

MODERNISATION ET EFFICACITE DU DROIT OHADA DES SOCIETES

A PROPOS DE LA REVISION EN 2014 DE L'ACTE UNIFORME SUR LES SOCIETES COMMERCIALES¹

Au professeur Dominique SARR

In memoriam

Abdoulaye SAKHO, Agrégé des Facultés de Droit

Consortium pour la Recherche Economique et Sociale/ Université Cheikh Anta Diop/Dakar

(CRES/UCAD/DAKAR)

Diversité des orientations du droit des sociétés². L'objectif principal du droit des sociétés est de donner à celles et ceux qui choisissent de conduire ensemble une entreprise économique les moyens juridiques d'y parvenir.

De manière traditionnelle, cet objectif conduisait à une réglementation assez impérative et précise, destinée à éviter que les personnes amenés à contracter avec les sociétés ne puissent en souffrir. Aujourd'hui, ce souci de protection des tiers n'a pas disparu. Mais il ne fait plus, par lui-même, obstacle à une certaine dose, de plus en plus forte, de liberté contractuelle³.

Avec la révision opérée en 2014, le souci tout de suite évoqué ci dessus de protection des tiers est toujours présent, mais il se double d'un autre impératif tout aussi digne d'intérêt, la nécessité de protéger les épargnants qui sont en fait les principaux bailleurs de fonds des sociétés commerciales⁴.

¹ Ce texte dont le style oral a été conservé ici, a fait l'objet d'une première présentation lors d'un colloque scientifique sur le droit OHADA à l'université cheikh anta diop de Dakar. Je le dédie au Professeur Dominique Sarr en hommage au considérable travail qu'il a accompli aussi bien sur le plan administratif que sur le plan scientifique pour l'université sénégalaise. Jeune assistant fraîchement recruté, son abord agréable et ses petits mots d'encouragement lors de chacune de nos rencontres dans l'enceinte de la faculté ont accéléré ma prise de conscience quant à mes capacités dans la transmission de connaissances et dans la recherche. Merci Dominique !

² La définition de la société est donnée par l'article 4 de l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique : « *La société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent acte uniforme. La société doit être créée dans l'intérêt commun des associés* ».

³ Le professeur français de droit, Yves Guyon, en avait déjà relevé l'essence dans un ouvrage assez original paru au début des années 90, consacré au Droit des sociétés mais publié dans la collection droit des obligations de la LGDJ sous la direction de Jacques Ghestin et qui contenait l'ouvrage de madame Gèneviève Viney sur la responsabilité civile. Voir, Traité des contrats-Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, LGDJ, 1993.

⁴ Directement par la participation à des opérations de capitalisation des sociétés (Michel Jeantin, Droit des sociétés, Précis Domat, LGDJ, 2000), ou indirectement par le biais des fonds d'investissement qui ont consacré

Les règles issues de la révision exigent aussi le respect de considérations éthiques⁵ qui apparaissent de plus en plus comme la mesure de l'action de toutes les composantes de la société et en particulier de celle des dirigeants sociaux.

Deux exemples à ce propos avant d'avancer plus loin dans la présentation

Exemple 1 : Responsabilité sociale des sociétés⁶. Depuis quelques années, l'idée se fait jour que les entreprises doivent adopter des pratiques socialement responsables à l'égard de leur environnement au sens le plus large : salariés, partenaires, consommateurs, citoyens, collectivités.

En d'autres termes, pour susciter à nouveau la confiance et éviter aussi que la recherche systématique de croissance ne compromette le développement durable, les entreprises devraient se soumettre volontairement à des contraintes allant au-delà de la législation existante.

Pour l'heure cependant, cette responsabilité sociale n'a guère d'implications juridiques directes, mais on peut cependant lui rattacher les obligations s'imposant aux grandes sociétés (surtout celles évoluant dans les secteurs miniers, les hydrocarbures ou dans les pays en développement) au regard de leurs comportements vis-à-vis de l'environnement, ainsi que la lutte engagée contre le blanchiment de capitaux.

Exemple 2 : Exigence de transparence. Pour les besoins de leur financement, les entreprises font appel aux épargnants. La sécurité de ces derniers implique, une réelle transparence dans la vie des sociétés faisant appel public à l'épargne⁷. Mais l'exigence de transparence ne se cantonne plus à ces formes de sociétés. Elle irrigue de plus en plus tout le droit des sociétés, aussi bien en législation qu'en jurisprudence. Les exemples de cette évolution par rapport à un principe de secret des affaires qui a longtemps prévalu sont nombreux : expertises de gestion, publicité des conventions prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions admises aux négociations sur un marché réglementé, extension de l'obligation d'établir des comptes consolidés, ou encore droit à l'information des administrateurs : l'administrateur reçoit les informations utiles à l'exercice de sa fonction et peut se faire communiquer les documents nécessaires aux délibérations⁸.

Nécessité d'une adaptation du droit des sociétés. Ces exigences contemporaines de la vie des affaires, ajoutées à celles propres aux économies africaines essayant d'attirer le plus d'investisseurs possibles, ont rendu obsolète une bonne partie de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales pris le 17 avril 1997. Il semblait ne plus donner satisfaction. Il fallait donc procéder à sa révision.

Personnellement, cette nécessité m'était apparue depuis longtemps. En effet, le 25 octobre 2013 (l'Acte uniforme sur les sociétés était encore en chantier, en révision et on ne connaissait pas bien son contenu), à l'occasion d'une communication donnée sur le thème « Les Actes Uniformes de l'OHADA et la sécurisation de l'investissement » lors du colloque du Mouvement des Avocats Panafricains à la Chambre de commerce de Paris (Place de la Bourse), je conclusais mon intervention par les mots suivants. « *Les perspectives sont de deux ordres et elles intéressent aussi bien le droit que*

l'émergence de la profession d'investisseur (Irina Parachkevova, Le pouvoir de l'investisseur professionnel dans la société cotée, LGDJ, 2005)

⁵ Sur l'éthique dans le management des sociétés, voir pour le droit français, Loi de 1966 et Gouvernance- Etude par Irina Parachkevova, Droit des sociétés, n° 2, Février 2017.

⁶ Sur cette question V. Abdoulaye SAKHO, Contribution du Consortium pour la Recherche Economique et Sociale (CRES) à la séance de sensibilisation des membres du Haut Conseil pour le Dialogue Social et du Conseil Economique et Social Environnemental du Sénégal sur la déclaration de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale. Neuvième Assemblée plénière du Haut Conseil pour le Dialogue Social, Dakar, Aout 2017.

⁷ V. Denis Kessler, L'entreprise entre transparence et secret, Revue Pouvoirs N°97, février 2001, P 33 à 46, Paris.

⁸ Voir par exemple Article 435 alinéa 3 et 457 alinéa 2 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

l'économie : il faudrait que l'on songe à une problématique beaucoup plus difficile à aborder : comment faire accepter par le secteur informel ce droit OHADA ? Ou bien ce secteur doit-il avoir son propre droit à l'image du droit des mutuelles d'épargne et de crédit ? Autre problématique, la question du gouvernement d'entreprise et de manière plus large celle des marchés financiers mérite aussi une attention particulière de la part de l'OHADA car l'investisseur en fonds propres est aujourd'hui un interlocuteur privilégié. Il faut avoir à l'esprit ces mots de Claude Bébéar dans l'avant-propos du livre collectif dirigé par Marie-Anne Frison-Roche et consacré à l'affaire Enron : Mais, au-delà des réglementations, la chute d'Enron doit d'abord nous rappeler que ce sont les individus qui sont les meilleurs garants, et en définitive les seuls responsables possibles d'un gouvernement d'entreprise à la hauteur des défis d'aujourd'hui. Car Enron respectait les règles : les administrateurs d'Enron étaient formellement indépendants et la société remportait toutes les récompenses pour son gouvernement d'entreprise exemplaire. Mais Enron était une entreprise « champignon », sans passé et sans racines. Aucune norme, aucune valeur commune n'ont pu empêcher les dirigeants de mener l'entreprise à sa ruine et de précipiter dans le désarroi salariés et actionnaires. En d'autres termes, n'importe quelle réglementation pourra toujours être contournée par des acteurs non scrupuleux ».

Objectifs de l'Acte uniforme révisé. Aujourd'hui, la révision est effectuée. Elle est derrière nous. L'acte révisé a été publié au Journal officiel de l'OHADA le 4 février 2014. Il est en vigueur dans les Etats membres de l'OHADA depuis le 5 mai 2014 sans avoir besoin (ce qui est la caractéristique des Actes uniformes) d'être transposé dans la législation des Etats membres. L'Acte révisé vise plus de **flexibilité** dans le droit des sociétés OHADA par l'introduction de dispositions permettant une adaptation aux impératifs actuels de la vie des affaires. Il s'agit surtout de faciliter le financement de l'investissement.

Parmi les dispositions les plus novatrices citons :

- la création de la catégorie de société par actions simplifiés (SAS) sur le modèle du droit des sociétés français (pas de capital minimum, administration par un Président, obligation de commissaire aux comptes à partir d'un certain seuil d'actifs et de chiffre d'affaires)⁹ ;
- la possibilité d'ouvrir des bureaux de représentation ou de liaison chargés de faire le lien entre le siège de la société et le marché de l'Etat membre de l'OHADA dans lequel il est situé¹⁰ ;
- la reconnaissance du pacte d'actionnaires organisant entre autres les relations entre associés, la composition des organes sociaux et l'accès au capital social¹¹ ;
- la possibilité de constituer des sociétés à capital variable¹² et d'effectuer selon certaines conditions des apports en industrie¹³ ;
- l'introduction de nouvelles catégories de valeurs mobilières¹⁴ (actions de préférences qui remplace la catégorie des actions de priorité, valeurs mobilières composées donnant accès au capital social

⁹ Articles 853-1 et suivants de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

¹⁰ Articles 120-1 et suivants de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

¹¹ Articles 2 et 2-1 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

¹² Articles 67 et 269-1 et suivants de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

¹³ Articles 50-1 et suivants de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

¹⁴ Articles 822 et suivants de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

ou droit à l'attribution de titres de créances telles que par exemple des obligations convertibles en actions) ;

- la nomination par la juridiction compétente d'un administrateur provisoire chargé d'assurer momentanément la gestion des affaires sociales lorsque le fonctionnement normal de la société est impossible soit du fait des organes de gestion ou de direction soit du fait des associés¹⁵ ;
- la convocation, sous certaines conditions, des actionnaires par courrier électronique, le vote par correspondance dans les assemblées générales ainsi que l'utilisation de la visioconférence dans les réunions de conseil d'administration et les assemblées générales d'actionnaires¹⁶.
- Par ailleurs, les conseils d'administration pourront être constitués entièrement par des non actionnaires¹⁷.

Finalement, le nouveau droit des sociétés dans l'espace OHADA comporte une série de dispositions qui sont introduites dans l'objectif de satisfaire les exigences des investisseurs. Y est on arrivé ? C'est cette question que nous aurons à l'esprit pour les lignes qui suivent, elle sera le fil conducteur de notre intervention.

Plan de l'intervention. Elle se fera en deux points qui permettront d'avoir un aperçu relativement important sur les grands thèmes de la révision : la **modernisation du droit des sociétés** en vue de prendre en compte ces préoccupations que la première version de l'Acte uniforme ignorait royalement ; le renforcement de l'**efficacité économique du droit des sociétés** qui doit répondre aux besoins de nos pays.

I – MODERNISATION DU DROIT DES SOCIETES

La révision de 2014 est portée par une certaine conception du droit des sociétés, il semble que le législateur OHADA ait été inspiré par les idées d'une école de pensée française (l'Ecole de Rennes) qui considère que la société est une technique d'organisation juridique des entreprises¹⁸.

Pour répondre aux exigences d'efficacité et de compétitivité des entreprises africaines dans un contexte concurrentiel croissant, il faut une modernisation du droit des sociétés. En effet, c'est le droit des sociétés qui doit, non pas dresser des entraves, mais fournir à l'entreprise, les outils nécessaires à son développement¹⁹.

¹⁵ Articles 160-1 et suivants de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

¹⁶ Article 454-1 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

¹⁷ Article 416 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

¹⁸ Le chef de file de cette école de pensée est Jean Paillusseau. V. particulièrement son ouvrage tirée de sa thèse : « La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise » Sirey, 1967 ; Adde l'ouvrage écrit en commun avec un des pères fondateurs du droit économique en France, Claude Champaud, « L'entreprise et le droit commercial », Armand Colin, Paris 1970, 128 pages.

¹⁹ Sur cette modernisation, la preuve est faite que le droit OHADA est une parfaite réplique du travail accompli par le droit français. Voir « La modernisation du droit des sociétés, Premières réflexions sur le rapport Marini » Actes du colloque organisé par la Fédération nationale pour le droit de l'entreprise (FNDE), le 13 novembre 1996, Pratique des affaires, Joly éditeur, Paris, 1997. Pourtant, nous concernant personnellement, en 1993 déjà, dans une thèse soutenue à Dakar sous le titre « Les groupes de sociétés et le droit, Contribution à la recherche sur la notion de pouvoir en droit privé », et reprise sous forme d'ouvrage en 2010 sous le titre « Les groupes de sociétés en Afrique » (Karthala, éditeur), nous avons posé les bases pour la prise en compte de la plupart des règles contenues dans la révision de 2014. Mais le législateur OHADA préférera attendre que la France se

En conséquence, un « bon droit des sociétés » ne peut ignorer l'un des aspects essentiels de la société : l'exercice de son activité économique. On ne doit pas en effet oublier que si une société commerciale existe, c'est pour exercer une activité économique, donc pour conduire une entreprise.

Aussi même si on part de l'idée de base émanant de la définition de l'article 4 postulant que la société est la chose des associés et qu'elle doit être soumise à leur volonté souveraine, on ne peut ignorer l'entreprise et ses besoins²⁰.

C'est la raison pour laquelle, la révision de l'Acte uniforme a inséré diverses dispositions dont l'objet est de **fournir à la société les instruments juridiques de son financement** notamment pour le renforcement de ses fonds propres²¹.

Un autre aspect de la modernisation du droit des sociétés OHADA est lié aux **enjeux de pouvoir²² dans la société commerciale**. Quel est le meilleur équilibre possible des pouvoirs et des responsabilités au sein des entreprises. Comment faire, dans ce contexte général actuel de plus grande transparence, pour que le rôle de l'associé (qui est le propriétaire de la société par son apport au capital social) soit mieux valorisé face au pouvoir du management ? Comment faire pour que le contrôle (notamment la mission du commissaire aux comptes et son indépendance) soit mieux perçu ? Toute une série d'interrogations qui évoquent le « gouvernement d'entreprise » ou « corporate governance » dont les grands principes sont introduits dans la nouvelle version de l'Acte uniforme²³.

On peut donc retenir, pour illustrer la modernisation du droit des sociétés, les dispositions sur le financement d'une part, et les dispositions sur la gouvernance d'autre part.

A- on des modalités du financement des sociétés.

Diversificati

Le constat est là depuis très longtemps. La difficulté d'accès au financement est une constante dans nos pays. C'est un lieu commun que de fustiger le comportement bancaire le plus répandu chez nous : le refus de financer l'économie. Mais c'est trop vite aller en besogne. On oublie très souvent que les banques sont-elles mêmes insérées dans le circuit économique et qu'elles ont comme impératif la rentabilité de leurs affaires à l'image de tout opérateur économique digne de ce nom. Aussi dire que les banques ne prennent pas de risques ne règle nullement la question.

Aujourd'hui ceux qui cherchent à résoudre les difficultés d'accès au financement de l'investissement placent leur réflexion sur le terrain financier : il s'agit moins de sécuriser le banquier, par le jeu des garanties de plus en plus sophistiquées²⁴, que de contourner son action.

prononce pour ensuite tout reprendre à son compte. Fâcheuse attitude qui contribue grandement à une sorte de marginalisation, frisant le mépris en vue de l'affirmation d'une véritable doctrine africaine.

²⁰Car la société commerciale n'est pas seulement un propriétaire des biens mis à sa disposition par les apporteurs, elle est aussi un ensemble de règles juridiques, de techniques juridiques et de mécanismes permettant à l'organisme économique qu'est l'entreprise de vivre et de se développer.

²¹ L'investissement en fonds propres fait l'objet depuis quelques années de notre enseignement principal en droit du financement pour la licence de droit à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de Dakar.

²² Sur le pouvoir et le droit privé, V. Abdoulaye Sakho, « Analyse substantielle et relation de pouvoir », en hommage à l'école niçoise de droit économique, Revue Internationale de Droit Economique, 2013/4, p. 545 à 555.

²³ Sur le gouvernement d'entreprise, V. entre autres, Abdoulaye Sakho, « La bonne gouvernance d'entreprise », Revue africaine de management, n°1, Février 2010, Dakar ; Conférence sur l'arrêté des comptes et la gouvernance d'entreprise pour le compte de KPMG, Dakar, Novembre 2015 ; Session de formation pour les administrateurs de Sonatel/Groupe Orange Afrique, Dakar Novembre 2015 ; Issa Sidibé, La gouvernance des sociétés commerciales dans la zone OHADA, Thèse de doctorat, Dakar ; Patrice Badji, Ohada et bonne gouvernance d'entreprise, Revue de l'Ersuma n°2, mars 2013.

²⁴ Abdoulaye sakho et Ibrahima Ndiaye, Pratique des garanties du crédit, Editeur, Revue africaine de banque, Dakar 1998.

La première voie en ce sens est celle du marché financier. Mais les PME qui ont le plus de difficultés pour accéder au crédit bancaire ne sont pas dans le marché financier. Il est pourtant de notoriété que le capital-risque ne se développe qu'avec un second marché²⁵.

La seconde voie est celle choisie par les auteurs de la révision du texte de base du droit des sociétés commerciales, celle de l'investissement en fonds propres, plus précisément la prise de participations minoritaires dans les entreprises non cotées à la Bourse²⁶ (Pme- Pmi).

Avant de parler de cette forme de financement par le biais de l'investissement en fonds propres, il n'est peut être pas sans intérêt de signaler la nouvelle définition de l'apport en industrie. Une définition qui autorise la valorisation des connaissances scientifiques et techniques et qui permet l'association d'un porteur d'idée avec un investisseur financier²⁷ comme cela s'est fait dans le développement de certains secteurs ou de certains espaces géographiques comme la sillicon valley aux Etats Unis. A noter que cela est interdit dans les sociétés anonymes (article 50-1).

Il existe de multiples définitions de la notion de fonds propres. Dans leur acception la plus pure, ils caractérisent des ressources financières stables dont la rémunération sera aléatoire car soumise à la réalisation de profits et dont le remboursement, qui, en théorie, n'interviendra qu'au moment de la liquidation, sera subordonné au désintéressement des autres créanciers²⁸ (actions sous toutes leurs formes comme les actions de priorité ou les actions à dividende prioritaire sans droit de vote).

Parallèlement à ces fonds propres stricto-sensu, est apparue aussi la notion de quasi-fonds propres. Sous ce vocable, on regroupe les instruments financiers ayant vocation à devenir des fonds propres (obligations convertibles en actions, les valeurs mobilières composées, les bons de souscription et les obligations à bons de souscription d'action). La caractéristique principale de ces instruments financiers est qu'ils seront normalement transformés à terme, par conversion, en valeurs représentatives du capital²⁹.

L'investissement en fonds propres est plus connu sous le nom de « capital-risque » (venture-capital en anglais). Dans sa définition la plus large, il est considéré comme un système de financement par apport de capitaux propres. Plus précisément, « c'est la prise de risque réalisée par des investisseurs en capital qui acceptent de devenir des actionnaires d'une société non cotée dont ils n'assument pas la direction, en vue de réaliser, aux côtés de l'entrepreneur dirigeant, un profit suffisamment élevé, pour compenser largement les risques qu'ils ont accepté de courir »³⁰.

La voie la plus rapide pour l'investissement en capital risque est consacrée par l'Acte uniforme révisé qui autorise l'émission de valeurs mobilières composées. Les sociétés par actions peuvent émettre des valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de créance (art 822). Le titulaire d'un titre de capital est un optimiste qui accepte d'assumer la plénitude des aléas sociaux et de couvrir le risque d'une absence de rémunération voire la perte de son investissement en cas de faillite de la société : le modèle du titre de capital est l'action³¹. Le titulaire d'un titre de créance ou titre d'emprunt est un pessimiste, il accepte de prêter de l'argent à l'entreprise et espère être remboursé

²⁵ Michel Jeantin et J.P.Bertrel, Acquisitions et fusions des sociétés entreprises, Paris, Litec, 1989.

²⁶ D'où la création d'un titre entièrement nouveau, consacré aux valeurs mobilières composées, c'est le Titre 2-2 du Livre 4 de l'Acte uniforme consacré aux sociétés anonymes et contenant les articles 822 et suivants.

²⁷ Article 40 de l'Acte uniforme « Chaque associé peut apporter à la société ... ; 3°) des connaissances techniques ou professionnelles ou des services, par apport en industrie ».

²⁸ Définition donnée par Bertrel et Jeantin ouvrage ci-dessus cité.

²⁹ Ce sont des valeurs mobilières qui donnent droit par un moyen quelconque (conversion, échange, remboursement, présentation d'un bon) à l'attribution de titres représentatifs du capital de la société émettrice ou d'un droit de créancier sur cette même société. En réalité, on vise par ces articles 822 et suivants, des titres de diverses natures, composite ou autonome et qui, à terme, donnent accès au capital.

³⁰ Bertrel et Jeantin, op. cit.

³¹ Articles 740 et suivants de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales

et percevoir ponctuellement un intérêt. Le modèle du titre d'emprunt est l'obligation³². Les obligations ont des variantes qui sont assez proches des actions³³. En réalité, on vise par ces articles 822 et suivants, des titres de diverses natures, composites ou autonomes et qui, à terme, donnent accès au capital.

B- n de la gouvernance des sociétés

Amélioratio

La Gouvernance d'entreprise a fait l'objet, depuis deux décennies, d'une intense réflexion conduisant à sa codification. Pour exemple, voici la définition que retient le Code de l'ISA (Institut Sénégalais des Administrateurs) : « la gouvernance est le système par lequel l'entreprise est dirigée et contrôlée ; sa mise en œuvre fait référence aux relations entre la direction, son conseil d'administration, ses actionnaires et les autres parties prenantes ».

En tout état de cause et quelle que soit la taille de l'entreprise, sa gouvernance s'appuie sur quelques principes de base : l'intégrité de ses dirigeants, une définition claire et respectée des rôles entre l'assemblée des associés et le management (dans la société anonyme : le Conseil d'administration et la Direction générale), le respect des droits des associés et l'égalité dans leur traitement³⁴.

On peut, pour les besoins de notre démonstration, retenir quelques dispositions qui montrent comment la révision de l'Acte uniforme a pris en compte les préoccupations de la théorie du gouvernement d'entreprise en vue d'améliorer le système dirigeant des sociétés commerciales dans l'espace OHADA.

Exemple 1 tiré de l'article 435 qui a bénéficié d'une réécriture totale et nouvelle sur l'étendue des pouvoirs du conseil d'administration et le rôle précis du Président : « *Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent.*

Le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns.

Le président du conseil d'administration de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Les clauses des statuts ou délibérations de l'assemblée générale limitant les pouvoirs du conseil d'administration sont inopposables aux tiers de bonne foi ».

A la lecture de cet article il apparaît que la révision de l'Acte uniforme a imposé de nouveaux rapports entre le Président du conseil et les administrateurs. Ainsi, entre les administrateurs et le Président du Conseil d'administration il se noue aujourd'hui des liens très étroits commandés par la nécessité de la régulation du pouvoir dans la société : le Président doit s'assurer que les administrateurs ont les

³² Articles 779 et suivants de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales

³³ De toutes façons, avec l'art 822, toutes les combinaisons sont possibles ;

-La valeur mobilière composée peut aboutir à un titre de créances : exemple obligation de bon de souscription d'obligation(OBSO) ;

-Pour ce qui est de l'accès au capital, les titres de capital peuvent être des titres spécialement émis à cet effet ou des titres déjà détenus par la société.

-Le contrat d'émission peut prévoir que le titre primaire (valeur mobilière simple) et le titre de capital ou de créance (valeur mobilière composée) ne puisse être négociés et cédés ensemble (d'après certains auteurs, ce n'est pas évident que cette faculté soit souvent utilisée).

³⁴ Le Code ISA est un ensemble de règles de bonne conduite de l'entreprise qui précise les textes de l'OHADA. Il s'applique en premier lieu au Conseil d'administration.

moyens de faire leur travail de contrôle et ces derniers doivent exercer aussi un contrôle sur le Président. Ce sont ces rapports que la théorie du gouvernement d'entreprise a affiné dans le sens du renforcement des pouvoirs et de la responsabilité de l'administrateur et, cet affinement est à un point tel qu'il n'est pas du tout hérétique de poser la question de l'opportunité de faire de la fonction d'administrateur, un métier.

Exemple 2 tiré de l'article 437 qui établit une consécration encore plus nette des comités relevant du gouvernement d'entreprise ou « corporate governance » : « *Le conseil d'administration peut confier à un ou à plusieurs de ses membres tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés.*

Il peut décider la création de comités composés d'administrateurs chargés d'étudier les questions que lui-même ou son président soumet, pour avis, à leur examen. Il fixe la composition et les attributions des comités qui exercent leur activité sous sa responsabilité.

Lors de la création d'un comité, le conseil d'administration peut décider que le comité peut recueillir l'avis d'experts non administrateurs ».

Exemple 3 : Une exigence renforcée des normes de gouvernement d'entreprise pour les sociétés cotées.

Exemple tiré de l'Art.829-1: *Comité d'audit obligatoire, composé d'administrateurs non exécutifs; contrôle des comptes, de l'information financière; suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques.*

Exemple tiré de l'Art.831-2 : *le Président rend compte à l'AG, dans un rapport par le Conseil, de la composition du Conseil, des travaux du Conseil, des procédures de contrôle interne et de gestion des risques. Lorsque la société se réfère à un Code de Gouvernance, mis en œuvre de principe « Comply or explain » (pour l'instant seul le Sénégal et la Côte d'Ivoire ont un Code de Gouvernance).*

Exemple tiré de l'Art. 831-3: *ce rapport rend compte de façon très complète et détaillée de l'ensemble des rémunérations, quelle que soit leur forme, de tous les mandataires sociaux.*

II – EFFICACITE DU DROIT DES SOCIETES

L'efficacité et la compétitivité des entreprises de l'espace OHADA dans ce contexte de concurrence exigent aussi un véritable épanouissement de l'investissement. Autrement dit, il faut établir l'efficacité économique du droit des sociétés³⁵. Cela passe par une **simplification du droit des sociétés**. C'est ce que tente de réaliser cette version révisée de l'Acte uniforme. Mais cela passe aussi par une **meilleure prise en compte de l'investissement local ou domestique**. Ce qui n'est pas encore le cas dans le système OHADA malgré de timides percées.

A-

simplification du droit des sociétés

La

³⁵ Abdoulaye Sakho, « Les groupes de sociétés en Afrique, Droit Pouvoir et Dépendance économique », Karthala/Cres 2010 ; Adde, « Droit et transformations sociales », in Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général, Hommage à Laurence Boy sous la direction de E.Balate, J ; Drexl, H. Ullrich et S. Ménetry, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2016 ; L'effectivité du droit économique dans l'espace ohada, sous la direction de David Hiez et Séverine Ménetry, l'harmattan, Paris, 2016 ; P. T. Fall, « Sécurité des investissements et cohérence de l'ordre juridique », Thèse de doctorat, Dakar 2010.

L'idée de la mesure de l'efficacité économique du droit a fait son chemin³⁶. Il est vrai que dans nos pays africains, cela a pris une autre dimension depuis que la Banque Mondiale a commencé à s'interroger sur les conditions juridiques de la pratique des affaires et à opérer un classement sur la base des institutions et de règles juridiques en vigueur dans un pays. C'est la fameuse problématique des rapports « doing business » bien connue de tous maintenant. Il faut dire que dès le départ il y a eu une sorte de préjugé défavorable qui reposait sur l'hypothèse que « le système juridique français serait un obstacle au développement ». Or comme notre système OHADA repose sur le droit français nous étions logés à la même enseigne.

Aujourd'hui beaucoup de ces préjugés sont tombés mais il reste que notre droit des sociétés a été considéré comme un peu trop rigide. Beaucoup de détails concernant l'organisation des sociétés et surtout l'excès de règles impératives (ancien article 2).

Tout cela a conduit à cette révision inspirée dans une certaine mesure de la pratique anglo-saxonne et de l'idée que si une société commerciale existe, c'est pour exercer une activité économique, pour conduire une entreprise.

Dans ce sens, il me semble qu'il n'appartient pas au législateur de décider en lieu et place des entreprises quelle doit être la meilleure forme de leur organisation. C'est pourquoi la nouvelle version de l'Acte uniforme multiplie les possibilités et surtout simplifie la constitution des sociétés et leur organisation.

Il y a beaucoup de nouvelles dispositions en ce sens dans l'Acte uniforme. Mais pour les besoins de cette démonstration, on peut se limiter à la contractualisation du fonctionnement des sociétés que réalisent les pactes d'associés (article 2 et suivants)³⁷ et la Société par Actions Simplifiées (article 853-1 et suivants.).

Permettez un petit arrêt sur la SAS, justifié par sa nouveauté et son originalité.

L'idée maîtresse qui préside à l'institution de cette forme de société est d'offrir aux investisseurs une forme d'organisation de l'entreprise dont les règles de fonctionnement procéderaient de la convention des parties, La réglementation de la S A étant applicable pour le surplus³⁸. En termes de définition, il y a lieu de retenir que c'est une société instituée par un ou plusieurs associés et dont les statuts prévoient

³⁶ Sous la direction de Canivet Guy, Klein Michael, Frison-Roche, Marie-Anne (dir.), « Mesurer l'efficacité économique du droit », LGDJ, 2005, 148 p. L'ouvrage, construit avec des personnalités de la Banque Mondiale, étudie les rapports Doing Business.

³⁷ La rédaction de l'article 2 a radicalement changé, ce qui justifie l'ajout d'un article 2-1. **Ces deux textes introduisent la reconnaissance formelle des pactes ou conventions d'associés dans le droit Ohada.** Ces pactes viennent remettre en cause tous les dogmes sur lesquels reposaient le droit des sociétés et ouvrent ainsi un grand boulevard pour la volonté des associés dans la conduite des affaires sociales. Avant, la liberté contractuelle donc les marges de manœuvres des associés étaient limitées par des règles et principes quasiment intangibles comme : l'égalité des associés, la libre cessibilité des titres, la proportionnalité des droits de vote, la fixité du capital, la révocation ad nutum des dirigeants ou encore la répartition institutionnelle des pouvoirs entre les organes de la société... Aujourd'hui tous ces verrous peuvent sauter si les associés le veulent. Il leur suffit de prendre des pactes d'associés statutaires (engageant tous les associés) ou extra statutaires (liant certains d'entre eux seulement).

³⁸ C'est ce dit L'art.853-3 qui « déclare applicable aux SAS, dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues pour elles, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des dispositions qui concernent le capital social minimum (art 387 al 1), qui organisent la direction et l'administration des S A (art-414 à 561), qui concernent la transformation de la S A après une durée d'au moins deux ans (art.690), et le droit de vote (art 751 à 753).

librement l'organisation et le fonctionnement de la société sous réserve des règles impératives du droit de la S A³⁹.

Quelques règles générales du régime juridique de la SAS : **Constitution** : elle s'effectue selon les règles de la S A sous réserve des règles concernant le capital social et les associés. **Associés** : il y a un fort accent d'intuitu personae. La loi utilise le terme associé à la place d'actionnaires et en plus de la S A S ne peut pas offrir ses titres au public. Donc c'est une société de type fermée (art 853-4) compléter ici avec l'art 81-1 offre à des investisseurs qualifiés avec moins de 100 personnes n'est pas offerte au public. Possibilité d'associé unique. **Organisation** : Les statuts fixent librement les conditions dans lesquelles la société est dirigée (art 853-7). Cette liberté statutaire permet toute sorte de combinaison concernant les formules de direction. **Nomination des dirigeants** : Il faut obligatoirement un président (art 853-8) et les statuts peuvent prévoir d'autres personnes que le président et ceux-là porteront le titre de Directeur Général ou de Directeur adjoint. Sur les modalités de la nomination : Ce sont les statuts qui décident des conditions de majorité. Mais les statuts peuvent aussi décider que la nomination sera l'objet d'un organe ou d'un tiers par exemple. Il n'y a aucune réglementation du cumul des mandats sociaux ou d'un cumul d'un mandat avec un contrat de travail. Une personne morale peut être nommée Président (853-9). **Cessation des fonctions** : Les causes sont les mêmes que pour un dirigeant de S A : arrivée du terme, dissolution ou transformation de la société, démission. Mais deux causes sont originales ici. Ainsi, les statuts peuvent prévoir que certaines causes entraînent automatiquement la cessation des fonctions de dirigeant : c'est une forme de révocation. En outre, les statuts ont toute liberté pour organiser la révocation des dirigeants. Comme pour la nomination, les statuts indiquent qui peut révoquer, si elle est décidée ad nutum ou doit être fondée sur un juste motif ou seulement certains motifs... ils peuvent prévoir ou non une indemnité de départ... Mais doivent respecter les droits de la défense qui sont un principe à valeur constitutionnelle. **Capital social** : le capital de la société est la somme des apports. Mais en contrepartie des apports en industrie, la S A S émet des actions inaliénables dont les modalités de répartition et de souscription sont dans les statuts (art 853-5). **Le montant nominal des actions** est fixé dans les statuts (art 853-5). **Procédures et formalités** : la S A S peut être créée ab initio ou par transformation d'une société d'une forme différente. La transformation suppose une décision prise à l'unanimité des associés (art 853-6).

B- L'insuffisance prise en compte de l'investissement local : Exemple du monde rural ouest africain. (introduire le concept de fonds « agrosylvopastoral » dans le droit des affaires ?).

L'investissement local comprend aussi bien le secteur informel urbain que le monde rural. Il intéresse la quasi-totalité de la population active dans les pays africains⁴⁰.

Pour les besoins de cette présentation la révision de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales, je vais me limiter au monde rural qui, à mon avis, est la grande oubliée de l'OHADA. Pourquoi cet oubli? Ce n'est certainement pas le lieu pour donner la réponse.

Par contre il est possible de montrer que le monde rural, en particulier l'entreprise agricole, n'est toujours pas dotée de la structure juridique adéquate malgré de nombreuses tentatives. Prenons l'exemple de l'Afrique de l'Ouest, et particulièrement un de ses pays phares, le Sénégal. Malgré de nombreuses tentatives, depuis les coopératives paysannes du temps du Président Senghor jusqu'au

³⁹ La S A S sert, aujourd'hui, bien au-delà de l'objectif de coopération entre sociétés importantes qui a été à son origine. Grâce à la limitation des dispositions impératives, les entreprises sont séduites par cette forme sociale. La popularité en France tient à des vertus que cherchent les investisseurs : les mandats au sein des S A S ne sont pas dans le décompte pour la règle du non cumul ; le contrôle des conventions réglementaires est plus léger ; la rémunération des dirigeants n'est pas publiée ; les règles de limite d'âge pour la S A sont inapplicables.

⁴⁰ V. L'effectivité du droit économique dans l'espace OHADA, ouvrage collectif sous la direction de David Hiez et Séverine Ménetrey, L'harmattan, Paris 2016.

groupement d'intérêt économique des années 80 sous le Président Abdou Diouf, en passant par les sociétés unipersonnelles ou plus récemment le statut de l'entrepreneur du système OHADA, le monde rural n'arrive pas à trouver la structure idoine qui va le conduire aux formes d'exploitation économique qu'exige le monde contemporain.

La recherche chez nous n'offre pas encore des pistes sérieuses. Il est vrai que la recherche dans les universités ouest africaines vacille beaucoup entre les impératifs d'une recherche commanditée et celle faite en vue de préoccupations de carrières. Voyez comment pendant qu'en Afrique de l'ouest, on se battait contre une épidémie aux allures médiévales (Ebola), à des milliers de kilomètres dans ce même monde, des personnes imaginent vaincre la maladie, la vieillesse et la mort. Il s'agit de la Californie où l'industrie génétique, sur la base d'une découverte importante : le décryptage de notre ADN, cherche à décoder entièrement le patrimoine génétique humain en vue de prévenir et guérir les maladies comme le cancer⁴¹.

Pourquoi ne fait-on pas comme dans ces pays en travaillant sur nos propres concepts au lieu de reproduire de manière stérile des choses venues d'ailleurs et qui ne sont pas très adaptées ? Tenez ! Juste un exemple pour rester sur l'émergence de nouveaux concepts juridiques adaptés aux besoins des acteurs d'un secteur économique. Quand la France a eu besoin de développer son commerce et de protéger ses commerçants, elle a créé de toute pièce un concept qui est par la suite devenu central pour le développement des PME françaises : la notion de « fonds de commerce » : une véritable fiction juridique qui a malgré tout permis aux commerçants et petits entrepreneurs français d'accéder au crédit par le biais du nantissement de ce magma diffus qu'est le fonds de commerce et de bénéficier d'une sorte de propriété sur leur lieu d'exercice grâce au droit au renouvellement du bail.

Cette démarche n'est pas du tout hérétique⁴². Elle est, par ailleurs, de plus en plus dans les préoccupations de nos partenaires au développement. La Banque Mondiale invite régulièrement les intellectuels africains à produire des idées pour booster la croissance sur le continent. De même, le rapport du Bureau indépendant d'évaluation du FMI, publié en Mai 2011, une semaine après l'éclatement de l'affaire DSK, montre que nous devons développer une recherche propre. Il y est dit que la recherche dans cette institution pose problème quand il s'agit de l'Afrique. Ce rapport nous dit qu'il s'agit d'une « recherche institutionnellement orientée », qu'il y a des « biais idéologiques », que des « conclusions sont préconçues », que certaines études reposent sur un « cadre analytique inapproprié aux réalités des pays étudiés » et mieux qu'il y a dans les recherches du FMI, une « incapacité répétée à citer les travaux des chercheurs locaux ».

Il est vrai qu'il y aura toujours des esprits plus enclins à consolider les notions anciennes qu'à construire des édifices nouveaux mais cette proposition d'avènement de la notion juridique de fonds agro sylvo pastoral est en mesure d'améliorer considérablement la situation des acteurs du monde rural⁴³.

⁴¹ Il est donc impératif de travailler à l'émergence d'une recherche universitaire efficace et ne dépendant pas des seules préoccupations de recherches de certains intérêts privés. Le rôle de l'université, en dehors de la traditionnelle transmission de connaissances, consiste à ouvrir les pistes pour faciliter la prise de décision politique dans le sens du développement de nos pays. Sur ce plan précis, la recherche africaine a un gap énorme car elle a pendant longtemps vécu dans l'ombre tutélaire de la recherche d'autres pays. Du coup notre propre recherche s'en ressent. Nos meilleurs « think tank » sont un peu trop portés vers la recherche commanditée. Il manque certainement de l'audace intellectuelle dans l'approche de nos besoins.

⁴² Voir, « Droit et transformations sociales » par Abdoulaye Sakho, in « Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général », Hommage à Laurence Boy, sous la direction de Eric Balate, Josef Drexl, Séverine Ménetry et Hanns Ullrich, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2016.

⁴³ En étant le socle du statut de l'entreprise en milieu rural ; en permettant un regroupement judicieux et intelligent des principales activités économiques d'un terroir ; en soumettant ce regroupement à la gestion d'une structure de gestion « ad hoc » ou calquée sur les Maisons Familiales Rurales qui ont malheureusement disparues ou sur un modèle à créer ; en permettant une forme d'appropriation du sol (le foncier) grâce à son introduction et

En définitive, l'introduction de ce concept dans le droit des affaires est en mesure non seulement d'élever le monde rural africain au rang de composante majeure du commerce mondial par la qualité des produits qui peuvent sortir de la nouvelle organisation que postule la réception juridique du concept de fonds agrosylvopastoral, mais certains des problèmes récurrents que vivait ce monde rural pourraient à terme être éradiqués ou alors diminuer considérablement⁴⁴ :

En un mot, ce concept et son «mode opératoire» sont en mesure d'installer de manière durable un pouvoir économique conséquent dans le monde rural. Un pouvoir économique en mesure de tenir la réplique au pouvoir politique que l'on installe généralement (suite aux politiques de décentralisation) sans aucune ressource financière conséquente sinon les subventions qui proviennent du budget central (budget de l'Etat) et, que l'on a du mal à mobiliser. Le concept que nous proposons d'introduire sera à même d'accompagner la modernisation de la production et de la distribution des produits agricoles.

sa comptabilisation comme élément essentiel du fonds de la même manière que la marque et la clientèle sont essentiels au fonds de commerce ; en permettant des opérations de cession et de garantie (nantissement) sur le fonds ; en permettant des opérations de coopération entre fonds agro sylvo pastoral de terroirs différents en ouvrant les voies du financement bancaire aux opérateurs économiques du monde rural ; en permettant d'envisager l'exercice de droits de successions sur le fonds agro sylvo pastoral car l'histoire démontre que si la perspective de transmettre un bien à ses héritiers n'est pas fermée, il y a des chances que l'exploitant travaille bien jusqu'à la veille de son départ, or le caractère inaliénable de certains biens notamment de la terre rend vaine toute forme d'exploitation économique durable ...

⁴⁴ Il s'agit d'abord des litiges entre agriculteurs et éleveurs sur l'occupation et le droit d'usage du sol ; il s'agit ensuite de l'exode des jeunes ruraux vers les villes du fait du manque d'activités lucratives en campagne ; il s'agit aussi de la possibilité pour les terroirs de produire de la valeur et des richesses en tant que structure décentralisées et de ne plus dépendre du budget de l'Etat ; il s'agit enfin du manque criard d'industries de transformation implantées dans le terroir lui-même.

Publié officiellement sur le site de la **Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique** (Afrilex) : <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/>

Relayé par [Légibénin](#), site d'information juridique et de recherche juridique au Bénin