.

Dans les deux situations visées par le texte précité, les règles applicables sur la gestion des biens indivis seront celles qui, dans chaque Etat partie, sont relatives à l'indivision légale et conventionnelle. Mais il convient de délimiter les droits des créanciers sur les biens indivis, en distinguant les créanciers personnels des associés des créanciers de l'indivision.

S'agissant, tout d'abord, des droits des créanciers personnels des associés. En droit commun, les créanciers personnels des coparticipants ne peuvent pas saisir la part indivise de leur débiteur. Ils ont simplement la faculté de provoquer le partage de l'indivision au nom de leur débiteur ou d'intervenir dans le partage demandé par lui.

Cette faculté n'est pas admise dans le cadre d'une société en participation. En effet, l'article 860 de l'AUSC interdit aux associés de demander le partage des biens indivis tant que la société n'est pas dissoute. Si l'associé ne peut provoquer le partage, son créancier n'en détient pas plus le droit. Si la société est à durée indéterminée, l'associé a certes le droit de demander à tout moment la dissolution. Mais s'il ne le fait pas lui-même, on peut difficilement admettre que ses créanciers personnels puissent vaincre son inertie, car leur droit concerne les biens indivis et non la société.

Toutefois, rien n'interdit aux associés d'écarter ces règles en insérant, dans les statuts, des stipulations contraires accordant aux associés le droit de demander le partage des biens indivis<sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Art. 858 de l'AUSC.

<sup>(2)</sup> Art. 860 de l'AUSC.

S'agissant, ensuite, des droits des créanciers de l'indivision. Les créanciers de l'indivision, c'est-à-dire ceux dont la créance est née de l'indivision en raisons d'actes de conservation ou de gestion des biens indivis, peuvent au contraire faire saisir et vendre les biens indivis et se faire payer sur ces biens.

## §2. La dissolution de la société en participation

**1157.** Il est nécessaire d'envisager les causes (A) puis les effets (B) de la dissolution de la société en participation.

### *A. Les causes de la dissolution de la société en participation*

**1158.** Les causes de la dissolution doivent être étudiées en adaptant tout d'abord les causes générales de dissolution<sup>(1)</sup> prévues aux articles 200 et suivants de l'AUSC (1). Ensuite, il conviendra d'examiner les causes particulières de dissolution des sociétés de personnes (2) pour en terminer avec les causes particulières de dissolution justifiées par les règles spécifiques des sociétés en participation (3).

### **1. L'adaptation des causes communes de dissolution des sociétés**

**1159.** Les causes générales de dissolution des sociétés commerciales sont énumérées à l'article 200 de l'AUSC. Ces dispositions ont une portée générale et une vocation à s'appliquer à toutes les formes de sociétés, sauf dispositions particulières prévues dans l'AUSC. Leur application à la société en participation mérite cependant d'être discutée, si l'on tient compte de l'absence de personnalité morale qui caractérise une telle société.

#### *a) L'expiration du terme*

**1160.** Les statuts d'une société doivent en prévoir la durée, et la société prend fin, automatiquement, par l'expiration du terme pour lequel elle a été constituée. Cette règle s'applique à la société en participation qui constitue une forme juridique adéquate pour des personnes désireuses de réaliser une affaire ponctuelle, pour une durée déterminée.

#### *b) La réalisation ou l'extinction de l'objet social*

**1161.** Cette cause de dissolution, équivalente pour le contrat à la disparition de son objet, s'applique également à la société en participation. C'est, par

---

<sup>(1)</sup> Toutefois, certaines de ces causes supposent une société pourvue d'une personnalité morale, ce qui n'est pas le cas de la société en participation.

exemple, l'hypothèse de l'adjudication du marché à une entreprise autre que la société en participation dont l'objet était de soumissionner ensemble pour réaliser le marché en cas d'attribution.

*c) L'annulation du contrat de société*

1162. Cette cause de dissolution s'applique à toutes les formes de société-institution et, *a fortiori*, à la société en participation qui ne consiste qu'en un contrat de société.

*d) La dissolution anticipée par les associés*

1163. Il s'agit d'une application particulière du *mutuus dissensus*, principe selon lequel le lien contractuel peut être rompu par consentement mutuel. La décision de dissolution anticipée doit être prise à la majorité requise pour la modification des statuts.

*e) La dissolution judiciaire pour juste motif*

1164. La dissolution d'une société en participation peut être prononcée en justice, à la demande d'un associé, pour juste motif, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par l'un des associés. Il en est de même en cas de perte d'un client représentant l'essentiel de l'activité commune et la principale source de profit de la société.

Toutefois, une partie de la doctrine française refuse de considérer que la paralysie du fonctionnement de la société puisse paraître comme une condition nécessaire à la mécontente pour pouvoir obtenir la dissolution. L'argument avancé, qui consiste à dire que le fonctionnement d'une société en participation ne peut être paralysé puisque chacun des associés a les pouvoirs de s'engager à l'égard des tiers, ne manque pas de séduire, d'autant plus que la condition légale ne semble justifiée que lorsque la société est une institution pourvue d'organes, ce qui n'est pas le cas de la société en participation<sup>(1)</sup>.

*f) Le jugement ordonnant la liquidation des biens de la société*

1165. Cette cause de dissolution est inapplicable à la société en participation qui ne peut faire l'objet d'une procédure collective.

---

<sup>(1)</sup> J. VALLANSAN, E. DESMORIEUX, *op. cit.*, n° 153, p. 61.

*g) Les causes statutaires*

- 1166.** Les associés d'une société en participation peuvent prévoir, dans les statuts ou dans l'acte constitutif, l'équivalent d'une clause résolutoire justifiant la dissolution de la société, par exemple en cas de déficit de l'activité commune.

**2. L'application des causes de dissolution des sociétés de personnes**

- 1167.** Il résulte de l'article 862 al. 1<sup>er</sup> de l'AUSC, que la société en participation est dissoute par les mêmes événements qui mettent fin à la société en nom collectif. Ces événements sont le décès, l'incapacité, la faillite ou l'interdiction d'exercer le commerce si la société a un objet commercial.

La société ne prend fin qu'en l'absence d'une clause des statuts ou du contrat constitutif stipulant que la société continuera en dépit de la survenance de ces événements<sup>(1)</sup>.

**3. Les causes de dissolution propres à la société en participation**

- 1168.** L'article 863 de l'AUSC prévoit une cause particulière de dissolution de la société en participation : Ce texte dispose en effet, que «Lorsque la société est à durée indéterminée, sa dissolution peut résulter à tout moment d'une notification, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, adressée par l'un d'eux à tous les associés, pourvu que cette notification soit de bonne foi et non faite à contretemps». Il faut souligner que cette cause particulière à la société en participation est une règle d'ordre public et toute clause contraire dans les statuts ou dans l'acte constitutif serait inefficace.

Il est nécessaire de notifier la volonté de rompre à tous les associés. Par ailleurs, la notification ne doit pas être faite à contretemps. On considère, par exemple, que la notification de la volonté de rompre les relations intervient à contretemps, lorsqu'elle est intervenue pendant la période du premier établissement et avant que l'autre associé ait pu retirer le profit des capitaux qu'il avait avancés<sup>(2)</sup>.

*B. Les effets de la dissolution de la société en participation*

- 1169.** Aucune disposition particulière à la société en participation ne prévoit les effets de la dissolution. Il convient donc de se référer aux dispositions géné-

<sup>(1)</sup> Art. 862, al. 2 de l'AUSC.

<sup>(2)</sup> En jurisprudence française, Cass. Req., 2 mai 1946, p. 286, *Rev. sociétés*, 1947, p. 105.

rales applicables à toutes les sociétés avec les adaptations rendues nécessaires par la particularité de la société en participation.

### 1. La liquidation de la société en participation

1170. La liquidation de la société en participation se présente essentiellement comme un règlement de compte entre les associés. En l'absence de patrimoine social, il n'y a en effet pas lieu de réaliser un actif social et de payer des dettes sociales<sup>(1)</sup>. Il en résulte que l'article 205 de l'AUSC est sans application en la matière. La fiction de la personnalité morale doit être évacuée, et le caractère personnel des engagements des associés rend inopposable aux tiers le processus de liquidation.

La liquidation de la société en participation vise donc seulement à établir les comptes en vue d'un règlement final; la publicité des opérations effectuées à cet effet n'est pas nécessaire.

La liberté demeure le principe comme le prévoit l'article 855 de l'AUSC: les coassociés peuvent aménager à leur guise les modalités du règlement des comptes. La nomination d'un gérant ne s'impose pas et, en principe, l'établissement des comptes de liquidation est à la charge du gérant.

### 2. Le partage

1171. Le partage consiste à régler les comptes entre les associés en répartissant entre eux les pertes ou l'actif disponible.

#### a) *La répartition des pertes*

1172. La contribution aux pertes est une obligation inhérente à la qualité d'associé. Aussi, si les comptes de la liquidation font apparaître des pertes, il faudra les répartir entre les différents participants.

A défaut de stipulation contraire dans l'acte constitutif de la société, la répartition des pertes se fait au prorata du montant de l'apport réalisé. Les associés peuvent convenir que l'un d'eux ne contribuera que pour partie aux pertes. Toutefois, l'exonération de toute perte pour un associé est une clause léonine réputée non écrite.

Dans la société en participation, les créanciers sociaux ne détiennent de droits qu'à l'égard du gérant. Ce dernier se fera rembourser de ce qu'il a payé en plus de sa part par les coassociés à concurrence de leur part respective.

---

<sup>(1)</sup> Voy. Cass. com., 9 juin 1975 : *Bull. civ.*, IV, n° 160.

**b) La reprise des apports et la répartition de l'actif**

**1173.** La répartition de l'actif se présente comme le règlement, de façon définitive, des rapports entre associés. Il est donc logique de se référer à l'article 856 de l'AUSC qui renvoie aux règles applicables aux sociétés en nom collectif, à moins qu'une organisation différente n'ait été prévue par les associés.

Il en résulte qu'à la dissolution de la société, chaque associé a droit, après remboursement des dettes, au remboursement de ses apports et à une part de l'actif subsistant proportionnelle à ses apports.

**1174. La reprise des apports.** La reprise des apports intervient nécessairement après l'apurement du passif et le calcul des droits de chacun, dans la mesure où le résultat de l'exploitation le permet, et selon les modalités prévues dans le contrat constitutif. Il convient de distinguer les apports faits en propriété et ceux faits en jouissance.

**1175. Apports en propriété.** S'agissant des apports faits en propriété, l'apporteur a le droit de reprendre son bien. Si l'associé était propriétaire à l'égard des tiers mais possesseur pour le compte des autres participants dans l'ordre interne, il redevient seul possesseur après le règlement des comptes. Il peut aussi exercer l'action en revendication en cas de redressement judiciaire du gérant qui détient le bien.

Si l'apport fait en propriété est devenu la propriété d'un autre associé, en l'occurrence le gérant, celui-ci devra restituer le bien à l'apporteur. La question se pose tout de même de savoir si la restitution doit s'effectuer en valeur ou en nature. La doctrine française reste partagée : selon certains auteurs, à défaut de convention contraire seule une reprise en valeur est possible<sup>(1)</sup> ; d'autres avancent la solution contraire, en s'appuyant sur les dispositions de l'article 1844-9 du Code civil qui prévoit que tout bien apporté qui se retrouve en nature dans la masse partageable est attribué sur sa demande et à charge de soulte, s'il y a lieu, à l'associé qui en avait fait l'apport<sup>(2)</sup>.

**1176. Apports en jouissance.** S'agissant des apports effectués en jouissance, la dissolution de la société autorise la reprise du bien apporté par l'apporteur. Si l'apport portait sur un bien certain, celui-ci devra être restitué en nature. L'apport en jouissance portant sur une somme d'argent constitue une créance de l'apporteur à l'égard de l'associé (gérant) qui dispose de l'apport ; il est logique de penser que cette créance devra être réglée avant la reprise des autres apports.

---

<sup>(1)</sup> Mémento pratique Francis LEFÈBVRE, *Sociétés commerciales*, n° 3956.

<sup>(2)</sup> J. VALLANSEN et E. DESMORIEUX, *op. cit.*, p. 17, n° 174.

**1177. La répartition de l'actif.** Après la reprise des apports, il doit être procédé à la répartition de l'actif. A défaut de convention ou clauses contraires, la répartition de l'actif doit se faire dans les mêmes proportions que la participation aux bénéfices. En principe, le remboursement doit se faire en argent. Mais rien n'interdit une répartition en nature, notamment lorsque la société en participation a pour objet l'acquisition de biens.

S'agissant des biens indivis, l'article 860 de l'AUSC dispose que «Sauf stipulation contraire des statuts, aucun associé ne peut demander le partage des biens indivis tant que la société n'est pas dissoute». Le partage des biens indivis se fera selon la loi nationale, et les règles du partage de succession s'appliqueront lorsque cela est possible.

## SECTION 2. LA SOCIÉTÉ DE FAIT

**1178.** L'AUSC consacre quelques dispositions sommaires à la société de fait, société qui se révèle après coup, les associés n'ayant effectué aucune démarche en vue de sa reconnaissance par le droit.

La notion de société de fait n'est pas tout à fait précisée, raison de passer par des éclaircissements (§ 1<sup>er</sup>) avant d'envisager la typologie des sociétés de fait (§2).

### §1. La notion de société de fait

**1179.** La notion de société de fait révèle une complexité de nature à rendre difficile la compréhension, notamment parce qu'une structure proche, la société créée de fait, paraît rendre compte de la même réalité. Aussi, paraît-il important de montrer la différence entre la société de fait et la société créée de fait (I) avant de s'appesantir sur la preuve de la société créée de fait (B).

#### *A. La société de fait et la société créée de fait*

##### **1. Précision conceptuelle**

**1180.** Inspirés par l'évolution de la jurisprudence française en la matière et soucieux de préciser la notion de société de fait, les rédacteurs de l'AUSC évitent le risque de confusion terminologique qui a existé en droit français entre la société créée de fait et la société de fait, en retenant les deux définitions connues de la société de fait<sup>(1)</sup>.

L'article 864 dispose qu'«il y a société de fait lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans

<sup>(1)</sup> J. VALLANSAN, E. DESMORIEUX, *op. cit.*, n° 184, p. 173.

avoir constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par le présent Acte uniforme».

Cette définition renvoie précisément à la société créée de fait qui traduit la prise compte d'une situation de fait. Il en sera ainsi lorsque deux personnes ont une activité sans se préoccuper de la qualification juridique de la collaboration. C'est seulement parce qu'il y a un litige que l'on se demandera si, en fait, elles ne s'étaient pas comportées comme des associés<sup>(1)</sup>.

L'article 865 ajoute que «Lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales ont constitué entre elles une société reconnue par le présent Acte uniforme mais n'ont pas accompli les formalités légales constitutives ou ont constitué entre elles une société non reconnue par le présent Acte uniforme, il y également société de fait». Cette deuxième définition concerne les sociétés en formation annulées.

On pourrait épiloguer sur l'utilité de traiter de la société de fait, ainsi définie, dès lors que l'AUSC<sup>(2)</sup> prévoit la rétroactivité de l'annulation de la société qui doit être dissoute et, pour ce qui concerne les sociétés pluripersonnelles, liquidée. Mais il convient de préciser que le statut de la société de fait ne s'applique qu'en cas d'annulation pour omission des formalités légales ou constitution d'une société non reconnue par l'AUSC.

## 2. L'application des règles de la société en nom collectif

- 1181.** A la différence du droit français qui renvoie la société de fait au régime de la société en participation<sup>(3)</sup>, l'AUSC rend applicables aux associés de fait les règles de la société en nom collectif<sup>(4)</sup>. Ce choix est sans doute justifié par la volonté des rédacteurs de protéger les intérêts des tiers qui pourront alors tirer profit de la responsabilité indéfinie et solidaire des associés. Encore faudrait-il que la preuve de l'existence d'une société de fait soit rapportée.

### *B. La preuve de la société de fait*

- 1182.** Quiconque y ayant intérêt peut demander en justice la reconnaissance d'une société de fait<sup>(5)</sup>. Bien souvent, une société de fait se révèle à l'occasion d'un litige entre coassociés ou entre les tiers et les coassociés. La preuve qui peut être rapportée par tout moyen incombe alors, soit à l'associé (A), soit au tiers demandeur (B).

<sup>(1)</sup> M. COZIAN et A. VIANDIER, *op. cit.*, n° 1540.

<sup>(2)</sup> Art. 253, AUSC.

<sup>(3)</sup> Art. 1873 du Code civil français.

<sup>(4)</sup> Art. 868, AUSC.

<sup>(5)</sup> Art. 866, AUSC.

### 1. La preuve par l'un des associés

1183. Un associé peut être tenu de rapporter la preuve de l'existence de la société de fait. Dans ce cadre, il est nécessaire de préciser l'objet et les moyens de preuve dont il peut se prévaloir.

#### a) *L'objet de la preuve de la société de fait*

1184. L'associé qui veut établir l'existence d'une société de fait doit démontrer que les éléments caractéristiques d'une société sont réunis. L'existence de la société suppose donc que soit démontrée la réalité d'apports dans le but de partager les bénéfices avec contribution aux pertes, ainsi que l'intention réelle de s'associer (*affectio societatis*).

S'agissant tout d'abord des apports. Il est d'abord nécessaire de prouver l'existence d'apports en société. Cette preuve peut être faite sans grande difficulté, puisque l'apport peut être en numéraire, en nature ou en industrie. Mais la démonstration d'une volonté des associés de travailler ensemble sur un pied d'égalité au succès d'une entreprise commune ne suffit pas à déterminer l'existence d'une société, dès lors que les apports sont insuffisamment déterminés<sup>(1)</sup>.

S'agissant ensuite de la recherche des bénéfices. La preuve de l'intention de rechercher de bénéfices ou de bénéficier des économies de l'activité est également un critère nécessaire. Elle ne soulève pas de difficulté particulière, la preuve étant aisément apportée de cette intention commune<sup>(2)</sup>.

S'agissant encore de l'*affectio societatis*. La preuve de l'*affectio societatis* est, certes, la plus délicate à apporter. L'*affectio societatis* est défini comme la volonté de collaborer à une entreprise commune de manière active, intéressée et égalitaire. En fait, se présentent les difficultés pratiques de la preuve de la réalité d'une volonté, laquelle doit être induite d'indices concordants comme l'acquisition en commun d'un fonds, d'une exploitation commune et d'un emprunt contracté à titre des coexploitants par les participants, ou encore la mention d'une partie en qualité d'associé dans les dépliants publicitaires, articles de presse et annuaires téléphoniques<sup>(3)</sup>.

S'agissant enfin de la contribution aux pertes. La contribution aux pertes peut être entendue comme un simple engagement qui serait une conséquence de la réunion des trois premiers critères de deux manières différentes dans le contrat de société. On peut également retenir la conception de la jurisprudence française qui, pour retenir la qualification de société créée de

<sup>(1)</sup> Cass. com., 18 décembre 1990 : *Bull. Joly*, 1991, p. 326.

<sup>(2)</sup> Cass. com., 3 juin 1996 : *Bull. civ.*, IV, n° 116.

<sup>(3)</sup> Cass. civ., 4 novembre 1987 : *JCP*, éd. E, 1988, IV, p. 14.

fait, exige que soit vérifiée l'intention réelle des parties de contribuer aux pertes en cas de déficit<sup>(1)</sup>.

**b) Les moyens de la preuve de la société de fait**

- 1185.** Il résulte de l'article 867 de l'AUSC que la preuve peut être apportée par tout moyen. La règle vaut aussi bien pour les sociétés de fait à objet civil que celles ayant un objet commercial, l'Acte uniforme n'ayant établi aucune distinction à cet égard.

La preuve de la société de fait peut ainsi résulter de lettres ou missives, documents sociaux, faits concordants ou témoignages<sup>(2)</sup>.

**2. La preuve par les tiers**

- 1186.** La rigueur de la preuve de la société de fait doit être amoindrie à l'égard des tiers. La jurisprudence devrait donc être plus libérale à leur égard. Pour pouvoir agir contre les associés, les tiers devraient pouvoir se prévaloir de l'apparence extérieure d'une société à leur égard. Il est nécessaire de démontrer que l'apparence a porté le tiers à croire à l'existence de la société entre les parties. Cette apparence devrait s'apprécier globalement, sans que les tiers aient à démontrer l'apparence de chacun des éléments constitutifs de la société<sup>(3)</sup>.

Toutefois, la situation de l'administration fiscale doit être différente. La taxation des sociétés ne doit s'appliquer à une société de fait qu'à charge pour l'administration fiscale d'établir l'existence de cette société, lorsqu'elle est contestée, et non sa seule apparence.

**§2. Typologie des sociétés de fait**

- 1187.** La typologie des sociétés de fait, opérée en droit français, part du constat que ces sociétés ne résultent pas d'accords, mais de comportements d'associés. Ces comportements se révèlent le plus souvent à l'occasion de situations familiales ou extra-familiales.

<sup>(1)</sup> J. VALLANSAN et E. DESMORIEUX, *op. cit.*, p. 79, n° 193.

<sup>(2)</sup> *Ibid.*, spéc., p. 79 n° 194; en droit français, c'est en ayant recours à l'assimilation de la société créée de fait à la société en participation que le doute est levé quant à l'admissibilité de tous les moyens de preuve.

<sup>(3)</sup> *Ibid.*, p. 80 n° 195. Voy. égal. Cass. civ., 13 novembre 1980 : *D.*, 1981, p. 541, note J. CALAIS-AULOY; Cass. com., 3 novembre 1988 : *Bull. civ.*, IV, n° 289.

### *A. Les situations familiales*

- 1188.** Des sociétés de fait se créent fréquemment entre différents membres d'une famille, par exemple entre frères et sœurs ou entre un père et son fils. Mais le plus fréquemment, c'est entre époux (A) et concubins (B) que se révèlent de telles sociétés.

#### **1. La société de fait entre époux**

- 1189.** Pour saisir la réalité des sociétés de fait constituées entre époux, il est nécessaire de montrer l'intérêt (1) et l'objet (2) de la preuve de leur existence.

##### *a) L'intérêt de la preuve*

- 1190.** L'AUSC dispose, en son article 9, que «Deux époux ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment et solidairement». Cette interdiction ne doit pas empêcher de considérer comme une société de fait une société constituée entre deux époux.

La preuve de l'existence d'une société constituée entre époux mérite parfois d'être apportée. Dans les relations entre époux, une telle preuve permet à l'un, au moment de la dissolution du mariage, d'en limiter les conséquences, spécialement lorsque le fonds de commerce appartenait exclusivement à l'autre époux.

A l'égard des tiers, la preuve de la société de fait entre époux permet aux créanciers d'élargir leur droit de gage général au patrimoine total de la famille, surtout en cas de régime de séparation de biens.

##### *b) L'objet de la preuve*

- 1191.** L'époux qui veut tirer partie de l'existence de la société doit démontrer la réunion des éléments constitutifs d'une société. Il ne suffit pas de démontrer l'entraide entre époux; il est nécessaire d'apporter la preuve d'une intention commune de collaborer sur un pied d'égalité à l'entreprise commune.

Le fait pour l'un des époux de s'intéresser à la gestion du fonds de commerce ne suffit pas à démontrer cette collaboration effective. De même, l'ouverture d'un compte joint dans une banque n'implique pas l'existence d'une société. Enfin, on ne peut prétendre que la participation aux dépenses de la vie commune puisse être analysée en une participation aux pertes.

En revanche, une société de fait a été retenue entre deux époux qui avaient acquis en commun un fonds de commerce, accepté des effets de

commerce et passé des commandes et alors que l'un avait contracté pour l'exploitation un emprunt hypothécaire cautionné par l'autre<sup>(1)</sup>.

## 2. La société de fait entre concubins

- 1192.** L'existence d'une société de fait dans une relation de concubinage présente des intérêts pour les concubins. En cas de rupture du ménage illégitime, la concubine délaissée souhaite généralement obtenir le partage des biens acquis pendant le concubinage. De même, en cas de décès, le survivant invoque très souvent, face aux enfants de l'amant décédé, la société de fait créée au cours de leur vie commune.

Pour faire admettre l'existence d'une société de fait dans leurs relations, la concubine doit établir la réalité de la société et, notamment, la volonté d'exploiter une entreprise commune sur un pied d'égalité, d'en partager les bénéfices et de contribuer aux pertes.

Il résulte de la jurisprudence française qu'ont été considérés comme insuffisants : l'exploitation d'une entreprise en compagnie du concubin sans que celui-ci soit rémunéré, la mise en commun de revenus, les dépenses de vie commune, l'achat en commun d'un immeuble, l'ouverture d'un compte joint pour recevoir les fonds destinés à payer les dépenses de construction, sauf si les deux cotitulaires font des apports proportionnels à leurs ressources personnelles. De façon générale, pour retenir l'existence d'une société de fait entre concubins, la jurisprudence française prend en considération le temps du concubinage conjugué avec les investissements communs et une participation égalitaire à la direction de l'entreprise<sup>(2)</sup>.

### *B. Les situations extra-familiales*

- 1193.** Dans les situations extra-familiales, la société de fait recouvre deux réalités : la société en formation (A) et la collaboration économique et financière (B).

#### 1. La société en formation

- 1194.** Une société en formation peut devenir une société de fait à la condition que l'activité dépasse l'accomplissement de simples actes nécessaires à sa constitution de manière durable et importante. Il doit s'agir d'une entreprise fonctionnant déjà, mais dont les associés n'ont pas accompli les formalités légales constitutives d'une société, ou ont entendu créer une société non prévue dans l'AUSC.

<sup>(1)</sup> *Ibid.*, p. 81, n° 201.

<sup>(2)</sup> Cass. civ., 1, 23 juin 1987 : *Bull. civ.*, I, n° 205.

## 2. La collaboration économique et financière

- 1195.** La notion de société de fait est utilisée pour régler les relations de fait nées d'une collaboration économique et/ou financière entre plusieurs personnes physiques ou morales.

Ainsi, un groupement d'entreprises constitué à l'occasion d'une adjudication de marché de travaux publics peut être considéré comme une société de fait, dès lors qu'elles ont soumissionné ensemble dans un but commun avec la volonté chacune au déficit du groupement. De même, peut être qualifié de société de fait le pool constitué par plusieurs banques qui acceptent ensemble de financer une campagne agricole, d'en tirer le profit mais également d'en supporter les pertes. Dans de tels cas, on peut d'ailleurs hésiter entre la qualification de société de fait ou de société en participation.

## CHAPITRE 2

# LE GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE

---

**1196.** Le groupement d'intérêt économique (G.I.E.) est une structure juridique originale qui n'est ni une société, ni une association. Il s'agit d'un instrument de collaboration entre des entreprises préexistantes, conçu en vue d'atteindre une finalité dont n'étaient pas en mesure de répondre les formes juridiques de la société ou de l'association.

Le G.I.E. est réglementé par le Livre 7 de l'AUSC (articles 869 et s.). Aux termes de l'article 869, le G.I.E. «est celui qui a pour but exclusif de mettre en œuvre pour une durée déterminée, tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité».

Dès lors, la constitution du groupement doit nécessairement tendre à la réalisation d'un tel but. Mais l'originalité du G.I.E. réside en ce qu'il peut être constitué sans capital, c'est-à-dire sans apport de ses membres, même s'il doit poursuivre un but lucratif. Le législateur a, en effet, mis en place un dispositif assez souple pour permettre à cet instrument de faciliter la collaboration entre les entreprises. Cela apparaît de l'étude aussi bien des règles de constitution (Section 1<sup>re</sup>), de fonctionnement (Section 2), que dans celles concernant l'évolution du groupement (Section 3).

### SECTION 1. LA CONSTITUTION DU G.I.E.

**1197.** La constitution du G.I.E. est régie par le principe de la liberté contractuelle. Il reste qu'il obéit non seulement aux conditions de fond (§ 1<sup>er</sup>) mais également à des conditions de forme et de publicité (§ 2).

#### § 1. Les conditions de fond

**1198.** Au fond, les conditions de constitution du G.I.E. ont trait à l'objet du groupement (I) et son capital (B).

##### *A. L'objet du G.I.E.*

**1199.** Le groupement d'intérêt économique a une finalité particulière par rapport aux sociétés. Son objet doit consister à «faciliter ou développer l'activité économique de ses membres», sans toutefois se substituer à eux. Cet objet,

qui peut être civil ou commercial, ne peut constituer qu'une juxtaposition de moyens d'entreprises existantes, sans pour autant les faire disparaître. L'objet du G.I.E. apparaît ainsi plus restreint parce qu'«auxiliaire» de l'activité des entreprises membres.

Un G.I.E. pourra donc être requalifié en société de fait s'il avait été créé en vue d'exercer une activité (de courtage d'assurances par exemple), alors qu'aucun de ses membres n'exerçait personnellement une telle activité<sup>(1)</sup>. Ainsi, le G.I.E. ne doit être qu'un prolongement de l'activité de ses membres. Il est en effet conçu en vue d'améliorer, de développer et de faciliter cette activité, et il ne saurait par conséquent aboutir à la supprimer. C'est là un principe fondamental qui résulte d'ailleurs indirectement de l'article 870 de l'AUSC qui dispose que «le groupement d'intérêt économique ne donne pas lieu par lui-même à réalisation et à partage de bénéfices». Cela signifie non pas que le G.I.E. ne peut réaliser des bénéfices, mais que le profit résultant de l'action commune doit revenir aux membres et non pas au G.I.E.

Il faut également que le G.I.E. ait une activité économique. C'est une conséquence de la règle précédente<sup>(2)</sup>. Les possibilités d'utilisation de la formule de G.I.E. sont cependant assez larges puisqu'elles englobent tous les secteurs de la vie économique, qu'il s'agisse de l'industrie, du commerce, de l'artisanat, de l'agriculture, et même des professions libérales<sup>(3)</sup>.

### *B. Le capital du G.I.E.*

- 1200.** Conformément à l'alinéa 2 de l'article 870 de l'Acte uniforme, le G.I.E. «peut être constitué sans capital» donc sans apports. Il fonctionnera alors dans des conditions analogues à celles d'une association, son financement étant assuré par des cotisations des membres ou des appels de fonds qui leurs seront adressés.

Toutefois, l'absence de capital n'exclut pas que les membres puissent recevoir des apports en numéraire, en nature ou en industrie. En l'absence de capital, le contrat de groupement définit librement les droits et obligations des membres.

---

<sup>(1)</sup> Voy., en France, une décision de la Cour d'appel de Paris du 6 octobre 1987 : *Bull. Joly*, 1988, p. 89.

<sup>(2)</sup> On peut entendre par activité économique une activité se rapportant à la production, la répartition, la circulation et la consommation des richesses. Voy. en ce sens Cass. Ch. réun. 1<sup>er</sup> août 1949 : *JCP*, 1949, II, 5033.

<sup>(3)</sup> Cf. Art. 871 de l'AUSC précité. Ainsi, par exemple, un G.I.E. peut être utilisé pour la création de services communs (rationalisation des transports, organisation de services commerciaux).

## §2. Les conditions de forme et de publicité

**1201.** L'Acte uniforme soumet la constitution du groupement à deux conditions de forme : l'écrit et la publicité.

### *A. La nécessité d'un écrit*

**1202.** L'acte constitutif, encore appelé statuts du G.I.E., doit être écrit. Ce contrat, signé par les membres, peut être un acte authentique ou sous seing privé, et il doit être rédigé en autant d'exemplaires que de parties. Ces statuts doivent par la suite être enregistrés. Ils doivent contenir des mentions telles que la dénomination, le siège social, l'identification de chacun des membres, la durée et l'objet du groupement<sup>(1)</sup>.

Le contrat doit également préciser les conditions de contrôle de la gestion du groupement.

### *B. La publicité du G.I.E.*

**1203.** La publicité du G.I.E. consiste dans l'immatriculation du groupement au registre du commerce et du crédit mobilier. Cette étape est importante dans la mesure où elle permet au groupement d'acquérir la personnalité juridique. L'AUSC dispose en effet dans son article 872 que «le groupement d'intérêt économique jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité à compter de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier<sup>(2)</sup>».

## SECTION 2. LE FONCTIONNEMENT DU G.I.E.

**1204.** L'organisation et le fonctionnement du G.I.E. sont librement déterminés par les parties dans le contrat. L'AUSC ne prévoit aucun modèle précis ; il prévoit simplement que le groupement est administré par une ou plusieurs personnes. Les parties ont donc une liberté tant en ce qui concerne l'administration du groupement que la désignation des administrateurs avec leurs attributions leurs pouvoirs et les conditions de leur révocation.

Le texte prévoit également un contrôle de gestion et des comptes dans les conditions définies par le contrat. En outre, l'AUSC décide que le G.I.E.

---

<sup>(1)</sup> L'objet doit être rédigé avec soin et précision dans l'intérêt des membres car ils sont tenus solidairement sur leur patrimoine personnel des dettes du groupement, dès lors que la compétence des organes du groupement en dépend et n'est limitée que par l'objet.

<sup>(2)</sup> La question se pose de savoir si l'immatriculation au registre du commerce emporte présomption de commercialité même lorsque le groupement a un objet civil. A notre avis, la réponse devrait être négative.

peut émettre des obligations sous réserve du respect des conditions générales d'émission de ces titres par les sociétés.

Le fonctionnement du G.I.E. étant marqué par la situation des membres, il convient de cerner les droits et obligations de ces derniers (§ 1<sup>er</sup>), avant d'envisager les règles relatives aux organes, aussi bien de direction que de surveillance (§ 2).

### § 1. Les membres du G.I.E.

**1205.** Le nombre minimum des membres requis pour constituer valablement un G.I.E. est de deux<sup>(1)</sup>. Il n'y a pas de maximum et les membres peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales (associations, sociétés, autres G.I.E., etc.).

Les droits des membres du G.I.E. ne peuvent en aucun cas être représentés par des titres négociables. Sauf convention contraire entre les parties, ils sont tenus des dettes du groupement sur leur patrimoine propre, et ce de façon solidaire et indéfinie<sup>(2)</sup>. Cette responsabilité des membres du G.I.E. n'a pas pour effet de leur conférer la qualité de commerçant au moment où ils adhèrent au groupement, même si celui-ci a un objet commercial. C'est dire qu'un non-commerçant peut participer à un G.I.E. commercial sans pour autant devenir lui-même commerçant<sup>(3)</sup>.

Les créanciers qui agissent contre les membres du G.I.E. doivent, au préalable, mettre le groupement en demeure de payer les dettes avant de pouvoir poursuivre ses membres.

### § 2. Les organes du G.I.E.

**1206.** Deux catégories d'organes sont envisagés par l'Acte uniforme : les organes de gestion (A) et de surveillance (B).

#### *A. Les organes de gestion*

**1207.** L'AUSC ne prévoit aucun organe précis pour l'administration du G.I.E. Il appartient donc aux parties de déterminer l'organisation adaptée à leurs besoins.

Il est simplement indiqué, que «le G.I.E. est administré par une ou plusieurs personnes physiques ou morales<sup>(4)</sup>». Une personne morale, contrai-

---

<sup>(1)</sup> Cf. art. 871, al. 1 de l'Acte uniforme.

<sup>(2)</sup> Art. 873 de l'AUSC.

<sup>(3)</sup> Mémento pratique Francis LEFÈBVRE, *Sociétés commerciales*, 2000, n° 30572.

<sup>(4)</sup> Art. 879, al. 1<sup>er</sup> de l'AUSC.

rement à ce que prévoyaient certaines législations nationales antérieures<sup>(1)</sup>, peut désormais être nommée administrateur du groupement, sous réserve qu'elle désigne une personne physique comme représentant permanent. Le représentant encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il exerçait cette fonction en son nom propre.

### 1. Les organes d'administration

**1208.** Les organes d'administration assument les fonctions les plus importantes au sein du groupement d'intérêt économique. Après avoir présenté les règles relatives à la nomination et la révocation des administrateurs, nous montrons l'étendue de leurs pouvoirs et responsabilités.

**1209.** La nomination et la révocation des administrateurs. Le mode de désignation et de révocation ainsi que la durée des fonctions des administrateurs du G.I.E. sont en principe librement déterminés par les statuts. A défaut, il revient à l'assemblée des membres de les préciser. On mesure donc la grande liberté dont disposent ici les membres du G.I.E. ; ils ont en particulier la possibilité de choisir un (ou des) administrateur(s) parmi les membres du groupement ou en dehors d'eux, de fixer les modalités de sa nomination de même que celles de sa révocation, de préciser ou non la durée de son mandat.

La désignation de l'administrateur doit être publiée au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM), à moins qu'il ne s'agisse d'un membre désigné au moment de la constitution car en ce cas, la publicité se fait lors de l'immatriculation.

Relativement à la révocation, le contrat peut librement prévoir que l'administrateur est révocable *ad nutum* dans les conditions de quorum et majorité spécifiques. L'accord de volontés peut aussi imposer un préavis ou encore n'admettre qu'une révocation pour justes motifs.

Par contre, la situation de l'administrateur membre du groupement mérite de retenir l'attention. Il faut en effet rappeler que dans le silence des textes, l'assemblée statue à l'unanimité. L'irrévocabilité de fait d'un tel administrateur ne sera donc contournée que par l'insertion dans le contrat constitutif des conditions de sa révocation.

La cessation des fonctions d'administrateur doit également être publiée au RCCM.

---

<sup>(1)</sup> L'article 1481 du Code des obligations sénégalais dispose en effet que «le groupement est administré par une ou plusieurs personnes physiques». Cette exigence d'administration du G.I.E. par une personne physique obligeait les G.I.E. dont tous les membres sont des personnes morales à désigner l'administrateur parmi des tiers.

**1210.** Les pouvoirs et les responsabilités des administrateurs. On retrouve là encore la liberté des membres qui peuvent déterminer, dans les statuts ou en assemblée, les pouvoirs et les responsabilités des administrateurs. L'AUSC dispose que «dans les rapports avec les tiers, un administrateur engage le groupement pour tout acte entrant dans l'objet de celui-ci. Toute limitation de pouvoirs est inopposable aux tiers»<sup>(1)</sup>. Le G.I.E. ne pourra donc invoquer utilement de telles limitations pour se prétendre non engagé. En d'autres termes, la stipulation du contrat constitutif, limitant les pouvoirs des administrateurs, ne peut être invoquée qu'au sein du G.I.E., pour engager la responsabilité de l'administrateur qui l'a méconnue, ou encore au titre de juste motif de révocation.

L'AUSC reste cependant muet en ce qui concerne les rapports internes au groupement. On doit alors se référer au contrat constitutif (ou à l'assemblée en cas de silence de celui-ci), pour obtenir les précisions nécessaires. Les administrateurs engagent donc leur responsabilité personnelle vis-à-vis des associés pour les actes qui dépassent les limites de leur mandat. L'inopposabilité aux tiers des clauses limitant les pouvoirs légaux de l'administrateur conduit également à décider que dans l'hypothèse où il y a plusieurs administrateurs, les stipulations des statuts qui confieraient des tâches déterminées ou reconnaîtraient un droit de veto à chacun contre des décisions envisagées par les autres, n'auront qu'une portée interne.

La responsabilité pénale des administrateurs d'un G.I.E. pourra être retenue s'ils commettent des infractions de droit commun à l'occasion de leurs fonctions: par exemple, une escroquerie ou un abus de confiance<sup>(2)</sup>. D'autres infractions peuvent également servir de fondement à l'engagement de la responsabilité pénale des administrateurs du G.I.E. Il s'agit de celles relatives à la constitution des sociétés, à la gérance, à l'administration et à la direction des sociétés ainsi qu'aux assemblées générales<sup>(3)</sup>.

## 2. Les assemblées

**1211.** Les membres du G.I.E. se réunissent en assemblée générale, laquelle est habilitée à prendre toute décision concernant la vie du groupement. L'assemblée générale est donc compétente pour décider de la dissolution anticipée ou la prorogation de la durée de vie du G.I.E. L'AUSC laisse cependant aux parties une grande liberté pour organiser les conditions de tenue des organes de délibération: modalités de convocation, droit de com-

---

<sup>(1)</sup> Art. 879, al. 3, AUSC

<sup>(2)</sup> Cf., pour cette dernière qualification, Cass. Crim., 27 janvier 1986 : *Rev. sociétés* 1986, p. 273, note BOULOC, *RTD com.*, 1987, p. 541, obs. ALFANDARI et JEANTIN.

<sup>(3)</sup> Voy. : article 876 dernier alinéa ; articles 886 et s. de l'AUSC.

munication, ordre du jour, procès-verbal, etc. Cette liberté permettra aux parties de prévoir, par exemple, une majorité simple, et d'exiger une majorité renforcée pour les décisions qui visent à apporter des modifications importantes au contrat de groupement<sup>(1)</sup>.

Toutefois, l'assemblée est obligatoirement réunie à la demande d'un quart au moins des membres du groupement en nombre. Le contrat peut, dans ce cadre, prévoir que toutes les décisions ou certaines d'entre elles seront prises aux conditions de quorum et de majorité qu'il fixe. Le contrat peut également attribuer à chaque membre un nombre de voix différent de celui attribué aux autres, par exemple en liant le nombre de voix aux apports effectués ou aux affaires traitées avec le G.I.E., ou encore à la part contributive dans les pertes.

Dans le silence du contrat, les décisions sont prises à l'unanimité<sup>(2)</sup>. Chaque membre dispose d'une voix et il ne peut en être privé.

### *B. Les organes de surveillance*

- 1212.** Aux termes de l'article 880 de l'AUSC, «le contrôle de la gestion et le contrôle des états financiers de synthèse sont exercés dans les conditions prévues par le contrat». Ce texte fait ainsi apparaître un double contrôle dans le fonctionnement du G.I.E. Cette surveillance est en effet importante, pour les membres sur lesquels pèse une lourde obligation solidaire et indéfinie aux dettes du groupement. Examinons tour à tour le contrôle de la gestion (1) et le contrôle des états financiers du G.I.E. (2).

#### **1. Le contrôle de la gestion du G.I.E.**

- 1213.** Le contrôle de la gestion du G.I.E. doit obligatoirement faire partie des mécanismes de surveillance du groupement. S'agissant d'un tel contrôle, les parties disposent d'une grande liberté. En effet, elles déterminent dans le contrat, à leur guise, les personnes chargées du contrôle, la durée de leurs fonctions ainsi que leurs pouvoirs.

L'AUSC ne précise pas clairement si le contrôleur de la gestion du G.I.E. doit nécessairement être une personne physique. Ce n'est qu'à propos du contrôle exercé lorsque le groupement émet des obligations qu'il est fait obligation aux parties de choisir comme contrôleur de gestion du groupe-

<sup>(1)</sup> Cela peut soulever un problème de qualification des délibérations. Voy. en ce sens Paris, 25<sup>e</sup> ch., 4 décembre 1990 : *Bull. Joly*, 1991, p. 197, note LEPELTIER.

<sup>(2)</sup> Cf. art. 877 de l'AUSC. Il est important de rappeler à ce sujet l'intérêt pour les parties d'insérer dans le contrat les conditions de validité des délibérations compte tenu de l'impossibilité de révoquer un administrateur membre en l'absence de clause du contrat constitutif, car dans ce cas, l'unanimité des voix est requise.

ment, une ou plusieurs personnes physiques. Il faut alors déduire, du silence des textes, que le législateur a bien voulu laisser aux parties la liberté de désigner l'organe de contrôle de la gestion parmi les membres du groupement ou en dehors de ceux-ci<sup>(1)</sup>.

## 2. Le contrôle des comptes du G.I.E.

- 1214.** Il résulte des termes de l'article 880 de l'AUSC que le contrat constitutif du groupement est, en principe, libre d'organiser la surveillance des comptes, grâce au contrôle exercé sur les états financiers de synthèse.

Cette disposition n'est toutefois pas assez précise. Car la question peut se poser de savoir si le contrôle des états financiers de synthèse doit nécessairement être exercé par un ou plusieurs commissaires aux comptes choisis parmi la liste officielle des commissaires aux comptes, ou si cette exigence n'est valable que dans la seule hypothèse où le G.I.E. émet des obligations. La seconde solution semble moins pertinente, en ce sens que l'alinéa 4 de l'article 880 n'établit aucune distinction entre les G.I.E. Dès lors, on peut valablement considérer qu'en toute hypothèse, le choix du contrôleur doit être fait parmi les commissaires aux comptes inscrits sur la liste officielle.

La restriction ainsi apportée à la liberté de principe accordée aux parties s'étend également à la durée des fonctions du contrôleur, et à l'organe compétent des états financiers. L'alinéa 4 de l'article 880 dispose, en effet, que le (ou les) commissaire(s) aux comptes est nommé par l'assemblée pour une durée de six exercices. Les dispositions concernant les incompatibilités, les pouvoirs, les fonctions, les obligations, la responsabilité, la révocation, la récusation, la rémunération des commissaires aux comptes des sociétés anonymes sont applicables à ceux nommés dans les G.I.E.<sup>(2)</sup>

## SECTION 3. L'ÉVOLUTION DU G.I.E.

- 1215.** Les mouvements qui affectent la vie d'un G.I.E. peuvent être de deux ordres: Il peut s'agir de la mutation du groupement (§ 1<sup>er</sup>) ou de sa disparition (§2).

### §1. La mutation du groupement d'intérêt économique

- 1216.** L'AUSC rend plus aisée la transformation d'une autre structure en G.I.E. que celle d'un G.I.E. en une forme de groupement. Ainsi toute société

---

<sup>(1)</sup> Mais il faut admettre que les parties ne peuvent choisir les contrôleurs qu'en dehors des administrateurs, même si cela n'est pas également précisé par le texte.

<sup>(2)</sup> Art. 880, al. 5, AUSC.

quelle que soit sa forme ou toute association, peut être transformée en un groupement d'intérêt économique, à condition toutefois que son objet corresponde à la définition du G.I.E. Cette mutation de la personne morale de l'association ou de la société en G.I.E. ne donne pas lieu à dissolution ou à création d'une personne morale nouvelle<sup>(1)</sup>.

Par contre l'AUSC se montre assez rigide quant à la possibilité pour un G.I.E. de se transformer en une autre forme de groupement. L'article 882 al. 2 dispose en effet qu'«un groupement d'intérêt économique peut être transformé en société en nom collectif sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle». Il résulte de ce texte, à contrario, que la mutation du G.I.E. en une forme sociétaire autre qu'une société en nom collectif entraîne dissolution du groupement primitif et création d'une personne morale nouvelle<sup>(2)</sup>.

## §2. La disparition du groupement d'intérêt économique

**1217.** Comme toutes les formes de groupement, le G.I.E. prend fin par la dissolution, événement dont la survenance ouvre droit à la liquidation du groupement. Après avoir passé en revue les causes de dissolution du G.I.E. (A), nous montrerons comment se fait sa liquidation (B).

### *A. Les causes de dissolution du G.I.E.*

**1218.** L'article 883 de l'AUSC énumère les causes de dissolution suivantes :

- l'arrivée du terme prévu dans le contrat constitutif (sauf, naturellement, prorogation de ce terme);
- la réalisation ou l'extinction de l'objet;
- la décision de l'assemblée générale des membres;
- la décision judiciaire pour juste motif;
- le décès d'une personne physique ou la dissolution d'une personne morale membre du groupement, sauf stipulation contraire du contrat constitutif.

Par ailleurs, l'article 884 ajoute que «si l'un des membres est frappé d'incapacité, de faillite personnelle ou d'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise quelle qu'en soit la forme ou l'objet, le

<sup>(1)</sup> Art. 882, al. 1, AUSC.

<sup>(2)</sup> Cette disposition est une reconduction de l'article 12 de l'ordonnance française n° 67-821 du 23 septembre 1967 modifiée par la loi n° 89-377 du 13 juin 1989 laquelle insère à cet article un alinéa qui permet de reconnaître la possibilité pour un G.I.E. de se transformer en une autre forme sociétaire car l'article 12 ne prévoyait pas, à l'origine, cette possibilité. Il convient également de remarquer le silence de l'Acte uniforme relativement à la possibilité d'une fusion soit entre G.I.E., soit entre un G.I.E. et une autre forme de groupement. Il est dans ce cas difficile d'admettre une telle possibilité.

groupement d'intérêt économique est dissout à moins que sa continuation ne soit prévue par le contrat ou que les autres membres ne le décident à l'unanimité».

La question du sort du groupement en cas de réunion entre les mains d'un seul membre de toutes les parts du G.I.E. n'a pas été réglée par l'AUSC. Cette hypothèse ne figure pas en effet parmi les causes légales de dissolution du G.I.E. Mais il est possible de la retenir comme telle en se fondant sur la définition du G.I.E. qui implique une pluralité de membres<sup>(1)</sup>. En vertu de cette définition, le G.I.E. ne peut être formé que par au moins deux personnes<sup>(2)</sup>. En outre, il n'existe pas ici une disposition équivalente à celle à l'article 60 de l'AUSC concernant les sociétés qui dispose que «la réunion de toutes les parts sociales une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société».

Faut-il dès lors décider, ici, que la réunion des parts du G.I.E. en une seule main entraîne sa dissolution de plein droit? Nous pensons qu'il faut, par contre, considérer cette situation comme «un juste motif» de dissolution judiciaire à la demande de tout intéressé.

### *B. La liquidation du G.I.E.*

- 1219.** L'AUSC laisse une grande liberté aux statuts dans l'organisation de la liquidation et du partage du G.I.E.

La liquidation résulte nécessairement de la dissolution du G.I.E. Pour les besoins de celle-ci, il est décidé que la personnalité du G.I.E. subsiste, même après dissolution.

Le contrat constitutif organise les modalités de la liquidation. A défaut, l'assemblée générale des membres du groupement, ou le président de la juridiction compétente, désigne un liquidateur. Le liquidateur désigné par l'assemblée ne peut être tenu sur son patrimoine, des dettes du G.I.E. dissout, mais simplement en qualité de mandataire de celui-ci.

Rien n'empêcherait qu'un contrôleur de gestion soit nommé liquidateur, si sa fonction ne se poursuit pas après la dissolution. Dans ce cas, il suffirait de modifier au préalable le contrat constitutif du groupement.

C'est également dans le contrat que les parties règlent les modalités de partage, de répartition de l'excédent d'actif entre les membres. Il n'est en effet pourvu au partage qu'après paiement des dettes du groupement<sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Pour une application de cette solution dans la jurisprudence française, voy. T. com. Nanterre, 2 novembre 1988 : *Rjcom.*, 1990, p. 173, note GALLET.

<sup>(2)</sup> Art. 871, al. 1, AUSC.

<sup>(3)</sup> Art. 885, al. 3, AUSC.



# INDEX ANALYTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

## A

### Abus :

- biens: 237, 252, 354, 446, 447 et s., 454, 458, 540, 550, 795, 850
- crédit: 194, 210, 237, 239, 446, 447 et s., 454, 458, 540, 550
- droit de vote:
  - majorité: 122, 194, 259, 274
  - minorité: 122, 194, 259, 819

### Actes pour le compte d'une société en formation :

- avant constitution: 199, 200
- avant immatriculation au RCCM: 201 et s.

### Action :

- achat, souscription ou prise en gage par la société de ses propres actions: 92, 518, 986, 1003, 1065 et s., 1086
  - vote: 120 et s., 1003
- actions attribuées aux salariés: 991
- actions d'apport:
  - augmentation de capital: 1072, 1077, 1078
  - conversion en action au porteur: 92
  - définition: 988, 989
  - infractions: 425, 430, 512
  - libération: 512, 1018, 1078
  - non-convertibilité: 92
  - non-négociabilité: 427, 429, 430, 992, 1008
- actions de capital: 949, 988, 993, 1089
- actions à dividende prioritaire: 993
- actions indivises: 1021
- actions de jouissance: 994, 1088 et s.
  - conversion des actions amorties en actions de capital: 994, 1089, 1090
  - définition: 994, 1035, 1088
  - droit de vote: 994, 1089
- actions de numéraire: 425, 429

### - émission d'actions nouvelles :

- augmentation de capital: 82, 511 et s., 992, 1008, 1068, 1072 et s.
- droit préférentiel de souscription: 253, 514, 1004
- assemblée générale: 812
- définition: 91, 92, 989
- infractions: 239, 398, 418 et s., 425, 429, 431, 512
- libération: 429, 431, 512, 1018
- négociabilité: 92, 427, 1008
- actions de priorité: 949, 988, 992, 1013
- actions à vote double: 121, 992 et s., 1003
- actions sans droit de vote: 120, 801, 993, 1003
- cession: 92, 162, 166, 236, 283, 328, 329, 761, 991, 1006 et s.
- clauses d'agrément: 35, 92, 1009
  - conditions: 35
  - forme nominative obligatoire: 92, 512, 1009
- définition: 32, 91
- dividendes: 76, 89, 105, 106, 124, 125, 170, 210, 229, 239, 255, 283, 309, 484 et s., 797, 976, 993, 1012 et s., 1019 et s., 1053
- droit de vote: 120, 121, 1003, 1021, 1022
- droits et obligations: 113 et s., 1012 et s.
  - limitation statutaire: 124, 129, 270, 283, 1003
- vote double: 121, 992
- émission:
  - avec appel public à l'épargne: 92, 169
  - sans appel public à l'épargne: 311, 393, 394, 398, 417, 418 et s., 511 et s., 883, 1004, 1068
  - infractions: 239, 398, 418 et s.
- forme :

- nominative: 92, 121, 427, 929, 933, 984, 988, 990, 992, 1007
  - au porteur: 92, 245, 929, 933, 943, 984, 988, 990, 1007
  - infractions: 429
  - infractions: 188, 198, 211
  - émission des actions: 239, 398, 418 et s.
  - libération: 188, 385, 410, 427, 429, 476
  - négociation: 239, 427 et s., 1008
  - souscription: 188, 375 et s.
  - libération: 76, 1017 et s., 1069
  - augmentation de capital: 1072 et s.
  - constitution de la société: 80, 83, 88, 90
  - libération du quart: 80 et s., 116, 167, 410, 427, 429, 438, 512, 568, 1018
  - défaillance: 81, 427, 428, 431
  - infractions: 431, 512
  - montant nominal: 91, 92
  - mise en harmonie: 47 et s.
  - infractions: 49
  - nantissement, consentement de la société: 92, 1010 et s., 1023
  - nature: 91
  - négociabilité: 8, 32, 92
  - infractions: 425, 427, 428, 430, 432 et s., 1008
  - négociation, annulation de la société ou de l'émission: 441
  - non-libération: 81, 428
  - prise en gage par la société de ses propres actions: 92, 986, 1065 et s., 1086
  - réunion en une seule main: 329
  - souscription:
    - constitution de société: 76, 80, 121, 864 et s.
    - augmentation de capital: 124, 1004, 1012, 1018, 1019, 1022, 1039, 1041, 1073 et s.
    - constitution avec appel public à l'épargne: 166, 883
    - infractions: 188, 371 et s.
  - transmission: 1006 et s.
  - usufruit:
    - apport: 86 et s.
    - droit préférentiel de souscription: 513, 1022
    - quasi-usufruit: 87
    - usufruitier: 120, 1021, 1022, 1036
    - valeur nominale:
      - \* *Voy. supra, Montant nominal*
- Actions (en justice):**
- individuelle: 234, 346, 792
  - sociale: 234, 346, 792-793
  - en responsabilité: 187, 347, 388, 435, 792-794, 816
- Actionnaire:**
- droit des actionnaires: 80 et s., 116 et s., 167, 410, 427, 429, 438, 512, 568, 1018
  - expertise de gestion: 261, 965
  - information: 123, 160, 244, 255, 999
  - obligations: 129
  - procédure d'alerte: 245, 261, 944, 965, 1001
  - représentation: 245
  - actionnaire unique: 66, 860, 921
- Administrateur de société anonyme:**
- capacité: 217, 786, 894
  - cautionnement: 227, 251
  - cooptation: 218, 896
  - contrat de travail: 218 et s.
  - convention avec la société: 248 et s., 894, 900
    - autorisation du conseil d'administration: 900, 901
    - effets à l'égard des tiers: 900
    - emprunts: 252, 902, 920
    - nullité: 900
    - opérations courantes: 900
    - personnes interposées: 900
    - procédure d'autorisation: 900
    - rapport du commissaire aux comptes: 900
  - cooptation: 218, 896
  - cumul de mandats: 216, 894, 897 (avec contrat de travail): 905
  - cumul de sièges: 894
  - décès:
    - administrateurs: 896

- remplacement administrateur: 896
  - délégation dans les fonctions de président: 895, 906
  - démission: 894, 896
  - directeur général
    - \*Voy. aussi ces mots
  - durée des fonctions: 218, 893
  - limitation mandat: 894
  - missions ou mandats spéciaux: 903
  - nombre: 216 et s., 892
    - nombre inférieur au minimum légal ou au minimum statuaire: 896
  - nomination: 218, 893, 896
    - commissaire aux comptes: 970
    - cooptation: 218, 896
    - fusion: 216, 891, 893
    - identité et références administrateurs: 891, 894
    - par les statuts ou assemblées constitutives: 893
    - personne morale: 216, 891
    - premiers administrateurs: 216, 893
  - opérations interdites: 902
  - personne morale, représentant permanent: 216, 891, 893, 894, 902
  - qualité d'actionnaire: 891
  - rémunérations:
    - rémunérations de leurs activités à titre d'indemnités: 219, 897
    - rémunérations exceptionnelles: 897
  - registre de commerce: 895, 896
  - représentant permanent d'une personne morale: 891, 894, 902
  - représentation au conseil d'administration: 894
  - responsabilité civile: 42, 221, 224
    - action sociale: 234, 346
    - prescription: 347
  - responsabilité pénale: 42, 221, 224, 497
  - révocation: 220, 896
  - unique:
    - \*Voy. *Administrateur général*
- Administrateur général (société anonyme):**
- adjoint: 919
  - cautions, avals et garanties, autorisation: 921
  - composition: 919
  - conventions avec la société: 248 et s., 900 et s., 921
    - commissaires aux comptes, rapport: 921
    - emprunts, interdiction: 252, 920
    - personnes interposées: 921
    - procédure: 921
  - cumul de siège: 923
  - décès, démission: 220, 924
  - délégation temporaire: 106
  - direction société: 919
  - durée des fonctions: 922
  - emprunts auprès de la société, interdiction: 252, 920
  - mandats (limitation): 923
  - nomination: 216, 922 et s.
    - désignation dans les statuts: 922
    - en cours de vie: 922
    - identités et références: 922
  - pouvoirs: 222, 227, 253, 872, 919 et s.
  - rémunération, missions et mandats spéciaux: 219
  - responsabilité civile: 42, 221, 224, 234, 346
  - responsabilité pénale: 42, 221, 224, 497
  - révocation: 220
  - société anonyme avec moins de 3 actionnaires: 919
  - siège social, transfert: 899
- Affectio societatis:** 110 et s.
- contrat de société, élément: 59, 75, 406, 408, 1124
  - droits d'associés: 115, 117, 121
  - notion: 110 et s., 1112
  - société de fait: 1184
  - société unipersonnelle: 848
- Alerte:**
- société autre que société anonyme: 245, 264
  - diligences:
    - associés non-gérants: 245, 261

- commissaire aux comptes: 245, 263, 264
- gérant: 245, 264
- rapport spécial, communication: 264
- société anonyme: 245, 265
- diligences:
  - actionnaires: 245, 261, 944, 965, 1001
  - commissaires aux comptes: 245, 255, 265, 978
  - conseil d'administration: 245, 265
  - rapport spécial: 265, 944
- Amortissement (du capital):**
  - définition: 92, 1087 et s.
  - réalisation: 518, 986, 994, 1038, 1066
- Appel public à l'épargne:**
  - champ d'application: 32, 43, 166 et s., 423, 862
  - commissaire aux comptes: 166, 865, 965, 1032
  - document d'information: 168, 883
  - formalités: 165 et s., 1032
  - notice d'information: 167 et s., 883
  - interdiction: 166
  - société anonyme: 882 et s., 892, 932, 944, 965, 1007, 1032
  - infractions: 418 et s.
- Apports:**
  - définition: 76, 79
  - apport en capital: 95
  - apport en industrie: 90, 158, 776, 989, 1122
  - apport en jouissance: 86, 88, 994, 1176
  - apport en nature: 83 et s., 162, 187, 402, 410, 413, 422, 511, 567, 569, 665, 713, 766, 775, 777, 778, 783, 824, 874 et s., 1008, 1077 et s., 1121
  - commissaire aux apports: 89
  - dans une société à responsabilité limitée:
    - augmentation de capital: 822 et s.
    - commissaire aux apports: 89, 410, 778, 783, 824, 848
    - constitution: 95, 778
    - infractions: 85, 188, 379, 410 et s., 795
  - responsabilité solidaire: 778, 824
  - vote: 778
  - généralités: 89, 187
  - dans une société anonyme: 876 et s., 1078
    - augmentation de capital: 1068, 1072, 1077 et s.
    - constitution: 95, 875 et s., 885
    - dettes d'apport: 80 et s., 1075
    - garantie: 85
    - infractions: 85, 188, 379, 410 et s.
    - opposabilité aux tiers: publicité: 85
    - réalisation: 83 et s.
    - responsabilité civile: 880
    - vote: 121, 879 et s.
  - apport en numéraire: 80 et s., 95, 104, 124, 162, 253, 376, 379, 410, 567 et s., 663, 664, 713, 775, 848, 863, 880, 1076, 1081, 1118, 1119, 1120, 1184, 1200
    - créance liquide, exigible, certaine: 82
    - réalisation: 80, 1018
    - retard versement: 81, 1018 et s.
  - \*Voy. *Défaillances*
    - société à responsabilité limitée: 80
    - société anonyme: 80
    - augmentation capital: 82, 124, 1008, 1073 et s., 1083
    - constitution: 81, 82, 95, 429
    - apport en propriété: 85, 87, 994
    - apport fictif: 76
    - apport partiel d'actif: 169, 266, 312, 313 et s., 1092, 1093, 1098
    - augmentation de capital dans une société à responsabilité limitée:
      - apport en nature: 824
      - apport en numéraire: 823
    - augmentation de capital dans une société anonyme:
      - apport en nature: 1068, 1072, 1077 et s., 1081
      - apport en numéraire: 1008, 1073 et s., 1081, 1083
    - créance liquide, exigible, certaine: 82, 825, 1079

- commissaire aux apports :
  - \*Voy. ce mot
- intérêt de retard: 81
- rémunération des apports: 567
- reprise des apports: 127
- Assemblée générale :**
  - \*Voy. *Décision collective*
- Assemblée générale d'actionnaires:** 926 et s.
  - accès à l'assemblée: 117
  - administrateur non actionnaire: 934
  - assemblée générale extraordinaire: 933
  - assemblée générale ordinaire: 933
  - infractions: 117, 239, 461 et s., 947
  - limitations: 933
  - représentation obligatoire: 934
  - acquisition d'un bien appartenant à un actionnaire: 942
  - actions de jouissance, conversion: 994, 1090
  - actions indivises, vote: 1021
  - actions nanties: 1023
  - actions non libérées: 940
  - actions sans droit de vote: 120, 801, 993, 1003
  - administrateur :
    - \*Voy. ce mot
  - amortissement du capital: 994, 1088 et s.
  - assemblées générales préconstitutives: 877
  - assemblées générales constitutives: 878 et s.
    - attributions: 878, 880
    - convocation: 879
    - majorité: 879
    - quorum: 879
    - représentation à l'assemblée, vote: 879
  - assemblées générales extraordinaires :
    - actions de jouissance, conversion: 994, 1088 et s.
    - augmentation de capital: 96, 253, 822 et s., 1032, 1039, 1067 et s.
    - capitaux propres inférieurs à la moitié du capital: 95, 543 et s., 859, 994, 1090
    - dissolution anticipée: 543, 945
    - fusion: 314, 893, 945, 1096 et s.
    - majorité: 947
    - obligations, émission: 1039
    - parts de fondateurs ou parts bénéficiaires: 934, 1055
    - quorum: 947
    - réduction du capital: 253, 518, 826, 1082 et s.
    - statuts, modification: 253, 945
    - transformation de la société: 286, 945, 1099 et s.
  - assemblées générales ordinaires :
    - majorité: 940
    - quorum: 940
    - réunions annuelles: 939
  - assemblées générales spéciales :
    - majorité: 947, 948
    - quorum: 947, 948
  - assemblées d'obligataires: 951 et s.
    - \*Voy. aussi *Obligations*
  - assemblées de porteurs de parts: 1056 et s.
  - attributions :
    - assemblée générale extraordinaire: 899, 942, 945, 1055
    - assemblée générale ordinaire: 942
    - assemblée générale spéciale: 949, 950
  - augmentation de capital :
    - \*Voy. *Assemblée générale extraordinaire*
  - bureau: 880, 934 et s.
  - capital :
    - amortissement: 994, 1088 et s.
    - augmentation :
      - \*Voy. *Assemblée générale extraordinaire*
    - réduction :
      - \*Voy. *Assemblée générale extraordinaire*
  - capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital :
    - publicité: 544
  - commissaire aux comptes :
    - convocation aux assemblées: 934
    - nomination: 877
  - convention d'un administrateur avec la société: 248 et s., 900 et s.

- convocation :
    - actionnaires : 928, 933
    - appel public à l'épargne : 882, 932
    - avis : 929
    - commissaire aux comptes : 928, 934, 935
    - conseil d'administration : 928
    - délais : 930
    - initiative : 928
    - irrégularité : 931, 932
    - lettre de convocation : 929
    - liquidateur : 928
    - mandataire de justice : 928
    - nullité : 931
  - copropriétaires d'actions indivises, représentation : 121, 1022
  - dissolution anticipée : 945
  - feuille de présence : 933, 936
  - fusion : 945
  - information des actionnaires : 943, 944, 946
  - infractions : 239, 461-462
  - lieu de réunion : 931
  - majorité : 879, 936
    - assemblées extraordinaires : 947
    - assemblées ordinaires : 940
    - assemblées spéciales : 947-948
    - augmentations de capital : 286, 1069
    - majorations en valeur nominale des actions : 1069
  - mise en harmonie : 47 et s.
  - nombre minimum d'actions : 939
  - nu-proprétaire : 121, 1022
  - nullité :
    - convocation irrégulière : 931, 932
    - délibérations irrégulières : 947
  - obligations, émission : 1039
    - accès assemblées : 934, 951 et s.
  - ordre du jour : 931, 935
  - porteurs de parts de fondateurs : 934
  - présidence : 935
  - procès verbal :
    - contenu : 936, 881
  - procuration : 118, 933, 936
  - projets de résolution : 933, 943, 957
  - proportionnalité du capital : 936, 937
  - questions écrites : 944
  - quorum : 936
    - achat par la société de ses propres actions : 986, 1086
  - assemblées générales constitutives : 879
  - assemblées extraordinaires : 1069
  - assemblées ordinaires : 940
  - assemblées spéciales : 947, 948
  - augmentation de capital : 1069
  - réduction de capital : 518, 1011, 1082 et s.
  - représentation aux assemblées : 118, 933, 934, 941, 937, 939
  - société anonyme unipersonnelle : 851
  - scrutateurs : 935
  - statuts, modification : 253, 945
  - titres remis en gage : 92, 933, 986, 1010, 1011
  - transformation de la société : 286, 945, 1099 et s.
  - usufruit : 1022
  - voix, limitation : 1003
  - vote double : 121, 992
    - \* Voy. aussi *Décisions collectives*
- Associé :**
- engagement : 67, 76 et s., 157
  - étranger : 3, 11, 144, 148, 208
  - litige : 255, 260, 463, 976, 1180, 1182
  - nombre : 66
  - qualité : 75 et s., 113 et s.
  - unique : 66, 69 et s.
- Association :** 99, 102
- Augmentation de capital (société anonyme) :**
- actions de numéraire : 124, 1069, 1073, 1081 et s.
  - appel public à l'épargne : 1032
  - apports en nature et avantages particuliers : 1068, 1077 et s.
  - bulletin de souscription : 1076
  - certificat du dépositaire des fonds : 377, 385, 402 et s., 512, 1076
  - commissaires aux apports :
    - désignation : 187, 1078

- incompatibilité: 968 et s.
- mission: 253, 1078
- rapport: 1078
- commissaires aux comptes: 1069
- compensation avec des créances sur la société: 82, 1079
- créances: 1078 et s.
- déclaration notariée: 1076
- délai de réalisation: 1069
- délai de souscription: 1074
- délégation de pouvoir au conseil d'administration: 1070
- dépôt des fonds: 1076
- droit préférentiel de souscription: 124, 253, 513 et s., 1004, 1022, 1039, 1073, 1074
- renonciation: 124, 1004, 1074
- suppression: 253, 514, 516, 1074
- engagement des actionnaires: 945, 1069
- incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission: 121, 124, 992, 1069, 1079 et s., 1081
- infractions: 511 et s.
- libération des actions: 76, 80 et s., 1017 et s., 1066, 1075, 1081
- \*Voy. aussi *Libération du quart*
- limitation aux montants de souscription: 1004
- mise en harmonie: 47 et s.
- modalités: 1076, 1078
- montant nominal des actions, modalités: 80, 91, 862, 985, 994, 1069, 1074 et s., 1080, 1088
- nu-propriétaire: 1022
- prime d'apport: 1077
- prime d'émission: 121, 1073-1075
  - incorporation au capital: 121
  - infractions: 512
- prix d'émission: 253, 1004
- promesse d'actions, négociation: 1008
- publicités, formalités: 1076
  - appel public à l'épargne: 165 et s.
- rachat des actions par la société: 986, 1086

- rapport du conseil d'administration, l'administrateur général: 1069
- réalisation: 1071
  - délai: 1069
- délégation au conseil d'administration: 1069
- retrait des fonds: 1076
- usufruitier: 1022
- valeur nominale action majoration: 1069, 1077, 1080

#### **Augmentation de capital (société à responsabilité limitée):**

- apport en nature: 822-824
- apport en numéraire: 823
- assemblée générale extraordinaire: 822
- commissaire aux apports, désignation: 778, 824
- déclaration de conformité: 163, 777, 782
- délai de réalisation: 823
- dépôt au greffe: 164, 823
- fonds, dépôt, retrait: 823
- libération: 823
- incorporation des réserves, bénéfices: 822
- mise en harmonie:
  - \*Voy. aussi *Apports*
- société unipersonnelle: 851

---

### **B**

#### **Banqueroute:**

- simple: 210, 240, 241, 521 et s.
- frauduleuse: 210, 240, 241, 535 et s., 563
- infractions assimilées: 538 et s.

#### **Bénéfices:**

- bénéfice distribuable: 95, 103 et s., 124 et s., 229, 494 et s., 1015
- clause d'intérêt fixe: 96
- dividendes:
  - \*Voy. ce mot.
- réserve légale: 92, 229, 306, 797, 1088
- notion: 100 et s.

**Bilan :**

- bilan inexact: 385, 392, 474, 475, 479, 497, 501, 504 et s., 792 et s.
- communication aux commissaires aux comptes: 385, 474
- dépôt au greffe: 160

---

**C**


---

**Capital social :**

- Action: 862, 984 et s., 1016
- action de capital: 994
- amortissements: 92, 1088 et s.
- \* *Voy. Actions de jouissance*
- tirage au sort, prohibition: 986
- augmentation de capital: 96
- capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social: 95, 859
- infractions: 239, 511 et s.
- société à responsabilité limitée: 822, 859
- société anonyme: 1067 et s.
- clause de variabilité: 775
- constitution: 95
- fictivité/réalité: 89, 283
- fixité, intangibilité: 96, 828
- mention accompagnant la dénomination sociale: 206
- mention dans les statuts: 95, 158
- mise en harmonie: 49
- modification: 204, 253, 1031
- montant minimum: 96
- société anonyme: 96, 862
- société à responsabilité limitée: 96, 775
- obligations: 96
- parts sociales: 31, 80, 566, 701, 775
- pertes de la moitié du capital: 95, 542 et s., 830 et s., 859
- \* *Voy. Capitaux inférieurs à la moitié du capital*
- publicité: 162, 164, 337
- réduction de capital: 96, 164
- société à responsabilité limitée: 772, 828, 829

- société anonyme: 1081 et s.
- souscription, infraction: 239, 369 et s.
- statuts: 95, 158

**Comblement du passif:** 210, 236, 237, 277, 794

**Commandite simple (société en):** 700 et s.

- actes de contrôle et de surveillance du commanditaire: 728
- assemblée, réunion: 737 et s.
- capital social: 712 et s.
- caractère commercial: 8, 31, 709
- commanditaire:
  - acte de gestion externe, interdiction: 216, 724
- décès: 705, 753, 754
- dénomination sociale, statuts, contenu: 156, 158, 206, 711
- dettes sociales, responsabilités: 8, 743 et s.
- documents sociaux, communication: 737
- entre époux: 709
- immixtion dans la gestion, commanditaire: 216, 700, 724 et s.
- liquidation: 337, 338, 341
- mineur héritier: 705, 754
- parts sociales, cession: 93, 236, 328, 329, 748 et s.
- transformation: 286, 691, 754, 755

**Commissaire aux apports :**

- apports en nature: 89
- augmentation de capital de société anonyme:
  - désignation: 1078
  - rapports: 1078
  - responsabilité: 1078
- constitution de la société anonyme:
  - désignation: 187, 876, 877
  - rapports: 880
  - responsabilités, dépôt rapport: 187
- fusion, scission: 1093 et s.
- incompatibilités:
  - \* *Voy. Commissaires aux comptes*

- infraction: 464 et s.
- société à responsabilité limitée: 783
  - augmentation du capital: 824
  - constitution: 187, 783
  - responsabilité: 187, 824
- société en nom collectif: 569
- société unipersonnelle: 848
- Commissaire aux comptes:**
- alerte: 244, 245, 255, 256, 263 et s., 800, 944, 978, 1001
- appel public à l'épargne: 166, 169, 254, 280, 966
- assemblées générales, convocation des commissaires: 246
- assemblées générales, convocation par les commissaires:
  - société anonyme: 928, 935
  - société à responsabilité limitée: 804, 831
- communication des documents: 975
  - infractions: 464, 467
- conseil d'administration de société anonyme:
  - convocation des commissaires: 907
  - rapport: 977
- contrôles et vérifications: 166, 255 et s.
  - égalité entre actionnaires: 253, 255, 976
  - infractions: 464, 467
  - pouvoirs d'investigation: 19, 169, 255, 975 et s., 965
  - rémunération du personnel dirigeant: 246, 910
  - renseignements donnés au conseil d'administration, administrateur général: 256, 977
- convention entre la société et:
  - administrateur: 900 et s.
  - gérant ou associé de société à responsabilité limitée: 810 et s.
- convocation des commissaires:
  - aux assemblées générales: 246
  - aux réunions du conseil d'administration: 907
- défaut de convocation aux assemblées: 970
- diligences dans l'exercice des fonctions: 18, 169
- dissolution société: 831
- durée des fonctions:
  - société anonyme: 970
  - société à responsabilité limitée: 842
  - non-renouvellement: 842, 971
  - remplacement: 970
- empêchement:
  - suppléants: 972
- états financiers, communication: 228, 244, 246, 639, 645, 799, 943, 999 et s.
- exercice, conditions: 966 et s., 975 et s.
- exercice illégal: 464 et s., 969
- expert-comptable: 19, 967
- expert de minorité: 261
- faute:
  - révocation: 973
  - informations mensongères: 471 et s.
- honoraires et frais déplacement: 980
- incompatibilités: 841, 968
  - sanctions pénales: 464 et s.
- informations mensongères, sanctions: 471 et s.
- infractions: 385, 398, 464 et s., 979
- interdictions: 968
- liquidation de la société: 336, 338, 341
- liste, inscription: 166, 778, 877, 967
- mission:
  - infractions: 470 et s., 973
- nombre: 254
  - société anonyme: 19, 255 et s., 974 et s.
  - société à responsabilité limitée: 255 et s., 844
- nomination: 254
  - désignation irrégulière, nullité des délibérations: 843, 969, 970
  - omission par l'assemblée: 970
  - premiers commissaires aux comptes: 842, 872, 942, 970
  - remplacement d'un autre: 972
  - société anonyme: 254

- société à responsabilité limitée: 254, 778, 808, 841, 849
  - infractions: 466, 970
  - obligations professionnelles: 470
  - rapport général à l'assemblée annuelle: 934
  - actionnaire, communication: 228, 943, 946, 1000, 1069, 1100
  - associés société à responsabilité limitée, communication: 228, 244, 799
  - comptes sociaux, présentation et méthode: 228, 246
  - conseil d'administration, communication: 256, 977
  - contenu: 227, 246, 977
  - irrégularités relevées: 246, 256, 977
  - rapports spéciaux:
    - conventions entre une société à responsabilité limitée et gérant ou associés: 246 et s., 810 et s.
    - conventions entre société et administrateur: 246 et s., 900, 921
    - fusion: 1095
    - réduction du capital: 253, 826, 1083
    - rémunérations exceptionnelles administrateur: 246
    - transformation: 834, 1100
  - récusation: 973
  - responsabilité civile: 256, 778, 973
    - prescription: 973
  - révélation des irrégularités et des faits délictueux: 246, 256, 977 et s.
    - sanctions: 256, 476 et s.
  - révocation: 973
  - secret professionnel: 476
  - sociétés de commissaires aux comptes: 968
  - suppléants: 965, 970
  - surveillance et alerte, transformation de société: 286, 288, 292
- Communication (droit de):**
- \* Voy. *Assemblées générales d'actionnaires, Information des actionnaires et associés*
- Comptes sociaux:**
- annexe: 246
  - approbation: 229, 243, 246 et s.
    - délai: 228, 246
    - société à responsabilité limitée: 246, 737, 803
  - \* unipersonnelle: 851
    - société anonyme: 160, 246, 942
  - \* faisant appel public à l'épargne: 246
    - société en nom collectif: 639
  - bénéfice distribuable: 106, 125, 229, 1015
    - \* Voy. *Dividendes*,
  - bilan, dépôt au greffe: 246
    - présentation et méthode d'évaluation: 228
  - commissaire aux comptes, mission: 246, 976
  - comptes annuels: 227 et s., 246, 639, 803
  - comptes consolidés: 280, 944
  - dépôt au greffe: 160
  - dividendes:
    - dividendes fictifs: 96, 106, 239, 484 et s.
    - droits, suspension: 124, 170, 210, 229, 309, 797, 992, 993, 1012 et s., 1019 et s., 1053
    - paiement: 106, 229, 255, 976, 1021, 1022
    - premier dividende: 106, 229, 1089 et s.
    - privation: 283
  - état des engagements donnés: 227
  - infractions: 498 et s.
  - méthodes d'évaluation: 228
  - présentation des comptes, permanence: 228
  - publication des documents comptables: 160, 498 et s., 942
  - rapport de gestion: 227, 246, 639
  - réserve légale: 92, 229, 306, 797, 1088
    - \* Voy. *Bilan*
- Conseil d'administration (société anonyme):**
- administrateurs:
    - nombre: 216, 892

- nomination tiers, non-actionnaire: 216, 891
- vacance par décès ou démission: 896
- assemblée générale, convocation: 904
- assemblée générale, rapport du conseil d'administration:
  - assemblée annuelle: 227
  - augmentation de capital: 1069
  - fusion: 891
- avals, cautions et garanties: 901
- capitaux propres inférieurs à la moitié du capital: 859
- commissaire aux comptes, convocation: 907
- composition: 216, 891
  - avec appel public à l'épargne: 892
  - fusion: 892
- convention des administrateurs avec la société: 248 et s., 899
- convention: 900, 902
- cooptation: 218, 896
- délégation temporaire dans les fonctions de président: 906, 908
- délibérations: 905
- directeur général: 907, 915 et s.
- discrétion, obligation: 907
- élections: 894
- états financiers: 227 et s., 899, 907
- majorité: 905
- missions ou mandats spéciaux: 219, 903
- nullité: 900
- pouvoirs: 222, 898, 899, 903
- président: 898, 906, 909 et s.
- procès verbaux: 907, 908
- quorum: 905
- présence: 905, 907
- rapport du conseil:
  - assemblée annuelle: 227, 943
  - augmentation de capital: 1069
  - fusion: 946
- rémunération de leurs activités à titre d'indemnité: 219, 897, 903
- registre des procès verbaux: 908
- représentation aux séances: 905
- siège social transfert: 899

**Constitution:**

\*Voy. *Capital social, Commandite simple (société en), Commissaire aux apports, Nom collectif (société en), Participation (société en), Responsabilité limitée (société à), Société anonyme*

**Contrat de société:**

- affectio societatis: 109 et s.
- appel public à l'épargne: 166 et s.
- apports: 76 et s.
- bénéfiques: 97 et s.
- conditions de fond: 67, 131 et s., 557 et s., 706 et s., 764 et s., 862
  - cause licite et morale: 152
  - consentement: 133 et s.
- conditions de forme: 67, 153 et s., 573 et s., 717 et s., 781, 863 et s.
- définition: 58, 59
- dissolution: 204, 317 et s.
- droits sociaux, proportionnalité aux apports: 113 et s., 801, 1003
- durée: 158, 204
- fusion/scission: 204, 294 et s.
- infractions: 172 et s., 369 et s., 782
- liquidation: 334 et s.
- nullité: 172 et s.
- objet licite: 151
- participation aux résultats: 97 et s.
  - contribution aux pertes: 107
  - vocation aux bénéfiques et aux économies: 104 et s.
- personnalité morale: 60, 189 et s.
- prorogation: 158, 204, 320, 860, 1211, 1218
- publicité: 160 et s.
- registre du commerce, immatriculation: 160, 161
- réunion des titres sociaux en une seule main: 329, 854, 1110
- scission: 204, 294 et s.
- siège statuaire: 158, 207
- société créée de fait: 35, 66, 90, 161, 202, 329, 574, 1179, 1180, 1184
- société en formation, actes accomplis pour son compte: 199 et s.

- société entre époux: 112, 146, 649, 709, 804, 1189 et s.
- société entre parents: 147
- société unipersonnelle, acte unilatéral: 132
- statuts:
  - contenu: 47-50, 158, 159, 871
- transformation: 204, 284 et s.

#### **Contrôle des associés anonymes:**

*\* Voy. Commissaire aux apports, commissaire aux comptes, Information des actionnaires et associés*

### **D**

---

#### **Décisions collectives:**

- abus de majorité: 122, 194, 259, 274
- abus de minorité: 122, 194, 259, 819
- annulation: 122, 259, 261, 800, 804, 932, 958
- délai approbation des états financiers: 246, 737, 942
- droit de vote: 120, 636, 801 et s., 1003
- \* vote double, plural: 121, 1003
- infraction tenue des assemblées: 239, 461-462
- limitation nombre d'associés et de voix: 116, 1003
- nu-propriétaire: 120, 1022
- principe: 114, 117
- privation droit de vote: 120, 1003
- procès-verbal contenu: 119, 244, 332, 806, 852, 908
- procès-verbal, certification copie: 164, 851
- registre spécial procès-verbal: 255, 468, 908, 975
- représentation à l'assemblée des titres sociaux indivis: 120, 1022
- représentation à l'assemblée: 118, 804, 1002
- société à responsabilité limitée: 807 et s.
- société anonyme: 1002 et s.
- société en commandite simple: 736 et s.

- société en nom collectif: 635 et s.
- société en participation: 1130 et s.
- usufruitier: 120, 1022

**Déclaration de conformité:** 163, 288, 777, 782

**Déclaration notariée de souscription et de versement:** 163, 164

- dépôt au greffe: 164
- infractions: 188, 371 et s., 407, 409, 782, 869
- société anonyme:
  - augmentation capital: 1076
  - constitution: 866 et s., 879, 883
- société à responsabilité limitée: 777

#### **Dénomination sociale:**

- définition: 206
- composition: 206
- modification: 204, 206
- publicité: 161, 206, 300, 337
- société anonyme: 206
- société à responsabilité limitée: 206, 760
  - unipersonnelle: 848
- société en commandite simple: 158, 206, 711, 746
- société en nom collectif, nom commercial: 206
- statuts, indication: 158, 206, 711

#### **Directeur général, et adjoint:**

- administrateur délégué: 917
- conventions avec la société: 248 et s., 894, 900 et s.
- empêchement, décès, démission: 917
- fonctions, durée:
  - directeur général: 915
  - directeur général adjoint: 915
- nomination:
  - directeur général: 218, 915
  - directeur général adjoint: 218, 915
  - commissaire aux comptes, aux fonctions de directeur général: 968
- pouvoirs:
  - directeur général: 219, 872, 915
  - directeur général adjoint: 219, 915
- rémunération:

- directeur général: 219, 915
- directeur général adjoint: 219, 915
- responsabilité civile: 232 et s., 916
- responsabilité pénale: 239 et s.
- révocation:
  - directeur général: 220, 917
  - directeur général adjoint: 220

### **Dirigeants sociaux:**

- accès aux fonctions: 217, 220.
- actes des organes de gestion: 199, 201, 211
- cessation de fonctions: 220
- composition: 216
- conflit avec les associés: 255, 261
- désignation: 218
- faillite personnelle: 211
  - \*Voy. ce mot.
- infractions: 459, 518
- limitation pouvoirs: 194, 223
- pouvoirs: 42, 43, 194, 222, 227 et s.
- registre de commerce, publicité: 220
- rémunération: 219, 246
- responsabilité civile, action en: 187, 232 et s.
- responsabilité pénale: 239 et s., 347, 445 et s.

### **Dissolution:**

- actions, négociation après dissolution: 986
- capital inférieur au minimum légal:
  - mise en harmonie: 49
  - société à responsabilité limitée: 845
  - société anonyme: 859
- capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social:
  - infraction: 542 et s.
  - \*Voy. *Perte de la moitié du capital*
- causes: 318 et s.
  - de plein droit: 319 et s.
  - provoquées: 325 et s.
- décès:
  - société à responsabilité limitée: 845
  - société en commandite simple: 756
  - société en nom collectif: 35, 683 et s.

- dissolution judiciaire: 330
- dissolution de plein droit: 319 et s.
- droits d'associés: 114, 124, 126
- effets: 176, 185, 321 et s.
  - société de fait: 176
  - liquidation: 333 et s.
- gérant, révocation, société en nom collectif: 600 et s., 698
- groupement d'intérêt économique (G.I.E.), 1217 et s.
- incapacité ou interdiction d'un associé:
  - société en nom collectif: 35, 693 et s.
  - société à responsabilité limitée: 845.
- mise en harmonie, capital social: 49
- perte de la moitié du capital:
  - société à responsabilité limitée: 831, 845
  - société anonyme: 859
- publicité: 332
- reprise d'apports: 87, 88, 90, 96, 124
- réunion de toutes les parts ou actions en une seule main: 329, 854, 1110, 1218
- société en participation: 1157 et s.
- société anonyme: 859, 860
- société unipersonnelle
  - à responsabilité limitée: 333, 854
  - anonyme: 333, 860
- terme société: 204, 320
  - \*Voy. aussi *Liquidation*

### **Dividendes:**

- actions non libérées: 76, 1019
- actions de priorité: 992, 993, 1013
- capitalisation: 1053
- clause léonine: 105, 108, 111, 124, 129, 140, 158, 667, 1130, 1172
- co-indivisaires: 1021, 1022
- délai de paiement: 106
- distribution d'actions: 124, 1014
- dividende en nature: 1014
- dividende fictif: 96, 106, 239, 484 et s., 795
- droit: 124, 210, 797, 1012 et s., 1019
- droit, suppression: 114, 283
- droit, suspension: 114, 1019
- mise en réserve: 114
- notion de bénéfice distribuable: 125

- paiement: 106, 124 et s., 169, 229, 255, 283, 976, 1013
- prélèvement sur les réserves: 106, 1015
- premier dividende: 106, 229, 1089, 1090
- privilégiés: 105, 125
- répétition, société à responsabilité limitée: 797

**Documents:**

- mentions obligatoires:
  - groupement d'intérêt économique: 1202
  - immatriculation au R.C.C.M., 161
  - société anonyme: 866, 871, 883, 908, 931, 957
  - société en commandite simple: 717-719
  - statuts: 158, 159, 170, 178, 216, 882, 883

**Droit préférentiel de souscription:**

- appel public épargne: 1032
- avis commissaire aux comptes: 253
- exercice, délai: 1074
- infraction: 513 et s.
- négociabilité: 514, 1004
- nu-propiétaire: 1022
- renonciation: 124, 1004, 1039, 1074
- souscription: 253, 1004, 1074
  - à titre irréductible: 1074
  - à titre réductible: 1074
- suppression: 253, 514, 516, 1004, 1074
- suspension, action non libérées: 1019
- usufruitier: 1022

**Durée de la société:**

- maximum: 158, 204, 320, 860, 1160
- modification: 204
- point de départ: 204
- prorogation: 158, 320, 860, 945

---

**E**


---

**Etats financiers:**

- assemblées, délai approbation: 246, 639, 737, 808, 942
- changement de présentation de méthode: 228

- communication états financiers et rapports de gestion aux commissaires aux comptes: 228, 244, 246, 639, 645, 799, 943, 999 et s.
- établissement et arrêté des comptes: 227, 246, 289, 341, 907
- états annexés: 160, 227, 942
- états financiers consolidés: 280, 944
- états inexacts ou infidèles: 239, 503 et s.
- infractions: 239, 503 et s., 471 et s., 494 et s., 549
- publicité: 160, 500 et s., 942, 944
- rapport de gestion contenu: 227, 228, 246, 255, 639
  - \* Voy. aussi *Comptes sociaux, Bilan*
- société anonyme faisant appel public à l'épargne: 944

**Exercice social:**

\* Voy. *Comptes sociaux*

**Expert:**

- de minorité: 44, 230, 247, 261, 262, 961

**Expertise sur opération de gestion**

\* Voy. *Expert de minorité*

**Epoux:**

\* Voy. *Société entre époux*

---

**F**


---

**Faillite:**

- personnelle: 211, 563, 586, 597, 694, 794, 1218

**Filiales et participations:** 44, 266

- commissaire aux comptes, incompatibilités: 255, 968
- définition:
  - filiale: 269, 270
  - filiale commune: 269
  - groupe: 267 et s.
  - participation: 282-283
  - participation croisée: 270
  - participation réciproque: 283
  - société mère: 269
- filiale à 100%, 847

**Fondateur :**

- assemblée générale constitutive de société anonyme, convocation: 873, 879
- avis, insertion dans le JAL; 162,
  - société faisant appel public à l'épargne: 166-168, 882, 883
- bulletin de souscription, établissement: 865
- commissaire aux apports: 17, 778, 876
- déclaration de conformité: 163, 777, 782
- déclaration notariée de souscription et de versement: 164, 869, 879
- définition: 199
- dépôt de fonds: 376, 777, 867 et s.
- engagement au nom de la société en formation: 135, 196, 199 et s., 781, 878
- infraction: 380 et s.
- parts de fondateur, interdiction: 92, 302, 779, 925, 983, 1045, 1046
- responsabilité civile:
  - nullité de société: 42, 43, 136, 176, 186 et s., 879
- responsabilité pénale: 188, 376 et s.
- statuts de société anonyme, projet: 870

**Fusion et scission :**

- action d'apport, négociabilité: 429
- appel public à l'épargne: 169
- apport partiel d'actif: 313 et s., 1093 et s.
- apport à société nouvelle: 304, 839
- assemblées d'actionnaires:
  - approbation des apports en nature: 301
  - assemblée extraordinaire: 893, 945, 953
  - assemblée générale constitutive de la société nouvelle: 301
  - communication du projet: 1094
- assemblée société absorbée ou scindée: 301
- assemblées d'obligataires: 306, 1097
  - offre de remboursement: 307, 962
  - opposition: 307, 962
  - sociétés absorbantes: 307, 962
  - sociétés scindées: 307, 962
- assemblées de porteurs de parts: 1098
- commissaire à la fusion:

- désignation: 302, 1095
- mission: 309, 934, 1095
- rapport: 304, 309, 1095
- société à responsabilité limitée: 837
- société anonyme: 1095
- conseil d'administration, nombre de membres: 891, 892
  - rapport: 309, 1094
- créancier, droit d'opposition: 306, 1097
  - fusion: 307, 1097
  - remboursement immédiat: 307, 1097
  - scission: 307, 1094
- création d'une société nouvelle: assemblée générale constitutive, fusion: 301
- définition:
  - fusion: 295, 297
  - scission: 296, 297
- dirigeants: perte de fonctions: 311, 891
- engagement des associés, augmentation: 301, 314
- liquidation: 338
- nullité, responsabilité: 305
- obligataire:
  - approbation: 1096, 1097
  - opposition: 307, 962, 1097
  - remboursement: 962, 1097
  - représentant de la masse, opposition: 1097
- parité d'échange: 309, 1094, 1095
- personnalité morale, disparition: 204
- porteurs parts de fondateurs: 302, 837, 1098
- prime de fusion ou de scission: 308, 309
- prise d'effet: 301, 306 et s., 312 et s.
  - rétroactivité: 312
- projet, dépôt, publicité: 300
- projet de fusion ou de scission: 298 et s., 312, 1094
- publicité: 300, 305, 315, 1095
- réserve légale, seuil: 306
- société absorbante détenant la totalité du capital de la société absorbée: 310
- société à responsabilité limitée: 301, 303, 304, 837 et s.
- société anonyme: 301, 302, 1092 et s.

- société en commandite simple: 301
- société en nom collectif: 301
- soulte: 310
- typologie: 295

---

## G

### Groupe :

- autonomie: 211, 276 et s.
  - personnalité morale, absence: 271-272
  - ignorance du droit des sociétés: 271 et s.
- comblement du passif, action en: 277
- confusion des patrimoines: 276
- convention entre sociétés: 194
- création: 270 et s.
- définition: 210, 268
- droit de vote, convention: 270
- droit des associés minoritaires: 3, 45, 273 et s.
- droit des créanciers: 275
- holding: 270
- infractions: 452 et s.
- lien de droit entre entreprises: 266
- notion: 268, 269
- prise de contrôle: 270
- prise de participation: 282 et s.
- reconnaissance:
  - en droit comptable et comptabilité: 280
  - en droit fiscal: 281
  - en droit social: 279
- société mère/filiale: 269 et s.
- typologie: 267 et s.
- verrouillage: 270

### Groupement de biens :

- fondation: 102

### Groupements d'intérêt économique :

- administration: 1204, 1207 et s.
- assemblée générale: 1211
- bénéfice: 1199
- capital: 36, 1196, 1200
- commissaire aux comptes: 1212, 1214
- contrat: 1197, 1200, 1202
- constitution: 1198 et s.
- dissolution, liquidation: 1217 et s.

- définition: 36, 102, 1196
- documents: 1201 et s.
- dettes: 1205
- fonctionnement: 1204 et s.
- membre:
  - incapacité: 1218
  - nombre: 1205
  - responsabilité: 1205
  - sociétés anonymes: 1030
- obligations, émission: 1204
- personnalité morale: 161, 1203
- publicité: 1203, 1204
- registre du commerce, immatriculation, dépôt des actes: 161, 1203
- transformation: 287, 1216

---

## I

**Incapable:** 128, 144, 145, 176, 541, 562, 710, 766, 1112

### Information des actionnaires et associés :

- actionnaire: 143, 160, 244, 255, 943 et s., 999
- associé: 244
  - société à responsabilité limitée: 799 et s.
  - société en commandite simple: 244
  - société en nom collectif: 644 et s.
- communication, exercice du droit: 244
  - société à responsabilité limitée: 799-800
  - société anonyme: 999 et s.
  - société en commandite simple: 244
  - société en nom collectif: 646
- communication avant l'assemblée générale annuelle: 244
  - société à responsabilité limitée: 799
  - société anonyme: 943
  - société en nom collectif: 639, 645
- communication avant toute assemblée: 244, 228, 246
  - société à responsabilité limitée: 799
  - société anonyme: 943

- société en nom collectif: 644
- copie des documents: 244
- société à responsabilité limitée: 800
- société anonyme: 943, 999
- société en nom collectif: 646
- expert, assistance: 244, 255, 646, 876, 907, 934, 975
- information comptable et financière: 244
- société à responsabilité limitée: 799
- société anonyme: 999 et s.
- société en nom collectif: 645
- informations mensongères: 471 et s.
- liste des actionnaires: 943, 1000
- questions écrites des associés: 244
- questions écrites des actionnaires: 244, 943, 944
- questions écrites au gérant de la société à responsabilité limitée: 244, 800
- société faisant appel public à l'épargne: 166-168, 882-884

\*Voy. aussi *Publicité*

#### **Infractions:**

- abus de biens sociaux et du crédit de la société: 352, 354, 795, 850, 447 et s.
- groupe de sociétés: 452
- actions:
  - actions de numéraire, forme nominative: 429
  - émission: 239, 398, 418 et s.
  - libération du quart: 431
  - négociation: 239, 427 et s., 1008
  - souscription fictive ou frauduleuse: 188, 372 et s.
- apport en nature, majoration frauduleuse: 379, 410 et s.
- assemblée générale: 239, 461-462
- augmentation de capital: 511 et s.
- bilan inexact: 392, 474 et s., 497, 501, 504 et s., 795 et s.
- capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social: 239, 543 et s.
- commissaire aux comptes: 385, 398, 464 et s., 979
- convocation, désignation: 466, 970

- incompatibilité: 464 et s.
- information mensongère: 471 et s.
- obstacle à l'exercice du contrôle: 464, 467
- révélation au ministère public: 256, 470, 476 et s.
- constitution: 420 et s.
- déclaration notariée: 403 et s.
- déclaration mensongère de souscription: 371, 402 et s.
- dissolution et liquidation: 542 et s.
- dividendes fictifs: 96, 106, 239, 485 et s., 795
- documents sociaux: bilan inexact: 484 et s., 498 et s.
- échec de la société: 519 et s.
- publication de faits faux: 389 et s.
- réduction du capital: 518

---

### **J**

#### **Journal d'annonces légales:**

- définition: 160

---

### **L**

#### **Liquidation:**

- administrateurs, pouvoirs, fin: 335
- assemblée générale: 339, 341
  - convocation par le liquidateur: 339
  - obligataires: 335, 337, 963
- biens: 204, 210, 230, 236, 237, 319, 323, 340, 563, 586, 649, 682, 692 et s., 698, 699, 754, 756, 860, 935, 963, 1165
- cessation de paiements: 230, 323
- cession d'actif: 295, 338, 550
  - consentement des associés: 338
  - interdiction: 338
- clôture: 343
  - avis, publicité: 343
- commissaires aux comptes, fonctions: 335, 341
- comptes annuels: 341, 343

- conseil d'administration, pouvoirs, fin: 335
- décision judiciaire: 237, 319, 323
- dénomination sociale, mention de liquidation: 335
- dirigeants fautifs: 210, 237, 563
- documents sociaux, communication aux associés: 341, 343
- états financiers: 341, 343
- gérants, pouvoirs, fin: 335
- infractions: 546 et s.
- liquidateur:
  - mandat durée: 337
  - nomination: 335, 337 et s., 928
  - pouvoirs: 338 et s.
  - publicité de la nomination: 337
  - rapports: 337
  - rémunération: 337
  - responsabilité civile: 346
  - responsabilité pénale: 346
  - révocation et remplacement: 337
- obligations des associés: 210
- partage de l'actif: 126, 342
  - boni de liquidation: 127, 342
- personnalité morale, maintien: 204
- publicité: 332, 335, 341-343
- quitus: 343
- registre du commerce, radiation: 344
- répartition des fonds: 340
  - décision, publicité: 342
  - dépôt au trésor: 342
  - distribution en cours de liquidation: 342

---

### M

**Mineur:**

- émancipé: 145, 524, 691, 754
- non émancipé: 128, 145, 524, 691, 705, 754, 1115, 1118

---

### N

**Nom collectif (société en):**

- assemblée ou consultation écrite: 635 et s.
- assemblée annuelle, approbation des comptes: 229, 246 et s., 639-640
- cession de parts sociales: 93, 236, 328, 329, 669 et s.
- communication des documents sociaux: 244, 639, 644 et s.
- continuation de la société: 35, 602, 683-692
- décisions excédant les pouvoirs du gérant: 617, 626, 641
- infractions: 239
- majorité: 592-594, 642, 643
- procès-verbal: 636
- révocation du gérant: 589-594
- unanimité: 591, 592, 641, 642
- associé: 632 et s.
  - communication des documents sociaux: 244, 644 et s.
  - contrôle: 644
  - décès: 35, 683 et s.
  - droits: 634 et s.
  - époux: 649
  - faillite, interdiction ou incapacité: 562, 563, 597, 682, 691 et s.
  - mineur non émancipé: 145, 524, 691
  - nombre: 66, 559
  - obligations: 648 et s.
  - qualité de commerçant: 8, 31, 553, 554, 562
  - responsabilité: 8, 31, 555, 558, 648 et s.
- capital social: 565 et s.
- caractère commercial: 53, 553
- commissaire aux comptes: 254
- décès: 683 et s.
  - associés survivants: 685-687
  - conjoint survivant: 345
  - mineur non émancipé: 691
- déclaration de conformité: 163, 288
- dénomination sociale: 206
- dissolution: 698
  - décès: 682, 683, 691 et s.
  - faillite, interdiction ou incapacité: 595 et s., 691 et s.

- révocation d'un gérant associé: 601 et s., 698
- faillite, interdiction ou incapacité d'un associé: 35, 682, 693 et s., 698
- fusion:
  - \*Voy. ce mot
- réunion de toutes les parts en une seule main: 329, 698
- gérant:
  - démission: 220, 598
  - désignation: 218, 583 et s.
  - infraction: 239 et s., 347, 442 et s.
  - personne morale: 585
  - pluralité: 621 et s.
  - pouvoirs: 613 et s.
  - rapport à l'assemblée annuelle: 639
  - rémunération: 219, 246, 608 et s.
  - responsabilité: 187, 237 et s., 347, 442 et s., 585
  - révocation: 220, 589 et s., 617
  - unique: 615 et s.
- héritiers: 685, 687 et s.
- infractions: 442 et s., 461 et s.
- liquidation: 335-338, 341, 693 et s.
  - \*Voy. ce mot
- mineur: 145, 562, 691
- nom commercial: 206
- nullités: 156, 179, 561, 562, 570, 636, 639
- parts sociales: 31, 93, 670 et s.
  - cession: 93, 670 et s.
  - cession forcée, saisie: 680, 681
  - opposabilité: 671, 678 et s.
  - rachat: 676
  - titres négociables, interdiction: 671, 673
- personnalité morale: 190 et s., 578
- publicité: 577 et s.
- statuts: 574 et s.
  - établissement: 156, 574, 575
  - mentions obligatoires: 579
  - omission ou irrégularités: 579
- transformation: 697
- Nullité:**
  - action en nullité: 43, 172 et s.

- confirmation: 176, 182
- prescription: 183
- effets atténués: 171
- opposabilité aux tiers: 176, 179
- régularisation: 178
  - mise en demeure: 178
- responsabilité: 186 et s.
- rétroactivité, société de fait: 185 et s.
- tierce opposition: 184

---

**O**

**Objet social:** 151, 177, 321, 519, 570 et s., 780

**Obligation:**

- appel public: 169, 1032
- achat par la société: 1035
- assemblée des obligataires: 951 et s.
  - assemblée générale extraordinaire: 953, 1031
  - assemblée générale ordinaire, pouvoirs: 953, 1031, 1034
- communication documents: 1043
- composition: 951
- convocation: 956
- décision homologation: 964
- majorité: 954, 1044
- masse: 951, 1044
- nullité: 958
- présidence: 960, 1056 et s.
- représentation: 960, 1043 et s.
- vote: 961, 1059
- créances sur sociétés émettrices: 1079
- clause de traitement égal: 1034
- définition: 1024-1025
- émission:
  - conditions: 1030, 1032
  - publicité: 1032
  - interdiction: 1038
- dissolution, remboursement des obligations: 963
- forme: 1027 et s.
- fusion: 953, 962, 964, 1097
- gage, interdiction,

- garanties, sûretés: 953, 962, 1034
- intérêts, paiement: 1034-1035
- obligations à bon de souscription d'actions: 1041
- obligations à lots: 1036
- obligations à primes: 1036
- obligations convertibles en actions: 1031, 1038, 1079
- obligations indexées: 1037
- obligations remboursables en actions: 1042
- publicité: 1032
- redressement judiciaire et liquidation des biens: 963
- regroupement: 951 et s., 1043 et s.
- remboursement: 963, 1034-1035
  - anticipé: 1035
  - dissolution de la société: 1035
- représentant de la masse: 951, 960, 1056 et s., 1097
  - désignation: 960, 1058
  - pouvoirs: 1060 et s.
  - rémunération: 953
- scission: 953, 962, 1097
- valeur nominale: 1024, 1033

---

## P

### **Part de fondateur (ou bénéficiaire):**

- interdiction: 92, 302, 779, 925, 983, 1045, 1046
- droits des porteurs: 1047 et s.
- commissaire aux comptes, incompatibilité: 968
- conversion en actions ou rachat par la société: 925, 1053 et s.
- regroupement, masse: 925, 1056 et s., 1098
  - consultation: 302, 837, 1098
- suppression des parts: 1052 et s.

### **Part sociale:**

- \* Voy. aussi ce mot dans *S.A.R.L.*
- capital: 33, 80, 566, 701, 775
- cession: 93, 236

- société à responsabilité limitée: 93, 236, 761 et s.
  - unipersonnelle: 853
- société en commandite simple: 93, 236, 748 et s.
- société en nom collectif: 93, 236, 651, 670 et s.
- clause de garantie du passif du cessionnaire: 93
- définition: 91, 31, 33
- droits et obligations: 89, 91, 108, 229, 342, 410, 494, 568, 760, 768
- nature: 91
- négociabilité: 93
- valeur nominale: 91, 712, 775
- réunion de toutes les parts en une seule main: 329, 698

### **Participation (société en):** 1105 et s.

- associés:
  - capacité: 1115
  - nombre: 66, 1110
  - pouvoirs: 1130 et s.
  - responsabilité: 1134, 1150, 1151
- comptes sociaux: 1147
- biens apportés par associés: 202, 1117, 1154
- biens indivis: 1156
  - partage: 1156
- définition: 36, 1105, 1106
- dissolution: 1157 et s.
- durée: 1160
- fonctionnement: 225, 1127 et s.
- formalités, absence: 1123 et s.
- gérance: 1137 et s.
- immatriculation, absence: 161, 190, 202, 225, 293
- liberté des conventions: 36, 1111-1114
- objet: 1116, 1161
- nullité: 1126, 1162
- personnalité morale, absence: 36, 190, 225, 1106
- publicité, absence: 138, 1125
- rapport entre associés: 225, 1128
- rapport avec les tiers: 202, 225, 1105, 1149, 1152, 1153

**Personnalité morale**: 190 et s.

- attributs: 197 et s.
- corporate governance: 194
- durée: 204
- fusion/scission: 306, 327
- groupe de sociétés: 271-272
- individualisation de la société: 205 et s.
  - domicile, siège social: 158, 207
  - nationalité: 207
  - nom: 206
- liquidation, maintien: 204
- masse des obligataires: 1044
- notion: 2, 190 et s.
- patrimoine social: 209
  - confusion de patrimoine: 211 et s.
- point de départ: 42, 72, 85, 195, 196, 578, 781, 878, 1104, 1204
- sociétés sans ..., 35, 190, 225, 1103 et s.
- succursale: 203, 269
- transformation, maintien: 285

**Président directeur général (président du conseil d'administration)**: 216, 909 et s.

- conventions des administrateurs avec la société: 248 et s., 900 et s.
- cumul de siège: 911, 914
- décès, démission, empêchement: 912, 914
- délégation temporaire: 912, 914
- durée: 216, 911, 914
- nomination: 216, 911, 914
- pouvoirs: 872, 909, 913
- règlement judiciaire, liquidation de biens: 237 et s;
- remplacement temporaire, délégation: 106, 912, 914
- rémunération: 910
- révocation: 912, 914

**Prime d'émission**:

*\*Voy. Augmentation de capital (société anonyme)*

**Prorogation de société**: 158, 204, 320, 860, 1211, 1218

**Publicité**:

- appel public à l'épargne: 17, 32, 165 et s., 882 et s., 944
  - assemblée: avis de convocation (actionnaire), 1059
  - capital, modification: 164, 1085
  - constitution:
    - actes de société, dépôt au greffe: 160 et s., 288, 577 et s., 717, 781, 873
  - dénomination sociale: 206
  - dissolution: 332, 861
  - documents comptables: dépôt au greffe (sociétés anonymes), 160, 164, 288, 944
  - fusion: 300, 315
  - irrégularités: 178 et s.
  - journal d'annonces légales: 160, 162
  - liquidation, avis de clôture: 342, 547
  - perte de la moitié du capital: 823, 831,
  - procès-verbal, dépôt au greffe: 164, 332, 1085
  - siège social, transfert: 206, 207
  - statuts, modification: 164, 288, 823
  - réduction du capital, dépôt au greffe: 164, 1085
    - société à responsabilité limitée: 823
    - société anonyme: 1084
  - registre du commerce et du crédit mobilier: 161
  - transformation: 286, 288, 289
- \*Voy. aussi Informations des actionnaires et associés*

---

**R**
**Réduction du capital (société anonyme)**: 1081 et s.

- achat de ses propres actions par la société: 1086
- annulation des actions: 1086
- assemblée générale extraordinaire, autorisation: 1083
- capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social: 994, 1090
- pénalités: 543 et s.

- commissaires aux comptes, communication du projet: 1083
- rapport: 253
- créanciers, opposition: 1085
- délégation, conseil ou administrateur général: 253, 1083
- dépôt au greffe du projet: 164, 1085
- infractions: 518
- obligataires, opposition: 1085
- opposition des créanciers et obligataires: 1084, 1085
- perte de la moitié du capital:

\* *Voy. Capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social*

- publicité: 1085

**Réduction du capital (société à responsabilité limitée): 772, 828, 829**

- achat de ses propres parts par la société: 827
- capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social: 830 et s.
- pénalités: 542 et s.
- commissaires aux comptes, communication du projet: 253, 826
- créanciers, opposition: 829
- dépôt au greffe: 164, 826
- perte de la moitié du capital: 830 et s., 845

\* *Voy. Capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social*

- publicité: 826
- dépôt au greffe: 164

**Registre du commerce et du crédit mobilier:**

- assujettis: 160, 161
- déclaration: 164
- dissolution: 332
- dirigeants sociaux: 164, 220
- documents comptables, dépôt: 160, 823, 942, 1076
- immatriculation: 160 et s., 870
- inscription: 17, 161, 288, 305, 512
- succursales: 203, 269

- Redressement judiciaire: 210, 230, 236, 237, 262, 526, 530, 563, 586, 649, 692 et s., 754, 963, 1175

\* *Voy. Liquidation des biens*

**Règlement préventif: 230, 262, 963**

**Réserves:**

- distribution, conditions: 106, 1015
- incorporation au capital: 121, 124
- réserve légale: 92, 229, 306, 797, 1088
- réserve libre: 496, 1015
- réserve occulte: 496
- réserve statutaire: 92, 229, 1015

**Responsabilité limitée (société à): 33, 758 et s.**

- achat par la société de ses propres parts: 827
- achat après refus d'agrément d'un cessionnaire: 772
- action sociale: 792, 793
- prescription: 794
- apports:
  - apport en industrie, interdiction: 776
  - apport en numéraire: 80, 775, 848, 863, 880
  - apport en nature, évaluation et garantie solidaire: 778, 824, 783
  - augmentation de capital: 822 et s.
  - souscription de parts: 823, 824
- assemblée ou consultation écrite:
  - assemblée annuelle: 246, 737, 803, 809, 852
  - cession de parts, consentement, majorité: 770, 771, 773
  - communication des documents sociaux: 244, 799, 804
  - consultations écrites: 244, 803, 805
  - convocation: 804, 831
  - décisions extraordinaires, majorité: 819
  - décisions extraordinaires, unanimité: 820
  - décisions ordinaires, majorité: 809
  - délibérations irrégulières: 799, 800
  - droit de vote: 120, 801 et s.

- incorporation, bénéfice, réserve, majorité: 822
- infractions: 239
- nullité des délibérations: 122, 259, 261, 800, 804
- nullité, convocation: 804
- ordre du jour: 804
- participation aux décisions: 114, 117, 807 et s.
- présidence: 804
- procès-verbal: 119, 244, 806, 851, 852
- projet de résolution: 799, 805, 826
- représentation: 804
- sanctions: 804
- siège social, transfert: 820
- société unipersonnelle: 851
- associé:
  - acte constitutif, intervention: 781
  - apport en nature, garantie solidaire: 778, 783, 824
  - cession et transmission de parts: 93, 236, 328, 329, 652, 761, 768 et s.  
\* Voy. *Parts sociales*
  - conventions avec la société: 810 et s., 851
  - décès: 845
    - associé unique: 853
  - dettes sociales, responsabilité: 33, 761, 767
  - droits: 229, 342, 494, 797 et s.
  - époux: 767, 769, 804
  - incapacité: 762, 766, 845
  - information: 799 et s.
  - nombre: 66, 760, 765
  - questions écrites au gérant: 244, 800
- augmentation de capital: 822 et s.
  - créances, compensation: 825
- capital social, montant minimum: 775, 821, 828, 845
- capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social: 830, 831, 845
- caractère commercial: 9, 53, 760
- caractère hybride: 33, 760 et s;
- commissaire aux apports: 89, 410, 778, 783, 824, 848
  - commissaire aux comptes: 254 et s., 778, 799, 808, 840 et s., 849,
  - compétence des organes délibérants:
    - assemblée générale extraordinaire: 818
    - assemblée générale ordinaire: 808
  - comptes sociaux: 227 et s.
  - constitution:
    - dépôt au greffe, actes: 823
    - dépôts des fonds: 80, 823
  - conventions entre la société et un gérant ou associé: 810 et s.
    - rapport du gérant ou du commissaire aux comptes: 246 et s., 811 et s.
  - conventions interdites: 810, 817
  - décès d'un associé: 845
  - déclaration de conformité: 163, 777, 782 (déclaration notariée de souscription et de versements)
  - dénomination sociale, mention obligatoire sur les actes et documents de la société: 158, 162, 163, 206, 760, 848
  - dissolution: 845 et s., 854  
\* Voy. ce mot
  - dividendes fictifs, distribution, répétition: 96, 106, 239, 494, 795, 797
  - documents sociaux:
    - communication à l'assemblée annuelle: 244, 799 et s., 811, 853
    - communication à tout moment: 799, 800, 824
    - communication au commissaire aux comptes: 800, 812
    - mentions obligatoires sur les documents sociaux: 806
    - société en liquidation, mention obligatoire: 332
  - durée: 204, 860
  - emprunt auprès de gérants ou des associés: 817
  - expertise sur opérations de gestion: 44, 230, 247, 261, 262
  - engagement avant constitution: 199 et s., 781
  - engagement des associés, augmentation: 820

- gérant: 785 et s.
  - convention avec la société: 252, 810 et s., 851
  - démission: 789
  - durée des fonctions: 787
  - fusion:
    - \* Voy. ce mot
  - nomination: 787
  - pluralité: 786
  - pouvoirs: 222, 227, 785, 790
  - premiers gérants, responsabilité: 783
  - rapport annuel à l'assemblée: 227, 799
  - rémunération: 786, 788
  - responsabilité civile: 792 et s.
  - responsabilité pénale: 795
  - révocation: 789, 809
  - unique: 850 et s.
  - information comptable et financière: 244, 799
  - infractions: 461 et s., 783
  - liquidation des biens de la société: 845
    - \* Voy. aussi ce mot
  - nullités:
    - délibérations: 799, 800
    - responsabilités des premiers gérants et associés: 783
    - transformation de la société: 828
  - parts bénéficiaires: 779
  - parts sociales: 33, 93, 762, 768
    - achat par la société de ses propres parts: 827
    - augmentation du capital, formalités: 822 et s.
    - cession à des tiers: 93, 771 et s.
    - cession entre associés: 93, 769, 770
    - cession, formalités: 769
    - libération: 410, 568, 775
    - mentions dans les statuts: 769
    - nantissement: 93, 774
    - prise de participation: 282
      - participation croisée: 283
    - refus d'agrément du cessionnaire, expertise: 772, 773
    - réunion en une seule main: 329, 854
    - souscription: 823
    - titres négociables, interdiction: 93, 779
    - transmission par succession ou liquidation de communauté: 769-773
    - valeur nominale: 91, 92, 121, 161, 308, 309, 512, 518, 566, 772, 775
    - personnalité morale: 781
    - perte de la moitié du capital: 831, 845
    - réduction du capital: 826 et s.
      - \* Voy. aussi *Réduction du capital (S.A.R.L.)*
    - registre du commerce, dépôt des actes: 164, 781, 789
    - responsabilité civile des gérants:
      - action sociale: 783, 792, 793
      - prescription: 783, 794
      - responsabilité personnelle, cessation de paiements: 794
    - scission: 837 et s.
      - \* Voy. *Fusion et scission*
    - statuts: 781
      - copie, délivrance: 156, 781
      - évaluation des apports en nature: 778, 824
      - mise en harmonie: 47 et s.
      - modification: 819, 823
      - originaux, nombre: 156
      - transformation: 286, 820, 833 et s.
      - capital inférieur au minimum légal: 775, 821, 828
  - Réunion de toutes les parts ou actions en une seule main:** 326, 329, 854, 1110, 1218
- 
- S**
- Scission:**
    - \* Voy. *Fusion et scission*
  - Siège social:**
    - choix: 158, 207
    - localisation: 158, 207
    - transfert: 158, 206, 207, 820, 899, 945
  - Société à capital variable:** 55, 116
  - Société à responsabilité limitée:**
    - \* Voy. *Responsabilité (société à)*
  - pluripersonnelle: 761 et s.

- unipersonnelle: 846 et s.
- Société anonyme:** 855 et s.
- acquisition d'un bien appartenant à un actionnaire: 942
- actes antérieurs à l'immatriculation au registre du commerce: 199 et s.,
- action:
  - \*Voy. ce mot
- administrateur:
  - \*Voy. *Administrateur de société anonyme, Administrateur général*
- amortissement du capital:
  - \*Voy. *Capital social*
- appel public à l'épargne:
  - \*Voy. ce mot
- apports:
  - \*Voy. ce mot
- assemblée constitutive:
  - \*Voy. *Assemblées générales d'actionnaires*
- assemblée générale d'actionnaires:
  - \*Voy. ce mot
- augmentation de capital:
  - \*Voy. *Augmentation de capital (société anonyme)*
- avantages particuliers:
  - augmentation de capital: 1068, 1077 et s.
  - constitution: 863, 874 et s., 876, 878
  - évaluation, garantie solidaire: 880
- bilan:
  - \*Voy. *Comptes sociaux*
- bulletin de souscription: 865, 869, 879
  - infractions: 380 et s.
- capital social:
  - \*Voy. ce mot
- capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social: 859
- certification de déposition des fonds: 377, 385, 402 et s., 869, 1076
  - infractions: 402 et s., 869
- commissaires aux apports:
  - \*Voy. ce mot
- commissaires aux comptes:
  - \*Voy. ce mot
- comptes sociaux:
  - \*Voy. ce mot
- conseil d'administration:
  - \*Voy. ce mot
- constitution avec appel public à l'épargne: 882 et s.
- constitution avec apport en nature ou avantages particuliers: 875 et s.
- constitution sans appel public à l'épargne: 862 et s.
- contrôle:
  - \*Voy. *Commissaires aux apports, Commissaires aux comptes, Information des actionnaires*
- déclaration notariée: 869
  - infractions: 869
- déclaration de conformité: 163
- délai de constitution: 872
- dénomination sociale: 206
- dépôt des fonds: 80, 867 et s., 1076
  - certificat: 867 et s., 1076
  - retrait: 872 et s., 1076
- directeur général:
  - \*Voy. ce mot
- dissolution: 859 et s.
  - \*Voy. ce mot
- dividende:
  - \*Voy. *Comptes sociaux: Dividende*
- documents et publications émanant de la société anonyme, mentions obligatoires: 866, 871, 883, 908, 931, 957
- droit préférentiel de souscription:
  - \*Voy. ce mot
- engagement au nom de la société en formation: 199 et s.
- filiales et participations:
  - \*Voy. ce mot
- fondateurs:
  - parts de fondateur:
    - \*Voy. ce mot
- fusion:
  - \*Voy. ce mot
- information des actionnaires:
  - \*Voy. ce mot
- infractions:
  - \*Voy. ce mot

- libération des actions :
  - \*Voy. *Actions*
- liquidation :
  - \*Voy. ce mot
- liste des souscripteurs : 868
- mise en harmonie : 47 et s.
- nullités :
  - \*Voy. ce mot
- parts bénéficiaires ou de fondateur :
  - \*Voy. ce mot
- premiers administrateurs : 893
- président directeur général, président du conseil d'administration :
  - \*Voy. ce mot
- réserve légale :
  - \*Voy. *Comptes sociaux*
- scission :
  - \*Voy. *Fusion-scission*
- siège social :
  - \*Voy. ce mot
- société anonyme unipersonnelle : 862, 919 et s.
- souscription : 870, 883, 986, 1004, 1012, 1018, 1019, 1022, 1039, 1041, 1073 et s.
- statuts :
  - actes notariés : 870
  - actes sous seing privé : 870
  - adoption par l'assemblée constitutive : 871 et s.
  - mise en harmonie : 47 et s.
  - modification : 945
  - signature par les actionnaires : 870
- titres inscrits à la bourse des valeurs : 32, 166, 168, 862
- transformation : 286, 945, 1099 et s.
- valeurs mobilières :
  - \*Voy. ce mot
- Société coopérative** : 54, 102
- Société civile** : 18, 759, 1044
- Société en commandite simple** :
  - \*Voy. *Commandite simple (société en)*
- Société commerciale** :
  - caractère commercial : 8 et s., 30 et s.
  - constitution : 63 et s.
  - associés :
    - \*Voy. ce mot
  - définition : 27, 65 et s.
  - époux : 146
  - étrangers : 148
  - incapable : 35, 128, 142, 144, 176, 217, 220, 466, 524, 541, 562, 597, 682, 691 et s., 710, 754, 762, 766, 789, 845, 1112, 1167, 1218
  - mineur : 145
  - parents : 147
  - signature des statuts : 157, 870, 871
- décisions collectives :
  - \*Voy. ce mot
- déclaration de conformité : 163, 164
- dispositions transitoires : 47 et s.
- durée : 158, 204
- immatriculation au registre du commerce :
  - \*Voy. ce mot
- investisseurs étrangers : 41, 45, 57, 919
- nationalité : 191, 205, 207, 208, 269, 272, 947
- personnalité morale :
  - \*Voy. ce mot
- pouvoirs, dirigeants sociaux :
  - \*Voy. *Dirigeants sociaux*
- réunion de toutes les parts en une seule main : 329, 854, 1218
- Société créée de fait** :
  - cause de dissolution, défaut de régularisation : 329
  - notion : 35, 66, 90, 1179, 1180, 1184
  - sans écrit, absence de personnalité morale : 161
  - sans statuts : 574
- Société de fait** :
  - définition : 35, 50, 176, 180, 185, 293, 782, 1178 et s.
  - entre époux : 1189 et s.
- Société de moyens** : 102
- Société en formation** :
  - définition : 199

- engagement pris pour le compte de la société: 199 et s.
- fondateur:
  - \*Voy. ce mot
- Société entre époux:** 112, 146, 649, 709, 767, 804, 1189 et s.
- Société en nom collectif:**
  - \*Voy. *Nom collectif (société en)*
- Société en participation:**
  - \*Voy. *Participation (société en)*
- Société mutuelle:** 54, 858
- Statuts:**
  - actes notariés: 156, 575, 781, 870, 1202
  - acte sous seing privé: 156,, 575, 781, 870, 1202
  - dépôt au greffe: 160 et s., 288, 577 et s., 717, 781, 873
  - forme: 156 et s.
  - mentions obligatoires: 47, 50, 95, 150, 158, 159, 170, 178, 216, 579, 717-719, 871, 882, 883, 1202
  - mise en harmonie: 47 et s.
  - modification: 117, 151, 204, 253, 288, 819, 823, 945
  - omission, régularisation: 178
  - responsabilité: 186, 782
  - signature statuts: 42, 157, 781, 870, 871

**Succursale:**

- assignation: 207
- définition: 203, 269
- droits et obligations: 203
- immatriculation au registre du commerce: 161, 203
- personnalité morale, absence: 203, 269
- propriétaire personne étrangère: 15, 203
- succursales multiples, assignation: 207

---

**T**

---

**Transformation:**

- bilans, deux exercices: 286
- capitaux propres, montant: 286, 833, 835, 836, 1099

- commissaire aux comptes, rapport: 286, 834, 1100
- publicité: 286, 288, 289
- mise en harmonie: 836
- société à responsabilité limitée en société anonyme: 836
- société à responsabilité limitée en société en nom collectif: 286, 833
- société à responsabilité limitée: 286, 820, 828, 833 et s., 1102
- société anonyme: 1099 et s.
  - \* en société en nom collectif: 286, 1101
  - \* en société en commandite simple: 286, 1102
  - \* en société à responsabilité limitée: 286, 1102
- société en commandite simple: 705, 754, 755
- société en nom collectif: 691, 697
  - société commerciale: 284 et s., 1216

---

**V**

---

**Valeurs mobilières:**

- appel public à l'épargne, offre: 169, 1032
- conversion: 517, 1038, 1039
- définition: 981, 982
- droits attachés aux actions:
  - dividende: 1013, 1014, 1021 et s.
  - droit préférentiel, souscription: 253, 1004
  - négociabilité: 984, 1006 et s.
  - vote: 120, 121, 1003
- forme: 982
  - actions: 983 et s.
  - parts de fondateur: 983, 1045 et s.
  - obligations: 983, 1024 et s.
- gage, valeurs mobilières inscrites en compte: 92
- infractions: 188
- libération des actions, défaut: 188, 1018
- nantissement des actions: 1010
- obligations:
  - assemblées obligataires: 951 et s.

- conditions d'émission: 1031, 1032
- définition: 1024, 1025
- groupement obligataire: 951 et s., 1025, 1034, 1043 et s.
- titre nominatif régime: 1033
- transmission actions: 982
- \* Voy. *Action, part de fondateur ou bénéficiaire, Part sociale*

## TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE .....	1
§1. <i>L'état du droit africain des sociétés à l'aube de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires</i> .....	1
A. Genèse et importance des sociétés commerciales .....	1
B. Evolution du droit des sociétés en Afrique .....	4
1. Introduction du droit des sociétés en Afrique .....	4
2. Développement du droit des sociétés en Afrique .....	9
C. Appréciation critique .....	16
§2. <i>L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E.</i> .....	17
A. Les caractères de la réforme .....	18
1. Une œuvre de codification .....	18
2. Une œuvre de modernisation .....	19
a) Modernisation de la théorie générale des sociétés commerciales ..	19
b) Modernisation des formes des sociétés commerciales .....	20
3. Une œuvre d'intégration .....	24
a) Intégration juridique .....	24
b) Intégration économique .....	25
B. Les idées générales de la réforme .....	26
1. Protection des tiers .....	26
2. Protection des associés .....	28
3. Protection des investisseurs étrangers .....	28
C. L'application de la réforme .....	29
1. Entrée en vigueur de la réforme .....	29
2. Rapports entre l'Acte uniforme et les législations nationales .....	32
3. Domaine matériel de la réforme .....	33
a) Les certitudes .....	34
b) Les zones d'ombre .....	35
§3. <i>Orientations bibliographiques et de l'étude</i> .....	36
A. Bibliographie sélective sur le droit africain des sociétés avant OHADA ..	37
1. Ouvrages généraux .....	37
2. Thèses .....	37
3. Articles .....	37
B. Bibliographie sélective sur le droit des sociétés OHADA .....	39
1. Ouvrages généraux .....	39

2. Articles .....	39
C. Annonce du plan .....	40

**PARTIE 1**  
**LES RÈGLES COMMUNES**  
**À TOUTES LES SOCIÉTÉS**  
**COMMERCIALES**

**TITRE I**  
**LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ**

CHAPITRE 1. LES PARTIES AU CONTRAT .....	47
SECTION 1. LE NOMBRE D'ASSOCIÉS .....	47
§1. <i>La pluralité d'individus</i> .....	47
§2. <i>L'unicité de personne</i> .....	49
SECTION 2. LA QUALITÉ D'ASSOCIÉ .....	51
§1. <i>Les apports</i> .....	52
A. Les différentes sortes d'apports .....	53
1. Les apports en numéraire .....	53
2. Les apports en nature .....	54
a) Les modalités de l'apport en nature .....	55
b) L'évaluation des apports en nature .....	56
3. Les apports en industrie .....	57
B. La contrepartie des apports: les droits sociaux .....	58
1. Les actions .....	59
2. Les parts sociales .....	60
C. La somme des apports: le capital social .....	62
§2. <i>La participation aux résultats</i> .....	64
A. Le bénéfice: critère distinctif de la société .....	65
1. Société et Association .....	65
2. La notion de bénéfice .....	66
B. La participation des associés aux bénéfices, aux économies et aux pertes .....	68
1. La vocation aux bénéfices et aux économies .....	68
2. La contribution aux pertes .....	69
§3. <i>L'affectio societatis</i> .....	71

SECTION 3. LES DROITS ET OBLIGATIONS DES ASSOCIÉS . . . . .	74
§1. <i>Les droits</i> . . . . .	74
A. Les droits extrapécuniaires . . . . .	74
1. Le droit de participer à la vie sociale . . . . .	75
2. Le droit de vote . . . . .	76
3. Le droit à l'information . . . . .	79
B. Les droits pécuniaires . . . . .	80
§2. <i>Les obligations</i> . . . . .	81
CHAPITRE 2. LA FORMATION DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ . . . . .	82
SECTION 1. LES CONDITIONS DE FOND . . . . .	82
§1. <i>Le consentement des associés</i> . . . . .	83
A. Existence du consentement . . . . .	83
B. Intégrité du consentement . . . . .	84
C. Sincérité du consentement . . . . .	85
§2. <i>La capacité des parties contractantes.</i> . . . . .	86
A. Le mineur . . . . .	87
B. La personne mariée . . . . .	88
C. Les parents . . . . .	90
D. Les étrangers . . . . .	90
§3. <i>L'objet du contrat</i> . . . . .	90
A. La notion d'objet . . . . .	90
B. Les exigences relatives à l'objet . . . . .	91
§4. <i>La cause du contrat</i> . . . . .	93
SECTION 2. LES CONDITIONS DE FORME . . . . .	94
§1. <i>Les conditions communes à toutes les sociétés</i> . . . . .	94
A. L'établissement de l'acte de société . . . . .	94
1. La forme . . . . .	94
2. La signature des statuts . . . . .	95
3. Le contenu des statuts . . . . .	95
B. La publicité . . . . .	97
1. L'immatriculation . . . . .	98
2. L'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales . . . . .	101
§2. <i>Les formalités incombant aux sociétés faisant appel public à l'épargne</i> . . . . .	103

A. Les exigences relatives à l'appel public à l'épargne . . . . .	104
B. La notice d'information . . . . .	105
C. Le document d'information . . . . .	106
1. L'établissement du document . . . . .	106
2. Les informations à fournir . . . . .	108
3. La diffusion du document . . . . .	109
SECTION 3. SANCTION DES IRRÉGULARITÉS DE FORMATION . . . . .	109
§1. <i>La nullité et ses effets atténués</i> . . . . .	109
A. Le domaine restreint de la nullité . . . . .	109
1. La sanction des conditions de fond . . . . .	110
a) Le consentement et la capacité . . . . .	110
b) L'objet et la cause . . . . .	112
2. La sanction des conditions de forme . . . . .	112
B. Le régime de la nullité . . . . .	114
1. La possibilité d'une confirmation . . . . .	114
2. le délai de prescription . . . . .	115
3. Les voies de recours . . . . .	115
4. La non-rétroactivité: la théorie de la société de fait . . . . .	115
§2. <i>L'extension des responsabilités</i> . . . . .	117
A. Sur le plan civil . . . . .	118
B. Sur le plan pénal . . . . .	119

## TITRE II LA PERSONNALITÉ MORALE

CHAPITRE 1. NOTION DE PERSONNALITÉ MORALE . . . . .	123
SECTION 1. LE FONDEMENT DE LA PERSONNALITÉ MORALE . . . . .	123
§1. <i>Les thèses en présence</i> . . . . .	124
A. Les conceptions classiques . . . . .	124
B. L'analyse fonctionnelle ou «organique» de la société . . . . .	125
§2. <i>La naissance de la personne morale</i> . . . . .	128
A. La date de naissance de la personne morale . . . . .	128
B. Les attributs liés à la naissance de la personne morale . . . . .	129
1. L'acquisition de la capacité des sociétés . . . . .	129
2. La reprise par la personne morale des engagements contractés pendant la formation du contrat de société . . . . .	130

a) Le sort des engagements pris pour le compte de la société en cours de formation . . . . .	131
b) Les engagements pris pour le compte de la société constituée avant son immatriculation . . . . .	132
3. La durée de vie de la personne morale . . . . .	133
SECTION 2. L'INDIVIDUALISATION DE LA PERSONNE MORALE . . . . .	134
§1. <i>Le nom</i> . . . . .	134
§2. <i>Le domicile</i> . . . . .	135
§3. <i>La nationalité</i> . . . . .	136
SECTION 3. LE PATRIMOINE DE LA PERSONNE MORALE . . . . .	138
§1. <i>L'intérêt d'un patrimoine social</i> . . . . .	138
§2. <i>La confusion des patrimoines</i> . . . . .	140
CHAPITRE 2. VIE ET ÉVOLUTION DE LA SOCIÉTÉ . . . . .	142
SECTION 1. LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ . . . . .	142
§1. <i>La gestion</i> . . . . .	142
A. Les organes de gestion . . . . .	143
1. La composition . . . . .	144
2. L'accès aux fonctions . . . . .	145
3. La désignation . . . . .	147
4. La rémunération des organes de gestion . . . . .	147
5. La cessation des fonctions . . . . .	148
B. Les règles de gestion . . . . .	149
1. Les pouvoirs de gestion courante de la société . . . . .	149
2. Les règles particulières à certains types de société . . . . .	151
3. La gestion des résultats financiers de l'entreprise . . . . .	152
C. La responsabilité des dirigeants de société . . . . .	154
1. La responsabilité civile . . . . .	154
a) Société in bonis . . . . .	155
b) Société faisant l'objet de procédure collective . . . . .	157
2. La responsabilité pénale . . . . .	159
§2. <i>Le contrôle</i> . . . . .	161
A. Le contrôle par les associés . . . . .	161
1. Le contrôle à travers l'information . . . . .	161
2. La procédure d'alerte . . . . .	163
3. L'approbation des comptes . . . . .	164

4. Le contrôle spécial de certaines opérations sociales . . . . .	165
a) Les conventions . . . . .	166
b) Les modifications des statuts de la société . . . . .	168
B. Le contrôle par les organes indépendants: les commissaires aux comptes . . . . .	169
1. La mission des commissaires aux comptes . . . . .	170
2. Les suites du contrôle des commissaires aux comptes . . . . .	171
§3. <i>Les difficultés de fonctionnement</i> . . . . .	172
A. Les interventions judiciaires dans les sociétés . . . . .	172
B. L'alerte provoquée par les commissaires aux comptes . . . . .	178
1. Dans les sociétés autres que les sociétés anonymes . . . . .	178
2. Dans les sociétés anonymes . . . . .	179
SECTION 2. LA RESTRUCTURATION DES SOCIÉTÉS . . . . .	180
§1. <i>Les groupes de sociétés</i> . . . . .	181
A. La notion de groupe de sociétés . . . . .	181
B. Le processus de création d'un groupe . . . . .	183
C. L'ignorance relative du groupe par le droit des sociétés . . . . .	185
1. L'absence de personnalité morale du groupe . . . . .	186
2. Le fondement de la reconnaissance du groupe en jurisprudence . . . . .	187
a) Protection des minoritaires . . . . .	187
b) Protection des créanciers . . . . .	187
D. Les dispositions juridiques minimales tendant à une reconnaissance du groupe . . . . .	189
1. Droit social . . . . .	189
2. Droit comptable et comptes consolidés . . . . .	190
3. Droit fiscal . . . . .	191
§2. <i>La participation dans le capital d'une autre société</i> . . . . .	192
§3. <i>La transformation des sociétés</i> . . . . .	194
A. Le mécanisme de la transformation . . . . .	194
B. Effets de la transformation . . . . .	197
§4. <i>La fusion et la scission</i> . . . . .	198
A. Typologie et conditions des fusions et scissions . . . . .	199
B. Effets de la fusion . . . . .	203
§5. <i>L'apport partiel d'actif</i> . . . . .	208
SECTION 3. LA DISSOLUTION DES SOCIÉTÉS . . . . .	209
§1. <i>Les causes de dissolution</i> . . . . .	210

A. Les causes de dissolution de plein droit . . . . .	210
1. L'arrivée du terme convenu . . . . .	210
2. La réalisation ou l'extinction de l'objet social . . . . .	210
3. L'annulation de la société . . . . .	211
4. La liquidation des biens de la société . . . . .	211
5. Les causes statutaires . . . . .	211
B. Les causes de dissolution provoquée . . . . .	212
1. La volonté d'un ou des associés . . . . .	212
a) La dissolution anticipée . . . . .	212
b) La renonciation . . . . .	213
c) La réunion de toutes les parts en une seule main . . . . .	213
2. La dissolution judiciaire pour justes motifs . . . . .	214
§2. <i>Les effets de la dissolution de la société</i> . . . . .	215
A. Les divers effets de la dissolution . . . . .	215
B. La liquidation de la société . . . . .	216
1. Les formalités de liquidation . . . . .	216
2. Les opérations de liquidation de la société . . . . .	217
a) La nomination du liquidateur . . . . .	217
b) Les pouvoirs du liquidateur . . . . .	219
c) La responsabilité du liquidateur . . . . .	224

### TITRE III LES INCRIMINATIONS PÉNALES

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. OBSERVATIONS SUR LE DROIT PÉNAL DES AFFAIRES DE L'OHADA . . . . .	227
SECTION 1. L'HARMONISATION DES INFRACTIONS . . . . .	227
§1. <i>La technique d'harmonisation: les Actes uniformes</i> . . . . .	228
A. L'élaboration des Actes uniformes par le Conseil des ministres . . . . .	228
B. L'interprétation des normes communautaires . . . . .	229
C. Le principe de légalité et l'application des normes pénales communautaires . . . . .	230
1. L'application des normes communautaires dans le temps . . . . .	230
2. L'application des normes communautaires dans l'espace . . . . .	231
§2. <i>L'objet de l'harmonisation: les infractions d'affaires</i> . . . . .	232
SECTION 2. L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DES SANCTIONS . . . . .	233
§1. <i>La détermination des sanctions par les Etats</i> . . . . .	234

A. Les justifications de l'attribution de compétence aux Etats . . . . .	234
1. Les raisons juridiques . . . . .	234
2. Les raisons économiques . . . . .	235
B. Les conséquences de l'attribution de compétence aux Etats . . . . .	236
1. Le risque de disparité des sanctions nationales . . . . .	236
2. Le risque d'apparition de «paradis pénaux» . . . . .	237
§2. <i>L'insuffisance de l'encadrement des parlements nationaux</i> . . . . .	238
§3. <i>La nécessité de poser des principes directeurs communautaires</i> . . . . .	239
CHAPITRE 1. LES INFRACTIONS LIÉES À LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS . . . . .	240
SECTION 1. LA FORMATION DU CAPITAL SOCIAL . . . . .	240
§1. <i>La recherche du capital</i> . . . . .	240
A. La simulation de souscription ou de versements . . . . .	241
1. Les éléments constitutifs du délit . . . . .	241
a) L'élément matériel . . . . .	241
b) L'élément intentionnel . . . . .	243
2. La répression du délit . . . . .	244
a) Les personnes punissables . . . . .	244
b) Le déclenchement de la procédure . . . . .	246
B. La publication de faits faux . . . . .	247
1. Les éléments constitutifs . . . . .	247
a) L'élément matériel . . . . .	247
b) L'élément intentionnel . . . . .	249
2. La répression . . . . .	250
a) Les personnes punissables . . . . .	250
b) Le déclenchement de la procédure . . . . .	251
§2. <i>La réalité du capital</i> . . . . .	251
A. L'établissement du certificat de dépôt des souscriptions ou de versement . . . . .	251
1. Les éléments constitutifs . . . . .	252
a) L'élément matériel . . . . .	252
b) L'élément intentionnel . . . . .	253
2. Les poursuites . . . . .	253
B. La surévaluation des apports en nature . . . . .	253
1. Les éléments constitutifs . . . . .	254
a) L'élément matériel . . . . .	254
b) L'élément moral . . . . .	255
2. Les poursuites . . . . .	256
SECTION 2. L'ACTIVITÉ D'UNE SOCIÉTÉ IRRÉGULIÈREMENT CONSTITUÉE . . . . .	256

§1. <i>L'émission d'actions</i> .....	257
A. La condition préalable: les irrégularités .....	257
1. Les règles communes à la constitution de toutes les sociétés anonymes 257	
a) Le défaut d'immatriculation régulière .....	257
b) L'irrégularité des formalités de constitution .....	257
2. Les règles propres à la constitution des sociétés faisant appel public à l'épargne .....	258
B. Les éléments de l'infraction .....	258
1. L'élément matériel: l'émission .....	258
2. L'élément moral .....	260
§2. <i>La négociation d'actions</i> .....	260
A. Les irrégularités rendant illicite la négociation .....	261
1. Les irrégularités relatives à la forme des actions .....	261
2. Les irrégularités relatives au délai de négociabilité .....	261
3. Les irrégularités relatives au défaut de libération du quart .....	262
B. Les éléments constitutifs .....	262
1. L'élément matériel de l'infraction: la négociation .....	262
2. L'élément moral de l'infraction .....	263
§3. <i>Les sanctions pénales</i> .....	263
A. Les personnes punissables .....	264
1. Les auteurs principaux .....	264
2. Les complices .....	264
B. Les actions en responsabilité .....	265
1. L'action publique .....	265
2. L'action civile .....	265
CHAPITRE 2. LES INFRACTIONS LIÉES AU FONCTIONNEMENT DES SOCIÉTÉS. ....	267
SECTION 1. LES INFRACTIONS LIÉES À LA GESTION DE LA SOCIÉTÉ .....	267
§1. <i>Les abus dans la gestion</i> .....	268
A. L'abus des biens et du crédit de la société .....	268
1. Les éléments constitutifs du délit .....	268
a) L'élément matériel .....	268
b) L'élément moral .....	270
2. La répression du délit .....	272
a) Les personnes punissables .....	272
b) La prescription .....	272
B. Les atteintes aux droits des associés .....	273

1. L'entrave à la participation . . . . .	273
2. L'élément intentionnel . . . . .	274
§2. <i>Les infractions relatives au contrôle de la gestion</i> . . . . .	274
A. L'obstacle au contrôle . . . . .	275
1. L'obstacle à la désignation ou à la convocation des commissaires aux comptes . . . . .	275
2. L'obstacle aux vérifications ou le refus de communication de documents . . . . .	275
a) L'élément matériel . . . . .	276
b) La mauvaise foi . . . . .	276
B. Le refus de contrôle . . . . .	276
1. Les informations mensongères . . . . .	277
a) L'élément matériel de l'infraction . . . . .	277
b) L'intention coupable . . . . .	279
2. La non-révélation de faits délictueux . . . . .	279
a) L'élément matériel . . . . .	280
b) L'élément moral . . . . .	281
SECTION 2. LES INFRACTIONS RELATIVES A LA COMPTABILITÉ DE LA SOCIÉTÉ . . . .	282
§1. <i>Les irrégularités comptables</i> . . . . .	282
A. La distribution de dividendes fictifs . . . . .	282
1. La condition préalable: le caractère fictif ou l'inexactitude de l'inventaire . . . . .	283
a) L'absence de l'inventaire . . . . .	283
b) L'inexactitude de l'inventaire . . . . .	283
2. Les éléments de l'infraction . . . . .	284
a) L'élément matériel . . . . .	284
b) L'élément intentionnel . . . . .	286
B. La communication de la comptabilité . . . . .	287
1. L'élément matériel . . . . .	287
a) L'acte de communication: la publication ou la présentation . . . . .	287
b) L'objet: Les états financiers de synthèse infidèles . . . . .	288
2. L'élément moral . . . . .	289
a) Le dol général: l'intention . . . . .	289
b) Le dol spécial: le but poursuivi . . . . .	290
§2. <i>Les modifications du capital</i> . . . . .	290
A. L'augmentation du capital . . . . .	291
1. L'émission d'actions nouvelles . . . . .	291
2. Le droit de souscription préférentiel . . . . .	292
a) Le droit préférentiel des actionnaires . . . . .	292

b) Le droit préférentiel des obligataires . . . . .	293
B. La réduction du capital . . . . .	293
CHAPITRE 3. LES INFRACTIONS LIÉES À LA DISPARITION DES SOCIÉTÉS . . . . .	295
SECTION 1. L'ÉCHEC DE LA SOCIÉTÉ . . . . .	295
§1. <i>La banqueroute</i> . . . . .	295
A. Les conditions préalables . . . . .	296
1. La qualité de l'agent . . . . .	296
a) Les personnes physiques . . . . .	296
b) Les personnes morales . . . . .	297
2. La cessation des paiements . . . . .	297
B. Les éléments constitutifs . . . . .	298
1. Les cas de banqueroute . . . . .	298
a) La banqueroute simple . . . . .	298
b) La banqueroute frauduleuse . . . . .	298
2. L'élément intentionnel . . . . .	299
§2. <i>Les infractions connexes</i> . . . . .	299
A. Les délits assimilés . . . . .	300
1. Les délits assimilés à la banqueroute simple . . . . .	300
2. Les délits assimilés à la banqueroute frauduleuse . . . . .	300
a) Les délits commis par les dirigeants . . . . .	301
b) Les délits commis par les tiers . . . . .	301
B. Les autres infractions . . . . .	302
1. Les infractions commises par les parents ou conjoint du débiteur . . . . .	302
2. Les infractions commises par le syndic . . . . .	302
3. Les infractions commises par les créanciers . . . . .	302
SECTION 2. LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ . . . . .	303
§1. <i>La perte de la moitié du capital</i> . . . . .	303
A. L'élément matériel . . . . .	304
B. L'élément moral . . . . .	304
§2. <i>La liquidation de la société</i> . . . . .	304
A. La nomination du liquidateur social . . . . .	305
B. La mission du liquidateur social . . . . .	305
1. Les infractions d'omission . . . . .	305
2. Les infractions de commission . . . . .	306

**PARTIE 2**  
**LES RÈGLES PROPRES**  
**AUX DIVERSES SOCIÉTÉS**  
**ET AU GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE**

**TITRE I**  
**LES SOCIÉTÉS DE PERSONNES**

CHAPITRE 1. LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF . . . . .	313
SECTION 1. LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF . . . . .	313
§1. <i>Les conditions de fond</i> . . . . .	314
A. Les associés . . . . .	314
B. Le capital social . . . . .	317
C. L'objet social . . . . .	318
§2. <i>Les formalités constitutives</i> . . . . .	318
A. Les statuts . . . . .	319
B. Les mesures de publicité . . . . .	319
SECTION 2. LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF . . . . .	320
§1. <i>Les gérants</i> . . . . .	320
A. Le statut du ou des gérants . . . . .	320
1. Nomination du gérant . . . . .	320
2. La fin des fonctions . . . . .	321
a) Les causes de cessation des fonctions de gérant . . . . .	321
b) Les effets de la cessation des fonctions . . . . .	324
3. La rémunération du gérant . . . . .	325
B. Les pouvoirs du gérant . . . . .	326
1. Les pouvoirs internes . . . . .	326
2. Les pouvoirs externes . . . . .	328
a) En cas de gérant unique . . . . .	328
b) En cas de pluralité de gérants . . . . .	330
§2. <i>Les associés</i> . . . . .	331
A. La situation juridique des associés en nom . . . . .	331
1. Droits des associés en nom . . . . .	331
a) Le droit de prendre part aux décisions . . . . .	331
b) Le droit à l'information . . . . .	334
2. Les obligations des associés en nom . . . . .	335

a) L'obligation au passif social . . . . .	335
b) Les autres obligations . . . . .	338
B. L'importance des qualités personnelles . . . . .	340
1. Considération de la personne et cession des parts . . . . .	340
a) La cession volontaire . . . . .	340
b) La cession forcée . . . . .	342
2. Considération de la personne et fonctionnement de la société . . . . .	343
a) Le décès d'un associé . . . . .	343
b) La liquidation des biens d'un associé et la survenance d'une interdiction ou d'une incapacité . . . . .	346
SECTION 3. LA DISPARITION DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF . . . . .	347
CHAPITRE 2. LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE . . . . .	349
SECTION 1. LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE . . . . .	350
§1. <i>Les règles de fond</i> . . . . .	350
A. Les associés . . . . .	351
B. Le capital de la société en commandite simple . . . . .	352
§2. <i>Les formalités constitutives</i> . . . . .	353
SECTION 2. LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE . . . . .	354
§1. <i>Les gérants</i> . . . . .	354
A. La nomination des gérants . . . . .	354
B. La fin des fonctions des gérants . . . . .	356
§2. <i>Les associés</i> . . . . .	358
A. La situation juridique des associés . . . . .	358
1. Les droits des associés . . . . .	358
a) Le droit de participer aux bénéfices . . . . .	358
b) Le droit de prendre part aux décisions . . . . .	358
2. Les obligations des associés . . . . .	360
B. Les qualités personnelles des associés . . . . .	361
1. La cession des parts . . . . .	361
2. L'influence des qualités personnelles sur la vie de la société . . . . .	362
SECTION 3. LA DISPARITION DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE . . . . .	363

## TITRE II LES SOCIÉTÉS À RISQUE LIMITÉ

CHAPITRE 1. LA SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE . . . . .	367
SECTION 1. LA S.A.R.L. PLURIPERSONNELLE . . . . .	368
§1. <i>La constitution de la S.A.R.L.</i> . . . . .	369
A. Les conditions de fond . . . . .	369
1. Les associés . . . . .	369
a) Les cessions de parts entre vifs . . . . .	371
b) La transmission des parts pour cause de décès . . . . .	373
c) Le nantissement des parts sociales . . . . .	373
2. Le capital . . . . .	374
3. L'objet social . . . . .	376
B. Les conditions de forme . . . . .	377
C. Les sanctions des règles de constitution . . . . .	377
§2. <i>L'organisation et le fonctionnement de la S.A.R.L.</i> . . . . .	378
A. Le ou les gérants . . . . .	378
1. Le statut des gérants . . . . .	378
2. Les pouvoirs des gérants . . . . .	381
3. La responsabilité des gérants . . . . .	383
B. Les associés non gérants . . . . .	384
1. Les droits financiers . . . . .	384
2. Les droits politiques . . . . .	385
a) Le droit à l'information . . . . .	385
b) Le droit de vote . . . . .	385
c) La participation aux décisions collectives . . . . .	388
§3. <i>Le contrôle de la gestion de la S.A.R.L.</i> . . . . .	398
§4. <i>La dissolution de la S.A.R.L.</i> . . . . .	400
SECTION 2. LA S.A.R.L. UNIPERSONNELLE . . . . .	400
§1. <i>La constitution de la société</i> . . . . .	401
§2. <i>Le fonctionnement de la société</i> . . . . .	401
CHAPITRE 2. LA SOCIÉTÉ ANONYME . . . . .	404
SECTION 1. LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME . . . . .	407
§1. <i>Les règles communes</i> . . . . .	408
A. L'établissement des bulletins de souscription . . . . .	409

B. Le dépôt des fonds et la déclaration notariée de souscription et de versement . . . . .	409
C. La signature des statuts . . . . .	410
D. Le retrait des fonds . . . . .	411
§2. <i>Les règles particulières</i> . . . . .	412
A. Constitution avec apport en nature ou stipulation d'avantages particuliers . . . . .	412
1. L'assemblée générale préconstitutive . . . . .	412
2. L'assemblée générale constitutive . . . . .	413
B. Constitution en cas d'appel public à l'épargne . . . . .	414
SECTION 2. L'ORGANISATION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME . . . . .	416
§1. <i>Les organes de gestion</i> . . . . .	416
A. La S.A. avec conseil d'administration . . . . .	416
1. L'administration de la société anonyme . . . . .	416
a) Le conseil d'administration . . . . .	416
b) Le président du conseil d'administration . . . . .	425
2. La direction de la société anonyme . . . . .	427
a) Le président directeur général (PDG) . . . . .	427
b) Le directeur général (DG) . . . . .	428
B. La société anonyme avec administrateur général . . . . .	429
§2. <i>Les organes de délibération</i> . . . . .	432
A. Les assemblées d'actionnaires . . . . .	432
1. Les règles communes . . . . .	433
a) La convocation des actionnaires . . . . .	433
b) La tenue des assemblées . . . . .	435
2. Les règles spéciales . . . . .	438
a) Les assemblées générales ordinaires . . . . .	438
b) Les assemblées générales extraordinaires . . . . .	441
c) Les assemblées spéciales . . . . .	442
B. Les assemblées d'obligataires . . . . .	443
1. Le fonctionnement des assemblées . . . . .	444
a) La convocation de l'assemblée . . . . .	444
b) La tenue de l'assemblée . . . . .	446
2. Les résolutions . . . . .	447
§3. <i>Les organes de contrôle</i> . . . . .	449
A. Le choix du commissaire aux comptes . . . . .	449
1. Les qualités requises . . . . .	449
2. La désignation et la cessation de fonctions . . . . .	452

B. La mission du commissaire aux comptes . . . . .	454
1. La forme et les moyens de contrôle . . . . .	454
2. Les suites du contrôle . . . . .	455
SECTION 3. LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ ANONYME . . . . .	456
§1. <i>Les valeurs mobilières</i> . . . . .	456
A. Les actions . . . . .	458
1. Les différentes catégories d'actions . . . . .	459
a) Actions de numéraire et actions d'apport . . . . .	459
b) Actions nominatives et actions au porteur . . . . .	460
c) Actions ordinaires et actions de priorité . . . . .	460
d) Actions de capital et actions de jouissance . . . . .	461
2. Les droits attachés aux actions . . . . .	462
a) La nature des droits . . . . .	462
b) L'exercice des droits . . . . .	469
B. Les obligations . . . . .	470
1. Les divers types d'obligations . . . . .	472
a) Les obligations de type classique . . . . .	472
b) Les obligations convertibles en actions . . . . .	475
c) Les obligations échangeables en actions . . . . .	477
d) Les obligations à bon de souscription d'actions . . . . .	477
e) Les obligations remboursables en actions . . . . .	478
2. L'organisation collective des obligataires . . . . .	478
C. Les parts de fondateurs . . . . .	479
1. Le régime des parts de fondateurs . . . . .	480
a) Les droits des porteurs de parts . . . . .	480
b) La suppression des parts . . . . .	482
2. L'organisation collective des porteurs de parts . . . . .	482
a) Organisation de la masse . . . . .	482
b) Les pouvoirs de la masse . . . . .	483
§2. <i>Les variations du capital social</i> . . . . .	484
A. L'augmentation du capital . . . . .	485
1. Le principe . . . . .	485
2. La réalisation . . . . .	486
a) Augmentation par apports extérieurs . . . . .	486
b) Augmentation par incorporation de créances, réserves, bénéfices ou primes d'émission . . . . .	489
B. La réduction du capital . . . . .	490
1. La décision de réduction . . . . .	490
2. La réalisation de la réduction . . . . .	491

C. L'amortissement du capital social . . . . .	492
§3. <i>La restructuration des sociétés anonymes</i> . . . . .	494
A. Les fusion, scission et apport partiel d'actif . . . . .	494
1. La préparation de l'opération . . . . .	495
2. La réalisation de l'opération . . . . .	496
B. La transformation . . . . .	497

### **TITRE III**

## **LES GROUPEMENTS**

## **D'AFFAIRES PARTICULIERS**

CHAPITRE 1. LES SOCIÉTÉS SANS PERSONNALITÉ JURIDIQUE. . . . .	501
SECTION 1. LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION . . . . .	501
§1. <i>L'existence de la société en participation</i> . . . . .	502
A. La constitution de la société en participation . . . . .	502
1. Les conditions de fond . . . . .	502
a) Les associés de la société en participation . . . . .	502
b) L'objet de la société en participation . . . . .	506
c) Les apports . . . . .	506
2. L'absence de conditions de forme . . . . .	508
a) L'absence de forme écrite . . . . .	508
b) L'absence de formalités de publicité . . . . .	509
3. La sanction des règles de formation de la société en participation . . . . .	509
B. Le fonctionnement de la société en participation . . . . .	510
1. Les rapports entre associés . . . . .	510
a) Les droits et les obligations des associés . . . . .	510
b) La gérance de la société en participation . . . . .	512
2. Les relations avec les tiers . . . . .	516
a) Le principe de la responsabilité personnelle des associés . . . . .	516
b) La responsabilité indéfinie et solidaire des associés . . . . .	516
3. La gestion des biens mis à la disposition de la société en participation . . . . .	518
a) La gestion des biens personnels . . . . .	518
b) La gestion des biens indivis . . . . .	519
§2. <i>La dissolution de la société en participation</i> . . . . .	520
A. Les causes de la dissolution de la société en participation . . . . .	520
1. L'adaptation des causes communes de dissolution des sociétés . . . . .	520
a) L'expiration du terme . . . . .	520
b) La réalisation ou l'extinction de l'objet social . . . . .	520
c) L'annulation du contrat de société . . . . .	521

d) La dissolution anticipée par les associés . . . . .	521
e) La dissolution judiciaire pour juste motif . . . . .	521
f) Le jugement ordonnant la liquidation des biens de la société . . . . .	521
g) Les causes statutaires . . . . .	522
2. L'application des causes de dissolution des sociétés de personnes . . . . .	522
3. Les causes de dissolution propres à la société en participation . . . . .	522
B. Les effets de la dissolution de la société en participation . . . . .	522
1. La liquidation de la société en participation . . . . .	523
2. Le partage . . . . .	523
a) La répartition des pertes . . . . .	523
b) La reprise des apports et la répartition de l'actif . . . . .	524
SECTION 2. LA SOCIÉTÉ DE FAIT . . . . .	525
§1. <i>La notion de société de fait</i> . . . . .	525
A. La société de fait et la société créée de fait . . . . .	525
1. Précision conceptuelle . . . . .	525
2. L'application des règles de la société en nom collectif . . . . .	526
B. La preuve de la société de fait . . . . .	526
1. La preuve par l'un des associés . . . . .	527
a) L'objet de la preuve de la société de fait . . . . .	527
b) Les moyens de la preuve de la société de fait . . . . .	528
2. La preuve par les tiers . . . . .	528
§2. <i>Typologie des sociétés de fait</i> . . . . .	528
A. Les situations familiales . . . . .	529
1. La société de fait entre époux . . . . .	529
a) L'intérêt de la preuve . . . . .	529
b) L'objet de la preuve . . . . .	529
2. La société de fait entre concubins . . . . .	530
B. Les situations extra-familiales . . . . .	530
1. La société en formation . . . . .	530
2. La collaboration économique et financière . . . . .	531
CHAPITRE 2. LE GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE . . . . .	532
SECTION 1. LA CONSTITUTION DU G.I.E. . . . .	532
§1. <i>Les conditions de fond</i> . . . . .	532
A. L'objet du G.I.E. . . . .	532
B. Le capital du G.I.E. . . . .	533
§2. <i>Les conditions de forme et de publicité</i> . . . . .	534

A. La nécessité d'un écrit . . . . .	534
B. La publicité du G.I.E. . . . .	534
SECTION 2. LE FONCTIONNEMENT DU G.I.E. . . . .	534
§1. <i>Les membres du G.I.E.</i> . . . . .	535
§2. <i>Les organes du G.I.E.</i> . . . . .	535
A. Les organes de gestion . . . . .	535
1. Les organes d'administration . . . . .	536
2. Les assemblées . . . . .	537
B. Les organes de surveillance . . . . .	538
1. Le contrôle de la gestion du G.I.E. . . . .	538
2. Le contrôle des comptes du G.I.E. . . . .	539
SECTION 3. L'ÉVOLUTION DU G.I.E. . . . .	539
§1. <i>La mutation du groupement d'intérêt économique</i> . . . . .	539
§2. <i>La disparition du groupement d'intérêt économique</i> . . . . .	540
A. Les causes de dissolution du G.I.E. . . . .	540
B. La liquidation du G.I.E. . . . .	541
INDEX ANALYTIQUE . . . . .	543
TABLE DES MATIÈRES . . . . .	571

IMPRIMÉ EN BELGIQUE

---

ETABLISSEMENTS EMILE BRUYLANT, société anonyme, Bruxelles  
Prés.-Dir. gén. : JEAN VANDEVELD, av. W. Churchill, 221, 1180 Bruxelles