

Réflexions sur la société par actions simplifiée de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)

*Frank Elvis NDJOLO VODOM**

**Reflections on the Simplified Stock Company of the Organization
for the Harmonization of African Business Law (OHADA)**

**Reflexiones sobre la sociedad por acciones simplificada de la Organización
para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA)**

**Reflexões sobre a sociedade por ações simplificada da Organização
para a Harmonização em África do Direito dos Negócios (OHADA)**

对非洲商法协调组织（OHADA）的简易股份公司的一些思考

Résumé

Les besoins des investisseurs privés n'ont cessé d'évoluer sur le continent africain depuis l'édiction du premier acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales en 1997. Au départ, la nécessité d'adopter des dispositions alliant l'efficacité économique des transactions commerciales à leur sécurité juridique a conduit les États membres à copier les formes sociales issues du droit français, lesquelles s'avéraient mieux connues de leurs partenaires internationaux que les

Abstract

The needs of private investors for a more secured economic environment did not stop to evolve on the African continent since the enactment of the first Uniform Act on Company Law in 1997. At first, the necessity to adopt measures allyng economic efficiency of the deals to their legal safety drove the OHADA member States to copy the model of commercial companies stemming from French Law. Those types of companies were better known by foreign commercial

* Docteur en droit et enseignant-assistant à l'Université de Yaoundé II SOA (Cameroun).

structures de droit interne. Pourtant, cette transcription ne s'est pas faite sans heurts. Certaines formes sociales existant en droit français ont été oubliées par le législateur de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA). C'est le cas, par exemple, de la société par actions simplifiée connue du droit français depuis 1994. Cette forme hybride de société, qui cumule la puissance financière des sociétés par actions et la liberté quasiment absolue des conventions, n'a été reçue en droit de l'OHADA qu'en 2014. Entretemps, les formes sociales originellement proposées par le droit de l'OHADA étaient devenues impropres à répondre aux exigences de flexibilité des entrepreneurs. Cette carence ne manqua pas d'alimenter d'innombrables controverses doctrinales. Loin de persévérer dans ces polémiques dont l'intérêt n'est pas contestable, l'objet de cet article est l'appréciation critique de la société par actions simplifiée du droit de l'OHADA à l'aune du droit comparé. Pour ce faire, il importe de s'interroger sur la particularité de cette nouvelle forme sociale dans la taxinomie des sociétés de capitaux de ce droit.

Resumen

Las necesidades de los inversionistas privados no han cesado de evolucionar sobre el continente africano desde la promulgación de la primera Ley Uniforme sobre el Derecho de las Sociedades Comerciales en 1997. Inicialmente, la necesidad de adoptar disposiciones que combinaran la eficacia económica de las transacciones comerciales con su seguridad jurídica condujo a los Estados miembros a copiar las formas societarias provenientes del derecho francés, las cua-

partners than the local ones. Nevertheless, their legal transcription was not made without clashes. Some types of commercial companies used by the former colonial power within its legal system were forgotten by the legislator of the Organization for the Harmonization of African Business Law (OHADA). It is particularly the case of the simplified stock company known by the French Company Law since 1994. This type of company, which combines the financial power of joint-stock companies with the absolute freedom of contract, was received in OHADA Law only in 2014. During that period, the previous OHADA commercial companies had become unfit to meet the requirements of flexibility needed by African entrepreneurs. This deficiency did not fail to feed uncountable doctrinal controversies. Far from persevering in these debates, the object of this article will be the critical appreciation of the simplified stock company (SAS) conceived by OHADA Law. For that purpose, it is important to examine the peculiarity of the OHADA simplified stock company in the taxonomy of the stock companies planned by this Law.

Resumo

As necessidades dos investidores privados não param de evoluir no continente africano desde a edição do primeiro ato uniforme sobre o direito das sociedades comerciais em 1997. No início, a necessidade de adotar disposições que associassem a eficácia econômica das transações comerciais à sua segurança jurídica levou os Estados membros a copiar as formas societárias advindas do direito francês, as quais se mostravam mais conhecidas de seus parceiros internacionais que as estru-

les resultan ser más conocidas por los asociados internacionales que las estructuras de derecho interno. Sin embargo, esta transcripción legal no se ha hecho sin tropiezos. Algunas formas societarias existentes en derecho francés han sido olvidadas por el legislador de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA, por sus siglas en francés). Es el caso, por ejemplo, de la sociedad por acciones simplificada conocida en el derecho francés desde 1994. Esta forma híbrida de sociedad, que combina el poder financiero de las sociedades por acciones y la libertad casi absoluta de los convenios, no fue acogida por el derecho de la OHADA sino hasta el 2014. Entretanto, las formas societarias propuestas originalmente por el derecho de la OHADA habían dejado de ser aptas para responder a las exigencias de flexibilidad de los empresarios. Esta carencia no dejó de alimentar innumerables controversias doctrinales. Lejos de insistir en estas polémicas, en las que el interés no es cuestionable, el propósito de este artículo es la apreciación crítica de la sociedad por acciones simplificada en el derecho de la OHADA a la luz del derecho comparado. Para ello, es importante interrogarse sobre la particularidad de este nuevo tipo de sociedad en la taxonomía de las sociedades de capital de ese derecho.

turas de direito interno. No entanto, essa transcrição não se deu sem choques. Certas formas societárias existentes no direito francês foram esquecidas pelo legislador da Organização para a Harmonização em África do Direito dos Negócios (OHADA). É o caso, por exemplo, da sociedade por ações simplificada, conhecida em direito francês desde 1994. Esta forma híbrida de sociedade, que acumula o poder financeiro das sociedades por ações e a liberdade quase absoluta das convenções, só foi recepcionada pelo direito da OHADA em 2014. Nesse entretempo, as formas societárias originalmente propostas pelo direito da OHADA se tornaram impróprias para responder às exigências de flexibilidade dos empreendedores. Esta carência não deixou de alimentar inumeráveis controvérsias doutrinárias. Longe de seguir por essas polémicas, cujo interesse não se contesta, o objeto deste artigo é a apreciação crítica da sociedade por ações simplificada do direito da OHADA na perspectiva do direito comparado. Para fazê-lo, é importante perguntar-se sobre as particularidades desta nova forma societária na taxonomia das sociedades de capital deste direito.

摘要

自1997年首个商业公司法统一法案颁布以来，私人投资者对非洲大陆的興趣一直呈增长之势。最初，为了制定能够把商事交易的经济效率与法律安全结合起来的条款，成员国特地模仿了法国法上的公司形式，比起成员国国内的公司，国际合作伙伴似乎更熟悉这些形式。然而，这种法律移植并非天衣无缝。法国法上的某些公司形式被非洲商法协调组织（OHADA）的立法者们所遗忘，例如1994年以来法国法承认的简易股份公司。这种把股份公司的财力与几乎绝对的缔约自由相结合的混合制公司形式，直到2014年才被OHADA接受。在那之前，OHADA法律中的公司形式已经无法满足企业主对灵活性的要求。这一制度

性缺失也引发了众多学理争议。本文的目的不是继续这些争议，而是通过比较法的视角，对OHADA法律中的简易股份公司进行批判性评价，尤其是探讨这一新的公司形式在股份公司分类学上的特点。

Plan de l'article

Introduction	41
I. La reconnaissance de la liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée	46
A. La liberté des associés de la SAS dans l'organisation de leur société.....	47
1. Le principe	47
2. L'application du principe	49
B. La liberté des associés dans la fixation des conditions de fonctionnement de la SAS	51
1. La recherche d'un équilibre entre les statuts et les conventions extra-statutaires.....	52
2. La limitation contractuelle des droits de certains associés.....	55
II. L'exercice de la liberté contractuelle au sein de la société par actions simplifiée	61
A. La liberté presque totale dans la composition du capital social.....	61
1. La détermination du capital social par les statuts.....	61
2. La faculté d'émettre des valeurs mobilières composées	66
B. La liberté relative dans le choix des organes d'administration et de contrôle.....	71
1. L'obligation légale de disposer d'un président	71
2. Le contrôle légal exercé par le commissaire aux comptes.....	73
Conclusion	75

Il y a un peu plus d'un an que le conseil des ministres des États membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), révisait le droit des sociétés commerciales, applicable au sein des juridictions de son ressort de compétences¹. Au vu des remous suscités par cette réforme, il n'est pas inutile de rappeler que la communauté juridique l'escomptait avec une impatience non dissimulée². Cette impatience paraît d'autant plus compréhensible que l'acte uniforme en vigueur datait de 1997³.

D'un point de vue chronologique, cette révision tardive a quelque peu remis en cause la capacité des États membres de l'organisation à moderniser leur droit des sociétés. Incidemment, de nombreux observateurs du continent africain se sont interrogés sur les capacités d'évolution du droit OHADA. Ceci a d'ailleurs conduit un auteur à observer que : « [d]ans un contexte de mondialisation croissante, d'autres espaces juridiques font preuve de dynamisme soutenu en matière d'évolution du droit et nombre de pays procèdent à l'actualisation constante de leur environnement des affaires. »⁴

¹ CONSEIL DES MINISTRES DE L'OHADA, *Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, J.O. de l'OHADA, numéro spécial du 4 février 2014, en ligne : <<http://www.droit-afrique.com/upload/doc/ohada/Ohada-Acte-Uniforme-2014-Societes-commerciales-GIE.pdf>> (consulté le 12 août 2016) (ci-après « AUSCGIE révisé »).

² Voir : Philippe MERLE, « Une grande nouveauté : l'introduction de la SAS dans l'espace OHADA », *Droit et Patrimoine* 2014.55 ; Philippe DUPICHOT, « SAS en zone OHADA », *BJS* 2014.421 ; Alain FÉNÉON, « La société par actions simplifiée : un bouleversement du droit OHADA des sociétés commerciales », *Recueil Penant* 2014.256-274 ; Philippe MERLE, « Le nouveau droit des sociétés de l'OHADA », *D.* 2014.768 ; Jean PAILLUSSEAU, « L'acte uniforme sur le droit des sociétés », dans *L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)*, Association Henri Capitant, LPA 2004.19, en ligne : <www.ohada.com> (consulté le 12 août 2016) ; Adamou RABANI, « La nouvelle société par actions simplifiée de l'OHADA », (num. spécial 2014) *Les annales africaines* 37.

³ En l'occurrence, le précédent acte : CONSEIL DES MINISTRES DE L'OHADA, *Acte Uniforme sur le droit des Sociétés Commerciales et du groupement d'intérêt économique*, en ligne : <<http://www.juriscope.org/uploads/pdf/ohada/AUSCGIE%20fr.pdf>> (consulté le 12 août 2016), adopté le 17 avril 1997 (ci-après « AUSCGIE »), n'avait point été révisé depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998.

⁴ Lionel YONDO BLACK, « Les enjeux de la réforme : une volonté de favoriser la création d'entreprises, les échanges commerciaux et la confiance dans la zone OHADA », *Droit et Patrimoine* 2011.47.

D'un point de vue pratique, le résultat de l'étude du précédent *Acte Uniforme sur le droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Économique* (AUSCGIE)⁵, en faisait ressortir des insuffisances aussi nombreuses que préoccupantes. Ainsi, l'interdiction tacite d'émettre des valeurs mobilières complexes⁶, tout comme l'inexistence de la société par actions simplifiée (SAS), figurent en bonne place des reproches recensés. Dès lors, l'observation de ces carences a conduit la doctrine à constater qu'« [...] il existe un réel besoin d'actualisation du droit OHADA dans un contexte international marqué par une demande croissante de faire jouer au droit un rôle positif en tant qu'instrument de progrès économique et social. »⁷

Comparativement à la France, qui adopte la société par actions simplifiée vingt et un ans avant elle⁸, et les États-Unis, où la « *limited liability company* » (LLC), le type de société aux caractéristiques juridiques les plus semblables à la SAS⁹, apparaît en 1977 dans l'État du Wyoming¹⁰, la zone OHADA se trouve en déphasage. Le retard accusé à ce moment ne rassure pas véritablement une partie de la doctrine, ce qui alimente les spéculations les moins optimistes sur la durabilité des institutions de l'OHADA¹¹. D'autant que, pour nombre de praticiens, la vétusté alléguée de son droit des sociétés commerciales n'est pas uniquement théorique, elle se vérifie aussi sur le terrain¹².

⁵ AUSCGIE, préc., note 3.

⁶ Des éléments d'explication figurent dans les travaux de: Benoît Le BARS et Boris MARTOR, « Management et financement de la société anonyme de droit OHADA », en ligne: <<http://www.ohada.org>> (consulté le 12 août 2016); Lionel YONDO BLACK et Alain TIENMFOLTJEN TRAORE, « Les enjeux de la réforme de l'AUSCGIE », *Droit et Patrimoine* 2014.48; Barthélémy FAYE, Jean-Jacques ESSOMBÉ MOUSSIO, Jacques Jonathan NYEMB et Didier LOUKAKOU, « La modernisation du régime des valeurs mobilières pour les sociétés par actions », *Droit et Patrimoine* 2014.83.

⁷ Abdullah Cissé, « Le nouvel élan du droit OHADA », *Droit et Patrimoine* 2011.47.

⁸ À travers la *Loi n° 94-1 du 3 janv. 1994 instituant la société par actions simplifiée*, J.O. 4 janv. 1994, p. 129.

⁹ En Allemagne, l'équivalent de la société par actions simplifiée telle qu'elle est connue des droits français et OHADA est dénommée l'« *unternehmersgesellschaft* ».

¹⁰ *Wyoming Limited Liability Company Act of March 4, 1977*, WYO. STAT. §17-15-103.

¹¹ Anne-Marie CARTRON et Boris MARTOR, « Éclairages sur la révision du traité OHADA », *Cahier du droit de l'entreprise* 2010.31.

¹² Pour une approche anglo-saxonne de l'adaptation du droit des sociétés à l'économie, Philip I. BLUMBERG apporte des éléments intéressants de réflexion dans son ouvrage: *The Multinational Challenge to Corporation Law. The Search for a New Corporate Personality*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

C'est donc en pleine conscience des imperfections de la législation en vigueur que les rédacteurs du nouvel AUSCGIE ont introduit la SAS¹³, laquelle se conçoit comme une société dont : « [...] les statuts prévoient librement l'organisation et le fonctionnement [...] »¹⁴. Cette affirmation sans équivoque de la liberté statutaire rapproche sans détour la SAS de droit OHADA de son homonyme du droit français¹⁵. Cette similitude est pour le moins compréhensible, tant ses concepteurs se sont inspirés de la SAS française¹⁶. L'identité commune de ces deux entités se retrouve, entre autres, dans la faculté d'être toutes les deux constituées par un associé unique (SASU)¹⁷. En dépit de ces ressemblances, la SAS du droit OHADA¹⁸, n'est pas réductible à une copie conforme de la SAS française¹⁹. Les contextes aussi bien sociologiques qu'historiques de leurs réceptions respectives tendent à confirmer cette différenciation.

Dans le contexte français, la création de la société par actions simplifiée survient en pleine crise de l'entrepreneuriat, vers le milieu des années quatre-vingt-dix. À l'atonie du marché de la création des petites et moyennes entreprises (PME) que connaît l'Hexagone, s'ajoutent les difficultés des grands groupes français à rationaliser juridiquement leur orga-

¹³ Boris MARTOR et Jawad FASSI FEHRI, « Panorama de la réforme du droit des sociétés OHADA », *JCP E* 2014.18-24.

¹⁴ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 853-1.

¹⁵ L'étude approfondie de la société par actions simplifiée de droit français est disponible dans l'ouvrage de Michel GERMAIN et Pierre-Louis PÉRIN, *La société par actions simplifiée*, 5^e éd., coll. « Pratique des affaires », Issy-les-Moulineaux, Joly Éditions, 2013.

¹⁶ Il est intéressant de noter la similitude rédactionnelle entre l'AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 853-1 et C. com. (français), art. L227-1 al. 2. Pour des éléments de réflexion sur la SAS de droit français, voir la thèse de Kominé BOCOUM, *La société par actions simplifiée*, thèse de doctorat, Clermont-Ferrand, Faculté des études supérieures, Université Clermont-Ferrand 1, 1999.

¹⁷ La SASU est prévue par : l'AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 853-2, al. 2 et C. com. (français), art. L227-1 (issu de l'art. 3 de la *loi [française] n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche*, J.O. 13 juill. 1999, p. 10396 (ci-après « la loi de 1999 »).

¹⁸ Jean PAILLUSSEAU, « La nouvelle société par actions simplifiée. Le bigbang du droit des sociétés », D. 1999.chr.333.

¹⁹ Il convient de noter sur ce point que le droit français avait interdit à l'origine la constitution de sociétés par actions simplifiées par des associés uniques personnes physiques. Cette interdiction fut supprimée par la loi de 1999, préc., note 17. Ce n'est pas le cas du droit OHADA, qui a autorisé dès l'introduction de la SAS sa constitution en la forme de société par actions simplifiée unipersonnelle. Ceci représente un potentiel outil de gestion patrimoniale intéressant destiné aux créateurs d'entreprises africains. Voir AUSCGIE, préc., note 3, art 853-2, al. 2.

nisation. En effet, aucune des formes sociales offertes par leur droit n'encourage suffisamment la constitution de filiales communes susceptibles de conquérir le marché européen²⁰. C'est donc fort à propos que la doctrine constate à ce moment que « [...] si la loi de 1966 a eu le mérite d'aborder avec bonheur les problèmes juridiques posés par la phase primaire des concentrations, identifiée au travers des fusions, elle ne s'est guère préoccupée des questions liées à leurs phases secondaires dites de "croissance externe". »²¹

Sur ce dernier aspect, la situation dans l'espace OHADA ressemble assez au cas français. Les PME y sont majoritairement des sociétés à responsabilité limitée (SARL). Dans cette région du monde, l'adoption de la forme anonyme est davantage réservée aux filiales de grands groupes internationaux qu'aux petites entreprises locales, compte tenu des moyens financiers colossaux qu'elle requiert²². Au cours de la première décennie des années 2000, l'ouverture des marchés publics à la concurrence internationale renverse les données du problème. La participation d'entreprises étrangères aux projets continentaux de grande ampleur nécessite l'élaboration de nouveaux instruments de coopération juridique. Pourtant, jusqu'à maintenant, pas une seule des sociétés prévues par l'AUSCGIE ne propose la souplesse offerte par la SAS française.

C'est très probablement le succès rencontré par la SAS du droit français dans les projets de joint-ventures²³ qui va conduire le législateur OHADA à envisager sa transposition. Partant, la conjonction de tous ces facteurs permet de comprendre que le moment de l'introduction de la SAS dans le système juridique de l'OHADA n'est pas fortuit.

²⁰ Joël SIMON, « La société par actions simplifiée et la proposition de création d'une société privée européenne », *Rev. soc.* 2000.243.

²¹ Claude CHAMPAUD, « Le droit français des sociétés à l'aube du XXI^e siècle », *Rev. soc.* 2000.83, n° 10.

²² AUSCGIE, préc., note 3, précise à son article 387 que le capital minimum requis pour la constitution d'une société anonyme est de 10 000 000 FCFA (approximativement 15 245 €).

²³ Il n'existe pas de traduction unifiée de la « *joint venture* » en droit français. Cependant, selon les objectifs des partenaires qui s'associent pour réaliser un projet commun, il est possible de dire qu'elle consiste, pour deux sociétés, soit à s'associer au sein d'une filiale commune constituée pour la réalisation d'un ou de plusieurs projets précis, soit à convenir d'un contrat de partenariat d'affaires à durée déterminée. La constitution de cette filiale commune peut être formelle au moyen d'une société par actions simplifiée ou informelle à travers une société en participation.

Aussi, il s'avère impossible de s'intéresser aux caractères généraux de la SAS de droit OHADA sans envisager les incidences de sa réception. S'il n'est évidemment pas possible de toutes les aborder, l'évocation sommaire de quelques aspects économiques permet d'en anticiper les éventuelles conséquences juridiques.

D'un point de vue macro-économique, la Banque mondiale estime que l'absence de capital minimum exigé pour les sociétés par actions simplifiées réduira ses délais de constitution dans l'espace OHADA²⁴, ce qui devrait y améliorer le climat ainsi que la célérité des affaires²⁵.

Toutefois, étudier les tenants et les aboutissants de la SAS de droit OHADA n'est pas seulement intéressant d'un point de vue économique. Son introduction génère un questionnement légitime sur son intérêt pour les économies des États membres qui ont opté pour ce système juridique. Au regard de la prééminence des stipulations statutaires sur les dispositions légales dans la SAS, quelle en est la place dans la taxinomie des sociétés de capitaux²⁶ ?

Répondre à cette préoccupation suppose l'observation de la SAS à travers le prisme de la théorie générale des contrats²⁷, appliquée au droit des sociétés. Conséquemment, le faire revient à ramener des calendes grecques le débat doctrinal sur la prédominance de la nature contractuelle sur la nature institutionnelle de la société²⁸.

À l'appréciation de tous ces éléments, il semble inutile d'énoncer que les préoccupations liées à la SAS foisonnent. Cependant, les penser toutes s'apparente à une gageure. C'est la raison pour laquelle l'objet de cet article sera l'étude des caractères distinctifs de la SAS du droit de l'OHADA, par

²⁴ THE WORLD BANK, *Doing Business 2015. Going Beyond Efficiency. Comparing Business Regulations for Domestic Firms in 189 Countries. A World Bank Group Flagship Report*, Washington, D.C., The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2014, p. 7, en ligne : <<http://www.worldbank.org>> (consulté le 12 août 2016).

²⁵ *Id.*

²⁶ Pour une synthèse des avantages de la SAS par rapport aux autres formes de sociétés de capitaux de droit français, voir l'article de Paul Le CANNU, « La SAS dans la concurrence des formes de sociétés », BJS 2008.236.

²⁷ Anat ROSENBERG, « Contract's Meaning and the Histories of Classical Contract Law », (2013) 59-1, *R.D. McGill* 167, 176-181.

²⁸ Jean HONORAT, « La société par actions simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés (1^{ère} partie) », LPA 1996.4.

rapport aux autres sociétés commerciales de ce droit. En l'espèce, aucune autre forme sociale que la SAS ne semble mieux reconnaître la liberté contractuelle de ses membres (I). Cela d'autant plus que l'exercice de cette liberté semble garanti par les dispositions de l'AUSCGIE révisé (II).

I. La reconnaissance de la liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée

La nécessité d'encadrer l'exercice des activités économiques occulte parfois le fait que la prescription de règles d'ordre public de protection dépend d'un aménagement de celles relatives à l'ordre public de direction²⁹. Le contrôle de l'exercice des activités économiques dans le ressort territorial des États³⁰ membres de l'OHADA s'efforce de concilier ces deux impératifs. Cette préoccupation ressort de l'obligation qui incombe à toutes les sociétés constituées dans le ressort territorial des États membres de se conformer à l'AUSCGIE³¹. Bien qu'il s'agisse d'une injonction, le législateur OHADA tient pourtant compte du fait que la société demeure avant tout un contrat³², même s'il contrôle les usages qu'en font les associés.

Cette considération l'amène par conséquent à laisser les entrepreneurs libres de substituer aux dispositions non impératives de l'AUSCGIE les règles auxquelles ils ont convenu. À défaut de disposition qui leur convienne, les associés complètent les dispositions de droit commun par les stipulations conventionnelles³³ qu'ils agrément. Ce qui fait que, comparativement à l'actuelle SAS, la liberté dont semblaient jouir les associés dans les autres formes sociales apparaît aujourd'hui bien partielle. En effet, dans la SAS, les associés disposent de toute la latitude dans l'organisation de leur société (A), mais également dans la fixation de ses conditions de fonctionnement (B).

²⁹ Alassane KANTÉ, « L'ordre public économique et la liberté d'entreprendre au Sénégal », Colloque international de Dakar sur le droit d'entreprendre, Dakar, 19-21 avril 2004, en ligne : <<http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-06-17.html>>.

³⁰ Henri Désiré MODI KOKO BEBEX, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : regard sous l'angle de la théorie générale du droit », *Revue d'actualité juridique Juriscope* 2001.2268.

³¹ AUSCGIE, préc., note 3, art. 1, al. 1.

³² Jacques MESTRE, « La société est bien encore un contrat », dans *Mélanges Mouly*, t. 2, Paris, Éditions LITEC, 1998, p. 131.

³³ AUSCGIE, préc., note 3, art. 2.

A. La liberté des associés de la SAS dans l'organisation de leur société

L'appréhension de l'organisation libre de la SAS passe par la compréhension de ce principe (1), dont la formulation résulte d'une part de l'AUSCGIE et du droit commun des sociétés imprégné des principes civilistes d'autre part. Une fois sa compréhension acquise, l'application de la liberté des associés de SAS dans les textes qui y sont relatifs sera envisagée (2).

1. Le principe

La reconnaissance de la liberté d'organisation statutaire de la SAS, résulte des termes de l'article 853-1 de l'Acte uniforme révisé³⁴. Selon ceux-ci : « [...] les statuts prévoient librement l'organisation et le fonctionnement de la société [...] ». Avec cette disposition, la société par actions simplifiée, plus que toute autre forme sociale, remet la volonté de coopération des associés au cœur du contrat de société³⁵. Les effets de ce regain d'intérêt pour l'*affectio societatis* ne se limitent pas au cadre bien compris des rapports extrapatrimoniaux des associés. Au sein des sociétés par actions simplifiées, la faculté d'aménager conventionnellement les intérêts pécuniaires des associés renforce la cohésion sociale³⁶.

La cohésion interne de la société aurait pu être menacée par la trop grande liberté contractuelle accordée aux associés de la SAS. Cette menace n'est pourtant qu'illusoire. En réalité, l'abandon du pouvoir d'organiser librement la société, consenti par le législateur de l'OHADA, sert à assurer l'intégrité du groupe social. La délégation du pouvoir d'organiser sans contrainte une SAS accordée aux associés de celle-ci assure et maintient la cohésion du groupe. Au regard de ce qui précède, il s'avère possible d'observer que l'autonomie accordée par la Loi aux associés leur permet de construire des liens interpersonnels forts. Il résulte de tout cela une certaine originalité non seulement dans la conception, mais aussi et surtout dans la mise en œuvre de l'*affectio societatis* au sein des SAS. La liberté

³⁴ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 853-1.

³⁵ Cet objectif est conforme à la *ratio legis* de l'AUSCGIE, préc., note 3, art. 4, al. 1, aux termes duquel : « La société commerciale est créée par deux (2) ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter. »

³⁶ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 4.

statutaire qui y est reconnue aux associés cimente leurs rapports individuels. Par dérogation aux autres sociétés par actions, il n'apparaît pas surprenant que l'intérêt de la SAS soit de reposer avant tout sur la volonté commune des associés de se soumettre au pouvoir souverain des statuts sociaux³⁷ librement consentis par eux.

Au demeurant, la fiabilité ainsi que la force obligatoire de statuts est renforcée par les garanties d'authenticité offertes par l'AUSCGIE. L'exercice de cette liberté statutaire se retrouve aussi dans les différentes options de publicité accordées lors des formalités de constitution de sociétés commerciales OHADA. Ceci qui représente une innovation par rapport au droit français, lequel n'accorde que peu de choix aux associés sur ce terrain. C'est ainsi que le droit OHADA octroie aux sociétés commerciales que sont les SAS, la faculté d'enregistrer à leur guise les statuts sociaux soit par acte notarié³⁸, soit par acte sous seing privé³⁹. Il leur est même possible d'accomplir électroniquement leurs formalités de constitution⁴⁰.

La participation active des associés à l'organisation de leur structure d'exercice procède du retour à l'autonomie de la volonté dans les rapports intra-sociétaux. La caractéristique essentielle de la SAS réside dans la prééminence des stipulations statutaires et extra-statutaires, sur les dispositions non impératives de l'AUSCGIE⁴¹. Si l'on se réfère à Léon Duguit, l'explication de cette délégation exceptionnelle des compétences non impératives de la loi au profit des statuts résulte de la prééminence de l'autonomie de la volonté dans les rapports de droit privé au sein des systèmes juridiques de droit civil⁴².

À la considération de tous ces éléments, il n'apparaît pas surprenant que le législateur OHADA se soit inspiré de son homologue français pour construire sa forme idoine de SAS. À l'appui de cette théorie, il convient d'invoquer le fait que ces deux législations admettent comme principe commun le caractère éminemment contractuel de la société, ce qui auto-

³⁷ Pour un aperçu de l'intérêt social dans la SAS, voir : Didier PORACCHIA, « Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée », *Rev. soc.* 2000.223.

³⁸ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 10.

³⁹ *Id.*, art. 10 et 11.

⁴⁰ *Id.*, art. 256-1.

⁴¹ *Id.*, art. 2-1.

⁴² Léon DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le code napoléon de 1804*, Éditions Félix Alcan, Paris, 1912, p. 53.

rise les associés à insérer dans le contrat de société toute disposition conforme à l'ordre public⁴³. La seule différence entre le droit français d'une part, et le droit OHADA d'autre part, réside dans leurs contextes d'application du contrat de société (2). À l'opposé du cadre occidental, en Afrique subsaharienne: « [...] [l]'entreprise est un bien commun appartenant à la fois aux travailleurs et aux associés. »⁴⁴

2. L'application du principe

Partant de toutes les considérations qui viennent d'être énoncées, il ne semble guère étrange que l'adoption de la SAS par le droit de l'OHADA procède d'un retour à l'esprit de l'article 1832 du Code civil français⁴⁵. Cette disposition, qui innerve les rapports internes entre les associés, avait pourtant été délaissée de la *ratio decidendi* des réformes successives du droit français des sociétés. Tout aussi étonnant qu'il puisse paraître, cet abandon est loin d'être blâmable. Deux raisons soutendraient cette hypothèse.

La première réside dans le recul de l'autonomie de la volonté en droit des sociétés. La proposition de nouvelles formes sociales par le législateur français s'est accompagnée d'une inflation normative visant à en régir tous les aspects. Ce dirigisme a limité les marges de manœuvre des organes délibérants des sociétés commerciales. Toutefois, aussi consommé qu'il puisse paraître, le déclin annoncé de l'autonomie de la volonté n'aboutit nullement au déni de l'organisation contractuelle des activités économiques à travers la société commerciale. Un auteur le remarque d'ailleurs en affirmant que « [d]u déclin de l'autonomie de la volonté ainsi caractérisé, il ne faut pas conclure au déclin du contrat comme mode d'organisation de l'économie. La politique de planification peut au contraire avoir pour effet d'en multiplier les utilisations. »⁴⁶

⁴³ Rouen, 8 fév. 1974, *Rev. soc.*1974.507, note Rodière.

⁴⁴ Elliott Anani SITTU, *Investir en Afrique pour gagner. L'entreprise africaine et la mondialisation*, coll. « Études africaines », Paris, Éditions l'Harmattan, 2012, p. 59.

⁴⁵ C. civ. (français), art. 1832, libellé en ces termes: « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou profiter de l'économie qui pourra en résulter. »

⁴⁶ Jean-Pierre TOSI, *Le droit des obligations au Sénégal*, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 49.

Les sociétés par actions simplifiées de droit français et de droit OHADA matérialisent toutes les deux cette redéfinition des aspects contractuels⁴⁷ des sociétés commerciales.

Le deuxième facteur susceptible d'expliquer l'abandon temporaire de l'autonomie de la volonté résulte de l'émergence d'un droit spécial des sociétés, à laquelle la réception de la SAS participe. L'application de l'adage *specialia generalibus derogant* en la matière justifie la prééminence de ce corps autonome de règles sur celles du droit commun des sociétés. Aussi, bien qu'elle ait été voulue pour satisfaire les besoins des usagers du droit, cette surspécialisation fragmente le régime des sociétés commerciales.

Partant de cette observation, l'unité du droit des sociétés semble précaire. Cette unité apparaît d'autant plus fragile qu'elle ne résulte que de la nature lucrative des activités⁴⁸ des sociétés commerciales ainsi que de leur commercialité par la forme⁴⁹. Sous une telle configuration, l'état du droit des sociétés justifie l'opinion doctrinale selon laquelle « [l]e droit des sociétés est en train de laisser la place à des droits des sociétés. »⁵⁰

Dans le cas particulier de la SAS, l'adoption d'une telle conclusion serait hâtive. L'héritage lucratif, partagé avec les autres sociétés par actions, dépasse largement la stricte identité d'objet. L'article 853-3 de l'AUSCGIE révisé ne s'y trompe pas lorsqu'il dispose que « [d]ans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent livre, les règles concernant les sociétés anonymes à l'exception des articles 387 alinéa 1^{er}, 414 à 561, 690, 751 à 753 ci-dessus sont applicables à la société par actions simplifiées. »⁵¹

L'argument d'une organisation d'après un cadre stéréotypé ne résiste pas non plus à l'analyse du nouvel AUSCGIE. En effet, la liberté dans le

⁴⁷ Jacques MESTRE, « Regards contractuels sur l'OHADA », *Rev. Lamy Civil* 2010.72.

⁴⁸ Alain VIANDIER, *Droit commercial: actes de commerce, commerçants, activité commerciale*, 1^{ère} éd., coll. « Droit fondamental », Paris, PUF, 1986, n° 51 et 52, p. 59.

⁴⁹ Henri-Désiré MODI KOKO BEBEX, *Droit communautaire des affaires (OHADA-CEMAC)*, 1^{ère} éd., t. 1 « Droit commercial général et droit de la concurrence », Chennevières-Sur-Marne, Éditions Dianoïa, 2008, p. 40-46.

⁵⁰ Grégory DAMY, « La remise en cause de la notion classique d'associé : vers une atteinte aux fondements du droit des sociétés », *LPA* 2007.149.

⁵¹ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 853-3.

choix du contenu des statuts⁵² n'exclut pas la possibilité pour la SAS d'emprunter à la SA certains de ses organes de direction ou de ses modes de fonctionnement. C'est en toute logique que la collectivité des associés est apte à fixer statutairement les conditions de sa direction, comme le prévoit l'article 853-7 de l'AUSCGIE révisé⁵³.

Conséquemment, il est parfaitement plausible d'organiser la gouvernance d'une SAS autour d'un comité de surveillance et d'un comité de direction analogues à ceux d'une SA⁵⁴. La seule limite légale à cette liberté organisationnelle demeure l'application inconditionnelle des dispositions impératives de l'AUSCGIE⁵⁵. L'abandon aux associés du choix d'organiser librement la SAS s'accompagne par ailleurs de celui de déterminer le fonctionnement de celle-ci (B).

B. La liberté des associés dans la fixation des conditions de fonctionnement de la SAS

La liberté des associés dans la fixation des conditions de fonctionnement de la SAS repose sur la recherche d'un équilibre entre les statuts et les conventions qui les accompagnent (1). Cet équilibre peut être simplement externe et ne toucher que les actes qui régissent la vie sociétale, ou interne, s'il se contente d'aspirer à un strict recalibrage des relations de pouvoirs entre les associés⁵⁶. Les deux approches précitées sont conciliables. En pratique, le besoin de stabilité dans les rapports sociaux pousse les associés à limiter mutuellement leurs prérogatives par le biais de diverses clauses (2).

⁵² Jean STOUFFLET, « Aménagements statutaires et actionnariat de la société par actions simplifiée », *Rev. soc.* 2000.241.

⁵³ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 853-7. Cette opportunité existe également en droit français où le C. com. (français), à son art. L227-5 dispose que : « Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée. »

⁵⁴ La problématique de la gouvernance des entreprises dans le contexte d'une économie mondialisée est traitée par Alain COURET dans son article sur « La structure juridique des entreprises (corporate governance) », (2002-2) XVI *R.I.D.E.* 339. Les aspects de droits anglais et américains peuvent être étudiés dans l'ouvrage de Lorraine TALBOT : *Critical company law*, Londres, Éditions Routledge & Cavendish, 2008, p. 107 à 152.

⁵⁵ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 2.

⁵⁶ Pascale LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, coll. « Bibliothèque de Droit privé », Paris, L.G.D.J., 2004.

1. La recherche d'un équilibre entre les statuts et les conventions extra-statutaires

Traitant des avantages de l'intégration juridique à laquelle le droit OHADA aspire, un auteur affirme que celui-ci serait « [...] un droit de recherche d'équilibre en vue de la promotion des investissements. »⁵⁷ Cette quête d'équilibre s'affirme dans la possibilité offerte aux associés de déterminer le contenu, tout comme l'étendue de leurs obligations respectives⁵⁸. Aussi, leur accord quant au domaine et aux modalités de leur coopération les contraignent à respecter scrupuleusement les statuts sociaux.

Partant, la valeur contractuelle des stipulations statutaires qui est rappelée par l'article 12 de l'AUSCGIE⁵⁹ s'inscrit dans le droit fil de la force obligatoire des conventions⁶⁰. Dans la SAS, le caractère contraignant des statuts est renforcé par le fait que la loi confère aux associés toute liberté pour déterminer ses règles de fonctionnement⁶¹. Aussi, l'avantage comparatif de la SAS par rapport aux autres sociétés par actions de droit OHADA réside dans sa dépendance presque totale des statuts, ce qui ne se retrouve ni dans la SA, ni dans la SARL, et encore moins dans la société en nom collectif (SNC).

Le poids de la force obligatoire des statuts sur les associés de la SAS explique que l'intention commune des associés doive y être plus explicitement matérialisée et formalisée que dans une société commerciale traditionnelle. Le respect de cette exigence évite tout blocage produit par leur interprétation erronée.

La matérialisation de la volonté des associés de SAS procède du fait que la prééminence des statuts ne s'oppose pas à la conclusion de pactes d'actionnaires, lesquels sont complémentaires aux statuts⁶². Cette complé-

⁵⁷ Propos de Grégoire BAKANDEJA WA MPUNGU extraits de son article intitulé « L'internalisation des échanges et le droit OHADA », *Rev. Lamy Civil* 2010.82.

⁵⁸ Civ. 1^{re}, 11 déc. 2008, *Bull. civ.* I, n° 282; Civ. 1^{re}, 28 janv. 2010, J.C.P. 2010.n° 18.516, obs. Loiseau; Chambéry, 15 janv. 1964, D. 1964.605, note Dauvillier.

⁵⁹ AUSCGIE, préc., note 3, art. 12.

⁶⁰ Hérité de l'art. 1134 du C. civ. (français), repris intégralement par l'art. 1134 du C. civ. camerounais.

⁶¹ Jean HONORAT, préc., note 28.

⁶² À ce propos, l'AUSCGIE révisé, préc., note 1, à son art. 2, al. 2 dispose que toute clause statutaire contraire aux dispositions d'ordre public de l'AUSCGIE est réputée non écrite.

mentarité a vocation à résoudre en amont les problèmes liés à l'éventuelle imprévision des associés au moment de la rédaction des statuts⁶³.

Dans le contexte de l'OHADA, la liberté contractuelle de la SAS incitera ses fondateurs à recourir forcément aux services de professionnels pour rédiger le pacte social, ce qui n'est pas encore dans la culture de nombre d'entrepreneurs africains. Dans l'hypothèse où ces statuts sont établis par acte sous seing privé, les services d'un simple juriste spécialiste du droit des sociétés suffisent. Ceci réduit considérablement les coûts de constitution des sociétés, réputés rédhibitoires dans certains États membres.

En revanche, dans l'hypothèse où les statuts sont établis par acte authentique, deux solutions se présentent⁶⁴. De prime abord, il est moins coûteux pour les associés de solliciter directement la rédaction des statuts par le notaire chargé d'accomplir les formalités de constitution sociale⁶⁵. Cependant, il s'avère plus sécurisant pour les sociétés qui disposent de moyens financiers conséquents de s'entourer de conseils spécialisés dans un premier temps. Dans un second temps, la contresignature des statuts par acte notarié accroît la sécurité juridique du projet de société, ce qui constitue assurément un gage de sérieux pour les cocontractants de la SAS.

En cours de vie sociale, l'amendement du pacte s'avère moins formaliste que la modification des statuts⁶⁶. Cette dernière suppose l'adhésion des associés réunis en assemblée générale extraordinaire, laquelle est

⁶³ Bruno DONDERO, « Statuts de SAS et pactes extra-statutaires: questions et confrontations », BJS 2008.245.

⁶⁴ Qui devront, indépendamment des formalités d'enregistrement des statuts de l'administration fiscale de l'état de constitution de la société puis d'insertion dans un journal d'annonces légales, demander l'immatriculation de la SAS dans le mois de sa constitution, auprès de l'organe compétent (greffe de juridiction, centre de formalité des entreprises) de l'État partie dans le ressort duquel son siège social est situé (AUSCGIE, préc., note 3, art. 46, al. 1). Cet organe transcrira cette demande d'immatriculation dans le fichier national du registre du commerce et du crédit mobilier (art. 34, 35 et 46, al. 2 de l'AUSCGIE, préc., note 3). Les données collectées dans ce fichier national sont centralisées et traitées au niveau régional par le greffe de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA (AUSCGIE, préc., note 3, art. 36, al. 3).

⁶⁵ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 10.

⁶⁶ Pour la modification des statuts par le dirigeant, consulter l'article de Sabrina Le NORMAND, « La modification des statuts par le dirigeant », *Dr. sociétés* 2012.étude 11.

obligatoirement soumise à la publicité⁶⁷. À l'opposé, l'amendement du pacte d'actionnaires nécessite la convocation des associés concernés. Toutefois, l'adhésion unanime de tous les associés à la modification du pacte est requise⁶⁸. En pratique, cet inconvénient fonde les membres de la SAS à : « [...] ne pas avoir recours à des pactes d'actionnaires dès lors que les clauses particulières envisagées doivent lier tous les associés et ne nécessitent pas une certaine confidentialité. »⁶⁹ Néanmoins, la pratique juridique combine les avantages de chacun de ces actes juridiques en autorisant le renvoi de l'un à l'autre, chaque fois que les circonstances s'y prêtent.

Concrètement, il est possible de prévoir dans les statuts que les associés devront se conformer à une clause du pacte d'actionnaires. Sauf exception voulue par les associés, le contenu de cette clause extra-statutaire reste confidentiel. Simplement, les associés s'assurent de son exécution de bonne foi, en indiquant nommément son existence dans les statuts qui sont librement accessibles.

Il est donc important que les statuts précisent que le pacte d'actionnaires représente le complément indispensable et indivisible des statuts, ainsi que l'indissociabilité de ces deux conventions. L'indissociabilité des statuts et du pacte d'actionnaires repose sur le caractère déterminant du pacte d'actionnaires pour chacun des associés actuels et futurs de la SAS⁷⁰. Partant, l'inopposabilité pour défaut de publicité d'une clause extra-statutaire ne pourra être arguée ni par un associé censé la connaître, ni par un tiers réputé avoir consulté les statuts.

La formalisation du respect de la volonté des membres de la SAS résulte quant à elle de la lettre de l'AUSCGIE. L'autorisation de conclure

⁶⁷ L'AUSCGIE, préc., note 3, art. 263, prévoit que la modification de statuts sociaux emporte publication dans un journal d'annonces légales de l'État partie à l'OHADA au sein duquel la SAS a installé son siège social. Outre la publication, la modification des statuts devra être signée par le notaire qui a reçu, ou dressé, l'acte portant constitution de la société dont les statuts sont modifiés. Au cas où les statuts sociaux auraient été établis par acte sous seing privé, il semble plausible que l'intervention du notaire n'intervienne qu'à titre probatoire.

⁶⁸ Le respect de la règle de l'unanimité s'explique par la nature contractuelle du pacte nécessitant l'accord de toutes les parties à celui-ci pour pouvoir être modifié.

⁶⁹ Francis LEFEBVRE et al., *Mémento Pratique Francis Lefebvre Sociétés Commerciales*, 2011, Levalois Cedex, Éditions Francis Lefebvre, n° 60020, p. 856.

⁷⁰ *Id.*, n° 60680, p. 880.

des pactes d'actionnaires prévue par l'article 2-1 de l'AUSCGIE⁷¹ en est une illustration. Cette disposition permet aux associés d'aménager les conditions d'entrée et de sortie de la SAS par la voie extra-statutaire. La justification de cette compétence d'exception attribuée aux statuts sociaux est à rechercher dans leur objet. En effet, il est communément admis en doctrine que « [l]es statuts ont pour objet d'organiser la société et de régir tant les relations de celle-ci avec les associés que les rapports des associés entre eux. Les clauses qui ne poursuivraient pas ces objectifs n'auraient pas une nature statutaire. »⁷²

Dans le cas précis de la SAS, l'équilibre entre le contenu général des statuts et les règles détaillées du pacte d'actionnaires ne doit pas occulter le fait que chacun de ces actes peut réduire les prérogatives des associés (2).

2. La limitation contractuelle des droits de certains associés

La liberté d'organisation et de fonctionnement dont disposent les associés de SAS s'accompagne corrélativement de la faculté pour ceux-ci d'en contrôler aussi bien l'accès que la sortie. Les clauses d'agrément servent en partie ce dessein⁷³. Cette autorisation énoncée par l'article 853-18 de l'AUSCGIE⁷⁴, semble pourtant paradoxale dans les SAS. La faculté d'agréer de nouveaux associés était historiquement réservée aux membres de SARL, sociétés qui sont par essence familiales, donc théoriquement fermées. Cette contradiction de façade est d'autant plus surprenante que la distinction fondamentale opérée entre ces deux sociétés part de leurs logiques actionnariales distinctes.

Dans la SARL, la subordination des cessions de parts à l'agrément des associés s'explique par le fait qu'ils en sont souvent les fondateurs, quand ils n'en sont pas les héritiers. Transposée au contexte africain, la cession des parts à des tiers équivaut à une cooptation pour leur appartenance à la communauté familiale, laquelle possède souvent l'intégralité du capital de la société dont les tiers impétrants veulent faire partie. Ceci explique pleinement le principe de fonctionnement en circuit fermé des PME autant

⁷¹ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 2-1.

⁷² Jacques GHESTIN (dir.) et Yves GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 2002, p. 32.

⁷³ Bruno DONDERO, « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions après la réforme », LPA 2005.44.

⁷⁴ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 853-18.

africaines que françaises lorsqu'elles adoptent la forme de SARL. Dès lors, la restriction de l'accès au capital des tiers non encore associés se comprend aisément.

Dans la SAS, la liberté organisationnelle et fonctionnelle prévue par les statuts est organique⁷⁵. Par incidence directe, elle doit nécessairement être préservée pour permettre à la société de continuer à exister. Il est davantage question de sacrifier la liberté d'accès au capital que la SAS a hérité de la SA. Ce sacrifice sert à préserver l'équilibre des pouvoirs politiques dont jouissent les associés. En d'autres termes, la pérennité d'un actionnariat à la fois stable et homogène prime sur le droit à l'entrée de nouveaux membres. Cependant, cet impératif s'impose dans une moindre proportion dans la SAS, que dans la SARL.

Aussi, il apparaît logique que les conditions d'exercice de l'agrément soient portées à la connaissance des futurs associés, lesquels pourront en prendre connaissance en lisant les statuts régulièrement publiés⁷⁶ ou en consultant le pacte d'actionnaires avant toute cession de titres⁷⁷. S'ils venaient à contrevenir à l'exigence de faire préalablement agréer la cession, la cession d'actions réalisée en violation de la clause d'agrément serait nulle⁷⁸. Dans le but d'assurer la transparence dans la procédure d'agrément, il revient aux associés d'en déterminer statutairement les conditions d'obtention. En cas silence des statuts, il peut être admis que les dispositions communes qui régissent les cessions d'actions s'appliquent.

L'utilisation de la SAS en qualité de filiale commune pour la structuration de projets internationaux justifie l'insertion de clauses d'inaliénabilité

⁷⁵ Pierre-Louis PÉRIN, *L'organisation des pouvoirs dans la société par actions simplifiée*, thèse de doctorat en droit privé, Paris, Faculté des études supérieures, Université Paris 2/Panthéon-Assas, 1999.

⁷⁶ Sur ce point, il ne semble pas exclu que le point n° 6 de l'art. 397 de l'AUSCGIE révisé, préc., note 1, qui prévoit l'intégration des conditions d'agrément des cessions d'actions dans les statuts des sociétés anonymes s'applique aussi dans les sociétés par actions simplifiées.

⁷⁷ Cet accès à l'information est désormais facilité par la reconnaissance des moyens de communication modernes par le législateur OHADA. Leur usage est autorisé dans la plupart des actes de la vie courante d'une société que ce soit lors des votes au cours des assemblées générales (AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 518) ; ou encore la délivrance des comptes rendus de conseils d'administration (AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 458).

⁷⁸ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 771-1.

temporaire⁷⁹. De telles clauses garantissent la continuité dans la politique de gestion de la société, surtout si l'associé majoritaire cumule cette caractéristique avec la fonction de président. Dans la configuration d'une pluralité d'associés, il est envisageable d'accompagner l'agrément préalable de nouveaux associés d'une privation temporaire du droit d'aliéner les titres. À l'heure de la mondialisation des capitaux à laquelle n'échappe pas l'Afrique subsaharienne, une telle suspension temporaire du droit de disposer de ses actions⁸⁰ aura le mérite de favoriser la constitution de groupes locaux d'actionnaires, ce qui pourrait encourager à terme la culture d'un actionnariat privé local.

Compte tenu du fait que le délai légal de conservation forcée des titres ne saurait excéder dix ans⁸¹, le cumul de l'inaliénabilité avec la clause d'agrément confère aux associés le loisir d'accomplir toutes les diligences indispensables à la cession des actions. Ce type de clause est sans doute appelé à se multiplier dans les groupes régionaux de sociétés où la nouvelle SAS servira de société tête de groupe. En outre, ce délai pourra être mis à profit pour observer la rentabilité de filiales récemment acquises, tout en vérifiant la cohésion des équipes de salariés, ce qui aura l'avantage d'accroître les chances de réussite d'une cession de bloc de contrôle à des sociétés non africaines intéressées par l'activité de la SAS, mais encore plus soucieuses de rentabiliser leurs investissements.

La libre prévision des conditions de sortie des associés est également l'un des atouts de la SAS de droit OHADA. À l'inverse de l'agrément, la clause extra-statutaire de préemption a pour objet, et pour effet, d'octroyer un droit prioritaire d'acquisition d'actions à un associé. L'exercice de ce droit préférentiel d'acquisition est conditionné par la cession des titres d'un coassocié⁸². Sur ce point, il semble utile de rappeler que l'association des clauses d'agrément, à celles de préemption est prévue par les

⁷⁹ Déterminées par l'application combinée de l'AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 2-1 et 765.

⁸⁰ Sans occulter la faculté pour la société de racheter ses propres actions. Le régime juridique de cette technique d'autodétention des titres sociaux sous l'empire de l'ancien AUSCGIE est développé par Akrawati Adjita SHAMSIDINE dans : « L'achat par la société de ses propres actions esquisse d'une étude comparative entre le droit français et le droit uniforme (OHADA) », (2001-1) xv *R.I.D.E.* 1, 41-76.

⁸¹ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 765-1.

⁸² Dans les conditions fixées par *id.*, art. 771-2.

articles 771-1 et 771-2 de l'AUSCGIE⁸³. Pour éviter le risque de fraude interne⁸⁴, ou externe⁸⁵, l'article 771-3 de l'AUSCGIE⁸⁶ prévoit la nullité d'une vente réalisée en contravention d'une clause de préemption.

Cumulativement à ces diligences, il n'est pas exclu que la sécurisation de la transmission des titres à céder puisse se faire au moyen de clauses de prix. Ces clauses sont complémentaires aux clauses d'agrément et de préemption⁸⁷. Il n'est pas proscrit que les clauses de prix puissent être prévues indépendamment des clauses évoquées précédemment⁸⁸. En outre, la faculté de les prévoir relève soit des statuts, soit du pacte d'actionnaires. Toutefois, la principale difficulté dans leur application réside dans la fixation du prix de cession⁸⁹. La difficulté à calculer précisément le prix de cession des titres de SAS a pour origine leur absence de cotation. Néanmoins, cet écueil n'en est pas véritablement un puisque l'AUSCGIE prévoit leur détermination à dire d'expert⁹⁰.

⁸³ *Id.*, art. 771-1 et 771-2.

⁸⁴ L'hypothèse que la fraude soit initiée par l'associé cédant est ici la plus plausible.

⁸⁵ Nous évoquons ici la configuration dans laquelle la fraude bénéficie au tiers cessionnaire, ce qui conduit à rappeler que la jurisprudence apprécie restrictivement la fraude du tiers. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris *SA Mongoual et autres c. SAS Montaigne Jean Goujon*: Paris, 4 déc. 2007, BJS 2008.307 (n° 06/12254), est une illustration de cette tendance. Au cas particulier, une société bénéficiaire d'une clause extra-statutaire de préemption avait rompu les pourparlers précontractuels en vue d'un projet de fusion-absorption. La société visée par l'opération de fusion-absorption était une filiale commune à la société partie aux pourparlers et une autre société. La société coassociée de la bénéficiaire du pacte avait cédé ses titres à un tiers qui est devenu actionnaire de la société qui aurait dû être absorbée. Cependant, le droit de préemption objet du pacte d'actionnaires portait sur les titres de la société à absorber, et non sur ceux de la société qui était l'associée du bénéficiaire de la préemption. La fraude aux droits du bénéficiaire de la clause de préemption fut écartée par les juges du fond au motif que le domaine du droit de préemption argué ne concernait que les titres de la société à absorber, et non ceux de la société cédante. En dépit du fait que la société cédante avait détenu des titres de la société à absorber, il n'était possible de lui reprocher ni sa mauvaise foi, ni son hypothétique violation de la clause de préemption.

⁸⁶ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 771-3.

⁸⁷ *Id.*, art. 771-2.

⁸⁸ Les clauses d'agrément d'une part et de préemption d'autre part.

⁸⁹ L'analyse des fonctions du prix, sous le prisme du droit civil est abordée par l'article de Laurent RUET, « Les quatre fonctions du prix », LPA 2005.4.

⁹⁰ La similitude qui existe entre les sociétés anonymes d'une part et les sociétés par actions simplifiées d'autre part ne s'oppose pas à ce que la fixation du prix de cession des actions « à dire d'expert », conçue par l'AUSCGIE révisé, préc., note 1, à son art. 770, s'étende aux sociétés par actions simplifiées.

En outre, ces stipulations présentent l'intérêt de garantir la stabilité des prix quelles que soient les circonstances de cession des titres⁹¹. D'un côté, la vente à un prix plancher évitera la constatation d'une moins-value préjudiciable à un associé fondateur qui escompte réinvestir le produit de sa vente dans une nouvelle entreprise ou dans l'acquisition d'un bien immobilier. D'un autre côté, la vente à un prix plafond prévient le risque qu'un associé exclu ne se serve d'un prix de cession déraisonnable pour rançonner la société.

Au rachat des titres d'un associé avec lequel les divergences d'opinions sont récurrentes se substituent les clauses d'exclusion⁹². L'article 853-19 de l'AUSCGIE⁹³ prévoit la faculté d'exclure un associé dans les conditions fixées par les statuts. En conséquence, l'évitement de tout litige lié à la contestation du droit d'éviction⁹⁴ passera par la définition précise des circonstances de sa survenance. Eu égard d'une part à la sacralité de la propriété héritée du droit romain⁹⁵ et d'autre part à la conception patriarcale des sociétés de nombre d'entrepreneurs africains, les associés devront faire preuve de mesure. Cette retenue devra se manifester aussi bien dans les modalités que dans les conditions de l'éviction.

Toutefois, il ne paraît ni concevable, ni raisonnable d'envisager en pratique toutes les occurrences d'éviction⁹⁶. Les statuts pourront s'accommoder de la simple référence aux hypothèses les plus fréquentes. Qu'il s'agisse

⁹¹ Sur l'expertise préalable à la cession de titres sociaux, lire l'article de Bérenger Yves MEUKE, « Expertise et prix de titres sociaux dans l'OHADA. Étude de l'article 59 de l'AUSCGIE », en ligne : <<http://www.ohada.com>> (consulté le 12 août 2016), qui demeure d'actualité bien qu'il se fonde sur le droit antérieur à la révision de l'AUSCGIE.

⁹² Véronique MAGNIER, *Droit des sociétés*, 6^e éd., coll. « Cours Dalloz », Paris, Éditions Dalloz, 2013, n° 663, p. 397.

⁹³ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 853-19.

⁹⁴ Voir à ce sujet Toulouse, 22 janv. 2008, BJS 2008.479 (n° 01632), note Périn (*Thorez c. SAS Holis technologies*).

⁹⁵ Pour des approfondissements sur la conception romaine de la propriété, voir Friedrich Carl Von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. par Charles GUENOUX, 2^e éd., t. 8, Paris, Librairie Firmin Didot Frères et Cie, Institut de France, 1860, en ligne : <<http://www.bnf.fr>> (consulté le 12 août 2016) ; Alphonse RIVIER, *Introduction historique au droit romain*, Bruxelles, Gustave Mayolez, 1881, en ligne : <<http://www.bnf.fr>> (consulté le 12 août 2016).

⁹⁶ Michel GERMAIN et Pierre-Louis PÉRIN, « L'exclusion statutaire des associés de la SAS », BJS 2010.1016.

d'un changement dans la situation personnelle de l'associé, de nature à affecter fonctionnement de cette dernière; d'un comportement fautif de l'associé évincé; d'une mésentente entre coassociés⁹⁷; ou encore d'un changement de contrôle de la SAS.

Au moment de la transmission de leurs entreprises, il n'est pas exclu que les entrepreneurs africains profiteront pleinement de la flexibilité de la SAS. Au cas d'espèce, les innombrables potentialités offertes par la technique contractuelle leur permettront d'imaginer plus aisément des clauses de variabilité des prix comme celles dites de « *earn out* »⁹⁸. Celles-ci prévoient souvent que le prix d'acquisition d'une société puisse partiellement dépendre de ses prochains résultats financiers.

Dans le cadre géographique de l'OHADA, la mise en œuvre d'une telle clause accroîtra aussi bien le volume que la sécurité des acquisitions de sociétés non cotées. Ceci réduira l'impact de la faiblesse des transactions effectuées sur les marchés de capitaux sur le volume des transmissions intracontinentales d'entreprises. Dans le cas particulier des SAS, l'application des clauses de « *earn out* » réduit également le pourcentage d'erreurs d'évaluation des sociétés acquises. Considérant toutes ces perspectives, il appartient aux nouveaux utilisateurs de la SAS, ainsi qu'à leurs conseils, de s'accorder sur les stipulations appropriées à leurs besoins⁹⁹. Pour ce faire, l'observation de la pratique courante en droits français¹⁰⁰ et américain¹⁰¹ peut être suggérée.

⁹⁷ Nicole MÉTAIS et Sébastien DARIOSECQ, « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », BJS 1998.893, n° 285.

⁹⁸ Jacques SALÈS et David LACAZE, « Les clauses de *earn out*: un avenir prometteur », *Dr. sociétés* 2000.chr.13.

⁹⁹ En matière de rédaction d'actes, il convient de suivre la recommandation de Didier VALETTE selon laquelle: « [L]es conseils auront à faire preuve de prudence dans le choix des outils contractuels s'ils ne veulent pas voir leur responsabilité civile professionnelle mise en cause. Le principe de précaution, non assumé par le législateur, devra l'être par les praticiens. ». Les propos de Didier VALETTE sont tirés de son article: « Contexte et méthode de l'adoption du nouveau régime de la société par actions simplifiée article 3 de la loi du 12 juillet 1999. Présentation du dispositif », *Rev. soc.* 2000.215.

¹⁰⁰ Un aperçu des techniques de droit français transposables en droit de l'OHADA sont exposées par Bruno DONDERO, préc., note 63.

¹⁰¹ Certains aspects du droit américain des sociétés applicables à la SAS du droit de l'OHADA sont contenus dans l'article de Rémi TURCON, « La LLC américaine », LPA 1997.26.

Ce qui ressort de l'analyse des modalités d'organisation de la SAS de droit OHADA est sa grande flexibilité. Cette souplesse est inhérente à sa nature essentiellement contractuelle. Toutefois, le regain d'intérêt pour le volontarisme en droit des sociétés se comprend encore mieux en étudiant l'exercice de la liberté contractuelle par les associés de la SAS (II).

II. L'exercice de la liberté contractuelle au sein de la société par actions simplifiée

La liberté d'organisation de la SAS se manifeste d'abord dans la faculté dont disposent les associés de composer librement le capital de leur société (A). Néanmoins, cette liberté devient relativement limitée quand il s'agit de déterminer la direction de celle-ci. En effet, les SAS de droit OHADA, comme celles du droit français d'ailleurs, sont soumises à l'obligation de disposer de certains organes (B), à l'instar du président.

A. La liberté presque totale dans la composition du capital social

La libre composition du capital social résulte de deux éléments. Elle découle dans un premier temps du fait que l'AUSCGIE ne contient aucune exigence minimale de dotation en capital social¹⁰² (1). Ensuite, du fait que le nouvel article 822 de l'AUSCGIE¹⁰³ prévoit explicitement la création de toute une panoplie de valeurs mobilières composées (2).

1. La détermination du capital social par les statuts

La volonté de libéraliser la constitution de sociétés par actions au sein de la zone OHADA s'illustre dans l'absence de capital social minimum¹⁰⁴ pour constituer une SAS. Cette absence d'exigence capitalistique minimale s'accorde parfaitement avec l'absence de seuil pour la valeur nominale des actions de SAS, ce qui oppose une fois de plus la SAS à la SARL. Pour cette dernière, la valeur nominale des actions ne peut pas être inférieure à 5000 FCFA¹⁰⁵. Cependant, aussi grande qu'elle soit, la liberté des associés de

¹⁰² AUSCGIE, préc., note 3, art. 853-5.

¹⁰³ *Id.*, art. 822.

¹⁰⁴ *Id.*, art. 853-5.

¹⁰⁵ Environ 7,62 €.

SAS, quant à la fixation du montant du capital social d'une part et de la valeur nominale des actions d'autre part, n'est pas totale. L'alinéa 1^{er} de l'article 8535 de l'AUSCGIE dispose à ce propos que « le montant du capital social ainsi que celui du nominal des actions est précisé par les statuts »¹⁰⁶.

Ceci revient à dire que la compétence quasiment universelle des statuts s'étend aux conditions de réalisation des apports des associés, ce qui n'a rien de choquant car la somme des apports consentis par les associés forme le capital social. Cependant, la différence de nature que ces apports peuvent avoir n'autorise pas toujours un calcul exact de leur valeur.

Cette difficulté de computation des apports au capital social se retrouve dans le cas des apports d'industrie. Ceux-ci résultent de la mise à disposition de connaissances scientifiques, techniques, professionnelles¹⁰⁷, non évaluables en argent. L'impécuniosité de l'apport d'industrie explique qu'il ne concourt pas à la formation du capital social des sociétés où il est admis¹⁰⁸. En outre, l'imprécision relative de leur évaluation explique que ces apports soient proscrits dans les sociétés anonymes¹⁰⁹.

Cette interdiction n'existe pas dans les SARL, où les liens indissociables qui existent entre le savoir-faire de l'associé apporteur d'industrie et l'*intuitu personae* qui cimente les rapports de ses membres justifient son autorisation¹¹⁰. *A fortiori*, cette considération de la personne de l'associé légitime la validité des apports d'industrie dans les SAS¹¹¹, lesquelles sont fortement empreintes du consensualisme qui caractérise les contrats¹¹². Ce consensualisme repose sur l'approbation des futurs membres de la collectivité que constitue la société, régie par des statuts agréés par ses membres.

¹⁰⁶ AUSCGIE, préc., note 3, art. 853-5.

¹⁰⁷ Philippe MERLE, *Précis Dalloz de droit commercial. Sociétés commerciales*, 15^e éd., Éditions Dalloz, 2012, n° 34, p. 56 et 57.

¹⁰⁸ Cette admission de principe est posée par l'AUSCGIE, préc., note 3, à ses art. 50-3 et 262 par. 4, révisés pour les sociétés autres que les SA.

¹⁰⁹ *Id.*, art. 389 et 837-2.

¹¹⁰ C'est en toute logique que l'AUSCGIE, préc., note 1, à son art. 50-3, prévoit que les droits de vote attachés aux actions résultant d'apports en industrie n'excèdent pas 25 % de l'ensemble des droits de vote de la société et que la part totale de ces titres sociaux dans les bénéfiques, l'actif net et les pertes de la société n'excède pas 25 %.

¹¹¹ *Id.*, art. 853-5.

¹¹² Voir J. MESTRE, préc., note 47.

Par conséquent, l'absence de valeur nominale¹¹³ attribuable aux actions qui résultent d'apports en industrie justifie l'inaliénabilité de celles-ci.

La prédominance des stipulations statutaires à l'égard des associés s'étend aux rapports pécuniaires entretenus avec les tiers. En refusant d'imposer un seuil capitalistique minimal aux créateurs de SAS, le législateur OHADA confirme l'abandon de la théorie du « capital-sûreté »¹¹⁴, ce qui renforce l'adhésion à une conception plus réaliste du financement des sociétés¹¹⁵. Simplement, la réduction du capital social à une simple sûreté ne rend pas intégralement compte de la complexité des techniques actuelles de financement des sociétés commerciales. Dans le contexte africain, les PME, qui représentent l'essentiel des sociétés de capitaux, sont presque toutes sous-capitalisées¹¹⁶. À cet égard, le succès mitigé des sociétés par actions concurrentes de la SAS prouverait qu'il ne suffit pas d'exiger une dotation minimale en capital pour stimuler la création d'entreprise.

De ce fait, l'obligation d'un capital minimum exigé demeure une solution superficielle à un problème de fond¹¹⁷. Tout au plus, l'adoption

¹¹³ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 50-4.

¹¹⁴ Un effort de systématisation des fonctions du capital social est entrepris par Sabine DANA-DEMARET dans son ouvrage *Le capital Social*, coll. « Bibliothèque du Droit de l'entreprise », Paris, Éditions LITEC, 1989.

¹¹⁵ D'après les partisans de ce courant doctrinal, le capital social, qui représente la somme des apports réalisés par les associés, constitue la principale garantie de paiement des dettes contractées par la société à l'égard des créanciers de celle-ci. Sous cet angle de vue, l'obligation légale d'un capital minimum est justifiée par la nécessité de rassurer les bailleurs de fonds sur la solvabilité de la société. Cette perception est partiellement erronée. Les vertus de sûreté artificiellement dévolues au capital social sont plus d'ordre psychologique que financier. En pratique, les sommes affectées par les associés à la constitution du capital social sont indisponibles. De ce fait, les liquidités dont la société a besoin pour financer son exploitation courante sont issues de crédits interentreprises, bancaires ou des délais de paiement accordés par ses fournisseurs.

¹¹⁶ Jérôme LEFILLEUR, « Comment améliorer l'accès au financement pour les PME d'Afrique subsaharienne ? », *Afrique contemporaine* 2008.155-174.

¹¹⁷ C'est ainsi que le législateur français a abandonné l'exigence d'un capital minimum de 37 000 euros (approximativement 24 272 000 francs CFA) pour les sociétés par actions simplifiées depuis la *Loi n° 2008-776 du 04 août 2008 de modernisation de l'économie*, J.O. 5 août 2008, p. 12471, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?ci dTexte=JORFTEXT000019283050&categorieLien=id>> (consulté le 12 août 2016) (ci-après « LME »). Pour de plus amples commentaires, lire l'article de Renaud MORTIER sur « La modernisation du droit des sociétés », J.C.P. 2008.2233.

d'une solution contraire aurait été antinomique¹¹⁸. Conséquemment, il n'est pas hors de propos de remarquer, au même titre qu'un auteur de droit français que « [d]es deux fonctions traditionnellement reconnues au capital, l'une, la protection et le gage des créanciers, est très généralement reconnue comme inopérante et hypocrite, et l'autre, la clef de répartition des actionnaires, est contrebattue par le déclin de la règle de proportionnalité »¹¹⁹.

Si le premier terme de la citation précédemment évoquée n'appelle pas de commentaire contraire, il convient de s'attarder sur le second portant sur le « déclin de la règle de proportionnalité »¹²⁰. Il semble exagéré d'affirmer qu'il existe un déclin frappant la proportionnalité du capital aux droits pécuniaires des associés¹²¹. Dans le cas particulier de la SAS, évoquer un aménagement de cette règle paraît plus approprié.

L'autonomie de la volonté des associés leur octroie le loisir de répartir à leur guise les prérogatives politiques et financières attachées à leurs actions au moyen des statuts. La seule limite à la redistribution inégalitaire de ces droits reste la prohibition des clauses léonines¹²². La Cour Suprême de Côte d'Ivoire le rappelle dans un arrêt de sa chambre judiciaire n° 056/08 *Société Tropical Bois c/ BOUSSOU Maxime*, du 6 mars 2008¹²³. Ainsi, la distribution d'un dividende prioritaire aux titulaires d'actions dépourvues de droit de vote ou, au contraire, l'émission d'actions à droits de vote double sont autorisées au sein d'une SAS. Ici, la prééminence des stipulations conventionnelles des associés favorise la dissociation entre la

¹¹⁸ Reconnaître l'autonomie des associés aussi bien dans la fixation des modalités de fonctionnement de la SAS que dans ses conditions d'organisation sans les laisser libres de moduler les moyens financiers de ladite société n'aurait été d'aucune utilité.

¹¹⁹ Pierre-Louis PÉRIN, *SAS, la société par actions simplifiée. Études-formules*. Paris, Joly Éditions, 2005, p. 100, par. 300.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ La pluralité des droits liés à la qualité d'associé est rappelée dans la décision du Tribunal Régional de Niamey, Niamey, 24 octobre 2001, *E.M.J. c/ V.A.B.*, jugement civil n° 473 (Niger).

¹²² AUSCGIE, préc., note 3, art 54.

¹²³ Cour Suprême, Abidjan, 6 Mars 2008, *Société Tropical Bois c/ Boussou Maxime*, n° 056/08 (Côte d'Ivoire). La Cour suprême de Côte d'Ivoire a donc cassé l'arrêt de la Cour d'appel d'Abidjan, Abidjan, 30 Juin 2006, *Société Tropical Bois c/ Boussou Maxime* (Côte d'Ivoire) en ce qu'elle avait qualifié de léonine la clause d'un contrat de livraison de bois conclu par Monsieur Bossou avec la Société Tropical Bois, sans préalablement déterminer l'existence d'un véritable contrat de société conclu entre ces deux parties.

détention du capital et les prérogatives patrimoniales comme extrapatrimoniales qui en découlent¹²⁴.

Il résulte de tout ce qui précède que la variabilité du capital de la SAS¹²⁵ prévue par l'article 269-1 de l'AUSCGIE¹²⁶ ne surprend guère pour deux raisons. D'un côté, l'interdiction formelle de procéder à un appel public à l'épargne protège les tiers épargnants des risques générés par la toute-puissance des statuts sociaux au sein des SAS. De l'autre, l'absence d'un montant minimum de capital social exigé permet d'adapter le montant du capital social aux besoins de financement de la société¹²⁷. Formellement, le jeu de la clause de la variabilité du capital réduit les coûts de fonctionnement internes de la société, puisqu'elle évite la convocation d'assemblées générales inutiles et onéreuses.

De plus, si un associé vient à faire usage de son droit de retrait, les effets de cette opération seraient formellement neutres pour la société. Nonobstant la réduction logique du capital social induite par le retrait, il n'y a aucune obligation pour la société de trouver un cessionnaire pour remplacer l'associé sortant¹²⁸. Par conséquent, la flexibilité financière de la SAS conjuguée à sa souplesse organisationnelle en fera très certainement l'instrument privilégié des joint-ventures à l'échelle continentale¹²⁹.

¹²⁴ B. FAYE, J.-J. ESSOMBÉ MOUSSIO, J. NYEMB et D. LOUKAKOU, préc., note 6.

¹²⁵ Sur les aspects de droit français de la variabilité du capital des sociétés par actions, voir : Jean-Philippe DOM, « Le domaine de la variabilité du capital social après la mise en vigueur du nouveau code de commerce », BJS 2000.1191.

¹²⁶ Le principe de fixité du capital social résultait de l'AUSCGIE, préc., note 3, à son art. 67.

¹²⁷ AUSCGIE, préc., note 3, art. 269-1 à 269-2-1 (Livre 10). Au plan formel, à son art. 264 est prévu le dépôt de la copie certifiée conforme de la délibération qui décide ou autorise soit l'augmentation, soit la réduction du capital social au greffe du Tribunal de la juridiction consulaire du siège de la société. Ce dépôt est accompagné, le cas échéant, de la déclaration notariée de souscription et de versement en annexe au Registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM). Le dépôt de ces pièces au greffe de la juridiction compétente de l'État du siège social intervient dans délai d'un mois à compter de la tenue de l'assemblée générale extraordinaire ayant soit autorisé, soit décidé la modification du capital social.

¹²⁸ P.-L. PÉRIN, préc., note 119, n° 323, p. 113.

¹²⁹ Un des motifs de la réception de la SAS en droit français était la multiplicité de ses usages en matière de partenariats publics et privés. Il s'agissait d'inventer une forme sociale dont l'organisation était suffisamment souple pour permettre aux grands groupes de constituer des filiales communes, ou encore de structurer des holdings à la tête de groupes de sociétés.

En revanche, la dispense de capital social minimal n'exonère pas les fondateurs de la SAS de la responsabilité légale de s'assurer qu'ils réunissent suffisamment de capitaux pour répondre à leurs besoins sociaux¹³⁰. Ceci devrait accroître là encore l'attractivité de la SAS de droit OHADA dans les opérations de prises de participation au capital de sociétés non cotées¹³¹.

En outre, l'application de la clause de variabilité du capital est sans préjudice de celle de l'article 853-11 de l'AUSCGIE¹³². Dans ce schéma, l'adhésion collective des associés à toute décision susceptible d'affecter le capital, que ce soit à l'unanimité ou à la majorité, tombe sous le sens. De toute évidence, la rémunération du risque pris par chacun d'eux en souscrivant au capital dépend de la consistance de celui-ci. Seulement, l'extrême contractualisation de la SAS suppose de recueillir leur adhésion expresse, ce qui explique que le défaut de participation des associés à toute décision affectant la substance de leurs droits pécuniaires soit sanctionné par la nullité¹³³. Les éléments qui viennent d'être décrits ne manifestent qu'une infime partie des possibilités d'utilisation de la flexibilité capitalistique de la SAS. Cette souplesse se retrouve dans l'émission de valeurs mobilières composées qu'elle peut émettre (2).

2. La faculté d'émettre des valeurs mobilières composées

La révision de l'AUSCGIE a remodelé la nomenclature des instruments de financement proposés aux sociétés commerciales. Au lieu de procéder à des ajustements ponctuels de la législation antérieure, le choix d'une refonte d'ensemble du droit des sociétés a été fait. Cette codification à droit constant participe d'une rationalisation du droit de l'OHADA. Au sein des SAS, la détermination statutaire du capital social s'accompagne de la libéralisation des instruments de financement mis à la disposition de son développement¹³⁴. En l'espèce, le rapport filial qui existe entre la

¹³⁰ Pour une illustration des sanctions légales attachées à ce défaut de diligence des associés, voir : Com. 23 nov. 1999, *R.J.D.A.* 2000.n° 457.

¹³¹ Ater ELMEJRI, « Montages LBO : quelle structure sociale pour la holding d'acquisition ? », *LPA* 2013.5.

¹³² AUSCGIE, préc., note 3, art. 853-11.

¹³³ *Id.* Il est aussi de jurisprudence constante que les décisions et actes pris en violation des statuts d'une société par actions simplifiée soient sanctionnés par la nullité : Com. 18 mai 2010, J.C.P. 2010.600 (n° 09-14.855).

¹³⁴ Didier LOUKAKOU, « Les valeurs mobilières dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales dans l'espace OHADA », *Recueil Penant* 2003.261 et suiv.

société anonyme et la société par actions simplifiée permet de comprendre cet emprunt des techniques de financement de la SA par la SAS¹³⁵.

Il est indirectement prévu par l'article 51 de l'AUSCGIE révisé que la SAS dispose d'actions pour se financer. L'adhésion à ce mode de financement, à titre principal, résulte de l'appartenance de la SAS à la catégorie des sociétés par actions¹³⁶. En revanche, il s'avère pour le moins surprenant que l'article 780 dudit acte, qui précise les conditions d'émission des obligations, ne vise pas nommément l'éligibilité des SAS à en bénéficier¹³⁷. Seule la lecture de l'article 853-3 de l'AUSCGIE clarifie la confusion provoquée par ces imprécisions¹³⁸. L'article précité dispose en effet que les règles applicables aux sociétés anonymes sont transposées aux SAS. La seule réserve à l'application par analogie de ces dispositions est l'incompatibilité des règles de la SA avec celles de la SAS.

Parmi les incompatibilités propres à la qualité de SA dont la SAS est exclue, figure l'interdiction de l'appel public à l'épargne. Le fondement de cette interdiction repose sur le fait que « [...] la défense de l'actionnaire d'une société faisant appel public à l'épargne impose des règles détaillées et contraignantes, qui ne sont pas compatibles avec une autonomie d'organisation de la société par ses actionnaires aussi large que celle offerte par les SAS »¹³⁹.

À ce désir de protection de l'actionnariat s'ajoutent des considérations plus pragmatiques. Les marchés financiers sur lesquels sont négociés les titres dans la zone OHADA sont relativement jeunes par rapport à ceux qui existent en Europe. Pour le moment, ils ne disposent ni d'infrastructures de marché, ni d'autorités administratives de contrôle des transactions suffisamment expérimentées pour gérer l'afflux de titres suscités par

¹³⁵ Benoît LE BARS et Boris MARTOR, « Management et financement de la société anonyme de droit OHADA, pratique et actualité du droit OHADA », JCP E 2007.112 et suiv. (Journées d'études LexisNexis).

¹³⁶ Voir l'application combinée des articles 51 et 64 de l'AUSCGIE révisé, préc., note 1.

¹³⁷ *Id.*, art. 780. L'émission d'obligations par les SA et les GIE est subordonnée à la preuve de l'existence de la société ou du groupement depuis au moins deux ans et, dans le cas spécifique de la SA, l'établissement de deux bilans successifs, régulièrement approuvés par les actionnaires de la SA.

¹³⁸ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 853-3.

¹³⁹ P.-L. PÉRIN, préc., note 119, p. 115.

la seule cotation de SA¹⁴⁰. Par conséquent, la négociation de titres supplémentaires émis par des SAS ne serait ni opportune, ni raisonnable.

L'afflux incontrôlé de nouveaux titres négociables sur les marchés engendrerait un engorgement qu'il ne serait pas évident de maîtriser. Néanmoins, si la cotation directe des titres des SAS est explicitement interdite, rien ne s'oppose à ce qu'une SA aux titres cotés sur les marchés financiers ne soit actionnaire d'une SAS¹⁴¹. Cela d'autant plus que rien dans l'AUSCGIE ne semble leur interdire d'avoir pour actionnaires, voire présidentes, d'autres sociétés par actions.

Ainsi, la privation des SAS des flux de liquidités en provenance des marchés financiers explique sans doute leur autorisation à recourir aux valeurs mobilières composées pour se financer¹⁴². La formulation byzantine de l'ancien article 822 de l'AUSCGIE recelait une incertitude sur la faculté des sociétés de capitaux à émettre des valeurs mobilières complexes ou composées (VMC). Avant la révision de l'AUSCGIE, il était certes permis d'émettre des titres de créance attributifs d'autres titres de créance. Toutefois, l'imprécision du régime juridique des titres, tant primaires que secondaires, qui découlaient de cette opération interdisait *de facto* de s'en servir.

Cette incertitude est dissipée à la lecture du nouvel article 822 de l'AUSCGIE. Ce dernier énonce que: « [l]es sociétés par actions peuvent émettre des valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance. »¹⁴³ La liberté dans la fixation du mon-

¹⁴⁰ La création d'une plateforme de négociation de valeurs mobilières sur le modèle d'*Alttext* serait un palliatif pour le moins intéressant à envisager.

¹⁴¹ La détention de titres de participation d'une SAS par une société anonyme cotée aura pour effet de la soumettre aux exigences supplémentaires de publication des comptes auxquelles sont assujetties les filiales de sociétés cotées au sens de l'AUSCGIE révisé, préc., note 1, à son art. 853. L'interprétation de l'article susvisé devrait conduire à appliquer celui-ci aux SAS dont la moitié des titres sont détenus par des sociétés cotées et pour lesquelles:

- soit le total du bilan excède 200 000 000 FCFA (approximativement 304 878 €);
- soit qui possèdent un portefeuille de titres supérieur à 80 000 000 FCFA (approximativement 121 951 €).

Ces sociétés devront publier leurs états financiers de synthèse dans les quarante-cinq jours qui suivent leur approbation par l'assemblée délibérante des actionnaires.

¹⁴² Alicia M. ROBB et David T. ROBINSON, «The Capital Structure Decisions of New Firms», (2014) 27 *The Review of Financial Studies* 1201.

¹⁴³ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 822.

tant du capital social se consolide par l'affirmation du principe de libre création de valeurs mobilières composées. La structuration de plusieurs combinaisons est apparente.

En revanche, la restriction à l'inventivité des associés de la SAS réside dans l'impossibilité de convertir les titres de capital en titres de créance. C'est ce que prévoit l'article 822-3 de l'AUSCGIE¹⁴⁴. Dorénavant, qu'il s'agisse d'obligations convertibles en actions (OCA); d'obligations échangeables contre des actions (OEA); d'obligations à bons de souscription d'actions remboursables (OBSAR); d'obligations convertibles ou échangeables en actions nouvelles ou existantes (OCEANE); les agencements les plus inédits sont concevables.

Les limites de l'innovation juridique peuvent être repoussées au cours des opérations d'augmentation de capital auxquels prendraient part les souscripteurs de VMC dans les SAS. Une fois l'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital acquise, ni les règles de répartition des bénéfices, ni la création d'actions de préférence, ni même la modification du capital de la société ne sont permises¹⁴⁵. Au préalable, si une telle éventualité était envisagée, il faudrait recueillir l'autorisation d'émettre les VMC auprès des associés de la SAS. Lesdits associés seraient réunis en assemblée générale extraordinaire¹⁴⁶. Il n'est pas interdit de penser, comme une partie de la doctrine, que l'exercice du droit de conversion, d'échange, ou de remboursement des VMC par ses bénéficiaires réalise définitivement l'augmentation de capital¹⁴⁷ sans intervention du notaire¹⁴⁸.

Au surplus, la SAS a l'opportunité de fidéliser son actionnariat salarié au moyen de l'attribution gratuite d'actions¹⁴⁹. Cette opportunité est d'autant plus attrayante, dans l'organisation de politiques d'intéressement des

¹⁴⁴ *Id.*, art. 822-3.

¹⁴⁵ *Id.*, art. 822-8.

¹⁴⁶ *Id.*, art. 822-5. Le rappel des règles formelles de convocation des assemblées générales est énoncé par le Tribunal Régional de Niamey, Niamey, 24 octobre 2001, *E.M.J. c/ V.A.B.*, jugement civil n° 473 (Niger).

¹⁴⁷ Barthélemy FAYE et Jean-Jacques NYEMB, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique », *Droit et Patrimoine* 2014.n° 239.

¹⁴⁸ L'AUSCGIE révisé, note 1, à son art. 269-3, dispose à ce sujet que les augmentations ou les diminutions de capital de SAS, y inclus le capital variable, réalisées en application du droit de retrait des associés autres que les dirigeants sociaux ou gérants de SAS ne sont pas assujettis aux formalités de dépôt et de publication normales.

¹⁴⁹ *Id.*, art. 566 et 822-10-3.

salariés aux résultats de leur entreprise, que ce phénomène est voué à se développer sur le continent africain¹⁵⁰.

La participation des salariés aux résultats de leur entreprise à la vocation de stimuler la création de richesse par l'entreprise qui les emploie, ce qui génère une adhésion durable à la politique de gestion adoptée par les dirigeants. Il n'est donc pas exclu que le recours à ce mécanisme constitue une incitation supplémentaire à la filialisation de multinationales dans la zone OHADA. Les entreprises multinationales, qui sont rompues à ces techniques, les adapteront en fonction des législations relatives à la sécurité sociale de leurs nouveaux États d'implantation¹⁵¹.

En outre, l'émission d'actions de préférence représente un excellent levier juridique au sein de SAS¹⁵²: la création d'actions octroyant des droits particuliers à une fraction de l'actionnariat¹⁵³ est un bon moyen de scinder la détention du capital de celle du pouvoir. Le but de ce montage est d'intéresser chaque catégorie distincte d'actionnaires, selon ses objectifs de prise de participation, au capital social. À titre d'illustration, on peut évoquer le cas d'une personne morale de droit public, actionnaire d'une société d'économie mixte (SEM) constituée en la forme d'une SAS.

Dans ce cas de figure, la personne morale de droit public n'a pas forcément des préoccupations identiques à celles du fonds d'investissement coactionnaire de la SAS constituée pour la cause. Ce fonds, qui accompagne la personne morale de droit public dans la construction d'un projet d'infrastructures énergétiques, aura davantage le souci d'accroître le rendement de ses dividendes. Le bénéfice des actions de préférence modulera le délai de conservation des actions par le fonds d'investissement. L'appréciation du délai de conservation des actions fait partie des variables prises en compte pour calculer la plus-value de cession de la participation détenue par le fonds au capital de la SEM.

¹⁵⁰ *Id.*, art. 626-1-2 al. 1, qui autorise les directeurs généraux délégués de SAS à bénéficier du régime d'attribution d'actions profitables aux salariés.

¹⁵¹ Au cas particulier, des aspects du droit français sont adaptables. Des éléments de réflexion sont proposés par l'article de Jacques BARTHÉLÉMY, « Société par actions simplifiée et droit social », *Rev. soc.* 2000.245 et suiv.

¹⁵² Une synthèse des enjeux de l'utilisation des actions de préférence en droits français et américain des sociétés est donnée par l'article de Pierre-Henri CONAC, « The New French Preferred Shares: Moving Towards a More Liberal Approach », (2005) *European Company and Financial Law Review* 487.

¹⁵³ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 778-1.

B. Liberté relative dans le choix des organes d'administration et de contrôle

La libre disposition du destin sociétal voulue par les concepteurs de la SAS de droit OHADA est encadrée par deux institutions obligatoires d'origine légale. Il s'agit de son président d'une part (1) ainsi que du commissaire aux comptes d'autre part (2).

1. L'obligation légale de disposer d'un président

La seule institution imposée par l'AUSCGIE aux constituants de SAS est la présence d'un président aux fins d'administration et de gestion¹⁵⁴. Il n'est pas inutile de rappeler que c'est le président qui établit le rapport annuel de gestion de la SAS¹⁵⁵. Sa qualité et sa désignation n'appellent pas de remarques particulières s'il s'agit d'une société par actions simplifiée à associé unique. L'absence d'une pluralité d'associés conduit indubitablement au cumul des qualités de président et d'associé.

Dans l'hypothèse contraire d'une pluralité d'associés présents au capital de la SAS, les statuts devront préciser plus en détail les conditions d'exercice des fonctions de président¹⁵⁶, lequel peut être soit une personne physique ne faisant l'objet d'aucune interdiction légale d'exercice, soit une personne morale. Cette dernière configuration a vocation à s'appliquer aux SAS, qui servent de filiales communes à des entreprises étrangères. Au cas d'espèce, l'autonomie statutaire donnera l'opportunité aux sociétés actionnaires de la SAS de s'accorder sur la périodicité d'exercice de la présidence. Ce partage prédéfini du pouvoir équilibrera les rapports de forces contradictoires qui s'exercent au sein des groupes de sociétés.

Par ailleurs, rien dans le texte de l'AUSCGIE ne paraît interdire que la présidence exercée par une personne morale soit déléguée à ses représentants légaux. Ceci induit, là encore, à un retour à l'impérativité des statuts par rapport à la loi. Il appartient aux associés de fixer ensemble les modalités d'exercice des fonctions de président de leur SAS. Cet appel au consensualisme devrait recueillir un écho favorable auprès des PME de la zone OHADA. L'éventualité d'un cumul des fonctions de président avec la

¹⁵⁴ *Id.*, art. 853-3, 853-8 et 853-13.

¹⁵⁵ *Id.*, art. 138.

¹⁵⁶ *Id.*, art. 853-7.

conclusion d'un contrat de travail séduira très certainement tant les commerciaux intéressés par la création d'entreprises de prestation de services que les ingénieurs motivés par le montage de micro-unités de production industrielle.

La conception patriarcale de l'exploitation sociétale appellera les entrepreneurs à se concerter pour définir non seulement l'étendue mais aussi, et surtout, la durée des fonctions du représentant de leur société à l'égard des tiers. Ceci est culturellement compatible avec les valeurs des sociétés traditionnelles africaines, où les chefs se concertent volontiers avec leurs conseillers pour la plupart des décisions importantes qui engagent la collectivité. De là à assimiler la tenue des assemblées générales de SAS au cliché de « l'arbre à palabres », il existe un Rubicon. Au demeurant, l'insertion dans les statuts tantôt de clauses d'inamovibilité, tantôt de clauses d'irrévocabilité du président de la SAS n'est pas proscrite.

Sans limite statutairement définie, la lecture de la lettre de l'article 853-7¹⁵⁷ permettrait presque d'affirmer que les prérogatives du président de la SAS s'apparentent à celles d'un autocrate. En cas de prise de décision présidentielle dont le champ d'application dépasserait celui de l'objet social, la société demeure engagée auprès des tiers. Ceux-ci ne sont pas liés par les clauses statutaires de limitation des pouvoirs du président de la SAS ou de ses préposés.

L'assistance du président de SAS par des directeurs généraux délégués, sur le même modèle que celui la société anonyme à directoire, est valable dans la SAS. Ces directeurs généraux disposent de pouvoirs d'assistance et de représentation limités du président dans les décisions qui engagent la société¹⁵⁸. Néanmoins, la répartition des pouvoirs décisionnels entre ces deux organes devra clairement ressortir des statuts. Les actes de gestion courante, accomplis sans obligation de contreseing du président, devront aussi être précisés par les statuts. Il apparaît plausible que les conditions statutaires de révocation des directeurs généraux délégués incluent l'abus de pouvoir ou leur mauvaise gestion, tel que cela est déjà prévu dans les SARL¹⁵⁹.

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Manuel de Droit des Sociétés*, 24^e éd., Paris, LexisNexis/Éditions LITEC, 2011, n° 579, p. 320.

¹⁵⁹ Tribunal de Grande Instance du Mfoundi, Mfoundi, 14 Février 2005, *Wagoum Alain Marcel c/ Tchekounang Achille Marie*, jugement civil n° 274 (Cameroun).

À défaut, ils devront faire l'objet d'une délégation de pouvoirs pour éviter que leur nullité ne puisse être invoquée en interne par les associés ou les salariés de la société. Dans l'imprécision statutaire des règles du partage des pouvoirs, les prérogatives du président devraient prévaloir. L'anticipation de litiges nés de l'appréciation des pouvoirs des préposés du président de la SAS revient une fois de plus aux statuts. Aussi bien le domaine que la portée des délégations de pouvoirs consenties par le président aux organes conventionnels ne pourront faire l'objet de contestations.

Toutefois, aussi étendus qu'ils le paraissent, les pouvoirs du président ne sont pas illimités, compte tenu de la présence d'un commissaire aux comptes (2).

2. Le contrôle légal exercé par le commissaire aux comptes

La description du rôle du commissaire aux comptes au sein d'une SAS mérite d'opérer une distinction entre deux types de missions qui lui sont dévolues par le droit OHADA.

Il a d'abord sa mission permanente de certification et de contrôle légal des comptes sociaux, mais également de ses interventions ponctuelles en qualité d'auditeur légal, qui sont prévues par la loi¹⁶⁰.

Au cas particulier, l'article 853-13 de l'AUSCGIE¹⁶¹ prévoit que la certification ainsi que le contrôle légal des comptes sont réservés aux SAS qui remplissent, à la clôture d'un exercice comptable, au moins deux des critères suivants :

- l'enregistrement d'un total du bilan d'une valeur supérieure à 125 000 000 FCFA¹⁶² ;

¹⁶⁰ Les missions attribuées aux commissaires aux comptes sont précisées dans l'*Acte Uniforme portant organisation et harmonisation de la comptabilité des entreprises*, J.O. de l'OHADA, numéro 10 du 20 novembre 2000, en ligne : <<http://www.droit-afrique.com/upload/doc/ohada/Ohada-Acte-Uniforme-2000-Comptabilite.pdf>> (consulté le 6 novembre 2016) (ci-après « AUCE »), art. 69 (contrôle des opérations et de la régularité des comptes des entreprises), 70 (contrôle de la régularité et de la fidélité des comptes des entreprises) et 74 (établissement d'un rapport périodique sur la régularité des comptes).

¹⁶¹ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 853.

¹⁶² Environ 190 549 €.

- la constatation d'un chiffre d'affaires annuel qui excède 250 000 000 FCFA¹⁶³;
- la disposition d'un effectif de plus de cinquante salariés.

Si l'on observe superficiellement, l'appréciation de critères quantitatifs aussi élevés conduit à affirmer que cette obligation ne concerne à titre impératif qu'une minorité de SAS.

Il est donc illusoire d'espérer que les SAS qui ne remplissent pas les critères susmentionnés vont recourir spontanément aux services d'un auditeur légal. Dans la majorité des cas, son rôle ne sera que facultatif, ce qui est en soi inquiétant si l'on considère l'apport non négligeable de ce professionnel du chiffre dans la gestion stratégique et financière des entreprises.

Autant l'expert-comptable assiste les dirigeants d'entreprises dans l'élaboration des états financiers annuels et périodiques, autant le commissaire aux comptes s'assure de la conformité de ces états aux exigences légales. Techniquement, les états financiers annuels de synthèse ainsi que le rapport de gestion sont communiqués au commissaire aux comptes avant l'approbation des comptes par le président de la SAS. Cette obligation paraît peu évidente à faire respecter, tant la culture de l'audit légal semble peu acquise dans de nombreux pays membres de l'OHADA. En conséquence, elle peine à s'imposer dans de nombreuses sociétés qui y sont implantées. Dès lors, la fixation de seuils aussi élevés n'étonne pas forcément.

Toutefois, en analysant plus en profondeur la portée de l'obligation légale de certification des comptes, une certaine déception émerge de la lecture de l'article 853-13 de l'AUSCGIE¹⁶⁴. Il eût été de meilleur aloi d'envisager un droit d'option pour le contrôle légal des comptes, au lieu d'une dispense pure et simple en cas de non satisfaction des seuils. Ce droit d'option aurait accordé plus de crédibilité à la SAS.

Corrélativement à cela, la seule restriction aux pleins pouvoirs du président de SAS réside dans les limites statutaires. Le contrôle, fût-il optionnel, des comptes par un auditeur légal aurait sans doute permis d'encadrer encore mieux cette liberté de gestion. Incidemment, l'obligation légale de rapporter toutes les irrégularités constatées par le commissaire aux comptes

¹⁶³ Environ 381 098 €.

¹⁶⁴ AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 853-13.

au cours de sa mission de certification¹⁶⁵ conduit les associés ainsi que le président à davantage de diligence dans leur gestion. Cet argument doit cependant être relativisé. L'un des fondements de ce tempérament est le caractère parfois ponctuel de l'intervention du commissaire aux comptes.

Les interventions ponctuelles du commissaire aux comptes portent sur le contrôle des conventions réglementées¹⁶⁶. Elles concernent aussi le déclenchement d'une alerte préalable à l'ouverture d'une procédure collective¹⁶⁷. L'alerte est actionnée par le commissaire aux comptes chaque fois qu'il constate des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation¹⁶⁸. *Prima facie*, ces interventions ponctuelles ne se distinguent pas des missions classiques assignées au commissaire aux comptes des autres sociétés par actions. Ceci s'avère quelque peu regrettable.

Pourtant, la nature contractuelle de la SAS aurait mérité une attention supplémentaire. L'autonomie des associés n'y est plafonnée que par les clauses statutaires et extra-statutaires auxquelles ils sont évidemment partie. Ceci implique bon gré, mal gré, les associés de SAS dans des conflits d'intérêts dont ils ne peuvent se départir sans l'intervention d'un tiers.

Le second reproche qu'il est possible de formuler aux missions légales du commissaire aux comptes des SAS porte sur l'étendue de son pouvoir de contrôle des conventions conclues par la société. Il aurait été utile de subordonner la conclusion de toute convention impliquant la société et son président, ou l'un de ses organes conventionnels de direction, au *quidam* préalable du commissaire aux comptes. Cette intervention indépendante des exigences de certification des comptes réduirait, au moins en théorie, le risque d'abus de conventions réglementées.

*
* * *

L'introduction de la société par actions simplifiées dans la nomenclature des sociétés de capitaux du droit de l'OHADA marque son retour au

¹⁶⁵ AUSCGIE, préc., note 3, art. 70 et AUSCGIE révisé, préc., note 1, art. 710 à 722 ; AUCE, préc., note 160, art. 70, 71 et 100.

¹⁶⁶ *Id.*, art. 853-14.

¹⁶⁷ *Id.*, art. 153 à 156-1. Cette dernière disposition prévoit que la procédure d'alerte prévue pour les sociétés par actions s'applique indistinctement aux SAS.

¹⁶⁸ *Id.*, art. 153.

contractualisme, ce qui conforte l'opinion selon laquelle la sécurité juridique n'est pas exclusive de flexibilité dans l'organisation des activités économiques. C'est ce que semblent avoir compris les États membres de l'organisation, en révisant l'ensemble des dispositions applicables aux sociétés commerciales¹⁶⁹. Dans cette région, la nécessité d'encourager la création d'entreprises, qui évoluent dans un cadre juridique sécurisé, est essentielle.

Le « *forum shopping* » induit la mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, ce qui devrait inciter à une meilleure appréhension des besoins des créateurs d'entreprises locaux. Ce nivellement des procédés d'exercice des activités économiques les amènerait à composer avec l'indispensable concurrence internationale. Sur cet aspect, l'indépendance octroyée aux associés de la SAS pour concevoir son architecture juridique représente une évolution majeure. Néanmoins, cette originalité reste diluée par l'emprunt des mécanismes de droit commun à la SA.

En dépit de cette réserve, les perspectives ouvertes par la société par actions simplifiée pour le développement de l'Afrique subsaharienne sont immenses. Dans cet ordre d'idées, il n'apparaît pas utopique de penser que la constitution de sociétés d'économie mixtes, sous la forme de SAS, représenterait un instrument juridique de plus pour la conception d'une industrie locale. Bien plus, en médiatisant cette société, les pouvoirs publics attireraient plus de jeunes diplômés séduits par l'entrepreneuriat vers le secteur formel.

Cette position se justifie d'autant plus que le démarrage d'une entreprise informelle est vécu comme un pis-aller contre le chômage. À cet égard, l'absence de capital minimal exigé est un atout indéniable dans l'option pour la SAS en qualité de structure d'exercice d'une activité économique. En dépit de tout le potentiel de la SAS, il ne faut pas oublier que « [l]'efficacité et le succès d'une entreprise ne dépend pas que de la poussière de contrats qu'elle a conclus; le droit sécrété par l'environnement dans lequel elle évolue est aussi un facteur déterminant de ses performances et de sa réussite »¹⁷⁰.

D'un point de vue plus général, la réception des SAS dans l'ordre juridique OHADA est un moteur potentiel de croissance aux mains des gouvernements des États membres. La simplification des formalités de

¹⁶⁹ AUSCGIE révisé, préc., note 1.

¹⁷⁰ E. A. SITTI, préc., note 44, p. 57 et 58.

constitution de sociétés résultant des actes uniformes sur le droit commercial général ainsi que sur le droit des sociétés, conjuguée au formalisme minimal qu'elle requiert, séduira les créateurs de jeunes entreprises innovantes, encore sous représentées.

Dans le cas précis de la région de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA), où les banques sont excessivement liquides, ce n'est pas tant la carence d'initiatives que l'absence de finances qui fait défaut. Le paradoxe dans la sous-région tient au fait que « [...] ce ne sont pas les ressources qui font défaut, mais le mécanisme d'intermédiation qui consiste à transformer ces ressources en prêts aux agents à besoin de financement »¹⁷¹. La réticence des banques à partager le risque de défaillance des entreprises provient de leur manque de confiance. En réalité, une mutualisation du risque au sein d'une société réduirait ce type de désagrément. L'association de plusieurs établissements de crédit, au sein d'une SAS constituée à dessein, offrirait l'avantage de limiter l'obligation de contribution aux pertes des banques associées, tout en précisant à l'envie leurs conditions de sortie du capital de la SAS.

Les utilisations de la SAS qui viennent d'être proposées ne sauraient être exhaustives. En l'occurrence, elles ne constituent que des projections. L'originalité de la SAS dans la nomenclature des sociétés commerciales du droit de l'OHADA tient à sa nature contractuelle, ce qui la distingue aussi bien de la SARL que de la SA, bien qu'elle en partage le régime juridique sur de nombreux plans. Simplement, le caractère institutionnel de la société y est subsidiaire. Cette subsidiarité découle de la prééminence accordée par l'AUSCGIE aux statuts.

Cette approche cadre culturellement avec l'attachement au consensualisme ainsi qu'à la parole donnée qui caractérisent les rapports humains en Afrique noire francophone¹⁷². De ce fait, l'adaptabilité de la SAS aux réalités locales devrait favoriser son appropriation rapide. Ce qui donne toute sa mesure à l'opinion selon laquelle « [l]e droit est profondément une pratique sociale traditionnelle et doit l'être »¹⁷³.

¹⁷¹ Soumaïla DOUMBIA, « Surliquidité bancaire et sous-financement de l'économie. Une analyse du paradoxe de l'UEMOA », *Revue Tiers Monde* 2011.152.

¹⁷² E. A. SITI, préc., note 44, p. 58-60.

¹⁷³ La version d'origine de cette citation en anglais se lit comme suit : « Law is a profoundly traditional social practice, and it must be » : Martin KRYGIER, « Law as tradition » (1986) 5-2 *Law and Philosophy* 239.

À la considération de tous ces éléments, l'on peut souhaiter que la réception de la SAS augure une nouvelle ère d'innovations juridiques dans la zone OHADA. Il incombe dorénavant aux hommes d'affaires de tous horizons, ainsi qu'à leurs juristes, d'en user à bon escient.