



REPUBLIQUE DU BENIN

UNIVERSITE D'ABOMEY CALAVI/UAC

FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE/FADESP
CENTRE DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE L'ADMINISTRATION
TERRITORIALE(CeDAT)

-----@-----

MEMOIRE DE MASTER PROFESSIONNEL

-----@-----

OPTION : Contentieux Publics Privés

Sujet:

**LA MUTATION DES
SOCIETES COMMERCIALES
EN DROIT OHADA**

Présenté par :

Ousseini ADAMOU

Directeur :

Pr. Moktar ADAMOU

Agrégé des facultés de droit

Chef de département droit privé FDSP/UP

ANNEE ACADEMIQUE 2017-2018

AVERTISSEMENT

La Faculté de Droit et des Sciences Politiques d'ABOMEY CALAVI n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les mémoires. Elles doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DEDICACES

A :

Ma mère Mariama MOUSSA, mon père Alidou ADAMOU pour tous leurs sacrifices inestimables et sans égal. Vous qui avez fait de sorte que je ne manque de rien durant mon parcours. Sachez qu'un tel travail est le fruit de tous les efforts, conseils et prières, merci du fond du cœur;

Mon défunt jumeau ADAMOU Hassane. Ni le temps, ni les larmes, ni les souvenirs ne sauront masquer le vide que ton départ prématuré a laissé. Pourvu que ton âme continue de reposer éternellement là-haut.

La famille seko-sounon ADAM-BANA

La famille MOUSSA-DAREÏZE

La famille SOUROKOU, particulièrement Faouziatou

REMERCIEMENTS

Nous ne saurions dresser la liste de toutes les personnes qui ont contribué de diverses manières à la réalisation du présent mémoire. Néanmoins, nous exprimons expressément notre profonde reconnaissance à :

Professeur ADAMOU Moktar, Agrégé des facultés de droit à l'Université de Parakou, notre directeur de mémoire pour sa disponibilité, son savoir-faire, l'ouverture d'esprit qui le caractérise. Merci du fond du cœur ;

Tous les professeurs du centre de droit administratif et de l'administration territoriale, et particulièrement, ceux du Master 2 contentieux publics privés, pour leurs enseignements voire leur direction ;

Les honorables membres du jury, pour avoir accepté de siéger et d'apporter leur contribution à l'amélioration de ce travail ;

Tous les agents de l'administration de la FADESP, particulièrement ceux rattachés au centre de droit administratif et de l'administration territoriale pour leur disponibilité constante et leur dévouement ;

A tous les membres de ma famille dans un sens large et mes amis dont les soutiens, les encouragements et prières ont été indéfectibles ;

Tous mes collègues de la promotion 2015-2016 pour les intenses moments de fraternité et d'amitié partagés ;

Tous ceux qui par un apport quelconque, ont contribué à la réalisation de ce travail.

LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS

Al.	Alinéa
Art.	Article
AU	Acte uniforme
AUDSC et GIE	Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique
BJS	Bulletin Joly Société
Bull. civ cour de cassation	Bulletin des arrêts de la chambre civile de la cour de cassation
C. civ	Code civil
C. com	Code de commerce
C. E	Conseil d'Etat
C./	Contre C/A ou
C.A	Cour d'appel
C.C.J.A	Cour commune de justice et d'arbitrage
Cass. civ	Chambre civile de la cour de cassation
Cass. com	Chambre commerciale de la cour de cassation
Cass. Crim	Chambre criminelle de la cour de cassation
Chr.	Chroniques
Coll.	Collection
D.	Dalloz recueil
D. affaires	Dalloz affaires
Defrénois	Répertoire du notariat
Dir.	Direction (sous la direction)
Doc.	Document
DP	Dalloz périodique
Ed.	Editions
Etc.	Et cætera

Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
Gaz Pal	Gazette du palais
Ibid.	Ibidem
Idem	Au même endroit
In.	Dans
Infra	Ci-dessous
J. O	Journal officiel
JCP	Juris-classeur périodique
L.	Loi
L.G.D.J	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Mél.	Mélanges
N°	Numéro
OBS.	Observations
OHADA du droit des affaires	Organisation pour l'harmonisation en Afrique
Op. Cit.	Opere citato (ouvrage précité)
ORD.	Ordonnance
p.	Page
PU	Principes UNIDROIT
PUF	Presse universitaire de France
PV	Procès verbal
Rappr	Rapprochement
RDC	Revue des contrats
Réf.	Références
Rép. civ	Répertoire encyclopédique Dalloz
Réq.	Chambre des requêtes de la cour de cassation

Rev. Sociétés	Revue des sociétés
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJDA	Revue Lamy Droit des Affaires
RTD civ	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivant
S.	Sirey périodique
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SNC	Société en nom collectif
Soc.	Chambre sociale de la cour de cassation
Ss.	Sous
t.	Tome
Trib. Civ	Tribunal civil
Trib. Gr. Inst	Tribunal de grande instance
V.	Voir
Vol.	Volume

Sommaire

Introduction	8
Première partie : Une mutation encadrée	15
Chapitre 1 ^{er} : L'encadrement textuel.....	17
Section 1 : La consécration textuelle	18
Section 2 : L'institution de sociétés par la forme	25
Chapitre 2 : L'encadrement institutionnel.....	34
Section 1 : La modification des statuts de la société.....	35
Section 2 : Le maintien de la personnalité morale	42
Seconde partie : Un encadrement attentatoire.....	50
Chapitre 1 ^{er} : L'atteinte à l'autonomie de la volonté	51
Section 1 : L'atteinte à l'intégrité du pacte social.....	52
Section 2 : La régression de l'autonomie de la volonté	57
Chapitre 2 : L'atteinte à l'attractivité	65
Section 1 : L'entrave à l'attractivité.....	67
Section 2 : L'allègement ou fléchissement de la réglementation.....	73
Conclusion.....	83
Bibliographie indicative	86

Introduction

« Le droit des sociétés n'est pas statique, au contraire, il permet de répondre à l'évolution d'une entreprise et offre même les possibilités d'une véritable dynamique juridique. ¹ »

Le droit des sociétés en général et celui de l'OHADA² en particulier, a conçu une multitude de techniques juridiques pour réadapter un contrat de société initial afin de répondre aux nécessités économiques et juridiques du moment. C'est dans cette dynamique de pérennisation de la société que les associés, après une assemblée générale, décident de procéder à la mutation de celle-ci.

Pourtant, il n'est pas aisé de définir ce qu'est une « mutation ». Elle vient du latin "*mutatio*" qui veut dire : altération, changement. Cette notion est définie dans son acception large, comme le transfert d'un droit d'une personne à une autre ; elle désigne aussi bien le changement de titulaire du droit qui en résulte que l'opération qui produit ce changement, laquelle peut être volontaire (cession amiable) ou forcée (expropriation), à titre onéreux ou à titre gratuit, entre vifs, ou à cause de mort³. Tandis que dans son acception stricte, elle est entendue comme un changement de structure juridique. Car au cours d'une mutation, les associés s'attaquent à la structure même de leur société en ajustant les statuts. Cela n'affecte pas, juridiquement, la personnalité morale de la société, ni moins ne crée un être moral nouveau mais au contraire, vise son adaptation à une situation économique ou juridique défavorable.

Mais alors, qu'est ce qu'une société commerciale?

La définition légale de la société donnée par l'article 4 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique⁴ dispose que : « *La*

¹ Y. CHAPUT., *Droit des sociétés*, P.U.F., coll. Dr. fondamental, 1993, n°633 et s.

² Les Etats de la zone Franc CFA, rejoints par les Comores et la Guinée, ont décidé d'harmoniser leur droit des affaires pour offrir aux opérateurs économiques, étrangers et locaux, une législation moderne, adaptée aux défis de l'économie. Le 17 octobre 1993, fut créé le Traité de Port-Louis (révisé le 17 octobre 2008 à Québec, Canada), instituant l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA).

³ Vocabulaire juridique, Association H. CAPITANT, sous la direction de G. CORNU, P.U.F., 10^{ème} éd. 2014, p 671.

⁴ L'acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique adopté le 17 avril 1997, publié au JO OHADA n°2 du 01 octobre 1997, p.1 et s. remarquons que cet acte uniforme a été révisé

société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager les bénéfices ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent acte uniforme. La société doit être créée dans l'intérêt commun des associés »⁵. L'article 5 de ce même acte complète la définition de la société en disposant qu'elle peut aussi être « créée » par une seule personne, mais dans les cas limitativement prévus par la loi.⁶

Partant de cette définition, il en résulte de celle-ci tous les éléments constitutifs d'une société. Elle ne rend, toutefois, qu'imparfaitement compte de l'exceptionnelle richesse du concept de société, dont une analyse conceptuelle rendrait mieux compte. Celle-ci permettra de distinguer la société des autres notions voisines telles que le contrat⁷, l'institution⁸, l'entreprise⁹, et certains groupements¹⁰ de droit privé.

Comme vu ci-dessus, le législateur de l'OHADA dans l'AUSCGIE, présente la société comme un simple contrat¹¹. Malgré cette définition, il n'en demeure pas moins que depuis un moment, bon nombre d'auteurs se demandent si le contrat de société existe-t-il bien encore¹²? La doctrine s'étant divisée sur le concept de société.

le 30 janvier 2014 à OUAGADOUGOU et entré en vigueur le 05 mai 2014 et publié dans le JO n° spécial du 04 février 2014.

⁵ L'article 1832 du code civil français ayant inspiré le législateur OHADA dispose : « *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 de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ».

⁶ Article 5 AUDSCGIE « *La société commerciale peut être également créée, dans les cas prévus dans le présent Acte Uniforme, par une seule personne, dénommée "associé unique"; par un acte écrit* ». Cette consécration de la société unipersonnelle demeure cependant limitée à certains types de sociétés à savoir les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée.

⁷ Accord solennel passé entre deux ou plusieurs parties et par lequel celles-ci s'engagent à respecter diverses obligations ou encore de transférer la propriété. Parfois, il est synonyme de convention, en ce sens et en tant que manifestation d'autonomie de la volonté individuelle.

⁸ Selon le doyen HAURIOU : réalité que constitue soit un organisme existant lorsque s'y dégagent la conscience d'une mission et la volonté de la remplir en agissant comme une personne morale, soit une création lorsque le fondateur, découvrant l'idée d'une œuvre à réaliser, entreprend cette réalisation en suscitant une communauté d'adhérents.

⁹ Personne morale constituée sous forme de société ou d'établissement public pour la gestion d'une activité administrative à caractère économique.

¹⁰ Dans le sens commun, réunion de personnes, d'institutions ou d'organismes en vue d'une action commune ou d'actions coordonnées.

¹¹ V. article 4 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

¹² C. CHAMPAUD., « *Le contrat de société existe-t-il encore ?* », in le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives, Economica, 1987.

La première théorie analysait la société comme un contrat, mais spécial¹³. En effet, selon ces tenants, la société présente d'incontestables singularités au regard du contrat de vente qui apparaît comme le modèle de contrat défendu par le code civil¹⁴. Cette thèse contractuelle est l'œuvre d'une partie de la doctrine de la fin du XIX^e et début XX^e siècle¹⁵ et avait pour fondement le principe de l'autonomie de la volonté : le contrat repose sur la volonté de ceux qui s'y engagent. Mais depuis un siècle déjà, certains auteurs pensent et proposent même de délaisser la nature contractuelle de la société au profit d'autres qualifications¹⁶ ; notamment en développant une seconde analyse de la société : la thèse institutionnelle¹⁷.

Cette deuxième théorie, s'est développée en réaction à la conception contractuelle, incompatible avec de nombreux aspects du fonctionnement des sociétés. Elle qualifiait les sociétés commerciales comme des organismes créés et fonctionnant selon une constitution légale, impérative et durable, autonome par rapport à ses fondateurs (quant aux moyens dont ils disposent et aux intérêts qu'ils promeuvent), dont les droits et intérêts privés sont subordonnés au but social qu'il s'agit d'atteindre, et gérés par des fonctionnaires élus (et non des mandataires des membres). Ainsi, selon les tenants de cette théorie, la société ne serait-elle qu'une institution ou une technique d'organisation de l'entreprise¹⁸. L'institution se veut une réalité qui constitue, soit un organisme existant, soit lorsque s'y dégagent la conscience d'une mission et la volonté de la remplir¹⁹. Cette conception institutionnelle a incontestablement influencé le législateur français²⁰.

A la lecture des développements qui précèdent, certains auteurs ont élaboré une approche moderne de la société qui part de l'idée que la société est au service d'une finalité et

¹³ La théorie contractuelle s'appuyait sur les termes de l'article 1832 du code civil qui définit effectivement, dans son alinéa 1^{er}, la société comme un contrat.

¹⁴ M-E. ANCEL., « *La vente dans le code civil, raisons et déraison d'un modèle contractuel* », in code civil et modèles, des modèles du code au code comme modèle, sous la dir. De T. Revêt, LGDJ, 2005, p. 285.

¹⁵ Sur cette question, v. V. RANOUIL., *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Travaux. Uni. Paris II, 1980 ; G. ROUCHETTE., « *la force obligatoire du contrat* », in le contrat aujourd'hui, comparaison franco-anglaise, LGDJ, 1987.

¹⁶ J-P. BERTREL., « *Le débat sur la nature de la société* », in Mél. A. Sayag, Litec, 1997.

¹⁷ E. THALLER., *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^{ème} éd., 1900.

¹⁸ J-A. BRODERICK., « *La notion d'institution de M. HAURIUO dans ses rapports avec le contrat en droit positif français* », Archives de philosophie du droit 1968, P. 143 et s.

¹⁹ M. HAURIUO., « *La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)* », in la cité moderne et les transformations du droit, les cahiers de la nouvelle journée, 1925, IV ; principes de droit public, Sirey 1910 et 1916, Précis de droit constitutionnel, Sirey 2^e édition, 1929, p.71 et s.

²⁰ Consécration législative par la loi du 11 juillet 1985 modifiant l'article 1832 C. civ. qui se réfère expressément à l'institution.

elle serait un « *contrat-institution* » qui revêtirait une nature hybride, à mi-chemin entre l'institution et le contrat²¹. Cette approche permis l'éclosion de la notion d'entreprise commerciale ou société commerciale qui fera l'objet de ce travail scientifique.

Ainsi, après les formalités légales de constitution, les sociétés commerciales doivent pouvoir fonctionner normalement et rechercher constamment du profil. Mais parfois, en cours de fonctionnement, les sociétés connaissent des difficultés qui provoquent leur paralysie voire leur disparition²². C'est justement pourquoi, lorsqu'elle subit des péripéties de nature juridique ou économique, la société se trouve dans l'obligation de s'adapter à l'évolution du contexte économique, social, financier et juridique. Bref, la mutation des sociétés commerciales peut s'expliquer comme l'adaptation de celles-ci aux évolutions du marché mais également aux changements de son environnement.

Puisque la société est donc un être évolutif qui, pour faire face à des situations nouvelles²³, doit dans l'objectif de sa survie s'adapter aux fluctuations de la conjoncture économique. Différents moyens permettent cette évolution notamment les mutations ou restructurations²⁴. Ainsi, dans un environnement mondial fortement concurrentiel, dans le souci de s'accroître et d'être pérennes, les sociétés sont confrontées en cours d'existence à divers événements ou diverses contingences de croissance ou de crise qui vont les conduire à procéder à une mutation.

En effet, parce que les sociétés commerciales doivent pouvoir évoluer, le législateur de l'OHADA est dans l'ensemble favorable à la mutation et la voit d'un bon œil d'où les divers mécanismes garantissant la pérennité de la société. Celle-ci est alors loin de constituer une entité économique et juridique inerte. En fonction des nécessités, elle est amenée à changer d'activité et à se transformer en une autre société, à se rapprocher d'autres sociétés par suite de concentration économique, ou même constituer avec d'autres groupes de sociétés. Tous ces différents états constituent la mutation des sociétés commerciales, strictement réglementée par le législateur. Tel est l'aspect dynamique des sociétés commerciales²⁵. Cependant quel est le fondement de cette décision des associés de modifier la forme juridique initiale en une autre ?

²¹ J-J. NEUER., « *Le contrat-institution, essai sur les modes de formations en droit privé* », LPA19 juin 1995, n°73, p.4.

²² A. AKAM AKAM., *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, éd. l'Harmattan, 2009.

²³ B. DONDERO., *Droit des sociétés*, 3^{ème} édition 2013 Dalloz, p.241, n°405.

²⁴ Ainsi dans le cadre de nos travaux, les mutations et les restructurations sont des réalités interchangeables qui désignent les mêmes phénomènes.

²⁵ M. JUGLART., B. IPPOLITO., J. DUPICHOT., *Les sociétés commerciales*, édition 1999, Montchrestien.

Cette impérieuse nécessité s'explique en grande partie par le fait que les sociétés doivent exercer leurs activités dans un contexte de mondialisation et d'ouverture de leurs économies nationales à la concurrence qui les mesure sur le plan international ou local avec des firmes étrangères très puissantes qui disposent de grands capitaux et des technologies de pointes²⁶ ; alors un souci d'acclimatation aux réalités économiques dues aux changements de son environnement serait une cause parmi tant d'autres. Dans un contexte pareil, les sociétés africaines de l'espace OHADA face à l'impératif de leur survivance doivent prendre des mesures afin de faire face à ces phénomènes. Mais la volonté des associés n'est pas la seule qui soit à l'origine de la mutation des sociétés commerciales, la loi est également une source de mutation.

Ceci étant, la mutation par décision de la loi intervient lorsque certains événements surviennent lors du fonctionnement de la société. C'est notamment le cas lorsqu'elle ne remplit plus les conditions tenant au nombre des associés, à la disparition d'une catégorie d'associés pour les sociétés en commandite simple ou la diminution du capital social en deca du minimum légal. La société pourra régulariser sa situation en changeant de forme juridique et en choisissant celle qui correspond le mieux à sa composition interne et à son activité commerciale. Cette mutation forcée prévue par le législateur doit être vue, au contraire, non comme un événement imposée aux associés mais comme « *une mutation-remède* » à une situation de fait contraire au droit des sociétés commerciales OHADA. Elle constitue en réalité le moindre mal à côté de la disparition de la société.

En réalité, le domaine de cette étude sera cantonné à trois formes sociales²⁷, lesquelles présentent plus ou moins un caractère institutionnel poussé et marqué.

Néanmoins quoi qu'utilisée par la doctrine pour désigner un certain nombre de mécanismes en droit, la notion de « *mutation* » ne fait pas aussi l'unanimité. Une partie la désigne sous le vocable de « *restructuration* » pour qualifier les mêmes techniques juridiques permettant de modifier la structure juridique d'une société dans laquelle elle évolue. Pour preuve, alors que le terme mutation est présent dans le vocabulaire juridique CAPITANT²⁸, celui de restructuration est absent des dictionnaires juridiques. En outre, employée par la doctrine, la notion de mutation semble avoir été délaissée par le législateur OHADA tout

²⁶ D. AHOUA., Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français, thèse de doctorat en droit privé, p. 12.

²⁷ La société anonyme, la société à responsabilité limitée, la société en commandite simple.

²⁸ Vocabulaire juridique, Association H. CAPITANT, sous la direction de G. CORNU, P.U.F., 10^{ème} éd. 2014, p. 671.

comme par la jurisprudence de cet espace car elle ne bénéficie d'aucun régime général spécifique au sens du droit des sociétés. En d'autre terme, cela voudrait dire qu'il existe plutôt une mosaïque de règles diverses conçues pour la multitude de procédés.

Ensuite, cette transversalité de règles diverses conçues par le législateur pour encadrer de façon impérative la mutation des sociétés commerciales a d'autant plus fait reculer le rôle des volontés individuelles en droit des sociétés. Alors que le contrat est désormais défini comme un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations²⁹, le pacte social, en l'occurrence les statuts, peut être modifier à la majorité et non plus à l'unanimité. Il est bien admis que la volonté individuelle présente à l'origine de la constitution de la société fait pencher la balance vers la conception contractuelle, pendant que les règles de fonctionnement laissent peu de place à la volonté individuelle et invitent à considérer la société davantage comme une institution. Le fonctionnement de certaines formes sociales, imprimant le caractère de celles-ci comme des entités économiques, porte vraisemblablement atteinte à l'équilibre contractuel initial du pacte social, bref au principe d'autonomie de la volonté. Alors qu'aujourd'hui, la tendance de fond du droit des sociétés en général se manifeste par le retour à la liberté contractuelle et partant, à la société-contrat³⁰. D'où se pose la question suivante : **Le législateur en réglementant strictement la mutation, l'autonomie de la volonté n'est-elle pas astreinte aux règles institutionnelles préétablies?** L'encadrement strict des mutations ne bat-il pas en brèche l'aspect contractuel du droit des sociétés OHADA? Que reste-t-il encore de la force obligatoire du pacte social après la consécration de la modification des statuts à la majorité?

Les intérêts qu'une telle étude regorge sont multiples et peuvent être scindés en deux volets.

D'une part, s'agissant du volet théorique, cette étude contribuera à la systématisation de la notion de la mutation des sociétés commerciales, d'où son intérêt cognitif. Elle permettra de ressortir les spécificités et limites de la notion mais également de proposer des alternatives pour rendre ces mécanismes de mutation plus attractifs en vue de permettre aux sociétés africaines mais aussi étrangères d'y recourir plus facilement. En outre, d'autres intérêts pourraient transparaître, notamment la conceptualisation d'un régime uniforme du

²⁹ Article 1101 du code civil modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

³⁰ A. LE FEVRE., *Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel?* Perspectives d'une société par actions simplifiée, RJC, 1992, p. 89.

droit de la mutation. En effet, dans un contexte de mondialisation marqué par la concurrence, il serait judicieux de s'interroger sur les raisons d'être et les finalités de la mutation des sociétés commerciales.

D'autre part, sur le volet pratique, ce travail permettra d'attirer l'attention des associés désireux de procéder à une mutation, à maîtriser quand et comment procéder à une mutation idoine. Mais également quelles sont les statistiques de mutation des sociétés commerciales dans l'espace OHADA, leur impact sur les actionnaires, salariés et tiers.

Cette étude s'articulera autour de deux grandes parties. Elle portera dans un premier temps sur l'encadrement légal de la mutation et ensuite il s'agira de démontrer comment et à quel point cet encadrement porte atteinte à la liberté contractuelle des associés.

Première partie : Une mutation encadrée

Au cours de son fonctionnement, une société commerciale doit s'adapter continuellement aux évolutions économiques et juridiques auxquelles elle est confrontée. C'est dans cette optique, que le législateur OHADA a prévu une multitude de techniques qui ont pour objectif d'aboutir à la sauvegarde de la personnalité juridique de la société commerciale. Ces différents mécanismes qui portent le vocable « *mutation* » garantissent en réalité la pérennité de la société, entité économique et juridique.

L'intérêt primordial pour une société commerciale de recourir aux techniques de la mutation correspond à sa croissance économique qui s'effectue par la concentration³¹ des sociétés, la scission, l'apport partiel ou encore par sa transformation. Cette nécessité est l'une des données fondamentales de l'économie contemporaine.

En effet, pour permettre à la société de répondre à ce désir d'expansion, maints mécanismes juridiques sont proposés par le législateur. La mutation n'affectant absolument pas la personnalité morale de la société commerciale, seuls les instruments qui ne sauraient donner naissance à un être moral nouveau ou l'autonomie juridique des sociétés concernées seront étudiés. Par exemple, la croissance s'effectue autour d'une société, en principe la plus performante, qui prend le contrôle des autres sociétés et ces dernières deviennent ses filiales. C'est ainsi que naît un groupe de sociétés³² instrument de suprématie d'une société sur plusieurs autres.

Cependant, la mutation des sociétés commerciales en droit OHADA a fait de la part du législateur un encadrement strict et rigoureux. Celui-ci a encadré de manière suffisamment détaillée les mécanismes de la mutation. C'est ainsi que, les associés désireux de procéder, par exemple, à une transformation, une fusion, une scission ou encore un apport partiel d'actifs sont astreints à un ensemble de dispositions préétablies qui régit ces techniques juridiques.

³¹ La doctrine dans sa majeure partie parle de croissance externe. V. S. MEFFRE, *mémento pratique Francis LEFEBVRE, fusion et acquisition 2014*, n°2, p.27.

³² Sur la notion de groupe, V. LECOURT A., *Groupe de sociétés*, encyclopédie DALLOZ, répertoire de droit des sociétés, janvier 2011 (mise à jour en janvier 2014) v° groupe de société. L'enjeu d'un tel regroupement est clair. Il s'agit naturellement de doter les entreprises nationales de moyens leur permettant d'accroître leur compétitivité sur le marché mondial. V. MERLE PH., « *Droit commercial. Sociétés commerciales* » 18^e édition 2015, coll. Précis, Dalloz, p.815, n°751.

Car une mutation mal conçue ou mal réalisée peut être source de paralysie énorme due à l'opération, au lieu de résorber les difficultés antérieures elle pourra les accroître³³.

Alors, la maîtrise des diverses techniques de la mutation par les associés désireux d'y procéder est plus que primordiale et s'impose dans cet environnement³⁴. Puisque la moindre négligence ou erreur de la part des acteurs de la mutation pourrait causer des difficultés majeures supplémentaires pour la société. C'est donc pour cela, il s'avère fondamentalement utile de connaître tous les rouages des procédés de la mutation afin de les réussir parfaitement.

La prolifération d'une réglementation de plus en plus tatillonne, du droit des sociétés en général et des mécanismes de la mutation en particulier, a produit incontestablement l'encadrement institutionnel de ces derniers (chapitre 2). Néanmoins, il faut d'abord observer qu'au début c'est bel et bien l'encadrement textuel (chapitre 1) de ces techniques juridiques de la mutation des sociétés commerciales qui fut avant tout révélé.

³³ D. GIBIRILA., Droit des sociétés, 3^e édition, Ellipses, p.103 n°180 et s.

³⁴ Y. GUYON., Droit des affaires, tome 1 droit commercial général et société commerciale, 12^e éd. 2002, n°625, p.678.

Chapitre 1^{er} : L'encadrement textuel

Le législateur de l'OHADA a consacré, dans l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique, différentes techniques juridiques qui permettent aux acteurs d'une société commerciale de modifier sa structure juridique originaires sans pour autant perdre sa personnalité morale. Ainsi dans ce sens, plusieurs dispositions encadrent de manière stricte la modification de forme ou du « *vêtement* » juridique de la personne morale³⁵ et qui constituent dès lors le siège légal de ces mécanismes qui assurent à la société une certaine longévité et stabilité.

En effet, le cadre légal des divers mécanismes de la mutation reste et demeure le droit OHADA, précisément l'acte uniforme portant sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique. Les actionnaires qui rêvent de modifier le pacte social de leur société se voient soumis à cette législation pour parvenir à une mutation idoine. Dans le cas contraire, ils encourent l'annulation de la procédure entamée.

C'est dans cette optique qu'un cadre textuel dans lequel doivent baigner tous les associés qui aimeraient procéder à une mutation fut mis sur pied et entouré d'un formalisme rigide qu'ils sont tenus d'observer à peine de sanctions. Ce formalisme strict, à en croire le législateur, a été consacré dans un souci de protection des tiers à la société³⁶. Car ceux-ci sont des personnes tierces à la mutation, pour cette raison leurs droits doivent être garantis pendant et après la procédure pour ne pas leur porter préjudice.

C'est donc fort de ces arguments, que le législateur a consacré dans l'acte uniforme plusieurs textes qui encadrent les différents mécanismes qui caractérisent la mutation. Et la consécration de ces textes a été faite de manière stricte, au point où cela reflète l'emprise de la théorie institutionnelle rigide dans l'environnement de la mutation. Car en réalité, la volonté des associés désireux d'effectuer avec réussite une mutation est fortement encadrée par la loi, en l'occurrence le droit OHADA. Cet encadrement légal de la mutation s'observe pleinement dans les dispositions de l'acte uniforme.

³⁵ I. RIASSETO., Typologie des transformations, BJS 2010, p.3890.

³⁶ J. PRIEUR., Droit des contrats et droit des sociétés, in Etudes A. Sayag, Litec, 1997, 371 p.

D'ailleurs, l'encadrement textuel de la mutation se manifeste par la consécration textuelle (section 1) des techniques juridiques de la mutation et également par l'institution des sociétés par la forme en droit OHADA³⁷ (section 2).

Section 1 : La consécration textuelle

Le législateur OHADA a consacré, dans l'acte uniforme portant sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique, différents instruments et leur régime juridiques qui entraînent la mutation ou la modification de la forme juridique de la société sans perte de sa personnalité morale. Cette consécration textuelle de la mutation apparaît comme une incitation, une main tendue aux acteurs des sociétés confrontées à des difficultés, économiques comme juridiques, à ne pas les dissoudre. Au contraire, les textes leur offrent l'opportunité de réadapter leurs statuts selon les exigences légales. Il s'agit que ces dispositions légales constituent un cadre textuel ou normatif qui entoure la réalisation de la mutation³⁸.

D'ailleurs ce cadre textuel offert par le législateur aux acteurs des sociétés est très vaste et parfois complexe. Et sa complexité dénote un lourd formalisme à accomplir par les associés lors du changement du « *vêtement* » juridique de la société. Car après tout, l'influence de la théorie institutionnelle pèse sur les textes, dont la rigidité n'est plus à démontrer. Il faut dans ce cas retenir que la consécration textuelle de la mutation est étroitement réglementée.

Néanmoins en quoi consiste réellement le cadre textuel consacré par le législateur? De prime abord, il s'avère donc nécessaire de procéder à l'exposé du cadre textuel (paragraphe 1) ensuite avant de faire ressortir la rigidité textuelle (paragraphe) qui est observée pendant une mutation.

Paragraphe 1 : L'exposé du cadre textuel

La mutation de la société commerciale en droit OHADA peut être causée par un événement volontaire provoqué par les associés, tout comme il est possible qu'elle soit causée par un événement involontaire selon les circonstances. Mais quoi qu'il en soit, elle facilite le

³⁷ V. sur les différentes formes de sociétés, infra n°36.

³⁸ D. ROURE, La transformation des sociétés, Thèse Lyon 3, 1993.

renforcement des sociétés et leur adaptation aux modifications économique et juridique. Conscient des enjeux que recèle la technique de la mutation, l'objectif du législateur au fil des dispositions de l'acte uniforme³⁹ a été non seulement de donner un cadre juridique à l'opération mais aussi de faciliter le recours à ces mécanismes.

Seulement à en voir le carcan textuel dans lequel sont enfermées les techniques juridiques de la mutation, il est légitime de se demander si l'objectif du législateur sera atteint.

Autant les causes de la mutation sont diverses et variées autant la mutation peut naitre de la volonté commune des associés ou encore découler de la loi. Ainsi selon les circonstances, les mobiles qui poussent les associés à procéder à une modification de la forme juridique de leur société sont multiples : soit la volonté d'union soit le désir de puissance économique⁴⁰. Mais de toute façon, la mutation de la société commerciale en droit OHADA effectuée par les associés découle ou bien de la volonté des acteurs de la société ou encore elle résulte de la loi.

Grosso modo, ce qu'il faut retenir ce qu'il n'existe que deux sortes de mutation classée en deux catégories. Il s'agit de celle que la doctrine appelle mutation « *volontaire* » et enfin celle qui est dénommée mutation « *imposée* ».

A. La mutation volontaire

La mutation par décision des associés est aussi communément appelée mutation volontaire, voulue ou encore conventionnelle. C'est celle qui émane de la volonté des associés ou encore des actionnaires de la société. Ainsi, ceux-ci qui sont acteurs du fonctionnement de leur société vont émettre le vœu ferme de procéder à la modification des statuts sociaux dans le but d'offrir à la société un nouvel élan mais également une longévité certaine.

Cette décision de mutation peut avoir plusieurs causes. Mais ses raisons sont dans la plupart du temps liées à des choix stratégiques des associés. Puisque la société est un être évolutif, les associés sont souvent contraints par un événement extérieur de nature économique dont ils ne peuvent faire face qu'en s'adaptant à ce nouvel environnement. Il s'agit très souvent de questions d'opportunités et de la nécessaire adaptation de la société à son environnement économique⁴¹. Les avantages sont indéniables : regroupement des moyens

³⁹ L'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

⁴⁰D. AHOUA., le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaison avec le droit français, thèse, 2015, op. cit., p. 12.

⁴¹ Ph. MERLE, A. FAUCHON., Droit commercial, sociétés commerciales, précis DALLOZ, 2012.

de production, lutte contre la concurrence, augmentation de la productivité...Egalement, la mutation permet aux sociétés de s'adapter à l'économie industrielle moderne, ce qui justifie l'actualité du phénomène⁴².

En effet, la mutation tend à la recherche d'une meilleure efficacité à travers soit le changement de forme social soit par l'accroissement de la taille ou encore par l'amputation d'une branche de l'activité d'une société.

Il en est ainsi, pour mieux illustrer, lorsqu'une SARL⁴³ se transforme en SA⁴⁴ parce qu'elle veut embrasser un domaine d'activité encore plus important ou lorsqu'elle veut développer ou lancer une activité jusque là réservée aux seules SA. C'est également le cas, lorsqu'une société procède à un changement de son capital social, par le biais d'une augmentation du capital.

La mutation qui découle de la volonté des associés intervient comme cela a été vu ci-dessus déjà lorsque la société se trouve à un moment de sa vie sociale et qu'elle estime nécessaire d'opter pour une autre forme sociale qui serait plus lucrative pour elle. Alors, dans cet élan d'évolution, les actionnaires se réunissent et décident d'adopter cette forme sociale.

La volonté des associés n'est pas la seule qui soit à l'origine de la mutation des sociétés commerciales. La loi est également une source de la mutation. C'est la mutation imposée ou encore légale, car elle intervient alors même que les associés de la société n'en veulent pas forcément.

B. La mutation imposée

La mutation imposée⁴⁵ intervient lorsque certains événements surviennent dans la vie de la société, notamment la disparition d'une catégorie d'associés dans la société en commandite simple ou encore l'abaissement du capital de la société en deçà du minimum légal. Néanmoins, cette mutation forcée ne doit pas être vue, au contraire, non comme un événement imposé aux associés mais comme un remède à une situation de fait contraire au droit des sociétés. Dans ce cas ci, il s'agit pour la société qui doit procéder à la mutation, de modifier sa forme juridique initiale pour en adopter une qui correspond le plus aux règles qui

⁴² F. BARRIERE., La fusion filialisation, Revue des sociétés, p.667.

⁴³ Société à Responsabilité Limitée.

⁴⁴ Société Anonyme.

⁴⁵ Egalement connu sous l'appellation « *mutation par décision de la loi* ».

devraient désormais la régir. En réalité, dans ce contexte, la mutation apparaît plus comme une condition de sa survie.

Il en serait ainsi, à titre d'illustrations notamment, lorsque dans une société en nom collectif un associé décède et que ses parts sont transmises à des héritiers ou successeurs mineurs. Ces derniers ne pouvant pas être associés en nom, si la société doit continuer entre eux et les associés survivants, elle doit être transformée en société en commandite simple⁴⁶ dans laquelle ils auront la qualité de commanditaires.

Il en serait de même pour la société en commandite simple avec le décès de l'unique associé commandité dont les parts sont transmises aux héritiers mineurs. La société doit se transformer en une forme de société dans laquelle les incapables qui continueraient la société n'engageraient pas leur responsabilité indéfiniment et solidairement⁴⁷. Cette décision est compréhensible car il est impossible du fait de l'incapacité commerciale des futurs associés mineurs non émancipés⁴⁸

Une autre cause de la mutation imposée, est celle de la disparition totale d'une catégorie d'associés. En effet, la société en commandite simple étant une forme de société dans laquelle cohabitent deux catégories d'associés, elle ne pourrait plus continuer à exister sous cette forme si l'une des catégories venait à disparaître⁴⁹.

Enfin, la dernière cause de mutation imposée est celle de la réduction du capital des SA et SARL en dessous du minimum légal. La mutation est la solution qui s'impose aux actionnaires ou associés lorsqu'ils ne veulent pas de la dissolution de la société telle que la leur impose la loi⁵⁰. Dans cette hypothèse, la mutation constitue une planche de salut pour les actionnaires ou associés qui veulent faire pérenniser la société.

La mutation imposée par la loi apparaît comme une « *mutation-remède* » pour rétablir en une situation de droit une situation qui risquait de s'en éloigner, dans la plupart des cas, lorsqu'elle constitue souvent le moindre mal à côté de la disparition de la société.

Les différentes sources de la mutation ayant été étudiées, il apparaît judicieux de voir à présent comment l'application des textes prévus et établis par le législateur s'avère plus

⁴⁶ Article 290, al 4 de l'AUSCGIE.

⁴⁷ Article 308, al 2 de l'AUSCGIE.

⁴⁸ Article 7 de l'AUDCG.

⁴⁹ L'exemple de la société en commandite simple.

⁵⁰ Article 368 et 369 de l'AUSCGIE.

difficile en pratique pour les acteurs de la société. Il faut noter qu'en pratique, ce cadre textuel strictement encadré devient un véritable casse-tête pour les associés qui souhaitent procéder à une mutation.

Paragraphe 2 : La rigidité du cadre textuel

Le législateur OHADA a édicté au fil de l'AUSCGIE des dispositions tatillonnes dont l'application au cours d'une mutation semble être difficile en lieu et place de la souplesse recherchée dans ce domaine⁵¹. Ce cadre textuel apparaît comme un carcan légal imposé aux acteurs de la société.

En effet, la rigidité du cadre textuel réside non seulement dans les conditions ou modalités de la mise en œuvre de la mutation des sociétés commerciales mais également dans le caractère impératif de ces règles⁵². Puisque le non respect de celles-ci, entraîne en principe la nullité de l'opération, c'est-à-dire l'échec de parvenir à la mutation.

Donc, les modalités relatives à la transformation, la fusion, la scission, les opérations sur le capital social, bref à la mutation, échappent en principe à la volonté des associés qui envisagent d'y procéder et d'y réussir. Dès lors, les conditions pour parvenir à une mutation idoine et reçue sont préétablies par le législateur et leur inobservation entrainera la nullité de l'opération.

Les textes édictés pour la mutation des sociétés commerciales par le législateur sont vraisemblablement contraignants pour les associés qui aimeraient effectuer cette opération. Alors que le vœu originnaire formulé par le législateur était de rendre le droit des sociétés commerciales, y compris ces instruments juridiques relatifs à la mutation, souple et attractif⁵³. Mais à en observer la rigidité de ces dispositions, il n'est pas excessif de dire qu'elles risqueraient de produire l'effet inverse.

A partir de ce constat peu florissant, il apparaît utile et nécessaire d'étudier les différentes modalités et conditions établies par le législateur mais également de tenter de faire apparaître le caractère impératif de celles-ci.

A. La diversité des modalités

⁵¹ M., JEANTIN, Droit des sociétés, 3^e édition, Montchrestien, 1994.

⁵² Ces deux aspects traduisent à eux seuls le caractère rigide des dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales OHADA.

⁵³ R., LIBCHABER., « *La société, contrat spécial* » in « *Dialogues avec M. JEANTIN* », prospectives du droit économique, Dalloz, 1999, p. 281, n°7.

Le terme mutation est une notion qui contient une multitude de mécanismes dont leur finalité conduit au même résultat qui est la sauvegarde de la personnalité morale de la société. Dès lors, le législateur a posé des conditions strictes pour chaque technique juridique afin d'aboutir à l'opération tant souhaitée par les associés.

Ces différentes conditions prévues par la loi sont diverses, parmi lesquelles il faut citer entre autres à cet effet: la réunion d'une assemblée générale extraordinaire, les conditions précises de convocations, de délais, de quorum et de majorité⁵⁴.

La modification des statuts de la société requiert préalablement la réunion d'une assemblée générale extraordinaire. Celle-ci est enclenchée par une convocation des associés. Faut-il le rappeler que tous les associés ont le droit de participer à cette assemblée et d'y voter sans restriction quelconque. Et la convocation des associés répond aussi à des exigences légales puisque il existe des délais à respecter à peine de forclusion.

En dehors de la convocation de l'assemblée générale extraordinaire, lors de la séance proprement dite les associés présents ou représentés doivent réunir le quorum et la majorité nécessaires pour que soit valable leur décision prise. Dans le cas contraire, leur décision encourt la nullité pour défaut de quorum nécessaire ou de majorité requise. Pour ne pas alors encourir cette lourde sanction, ils devraient s'assurer d'abord qu'ils réunissent toutes ces conditions et modalités.

Quant à la procédure de la mutation, son caractère formaliste ne saurait surprendre dans la mesure où elle s'entend par la modification des statuts, c'est-à-dire de l'accomplissement d'actes ou de formalités, dont le respect s'impose aux associés de la société commerciale qui désirent y procéder. Ces actes et formalités sont donc indéniablement inséparables du caractère formaliste. Celui-ci est au demeurant une garantie pour la sécurité des affaires, bref l'ordre public, car elle protège contre les manœuvres des associés.

Ce formalisme lourd imposé préside véritablement en droit des sociétés au cours de la modification des statuts⁵⁵. A cet égard, la procédure de modification des statuts est contraignante au sein des sociétés de capitaux, dans la mesure où elle suppose de recueillir

⁵⁴ Art., L. 225-96 C. com. Français.

⁵⁵ Voir Ph. BRUNSWICK, « SAS et capital investissement : vers la fin des pactes d'actionnaires extrastatutaires ? », D., 2000, 595, II. 2-3.

l'avis d'un beaucoup plus grand nombre d'actionnaires⁵⁶ qui sont regroupés dans ces genres de sociétés.

Cette procédure de la mutation est alors bien moins simple sur le fond qu'elle paraît car elle pourrait parfois conduire à des situations de blocage si jamais les actionnaires n'arrivent pas à s'entendre sur les modifications à apporter aux statuts, qui sont pourtant rendues nécessaires par l'évolution de la conjoncture et de l'environnement. Ainsi, les conditions et modalités posées par le législateur lors d'une procédure de mutation sont strictement observées sous peine d'échec total.

Comme est déjà dit ci-dessus, l'observation des diverses conditions et modalités rigoureusement posées par la loi est un préliminaire pour une mutation réussie. Il sera traité dans le paragraphe suivant du caractère impératif des diverses conditions et modalités que les associés sont tenus d'observer pour réaliser une mutation parfaite.

B. Le caractère impératif

Les différentes conditions et modalités établies par la loi dans le cadre d'une procédure de mutation s'observent de manière stricte au risque de voir le mécanisme entrepris échoué. Elles doivent, par conséquent, être appliquées à la lettre si les acteurs ne veulent pas faire face à des difficultés nouvelles qui vont entraîner la paralysie de la société commerciale.

Ainsi, la méconnaissance des formalités prescrites pour procéder à une mutation est sanctionnée par la nullité de l'opération⁵⁷. Les règles qui gouvernent la mutation ont un caractère impératif, c'est-à-dire qu'elles reposent sur l'intérêt général et sont donc d'ordre public. Toute violation de celles-ci entraîne la nullité de la mutation de la société commerciale.

L'ensemble des dispositions figurant dans l'Acte uniforme ont un caractère impératif, c'est-à-dire qu'elles sont d'ordre publics⁵⁸. Doivent en effet être inclus dans cette catégorie, l'ensemble des articles contenant les formules suivantes : « les statuts peuvent », « à défaut de disposition expresse des statuts », « sauf stipulation contraire des statuts », « à moins que les statuts de la société ne prévoient »...

⁵⁶ La règle de quorum se trouve ainsi abaissée.

⁵⁷ La conséquence en cas de non-respect des formalités prescrites est bien la nullité.

⁵⁸ Art. 2-1.

Dès lors, l'observation et l'accomplissement des conditions et modalités devraient avoir un caractère impératif. Le respect des formalités est une obligation pour tous associés qui désirent réussir une mutation parfaite et florissante pour la société commerciale. Il est indéniable que l'impératif de sécurité juridique commande à ce qu'aucune marge de liberté ne soit laissée aux actionnaires pour l'observation des conditions et modalités pour la procédure de mutation⁵⁹.

L'exposé de la consécration textuelle de la mutation de la société commerciale en droit OHADA vient révéler la rigidité de la réglementation. Ainsi, il est à signaler que les différentes techniques juridiques de la mutation sont enfermées dans un carcan textuel qui constitue l'unique source de celles-ci, d'où le lourd formalisme qui est observé.

Or, lorsque les diverses conditions et modalités posées par le législateur malgré leur caractère impératif sont fidèlement observées, la mutation conduit à l'adoption d'une nouvelle forme sociale parmi celles instituées. Dès lors, à partir de ce moment il s'avère important de se pencher sur les différentes formes sociales instituées par la loi.

Section 2 : L'institution de sociétés par la forme

Les sociétés commerciales sont, parmi les catégories de personnes morales, celles qui offrent le plus de possibilité pour opérer une mutation⁶⁰. Car, cela est possible dans cette catégorie de personnes morales en raison de la diversité de formes qu'elles offrent. Un bref rappel historique est indispensable pour comprendre comment la législation actuelle a évolué pour arriver là où elle est présentement.

Pendant tout le 19^e siècle et la première moitié du 20^e, seuls les commerçants pouvaient faire l'objet d'une procédure de faillite en cas de cessation de paiement. Parmi les nombreux scandales financiers de la fin du siècle dernier, l'un des plus célèbres fut celui du canal de panama⁶¹. S'agissant du creusement d'un canal, l'objet de la société était civil, si bien qu'il fut impossible de lui appliquer la procédure collective de faillite, et cette circonstance accrut encore les mécomptes des milliers de créanciers.

Aussi une loi française du 1^{er} août 1893 édicta-t-elle que les sociétés par actions seraient commerciales à raison de leur forme, quels que soient leur objet et leur activité. La

⁵⁹ R. RODIERE et B. OPPETIT, Droit commercial, groupements commerciaux, Précis Dalloz, 10^e éd., 1980.

⁶⁰ R. MERCADALA, le critère de la distinction des sociétés civiles et commerciales, RTD com, 1982.

⁶¹ Affaire du canal de Panama (1888-1893).

même solution fut adoptée pour les sociétés à responsabilité limitée lorsqu'elles furent introduites dans le droit français, par la loi du 7 mars 1925. Et enfin, la loi du 24 juillet 1966 généralisa cette disposition⁶².

Après ce bref rappel, il faut souligner que les sociétés commerciales en droit français tout comme en droit OHADA sont nombreuses et différentes. Nombreuses, puisqu'il existe dans les deux législations au moins une demi-douzaine de sociétés commerciales. Différentes, car elles n'ont ni la même forme juridique ni le même régime juridique. Partant de ce constat, il n'est pas erroné de dire, particulièrement en ce qui concerne le droit OHADA, que le législateur offre aux acteurs de la vie sociale une pluralité de sociétés par la forme. Et actuellement, la société commerciale reste la seule personne morale qui accorde autant de formes sociales.

Ainsi donc, les formes de sociétés instituées par le législateur en droit OHADA sont multiples et diverses (paragraphe 1). Une étude méticuleuse sera consacrée à chacune de ces sociétés. Néanmoins il faudrait après tout, pour parler d'égalité entre sociétés commerciales par la forme en droit OHADA, que celles-ci soient entre elles équivalentes (paragraphe2).

Paragraphe 1 : La pluralité des formes sociales

Avant de constituer une entreprise commerciale, il est nécessaire d'examiner s'il est préférable d'adopter le régime de l'entreprise individuelle ou de constituer une société et, au cas où le principe de la création d'une société est retenu, quelle est la forme qu'il convient de choisir. C'est pourquoi il est paru utile de dresser un tableau des différentes formes de sociétés⁶³ qui existent en droit OHADA.

En effet, le législateur de l'OHADA prévoit une multitude de sociétés commerciales. C'est dire que, la loi, l'AUSCGIE en l'occurrence, crée cinq sociétés commerciales par la forme. D'après ce texte, « *sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, la Société en Nom Collectif, la Société en Commandite Simple, la Société à Responsabilité Limitée, la Société Anonyme, et enfin la Société par Actions Simplifiée*⁶⁴ ».

La commercialité formelle des sociétés fut maintenue en droit OHADA en raison de son caractère pratique : elle permet en effet de savoir sans incertitude et sans ambiguïté à

⁶² F., DEKEUWER-DEFOSSEZ, Droit commercial, 6^e édition, Montchrestien, 1999.

⁶³ F. LEMEUNIER., SARL, 22^e éd., Delmas, 2001, p. 26.

⁶⁴ V. art. 6.

quelles juridictions sont soumises ces sociétés. Cette règle est d'une grande importance pratique puisque les sociétés commerciales sont, de loin, les plus importants et les plus nombreux agents économiques soumis au droit commercial.

Dès lors, elles peuvent ainsi être classées en deux catégories de sociétés, à savoir les sociétés de capitaux ou sociétés à risque limité et les sociétés de personnes ou sociétés à risque illimité. Cette classification traditionnelle opérée par la doctrine servira de fondement au développement qui suivra. Il s'agira de part et d'autre de distinguer les sociétés à risques illimité des sociétés à risque limité.

A. Les sociétés à risque limité

Les sociétés commerciales que la doctrine qualifie de société à risque limité ont été instituées par le législateur dans l'acte uniforme portant société commerciale et groupement d'intérêt économique. Cependant pourquoi sont-elles qualifiées ainsi ?

En réalité, la doctrine enseigne que dans ces formes de société, les capitaux occupent une place importante plus que l'intuitu personae, car elles sont constituées en fonction des actions détenues par les associés. Ces sociétés permettent avant tout de drainer des masses importantes de capitaux. Par là même, elles nécessitent une vigilance constante des pouvoirs publics pour protéger les épargnants, attirés par les avantages d'un placement en actions⁶⁵.

Au sein de l'AUSCGIE, les sociétés à risque limité prévues sont au nombre de trois. Ainsi, il existe la société anonyme, la société à responsabilité limitée et enfin la société par actions simplifiée. Il est important de signaler que dans ces formes de sociétés, la responsabilité des associés est limitée uniquement à leurs apports comme il sera vu ci dessus.

D'abord la société à responsabilité limitée est encadrée par le législateur de l'OHADA dans les articles 309 à 384 de l'AUSCGIE. C'est « *une société dans laquelle les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont les droits sont représentés par des parts sociales*⁶⁶ ».

Ensuite, s'agissant des sociétés par actions, traditionnellement le législateur n'avait prévu que la société anonyme. Celle-ci est une forme sociétaire créée pour drainer un maximum de capitaux et est caractérisée par l'inflexibilité de ses règles de fonctionnement.

⁶⁵ Ph., MERLE, Droit commercial sociétés commerciales, 6^e éd., Dalloz, 1998, p. 243.

⁶⁶ Art. 309.

Pour remédier à la rigueur de la société anonyme, une dernière née a vu le jour à la lumière de la révision de l'acte uniforme portant société commerciale et groupement d'intérêt économique intervenue le 30 janvier 2014⁶⁷, il s'agit de la société par actions simplifiées. Celle-ci se caractérise par la souplesse de ses règles de fonctionnement : les associés déterminent librement dans les statuts la nature et les fonctions des organes de direction, ainsi que les conditions et les formes dans lesquelles sont prises les décisions collectives. Il faut surtout que l'émission des valeurs mobilières reste la caractéristique principale des sociétés par actions.

Ainsi, les différentes sociétés à risque limité révélées, il s'agit maintenant de démontrer qu'entre elles, elles sont susceptibles de faire l'objet d'une mutation sans aucune restriction lorsque le besoin se fera sentir.

Autant une SARL peut changer sa forme juridique originale en adoptant celle de la SA tout comme elle peut en adopter celle de la SAS, sans que la société originale ne perde sa personnalité juridique et cela vice versa. La mutation entre ses différentes formes de sociétés est rendue possible par les dispositions de l'AUSCGIE. Celui-ci ne met aucun obstacle à la mutation entre elles hormis les conditions et modalités posées par la loi pour chaque forme de société. Une fois que celles-ci sont remplies, plus rien ne s'oppose à la mutation.

Cette diversité de forme sociétaire ne se rencontre pas uniquement dans les sociétés de capitaux, mais aussi dans les sociétés de personnes où l'intuitu personae est particulièrement fort.

B. Les sociétés à risque illimité

Les sociétés que la doctrine qualifie de sociétés de personnes sont également prévues par le législateur OHADA dans son acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique. Elles sont exactement au nombre de deux : tout d'abord il faut citer la société en nom collectif⁶⁸ puis ensuite la société en commandite simple⁶⁹.

⁶⁷ Il s'agit de la SAS introduite par les articles 853-1 à 853-23.

⁶⁸ Art. 270 : « la société en nom collectif est celle dans laquelle tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales ».

⁶⁹ Art. 293 : « la société en commandite simple est celle dans laquelle coexistent un ou plusieurs associés indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales dénommés (associés commandités), avec un ou plusieurs associés responsables des dettes sociales dans la limite de leurs apports dénommés (associés commanditaires) ou (associés en commandite), et dont le capital est divisé en parts sociales ».

Elles sont appelées sociétés de personnes, parce que la prédominance de l'intuitu personae est très remarquable en leur sein. Et ont pour caractéristique commune, de menacer le patrimoine même de l'associé en cas de difficultés dans leur gestion. Alors que le risque en cas de gestion dépasse fortement les apports de l'associé et les conséquences se feront sentir jusque dans son patrimoine personnel⁷⁰.

Parce que, dans les sociétés en nom collectif très souvent, tous les associés se connaissent et se font mutuellement confiance. En outre, ils ont tous la qualité d'associés-commerçants et exercent ensemble le commerce tout en répondant indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Authentique par sa commercialité, les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement unanime de tous les associés sauf clause statutaire contraire.

Mais aussi, en cas de décès d'un des membres⁷¹ ou encore de faillite⁷², la société prend fin de plein droit sauf également clause statutaire contraire. Le décès d'un des associés en cours du fonctionnement de la société entraîne la perte de la personnalité morale à celle-ci.

Tandis que, pour ce qui est des sociétés en commandite simple, en réalité, tous les associés ne sont pas tenus sur leur patrimoine propre. Il faut reconnaître, qu'en leur sein il existe deux types de catégorie d'associés soumis à des régimes différents. C'est ainsi, qu'il y a les associés commandités (qui répondent personnellement des dettes sociales) et les associés commanditaires qui échappent, en cas de difficultés financières, de répondre indéfiniment et solidairement des dettes sociales.

Cependant, existe-t-il entre ces sociétés étudiées ci-dessus une restriction lorsqu'elles veulent parvenir à une opération de mutation ?

Comme cela a été vu plus haut concernant les sociétés de capitaux, la mutation est rendue également possible entre la société en nom collectif et la société en commandite simple ou entre celle-ci et celle là. Les conditions posées par le législateur OHADA constituent les seuls obstacles, une fois qu'elles sont respectées, la mutation devra effective sans aucune entrave. Cette diversité de formes sociales au sein de la même catégorie de

⁷⁰ Lorsque les biens de la société n'épongent pas les dettes, le patrimoine personnel des associés pourra être substitué à celui de la société pour couvrir les dettes.

⁷¹ Art. 290.

⁷² Art.291.

personne morale offre sans grande difficulté la possibilité de modifier la forme juridique initiale de la société⁷³.

Seulement que vaudrait cette pluralité de sociétés si réellement les formes sociales n'étaient pas aussi équivalentes entre elles ? Cette question majeure est annonciatrice de l'équivalence qui est observée entre les formes de sociétés commerciales consacrées par le législateur. Car il faut souligner que cette diversité est propre à cette catégorie de personne morale qu'est la société commerciale.

Paragraphe 2 :L'équivalence des formes sociales

A la lecture des dispositions du droit OHADA, il est à déduire une certaine égalité entre les différentes sociétés commerciales que le législateur a consacrées. Cette égalité ou équivalence des formes sociales qui est observée se manifeste par plusieurs facteurs qu'il faudrait révéler au cours de cette étude.

Ainsi, il est important de savoir qu'il existe un principe qui consacre l'équivalence des sociétés commerciales en droit OHADA. Mais également comme il en est toujours des principes, il faut noter des exceptions à la règle qui seront ici exposées et analysées.

Le principe consacrant l'égalité des diverses formes sociales est le suivant : « *toutes les sociétés commerciales s'égalent en droit OHADA sans aucune distinction* ». C'est-à-dire qu'il s'agisse de sociétés de capitaux ou de personnes, la mutation est rendue possible entre elles sans aucune restriction particulière de formes hormis les conditions établies. Alors peu importe les distinctions traditionnellement établies par le législateur ou les auteurs, les sociétés commerciales demeurent équivalentes entre elles. Qu'elles soient des sociétés à risque limité ou encore à risque illimité, elles sont soumises à ce principe d'égalité.

Toutefois, le principe d'égalité n'est pas absolu et parfois certaines exceptions à cette règle apparaissent. C'est pour cela il conviendrait de relever également les exceptions à cette règle d'égalité qui veut que toutes les sociétés soient équivalentes.

A. Le principe d'égalité des formes sociales

La pérennité de la personnalité morale suite à une mutation n'est pas exclusivement subordonnée à une diversité de sociétés commerciales. Il peut exister une pluralité de formes sociales, encore faudrait-il qu'elles soient égales entre elles. Cette équivalence des formes

⁷³ Autant les sociétés commerciales par la forme sont multiples autant elles s'égalent entre elles.

sociales signifie qu'une société peut procéder à une mutation mais en adoptant simplement une nouvelle forme juridique à la condition seulement que celle-ci soit l'équivalente de celle qu'elle a abandonnée. Elle est normalement déterminée par le législateur OHADA, mais celui-ci n'ayant pas expressément proclamée cette équivalence, elle doit être déduite de ses dispositions⁷⁴.

Tout de même, dans ce contexte, quel est le principal indice qui permet de déterminer avec exactitude l'équivalence des formes sociales ?

L'indice majeur qui permet de déterminer l'équivalence des formes sociales demeure sans nul doute le maintien de la personnalité morale de la société commerciale après la mutation. Car si après mutation, celle-ci conduit à la création d'une nouvelle personne morale, alors dans ce cas il n'est plus question de continuation de l'ancienne société mais tout simplement dissolution ou disparition de cette dernière.

Dès lors, l'équivalence des formes s'observe tant au niveau de la catégorie des sociétés de capitaux ainsi que des sociétés de personnes, mais également entre n'importe laquelle société de capitaux et n'importe quelle société de personnes. Elle est implicitement dictée par le législateur lorsqu'il dispose, s'agissant de la transformation, que « *la transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Elle ne constitue qu'une modification des statuts (...)*⁷⁵ ». Ainsi donc, la loi admet que toutes les sociétés commerciales ont une forme équivalente et le passage de l'une à l'autre des formes sociales ne devrait pas entraîner la création d'une personne morale nouvelle.

Toutefois, le principe d'égalité des formes de sociétés commerciales après une mutation souffre de quelques limites qui sont également prévues par le législateur. Il faudrait relever à présent cette exception légale qui s'observe dans certains cas spécifiquement prévus par les dispositions de l'acte uniforme portant société commerciale et groupement d'intérêt économique.

B. L'exception légale

La mutation de la société commerciale n'a pas pour effet de créer une personne morale nouvelle, tel est le principe consacré par le législateur comme il a été vu ci-dessus.

⁷⁴ J. H. et M. MOLIERAC., Manuel des sociétés, t.1, les sociétés de personnes, 1969.

⁷⁵ Art. 181, al. 2.

Néanmoins, ce principe n'est pas absolu et souffre de plusieurs limites sur lesquelles il apparaît opportun de s'arrêter.

A ce propos, si au cours d'une mutation, une société adopte une forme sociale non prévue par le législateur, la sanction encourue est sévère puisque celle-ci perdra sa personnalité morale et cela si seulement elle poursuit une activité commerciale. C'est-à-dire que la perte de la personnalité morale n'est pas automatique, elle est simplement soumise à la condition que la société nouvelle qui n'est pas prévue par l'acte uniforme ne devrait pas poursuivre une activité commerciale sous peine de se voir infliger la plus lourde sanction. Il faudrait alors qu'il existe un lien entre la forme sociale et son objet social qui détermine sa spécialité. Car en vertu du principe de la spécialité, une société comme toute personne morale, ne peut valablement agir, que dans le cadre des limites de son objet social⁷⁶. A titre illustratif, une société commerciale ne peut avoir un objet civil, au risque de voir sa personnalité morale anéantie.

La mutation a lieu uniquement au sein des formes de sociétés commerciales consacrées par la loi car dès que les associés adoptent une forme sociale non prévue par le législateur OHADA, cela nuit à l'être moral en l'anéantissant. A propos de la transformation qui est un des mécanismes de la mutation, une disposition énonce que : « *lorsque la société, à la suite de sa transformation, n'a plus l'une des formes sociales prévues par le présent acte uniforme, elle perd la personnalité juridique si elle exerce une activité commerciale* ». ⁷⁷

Dès lors, le principe d'égalité des formes sociales, qui ressort de l'analyse des dispositions du droit OHADA des sociétés commerciales, ne joue pas lorsque la mutation a eu pour conséquence la mise au point d'une forme sociale non prévue par le législateur.

Autrement dit, il faut comprendre que la mutation d'une SARL, d'une SA ou encore d'une SCS en une société civile⁷⁸ qui continuera à exercer une activité commerciale en dépit de l'interdiction est sanctionnée par la perte de la personnalité de celle-ci. Ou encore, la mutation d'une société commerciale qui aura pour conséquence de créer une forme sociale hormis celles prévues par le législateur aura de lourdes conséquences. Cette sanction légale

⁷⁶ C'est pourquoi le principe de la spécialité impose aussi que l'activité soit déterminée et décrite dans les statuts, art. 19 et s. de l'AUSCGIE.

⁷⁷ Art. 188.

⁷⁸ La société civile est une espèce de société soumise à un statut légal particulier et à toutes les règles non contraires du droit commun des sociétés que la loi, par opposition notamment aux sociétés commerciales, définit comme un genre résiduel, en reconnaissant un caractère civil à toutes les sociétés auxquelles une disposition légale n'attribue pas un autre caractère à raison de leur forme, de leur nature ou de leur objet.

paraît compréhensible au regard du principe de la spécificité souligné ci-dessus. Une société civile avec un objet commercial est en contradiction avec la réglementation établie par le législateur de l'OHADA.

Après avoir énoncé de manière assez claire l'encadrement textuel dont fait l'objet la mutation de la société commerciale dans l'espace OHADA, il est à présent temps de parler de l'encadrement institutionnel qui fera l'objet de ce second chapitre.

Chapitre 2 : L'encadrement institutionnel

Il a été dit un peu plus haut de la société commerciale qu'elle est une « *institution* »⁷⁹. Car de nombreux aspects de son fonctionnement s'assimile à un organisme créé et fonctionnant selon une constitution légale, impérative et durable, autonome par rapport à ses fondateurs. Le législateur a ainsi strictement légiféré concernant la société en la réglementant (avec notamment moult dispositions d'ordre public) au point où son aspect contractuel s'est considérablement rétréci.

Il faut noter que l'existence de la personnalité juridique de la société n'est pas affectée par certains événements qui se réalisent au cours de son fonctionnement. Ces événements, connus sous le terme « *mutation* », n'entraînent pas lorsqu'ils sont réguliers, la création d'une nouvelle personne morale. C'est bien la même personne morale qui continue mais avec un nouvel habit. Juridiquement, cela se traduit par une simple modification des statuts, sans création d'un être moral nouveau, mais au contraire par le maintien de celui-ci⁸⁰.

C'est donc tout un formalisme strict qui caractérise la mutation des sociétés commerciales en droit OHADA. Et ce formalisme n'est que l'expression de l'influence de la théorie institutionnelle dans cet environnement qui ne cesse d'être de plus en plus encadré.

C'est dire que, le processus pour parvenir à une mutation saine débute par une modification du pacte social, à l'occurrence les statuts de la société. Ensuite cette modification des statuts sociaux a pour conséquence la sauvegarde de la personnalité morale de celle-ci.

⁷⁹ Supra n°12.

⁸⁰ P. LE CANNU., « *Droit des sociétés* » 2^e éd., sept 2003, Montchrestien, P.313.

Section 1 : La modification des statuts de la société

Toute société commerciale a une charte qui lui tient de constitution, c'est-à-dire de norme fondamentale qui la régit de sa naissance, en passant par son évolution pour s'achever par son décès. Du début à la fin de la société commerciale, ce sont donc les statuts qui consacrent le pacte social, et constituent le siège des volontés communes des associés.

En effet, si les statuts se présentent comme une œuvre destinée à braver le temps⁸¹, il faut remarquer qu'ils ne peuvent résister indéfiniment à l'évolution économique ou juridique. Il faudrait que les associés ou actionnaires pensent parfois à leur apporter des retouches, des compléments, et des adaptations.

La modification des statuts de la société commerciale relève de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire. Celle-ci obéit à des règles particulières de fonctionnement qui lui sont applicables⁸².

D'abord, il est indispensable de réunir tous les associés (paragraphe 1), ensuite la décision collective se prend à des quorums et majorités variables selon les types de sociétés (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La tenue d'une assemblée générale extraordinaire

Au cours du fonctionnement d'une société commerciale, plusieurs assemblées peuvent être convoquées et tenues par les associés⁸³. Elles peuvent avoir plusieurs fonctions. Ainsi, pour ce qui concerne l'assemblée générale extraordinaire, elle a principalement pour fonction la modification des statuts sociaux.

Alors la tenue d'une assemblée générale extraordinaire s'impose aux associés de la société commerciale qui désirent procéder à une mutation. Cette assemblée répond à un certain nombre de conditions et dispose d'importantes attributions. Mais le formalisme auquel elle est soumise témoigne de son caractère rituel et collectif⁸⁴.

⁸¹ La durée de vie d'une personne morale est de 99 ans en principe.

⁸² PH. MERLE, A., FAUCHON, « *Droit commercial, sociétés commerciales* » 15^e éd., Dalloz 2012, op. cit., p. 20.

⁸³ Il existe entre autre l'assemblée générale ordinaire, l'assemblée spéciale.

⁸⁴ M., COZIAN, A., VIANDER, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Litec, 1992, p.271.

Pour tenir une assemblée générale extraordinaire, il faut préalablement la réunion de plusieurs conditions. Une fois ces exigences préalables remplies, il faudrait savoir quelles sont les réelles attributions dont dispose cette assemblée générale extraordinaire.

A. Les conditions préalables de réunion

La réunion à proprement parler de l'assemblée générale extraordinaire est précédée dans tous les types de société commerciale d'une convocation des participants et la mise à leur disposition de la documentation appropriée dans les délais requis. C'est dire qu'il existe tout un ensemble de conditions préalables à remplir avant la tenue de cette assemblée.

En effet, la convocation des associés se déroule de la manière suivante⁸⁵ au sein de la société à responsabilité limitée, mais également dans la société en commandite simple et pour finir de la société anonyme selon des règles ordinaires qu'il serait utile d'exposer:

Premièrement dans la SARL, le gérant, les associés détenant la moitié (1/2) ou le quart (1/4) des parts sociales et le commissaire aux comptes se partagent concurremment le droit de convoquer cette assemblée.

Deuxièmement, au sein de la SCS la tenue d'une assemblée extraordinaire est de droit si elle est demandée par un (1) associé commandité ou le quart (1/4) en nombre et en capital des associés commanditaires.

Enfin, pour ce qui est de la société anonyme, l'assemblée générale extraordinaire ne délibère valablement que si les actionnaires qui sont présents à la dite assemblée ou qui y sont représentés possèdent au moins la moitié (1/2) des actions de la société, sur première convocation. Si c'est sur une deuxième, troisième convocation qu'ils se sont présentés, l'assemblée pourra délibérer valablement si ceux qui sont présents ou représentés disposent seulement du quart (1/4) des actions⁸⁶. Il faut toutefois souligné qu'une quatrième convocation n'est possible dans l'état actuel du droit OHADA des sociétés commerciales⁸⁷.

Comment se déroule-t-il la convocation des associés ou actionnaires des différentes sociétés ?

⁸⁵ Art 286 de l'AUDSC.

⁸⁶ W. E. GONCALVES, Droit ses sociétés, 3è éd. Pothier, 2017, p. 470.

⁸⁷ Remarquons que même la 3è convocation a lieu dans un délai qui n'excède pas deux mois à compter de la 2è convocation, supra n°85.

D'abord, les associés sont convoqués quinze (15) jours au moins avant la réunion par lettre au porteur ou lettre recommandée, par télécopie et courrier électronique en cas d'accord préalable de l'associé. La convocation doit indiquer la date, le lieu et l'ordre du jour de la réunion.

Mais également, ils disposent d'un droit de communication avant toute assemblée et ce droit s'exerce durant les quinze (15) jours précédant la tenue de l'assemblée. En effet, au cours d'une assemblée générale extraordinaire, la convocation est accompagnée du texte des résolutions, du rapport du gérant, et le cas échéant, du rapport du commissaire aux comptes. A compter de la communication des documents d'information, tout associé pourra poser par écrit des questions auxquelles le gérant est tenu de répondre au cours de l'assemblée.

De toute façon, la convocation et les documents qui l'accompagnent, doivent parvenir aux associés au plus tard quinze (15) jours avant la réunion. Pour les tribunaux, ce délai court à compter de la lettre d'envoi et non de la réception⁸⁸.

La convocation des associés, au sein de la SARL mais aussi dans la SCS, à l'assemblée générale extraordinaire, en principe et en temps normal, appartient au conseil d'administration ou administrateur général et au gérant. Dans certaines circonstances, la convocation peut être entreprise à l'initiative du commissaire aux comptes⁸⁹ ou à la demande d'un associé représentant au moins le dixième (1/10) du capital social et enfin par le liquidateur.

Cette convocation est faite par le biais d'un avis de convocation inséré dans un journal d'annonces légales ou par lettre au porteur, contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou encore par télécopie ou courrier électronique.

Quant au délai fixé par le législateur pour la convocation des actionnaires, il est de quinze (15) jours au moins s'il s'agit d'une première convocation et éventuellement pour les autres convocations suivantes, six (6) jours au moins. Ce délai légal peut même être modifié par le juge dans le cas d'une convocation de l'assemblée par un mandataire judiciaire. Quoiqu'il en soit, l'avis doit comporter certaines mentions obligatoires comme la dénomination sociale, le sigle, la forme, le montant du capital social, l'adresse du siège social, le numéro

⁸⁸ CA Versailles, 12mars 1991. Bull. Joly 1991.525. Note LE CANNU.

⁸⁹ Par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

d'immatriculation au RCCM⁹⁰, les jours, heures et lieu de l'assemblée extraordinaire et son ordre du jour.

Le droit de prendre connaissance des documents, porte sur le texte de résolutions proposées, le rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général et le cas échéant, celui du commissaire aux comptes ou du liquidateur. Toute résolution prise en violation de cette disposition peut être frappée de nullité.

La réunion de l'assemblée générale extraordinaire doit dans tous les cas de figure être sanctionnée par un procès-verbal (P-V) constatant les délibérations des associés et actionnaires. Ce P-V contient un certain nombre de mentions obligatoires permettant de garder mémoire de la séance de l'assemblée et de faire preuve des décisions prises par la société⁹¹. Le procès-verbal doit être signé dans les conditions prévues par la loi pour chaque forme de société⁹².

L'assemblée générale extraordinaire dispose d'importants pouvoirs sur lesquels il serait intéressant de se pencher.

B. Les attributions de l'assemblée générale extraordinaire

A l'instar du législateur français, son homologue de l'OHADA a accordé d'importantes attributions à l'assemblée générale extraordinaire. C'est ainsi que, cette assemblée dispose du pouvoir non seulement d'apporter des retouches formelles aux statuts⁹³, mais, surtout elle peut modifier de façon très importante le pacte social en décidant une dissolution anticipée, des modifications du capital social, une transformation, ou encore approuver les fusions, scissions, apports partiels d'actifs et le transfert du siège social d'un territoire à un autre ou d'une ville à une autre sur le même territoire⁹⁴.

L'assemblée générale extraordinaire est ainsi l'organe faîtière, le plus élevé, de la société commerciale qui a les pouvoirs les plus importants⁹⁵. Elle est compétente pour modifier les statuts de la société dans toutes leurs dispositions sans pouvoir tout de même augmenter les engagements des actionnaires qu'avec l'accord de chacun.

⁹⁰ Registre du commerce et du crédit mobilier.

⁹¹ Art. 342 de l'AUDSC.

⁹² Art 134 de l'AUDSC.

⁹³ Comme par exemple changer un gérant statutaire, modifier la répartition des parts sociales.

⁹⁴ Cette dernière compétence est partagée dans la SA avec le conseil d'administration et l'AGO, v. art 451.

⁹⁵ W. E. GONCALVES, Droit des sociétés, 3è éd. Pothier, 2017, op. cit., p. 36.

Ainsi, tout associé peut y participer sans qu'aucune limitation de voix ne puisse lui être opposée. Il pourra participer à la décision collective quel que soit le nombre de titres détenus par lui. D'ailleurs, le législateur est allé plus loin en disposant que « *toute clause contraire des statuts qui stipulerait que les associés seraient admis à cette assemblée selon le nombre de titres détenus par eux est réputée non écrite, nulle et non avenue* »⁹⁶.

Lors de cette assemblée, l'associé ou l'actionnaire peut se faire représenter par un mandataire, qui est en principe un autre associé ou actionnaire, sauf dispositions contraire de la loi. Tout comme, les personnes se trouvant être copropriétaires d'un titre, désignent de commun accord leur mandataire unique choisi parmi elles pour les représenter. Mais lorsqu'il existe un désaccord entre ceux ci, alors la désignation du mandataire est faite par le tribunal compétent.

Dès lors, toute décision prise par la collectivité des associés qui aura pour conséquence la modification des statuts est du ressort de l'assemblée générale extraordinaire. Donc, dans ce type d'assemblée, les associés ne se réunissent que lorsque la décision à prendre vise à modifier les statuts, en substituant, rajoutant ou supprimant un élément.

La décision sur la modification des statuts est prise selon un quorum fixé et une majorité requise, c'est-à-dire au cours d'un vote.

Paragraphe 2 : L'exercice du droit de vote

Le droit de vote est exercé par les associés ou actionnaires respectivement dans les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux au cours d'une assemblée générale de manière suffisamment solennelle. Aucun associé ne peut être exclu par les statuts de son droit de participer à l'assemblée générale extraordinaire. Lors de cette réunion, les résolutions sont débattues et approuvées par les associés ou actionnaires selon un quorum fixé et une majorité requise par la loi.

Le droit de vote des associés ou actionnaires dans les différentes sociétés commerciales étudiées s'exerce dans le cadre tracé par le législateur. Cependant quel est le quorum nécessaire ; mais aussi la majorité requise dans les différentes sociétés commerciales pour valablement délibérer?

⁹⁶ Bull. civ. 4, n°225. D; 2008, p. 47, note PACLOT; D. 2007, AJ 2726, obs. LIENHARD; D. 2009, pan. 323, obs. HALLOUIN; JCP 2007, 2, 10 197, note BUREAU; JCP 2008, 1, 138, n°21, obs. SERINET; JCP éd. E 2007, p. 2433, note VIANDIER; Rép. Def. 2008, p. 674.

A. Le quorum nécessaire

Avant de plonger dans les détails, il apparaît nécessaire de définir la notion de quorum. De quoi s'agit-il ? En fait, le quorum sert à mesurer la représentativité de l'assemblée : seules les assemblées réunissant un nombre suffisant de parts ou d'actions sont autorisées à débattre et à prendre des résolutions⁹⁷. Aussi par quorum, il faut entendre la proportion minimum des membres d'un organe collégial qui doivent être présents ou représentés à une réunion de cet organe afin que celui-ci puisse valablement délibérer et prendre une décision⁹⁸.

Le quorum pour valablement délibérer est fixé par la loi, et cela dépend de la nature de l'assemblée, de celle de la société commerciale. D'ailleurs le quorum pour que l'assemblée générale extraordinaire de chacune des sociétés commerciales étudiées puisse délibérer valablement a été fixé par le législateur dans l'acte uniforme portant société commerciale et groupement d'intérêt économique.

D'abord pour ce qui est de l'assemblée générale extraordinaire de la SARL, aucun quorum n'est exigé pour la réunir. Par contre, cette assemblée ne délibère valablement dans la société anonyme que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins la moitié ($\frac{1}{2}$) des actions, sur première convocation, et le quart ($\frac{1}{4}$) des actions, sur deuxième convocation. Lorsque le quorum n'est pas réuni, l'assemblée peut être une troisième fois convoquée dans un délai qui ne peut excéder deux (2) mois à compter de la date fixée par la deuxième convocation, le quorum restant fixé au quart ($\frac{1}{4}$) des actions⁹⁹.

Quant à la société en commandite simple, les statuts définissent les règles relatives aux modalités de consultation, aux quorums et aux majorités. Les délibérations prises en violation de ces règles sont nulles¹⁰⁰. Toutefois, la réunion d'une assemblée de tous les associés est de droit si elle est demandée par un (1) associé commandité, soit le quart ($\frac{1}{4}$) des associés commanditaires en nombre et en capital.

A présent, les règles de quorum nécessaire pour chaque type de société ayant été vues ci-dessus, il faut se pencher sur celles relatives à la majorité requise.

B. La majorité requise

⁹⁷ C., MASQUEFA, La restructuration, LGDJ, 2000.

⁹⁸ Vocabulaire Juridique, Association H. CAPITANT, sous la direction de G. CORNU, P.U.F., 10^e éd. 2014, p.841.

⁹⁹ Art. 553.

¹⁰⁰ Art. 302 al 2.

Ici encore, il paraît judicieux de procéder à une définition terminologique de la majorité. Alors que le quorum exprime un plancher de représentativité, la majorité exprime le seuil d'opinions favorables qu'une résolution doit attirer pour être adoptée. Ce seuil varie également selon la nature de l'assemblée et de la société commerciale.

La majorité peut être aussi définie comme le nombre minimum de voix ou fraction minimale du capital social nécessaire pour qu'une délibération soit valablement prise par l'organe collégial d'une société (pourcentage variable selon les types de sociétés et l'objet des délibérations)¹⁰¹.

Alors que, dans une société de personnes, le vote se fait par tête et toutes les décisions de la vie sociale sont prises à l'unanimité sauf clause contraire des statuts ; dans les sociétés de capitaux, le droit de vote de chaque associé est proportionnel au nombre de ses actions. Ainsi, il s'avère que la majorité se calcule par le nombre des parts.

La modification des statuts de la société à responsabilité limitée est décidée par les associés représentant au moins le (3/4) du capital social¹⁰². En revanche, une exception à cette règle demeure. Car la loi de la majorité s'incline devant celle de l'unanimité, toutes les fois que la décision à prendre est de nature à augmenter les engagements des associés, à transformer la société en une société en nom collectif ou société par actions simplifiée, et enfin s'il est question de transférer le siège social dans un Etat autre qu'un Etat partie.

Quant à l'assemblée générale extraordinaire de la société anonyme, elle statue à la majorité des (2/3) des voix exprimées. Lorsqu'il est procédé à un scrutin, il n'est pas tenu compte des bulletins blancs pour le comptage. Dans le cas de transfert du siège de la société sur le territoire d'un autre Etat, la décision est prise à l'unanimité des membres présents ou représentés¹⁰³. Il est à remarquer ici aussi que la règle de la majorité s'efface devant celle de l'unanimité chaque fois que la décision vise à augmenter les engagements des actionnaires au-delà de leurs apports¹⁰⁴.

Enfin, la réunion d'une assemblée générale extraordinaire dans une société en commandite simple est de droit si elle est demandée soit par un (1) associé commandité, soit par le quart (1/4) en nombre et en capital des associés commanditaires. Les statuts décidant des

¹⁰¹ Vocabulaire Juridique, Association H. CAPITANT, sous la direction de G. CORNU, P.U.F., 10^e éd. 2014, p.635.

¹⁰² Art. 358.

¹⁰³ Art. 554.

¹⁰⁴ Art. 551 in fine.

quorums et décisions nécessaires, toute modification de ceux-ci est prise avec le consentement de tous les associés commandités et la majorité en nombre et en capital des associés commanditaires.¹⁰⁵ Toute délibération prise en violation du présent article (Article 305 de l'AUSC) est nulle.

La modification des statuts entraîne une conséquence logique qui est le maintien de la personnalité morale de la société commerciale. Il est donc convenable de s'intéresser maintenant à la sauvegarde de la personnalité morale de la société objet de la mutation.

Section 2 : Le maintien de la personnalité morale

La mutation de la société commerciale n'a pas pour effet de créer un nouvel être moral¹⁰⁶ mais au contraire de continuer la personne morale initiale. Le maintien de la personnalité morale à la suite de la mutation est un principe clairement consacré par le législateur OHADA.

La personnalité juridique, il faut le rappeler, est l'aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations qui appartient à toutes les personnes physiques, et dans des conditions différentes aux personnes morales¹⁰⁷.

Le mécanisme de la mutation ne fait donc pas perdre à la société commerciale sa personnalité morale originaire au contraire cette personnalité morale est sauvegardée. Et cela est rendu possible pour la simple bonne raison que dans la catégorie des sociétés commerciales la loi a prévu plusieurs formes sociales, qui il s'avère sont équivalentes entre elles ; comme cela a déjà été souligné ci-dessus.

Dès lors, la validité juridique de la mutation est soumise à sa régularité dont découlent certaines conséquences. La société commerciale objet de la mutation demeure titulaire des mêmes droits et est assujettie aux mêmes obligations qu'avant l'opération (paragraphe 1). En outre, elle est soumise aux formalités de publicité obligatoires résultant de toute modification des statuts (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La transmission universelle du patrimoine

¹⁰⁵ Art. 305.

¹⁰⁶ Art. 181 al.2.

¹⁰⁷ Vocabulaire juridique, Association H. CAPITANT, sous la direction de G. CORNU, P.U.F., 10^{ème} éd. 2014, p. 612.

La mutation d'une société commerciale en une autre n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle, elle demeure titulaire des mêmes droits et est assujettie aux mêmes obligations. Le mécanisme de la mutation est fondé sur une notion empruntée par le droit des sociétés au droit successoral : la transmission universelle du patrimoine. Cette caractérisation légale signifie que l'une des finalités d'une mutation est la transmission de l'ensemble du patrimoine d'une société à une autre, c'est-à-dire la transmissibilité de l'intégralité de l'actif mais aussi du passif.

Une question demeure tout de même : qu'advient-il de la transmissibilité des contrats intuitu personae ou les contrats conclus, en considération de la personne, en droit OHADA? La jurisprudence ne s'est pas trop encore prononcée sur la question. Cependant la réponse positive pourrait s'imposer et se justifierait par le fait que le principe en droit OHADA étant la transmission universelle du patrimoine, le transfert de tout contrat quel qu'il soit devrait s'opérer sans rechercher son caractère intuitu personae. D'ailleurs, une rare décision en la matière qui a été rendue par le tribunal d'instance Hors classe de DAKAR semble attester cela¹⁰⁸.

Comme souligné déjà ci-dessus, le principe sacrosaint en matière de mutation demeure la transmission universelle de l'actif et du passif sans distinction en raison de la continuité de la personnalité morale de la société.

A. La transmission de l'actif

La mutation de la société commerciale en une autre forme sociale a pour conséquence la transmissibilité de l'intégralité de l'actif de l'ancienne à la nouvelle forme sociale. L'actif propre de l'ancienne forme est transmis à la nouvelle société, c'est-à-dire l'intégralité des éléments actifs, les droits de propriété, les créances et les contrats¹⁰⁹. Ce transfert de biens s'effectue de manière globale et non analytique (élément par élément), la nouvelle forme sociale reçoit tous les biens meubles comme immeubles.

Par la réception de l'universalité, la nouvelle forme reçoit de l'ancienne forme sociale ainsi tout l'actif transmissible sans qu'il soit possible pour elle d'effectuer une sélection parmi les éléments d'actif. La doctrine a d'ailleurs peu mis en évidence cet effet essentiel de la

¹⁰⁸ TRIBUNAL REGIONAL HORS CLASSE DE DAKAR (SENEGAL), Jugement n°634 du 10 avril 2002, TOBACCO MARKETING CONSULTANT c/ Jean- Marc DARES, BAT-BRITCO et Maître Jacques d'ERNEVILLE.

¹⁰⁹ Sur la possibilité de considérer le contrat comme un bien, BAHANS J.-M., théorie générale de l'acte juridique et du droit économique, thèse, Bordeaux 4, 1998, n°552 et s. sur sa qualification d'actif de l'entreprise, V. DEBOISSY F. et WICKER G., « droit du contrat et droit du marché » RDC 2006, n°4, p.1321 et s.

transmission de l'universalité de droit¹¹⁰. Cette transmission universelle reste de plein droit car étant le résultat d'une disposition légale et s'impose aux associés de la société.

Ainsi, il a été jugé que si la dissolution de la société absorbée lui interdisait d'intenter une action en justice ou d'être poursuivie, en revanche le principe de la transmission universelle du patrimoine de l'absorbée à l'absorbante permettait à cette dernière d'acquérir de plein droit la qualité de partie à l'instance antérieurement engagée par l'absorbée¹¹¹.

La transmission de l'ensemble de l'actif s'opère au profit de la nouvelle forme sociale dans l'état où il se trouvait à la date de la réalisation définitive de l'opération. Cette règle a été énoncée très tôt, en matière de fusion, par la jurisprudence¹¹². Dans un litige portant sur la possibilité pour la société absorbante de mettre en œuvre une clause de garantie du passif stipulée au profit de la société absorbée, la cour de cassation française a par exemple jugé que l'absorbante pouvait se prévaloir de la dite clause, « (...) » même en l'absence de mention de la clause de garantie du passif dans le traité de fusion...¹¹³.

En cas d'apport partiel d'actif, cette solution est applicable aussi. Ainsi, selon la cour de cassation française, la transmission d'une créance non mentionnée dans le traité d'apport partiel s'explique parce que... la transmission universelle des biens, droits et obligations s'opère de plein droit dès lors que les biens, droits et obligations de la société absorbée qui par suite d'une erreur, d'un oubli ou de toute autre cause ne figuraient pas dans le traité d'apport¹¹⁴.

En résumé, par la réception de l'universalité des éléments d'actifs, il résulte que la nouvelle forme sociale devient bénéficiaire des biens sans possibilité pour elle de choisir. La transmission de l'universalité des actifs produit un effet semblable en matière des éléments passifs.

¹¹⁰ O., DESHAYES, fasc. préc. n°105 : « ... a proprement parler, le caractère universel de la transmission ne justifie qu'une chose : que toutes les dettes et tous les biens transmissibles de l'auteur se trouve transmis en bloc à ses ayants cause, qu'avec cette conséquence, que ces derniers ne peuvent opérer aucun tri parmi les éléments reçus, ni se réfugier derrière leur ignorance d'un élément du patrimoine pour en refuser la transmission ».

¹¹¹ A., CONSTANTIN, note sous Com. 6 déc. 1984, JCP 1985. 4. 57, jugeant l'appel irrecevable. - 11 mars 2003, Bull. Joly 2003. 810, jugeant que la société ne peut plus être poursuivie ès qualité, mais pouvait l'être par voie de requête dans une affaire de demande de séquestre d'actions. - 6 mars 2007, n° 06-12.055 et 13 mars 2007, n° 05-21.594, Bull. Joly 2007. 963, note BARBIERI.

¹¹² La fusion porte ainsi sur l'universalité des biens de la société apporteuse, quand bien même ils auraient été omis dans le traité d'apport, CA Paris, 2^{ème} chambre, 21 novembre 1997, Bull. Joly 1978, p.647.

¹¹³ J.J., CAUSSAIN F., DEBOISSY G., WICKER, Cass.com., 10 juillet 2007, JCP E 2007, 1280, n°4, p.1936; v. Aussi A., COURET BJS 2007, p.1225.

¹¹⁴ P., LE CANNU, note sous Cass.com., 24 février 2004, BJS 2014, p.649, para.

B. La transmissibilité du passif

La transmission universelle du patrimoine entraîne la transmission à son bénéficiaire, à l'occurrence la nouvelle forme sociale, du passif de l'ancienne forme sociale. Cette règle énoncée a d'abord été prononcée par la jurisprudence avant d'être consacrée par le législateur OHADA¹¹⁵. La solution n'a depuis lors jamais été démentie et la qualité d'ayant cause universel du bénéficiaire de la transmission universelle demeure régulièrement réaffirmée par les tribunaux¹¹⁶. Cette transmission oblige la nouvelle forme sociale de s'acquitter de toutes les dettes. Toutefois, quel est le domaine et la portée de la transmission universelle du patrimoine sur le plan passif?

Il a parfois été allégué que la transmission passive est d'ordre public¹¹⁷. Cela signifie qu'en principe la composition de la masse passive est hors d'atteinte de la volonté du bénéficiaire de la transmission universelle qui ne peut en tout état de cause effectuer une sélection des éléments passifs dont il souhaite s'acquitter¹¹⁸. D'ailleurs en matière de fusion, la doctrine a pu s'interroger sur la possibilité d'exclure conventionnellement certains éléments du passif par l'insertion dans le traité d'apport d'une clause par laquelle l'absorbée demeurerait tenue du paiement de certaines obligations¹¹⁹.

La question de la portée de la transmission passive se pose également avec acuité particulière lorsque la composition passive de l'universalité était partiellement inconnue du bénéficiaire de la transmission au moment de la prise d'effet de celle-ci.

Cependant, en décidant du transfert d'une obligation au motif qu'elle n'avait pas été « réservée par le traité de fusion... » Un arrêt a peut être pu laisser penser que cette possibilité était envisageable¹²⁰. Conformément à la pratique primitive de la fusion, la société apporteuse pouvait conserver un reliquat d'actif afin de désintéresser directement ses créanciers avant de se dissoudre. Peut être, c'est cette pratique que l'arrêt ci-dessus avait voulu consacrer puisque hormis cela, la jurisprudence ne peut donner effet à de telles initiatives conventionnelles.

¹¹⁵ Cass.com., 13 février 1963, Bull, 3, n°87.

¹¹⁶ V. par exemple Cass.com., 30 mars 1993, D.1993, IR, p.10 ; T.com., 31 janvier 1974, gaz.pal.1974, I, jur. p.433.

¹¹⁷ J-G note sous CA Riom 1980, Rev. Sociétés 1981, p.597.

¹¹⁸ J., GHESTIN G., LOISEAU M., BILLIAU, p.444.

¹¹⁹ Sur la question, voir M.L., COQUELET, transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés, Thèse, Paris x, 1994, p.178 et s.

¹²⁰ Cass.com., 13 février 1963, précis. Rapp. Cass.com., 16 juin 1970, D.1971, p.52 : la cour valide une limitation conventionnelle de l'obligation au passif à hauteur de l'actif reçu. La portée de l'arrêt est très limitée.

En tout état de cause, la société sous sa nouvelle forme pourra poursuivre ses débiteurs pour les dettes contractées à son égard sous son ancienne forme juridique. Ensuite, quant aux créanciers, ils conservent aussi leurs droits à l'égard de la société, des associés et des dirigeants. Il s'agit entre autre, des cautions données aux banques par les dirigeants et les associés pour garantir les engagements, et ces dirigeants ou associés seront poursuivis en dépit du fait qu'ils ne font plus partie des organes sociaux à moins d'indication particulières des parties sur le sort de la caution en cas de mutation¹²¹. Ces illustrations témoignent de la continuité des dettes même après une mutation entre créanciers et la société, associés ou dirigeants.

La société sera tenue ultra vires, c'est-à-dire successeur à la forme juridique initiale. Cette obligation ultra vires a pour fondement la transmission de l'universalité qui entraîne une confusion des biens et des dettes de l'ancienne à la nouvelle forme juridique¹²².

En résumé, la notion de transmission universelle du patrimoine est appréhendée comme le transfert à titre universel tant de l'actif que du passif de la société sans qu'il soit nécessaire de distinguer les éléments les composant. Toutefois, l'opération de mutation ne devient effective et opposable aux tiers qu'après l'accomplissement de certaines formalités.

Paragraphe 2 : L'opposabilité de la mutation aux tiers

La transmission universelle du patrimoine devrait en principe achever le processus de la mutation étant entendu qu'elle opère la dévolution globale du patrimoine de la société dans son volet actif et passif à la nouvelle forme juridique. Néanmoins, il est nécessaire de recourir à certaines formalités de publicités pour rendre opposable cette opération aux tiers.

C'est-à-dire que la validité d'une mutation effective des sociétés commerciales en droit OHADA est soumise à l'accomplissement de certaines formalités de publicités obligatoires. Et le non-accomplissement de ces dernières signifiera l'inopposabilité de la mutation aux tiers-créanciers de la société. Alors il est plus qu'impératif d'y recourir pour aboutir à une mutation saine et réussie dans le cadre législatif.

A. Les formalités de publicités

¹²¹ W. E., GONCALVES, Droit des sociétés, 3^e éd. Pothier, 201, op. cit., p. 36.

¹²² G., WICKER, Les fictions juridiques : contributions à l'analyse de l'acte juridique, thèse, LGDJ, coll. BDTP, t.253, 1997, n°48.

La mutation de la société commerciale est soumise à l'accomplissement de certaines formalités qui résultent de toute modification des statuts. Dès lors, la détermination du moment où la mutation est opposable au tiers doit être identifiée et clarifiée.

Est-ce à partir de l'arrêté du projet de fusion ou scission, ou encore de la décision constatant la transformation ou l'apport partiel d'actif...? Est-elle consécutive à la disparition de la société absorbée ? S'agit-il de l'assemblée générale extraordinaire au cours de laquelle l'opération de mutation est approuvée par les associés ou actionnaires ? Où encore de la publication de la modification des statuts de la société ?

Il paraît alors important de connaître ce moment, parce qu'il permet de savoir le point de départ où la mutation est censée être connue du monde extérieur des associés, c'est à dire des tiers à la société¹²³.

En effet, l'opération de mutation entraînant la modification des statuts est rendue opposable aux tiers par l'avis inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'Etat partie du siège social¹²⁴.

L'alinéa 2 de l'article 263 dispose que « *cet avis, signé par le notaire qui a reçu ou dressé l'acte modifiant les statuts ou les représentants légaux de la société, contient, outre les mentions prévues à l'article 262¹²⁵, ces mentions suivantes :*

- *le titre, la date, le numéro de parution et le lieu de publication du journal dans lequel ont été publiés les avis prévus aux articles qui précèdent ;*

- *l'indication des modifications intervenues. »*

Le législateur a prévu d'autres mentions en cas d'augmentation ou de réduction de capital social. Il est disposé qu'en ces circonstances « *est procédé, outre l'insertion visée à l'article 263 ci-dessus, au dépôt au greffe de la juridiction compétente ou de l'organe compétent dans l'Etat partie :*

¹²³M., COZIAN, A., VIANDER, F., DEBOISSY, droit des sociétés, 23^{ème} édition, LITEC 2012, n°1394, p.707.

¹²⁴ Art 263.

¹²⁵ Les mentions prévues à l'article 262 sont les suivantes : l'objet social ; la durée de la société ; le montant des apports en numéraire et en nature ; le nombre de titres émis en contrepartie d'apports en numéraire ; en nature et en industrie ; les nom, prénoms usuels et domicile des associés tenus indéfiniment des dettes sociales ; les nom, prénoms et domicile des premiers dirigeants et des premiers commissaires aux comptes ; les références du dépôt, au registre du commerce et du crédit mobilier de l'Etat partie du siège social, des pièces de constitution ; les références de l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ; le montant de la partie libérée ; les avantages particuliers stipulés.

-de la copie certifiée conforme de la délibération de l'assemblée qui a décidé ou autorisé l'augmentation ou la réduction du capital, dans le délai d'un mois à compter de la tenue de cette assemblée ;

-le cas échéant, de la décision du conseil d'administration, de l'administrateur général ou du gérant, selon le cas, qui a réalisé l'augmentation de capital ;

-d'une copie certifiée conforme de la déclaration notariée de souscription et de versement en annexe au registre du commerce et du crédit mobilier »¹²⁶.

En effet, il est utile de rappeler que la réalisation d'opération de mutation touchant les différentes formes de sociétés, telles la transformation, la fusion ou la scission, l'apport partiel d'actif..., la maîtrise des formalités s'avère un élément essentiel de la réussite pour déclencher l'effet d'opposabilité aux tiers. En conséquence, cela permet bien de prendre conscience de la raison d'être des formalités de publicité dont la diversité, même si elle constitue un facteur de complication de la gestion juridique des sociétés, permet de répondre aux exigences particulières attachées à chaque opération réalisée. Il ne s'agit pas là d'une règle inutilement tatillonne, mais qui est parfaitement adapté.

Si la fusion entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, l'opposabilité de l'opération aux tiers prend alors un tour particulier. Les dettes de la société absorbée seront automatiquement mises à la charge de la société absorbée. Les créanciers ont donc un intérêt particulier à disposer de toutes les informations nécessaires pour suivre au plus près la défense de leurs droits.

Mais qu'en est-il du défaut d'accomplissement de ces formalités de publicités ? Cela est-il susceptible de causer un quelconque tort non seulement aux associés mais également aux tiers à la société commerciale ? Quoi qu'il en soit, le défaut d'accomplissement des formalités de publicités entraîne des conséquences importantes dont il serait nécessaire d'en parler.

B. Le non-accomplissement de formalités

¹²⁶ Art. 264.

L'opération de mutation est opposable aux tiers à partir de l'accomplissement des formalités de publicité. Ces formalités sont censées informer le tiers-crédancier dont les droits peuvent être menacés par la mutation qui a eu lieu.

Après la modification des statuts, les associés ou actionnaires doivent déposer auprès du greffe de la juridiction du siège de la société les actes ou pièces nécessaires. Cette publicité des actes modificatifs affectant les statuts de la société ne sont opposables aux tiers que s'ils ont été publiés¹²⁷. Quelle est la sanction lorsque ces formalités obligatoires ne sont pas accomplies ?

Le courant jurisprudentiel formé n'est pas négligeable. Tant que la publication des statuts modificatifs n'est pas accomplie, et selon les conditions et modalités prévues par le législateur, l'opération n'est opposable aux tiers. Ainsi en dépit de la dissolution de la société absorbée suite à la fusion-absorption, une assignation faite au nom de la société produira ses effets et ce même si d'autres formalités de publicités ont été accomplies ou que, par d'autres moyens, l'auteur de l'assignation avait connaissance de la fusion-absorption¹²⁸.

Il s'avère donc primordial pour les associés ou actionnaires qui veulent réussir une mutation de procéder à toutes les formalités de publicité au risque de voir leur opération inopposable aux tiers. En résumé, le défaut d'accomplissement de formalités aura pour conséquence de rendre inopposable la mutation aux tiers-crédanciers, étant entendu qu'elle n'est opposable aux tiers qu'en vertu de sa publication¹²⁹ dans un journal d'annonce légale.

L'encadrement strict des mécanismes de la mutation auquel est actuellement confronté le droit des sociétés en général et celui de l'OHADA en particulier est pour le moins qui puisse être dit attentatoire aux droits des associés ou actionnaires désireux de procéder à une mutation. D'autant plus que, lors de cette opération il est porté atteinte à l'autonomie de la volonté mais aussi à l'attractivité tant recherchée. Tout au cours de la deuxième partie de cette étude, il sera développé et soutenu les arguments qui démontrent que la réglementation rigide du droit des sociétés constitue en réalité une entrave, sinon une atteinte à la liberté contractuelle¹³⁰.

¹²⁷ B., SAINTOURENS, note sous Com. 29 juin 1993, BJS 1993. 914.

¹²⁸ V. déjà en ce sens, ROUEN, 4^{ème} ch., 14 février 1991, n°392.

¹²⁹ R., RAFFRAY, note sous Cass.com., 24 mai 2011, BJS 2011, n°10, p.758.

¹³⁰ J-Cl., MAY, « *La société : contrat ou institution* » in *contrat ou institution : un enjeu de société*, coordonné par B., BASDEVANT-GAUDEMET, LGDJ 2004, p. 134.

Seconde partie : Un encadrement attentatoire

Le régime juridique des divers mécanismes analysés au cours de cette étude sous le vocable de « *mutation* » laisse, en effet, apparaître une réglementation fortement rigide instituée le législateur OHADA. Cet encadrement juridique a fini par rendre difficile d'accès, sinon très compliqué, le recours à la mutation. Car il faudrait satisfaire à un bon nombre de règles impératives avant de réaliser ces techniques juridiques. Ainsi, ces nombreuses règles tatillonnes ne viennent pas faciliter les choses pour tous ceux qui désirent procéder à une mutation, au contraire elles apparaissent plutôt comme des obstacles.

Cet interventionnisme juridique du législateur va jusqu'à porter atteinte au principe d'égalité des contractants car il permet à une majorité de dénouer les liens qui ont été noués à l'unanimité de ceux-ci. En effet, la conception institutionnelle de la société permet à une majorité renforcée de défaire ce que l'unanimité des associés ou actionnaires avaient voulu¹³¹. Elle est en soi l'expression flagrante de l'atteinte au principe de la liberté contractuelle.

A voir de plus près, ces obstacles juridiques portent une sérieuse atteinte à l'autonomie de la volonté des associés ou actionnaires mais également ils rendent moins attractifs ces divers procédés juridiques réunis sous l'appellation « *mutation* ». Dès lors, il peut être affirmé sans risque de se tromper que l'encadrement strict des procédés de la mutation est attentatoire à l'autonomie de la volonté (chapitre 1) mais également à l'attractivité de ceux-ci (chapitre 2).

¹³¹Ph., MERLE, Droit commercial, sociétés commerciales, Précis Dalloz, 17^e éd., 2014, n°136.

Chapitre 1^{er} : L'atteinte à l'autonomie de la volonté

La théorie de l'autonomie de la volonté est l'œuvre d'une partie de la doctrine de la fin du 19^e et du début 20^e siècle¹³². Sur le plan philosophique, elle remonte à la période des « Lumières » car elle est fortement imprégnée des idées du contrat social¹³³. Selon les idées rousseauistes, « *l'état de liberté est l'état naturel de l'homme. Cette idée qui rappelle inconsciemment l'état de nature de Rousseau et place comme idéal que chacun en société soit aussi libre qu'auparavant dans le prétendu état de nature*¹³⁴... ». En fait, l'autonomie de la volonté est un résultat de la philosophie individualiste et du libéralisme économique et avait fortement influencé les rédacteurs du code civil de 1810 en France.

Bon nombres d'auteurs classiques fondaient le contrat sur la théorie de l'autonomie de la volonté car selon eux le contrat repose sur la volonté de ceux qui s'y engagent¹³⁵. La nature contractuelle de la société n'étant plus à démontrer, la modification du pacte social à une majorité constitue une atteinte à son intégrité. Mieux encore, cette modification des statuts vient comme sonner l'heure de la régression de l'autonomie de la volonté.

Le législateur de l'OHADA ayant consacré la modification des statuts sociaux simplement à une majorité, en lieu et place de l'unanimité exigée pour retoucher un contrat, a permis légalement l'atteinte à l'autonomie de la volonté. Et cette atteinte se manifeste d'abord par l'atteinte à l'intégrité du pacte social (section 1) ensuite par la régression de l'autonomie de la volonté (section 2) dans l'environnement contractuel.

¹³² V., RANOUIL, L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept, Travx. Univ. Paris 2, 1980, op. cit., p. 10.

¹³³ J.J., ROUSSEAU, Du contrat social.

¹³⁴ C., JAMIN, « *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel* », in Mélanges offert à Jacques GHESTEIN, LGDJ. 2001.

¹³⁵ Supra n°131.

Section 1 : L'atteinte à l'intégrité du pacte social

Le pacte peut être défini comme un accord, une convention solennelle entre particuliers. Quant au pacte social, il désigne le texte ratifiant un accord solennel entre les associés ou actionnaires d'une société commerciale. Mais en droit des sociétés, l'expression statuts sociaux est beaucoup plus usitée que celle de pacte social, même si les deux désignent la même chose.

Ainsi, les statuts sociaux constituent le siège de la volonté de tous les associés ou actionnaires, toute modification à une majorité quelconque est aperçue comme une atteinte à son intégrité. Car, tout ce qui a été scellé à l'unanimité des volontés doit être dénoué par celle-ci. Alors que l'atteinte à l'intégrité du pacte social se manifeste par une atteinte à l'équilibre contractuel initial (paragraphe 1) et ce qui à son tour entraîne une régression de la théorie de l'autonomie de la volonté (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'atteinte à l'équilibre contractuel initial

Garantir l'équilibre contractuel initial¹³⁶ est une exigence qui implique nécessairement la capacité de prévenir et de sanctionner toute atteinte au pacte social. Le législateur OHADA pour prévenir efficacement cela à songer encadrer la modification des statuts sociaux. Cet encadrement rigide de la mutation qui permet la modification du pacte social à la majorité porte en réalité atteinte à l'équilibre contractuel primaire.

Car la formation du contrat entre associés prouve l'égalité de ces derniers entre eux. Mais, en consacrant une modification des statuts sociaux à la majorité des voix ; le législateur a hélas marqué le début du recul de la force obligatoire du pacte social.

A. La modification des statuts à la majorité

Au cours de son fonctionnement, la société commerciale est parfois confrontée à certaines vicissitudes qui obligent les associés ou actionnaires à procéder à une modification des statuts. Cette modification des statuts de la société n'entraîne pas très souvent la dissolution de celle-ci. Au contraire, la société commerciale survit à cette retouche de ses statuts sociaux, c'est-à-dire sa personne morale subsiste à cette modification.

¹³⁶ J., HONORAT, La SAS ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés, Petites affiches 16, 19 août 1996, n°100, p.4.

Les statuts étant la « *charte-mère* » de la société, une modification simpliste de ceux-ci finira par conduire à un encombrement voire à un dysfonctionnement de la société. Le législateur OHADA, à l'instar de son homologue français, a consacré une procédure de modification des statuts. Il a sensiblement assoupli cette condition de l'unanimité en permettant à une majorité seulement de voter la modification des statuts.

Cette procédure de modification des statuts qui fut réglementée introduit la majorité comme indice de modification des statuts. A partir de cet instant, les statuts des sociétés commerciales telles que la société à responsabilité limitée, la société anonyme, et enfin la société en commandite simple sont modifiables seulement à une simple condition de majorité de voix des associés ou actionnaires¹³⁷.

Seule puissante à faire naître le pacte social, la volonté des associés ou actionnaires parties au contrat de société permet seule de modifier prématurément les statuts sociaux. Il en résulte que ni les créanciers¹³⁸ ni les dirigeants ne peuvent se substituer aux associés ou actionnaires pour cette décision.

Dès lors, il n'est pas dirimant de faire un constat qui est le suivant : la loi de la majorité a bien vraisemblablement le vent en poupe auprès du législateur OHADA. Car ce dernier l'a, au mieux qu'il puisse, érigée en principe dans les sociétés commerciales par la forme qu'il a consacrées. Il a donc pris le parti de faciliter l'application de la loi de la majorité au cours de la modification des statuts de la société¹³⁹ voire à la faire primer sur celle de l'unanimité.

B. La loi de la majorité sur l'unanimité

Il est reconnu que seule une initiative collective des parties peut conduire à une modification du contrat de société, c'est-à-dire des statuts sociaux. Cette modification anticipée requiert ainsi en principe le consensus des associés ou actionnaires¹⁴⁰. Elle est subordonnée à la seule majorité des associés ou actionnaires et de toute évidence, cela est une dérogation à la condition d'unanimité qui est normalement exigée pour une telle initiative.

¹³⁷ V. supra n°36.

¹³⁸ CA Rouen, le 14 avril 2004, RJDA 2005. n°39. p. 32.

¹³⁹ S., SCHILLER, Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales, LGDJ, 2002, préf. F. TERRE n°388, p. 187.

¹⁴⁰ L., AMIEL-COSME, La dissolution, in Rép. Soc., Dalloz 2009, n°53.

En effet, dans une large mesure il faut bien admettre que la loi de la majorité prend le pas sur la loi de l'unanimité. Car à l'analyse, le droit des sociétés commerciales s'inscrit dans la continuité du droit romain¹⁴¹, en se démarquant par là des autres contrats collectifs, le législateur n'a pas posé comme condition générale la modification des statuts à l'unanimité des associés ou actionnaires. Les dispositions en faveur de la loi de majorité sont si nombreuses en droit OHADA qu'il est possible d'y voir un renversement du principe.

Beaucoup d'auteurs voient dans cet aménagement le triomphe du caractère institutionnel de la société¹⁴². Dans les rapports entre les membres et le groupement, lorsque la loi permet ou impose la majorité lors de la modification des statuts, la situation juridique relève en partie de la logique institutionnelle. Cette préférence législative de la volonté de la majorité sur celle de l'unanimité des membres de la personne morale existe bien en droit français en général qu'en droit OHADA en particulier.

En effet, même dans les sociétés de personnes dans lesquelles l'intuitu personae est le plus fort, l'exigence de l'unanimité ne semble pas être posée de manière excessive¹⁴³. Toutefois, rappelons que la règle de la majorité n'est pas en soit une négation de la liberté contractuelle car si elle est librement stipulée dans les statuts par les membres, cela n'est pas une négation de l'autonomie de la volonté. Ce qui est critiquable, c'est le fait qu'elle soit imposée par le législateur de manière stricte. D'autre part, imposée surtout comme règle impérative dans les sociétés de capitaux, la loi de la majorité s'apparente mieux à un concept anti-contractuel¹⁴⁴ qui s'explique par le recours à la théorie de l'institution.

¹⁴¹ E., PUTMAN, « *La révocation amiable* », in la cessation des relations contractuelles d'affaires. PUAM. 1997, p. 125, spéc. p. 133.

¹⁴² V., TILQUIN et V., SIMONART, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions juridiques Belgique, 1996, n°127 : la conception contractuelle implique que « *le contrat ne peut en principe être modifié à l'unanimité... la modification du contrat requiert le consentement de tous les associés ou actionnaires* ». À contrario donc, la modification des statuts à la majorité seulement marquerait la limite de la conception contractuelle de la société.

¹⁴³ M., GERMAIN, G., RIPERT, R., ROBLOT, *traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, les sociétés commerciales, 20^e éd., LGDJ. 2011, n° 1201 : s'agissant de la SNC, « *il paraîtrait logique d'admettre que le respect du contrat limite les pouvoirs de la majorité. Mais la jurisprudence française s'est prononcée en sens contraire : Seine civ. 20 mars 1920, J. Soc., 1992, 333 et la loi de 1966 avait confirmé implicitement cette jurisprudence. Un amendement du Sénat exigeant l'unanimité des associés pour toute modification des statuts a été abandonné au cours de la discussion au parlement* ». S'agissant de la SCS, l'article L. 222-9, al. 2, du code de commerce français l'autorise explicitement ; tout comme le droit OHADA.

¹⁴⁴ S., VAISSE, *La loi de la majorité dans la société anonyme*, contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme, thèse Paris 1967 ; F., DEBOISSY, « *le contrat de société* », in *Le contrat*, Travaux de l'association H. CAPITANT, société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 140 : « *objectera-t-on que la révocation d'un contrat doit être décidée à l'unanimité, là où la décision de dissolution anticipée d'une société*

Quoi qu'il en soit, l'atteinte à l'équilibre contractuel initial par la modification des statuts de la société à la majorité des voix au lieu de l'unanimité a pour conséquence le recul de la force obligatoire du pacte social.

Paragraphe 2 : Le recul de la force obligatoire du pacte social

Le fondement de la force obligatoire du contrat de société ou pacte social, tel que façonné par le droit commun des contrats, conduit nécessairement à priver un contractant du droit de se retirer unilatéralement du contrat avant son terme extinctif. Ainsi, après s'être engagé avec les autres associés, le contractant ne peut se délier par la seule manifestation de sa volonté au risque de subir la rigueur de la loi.

En effet, théoriquement aucune modification du contrat de société ou pacte social ne peut en principe s'opérer par la seule manifestation de volonté d'un seul associé. Mais en pratique, les choses apparaissent plus difficiles puisque le législateur a permis que le contrat de société soit modifié par une majorité des contractants au lieu de l'unanimité pour une telle opération.

Il s'est agi que cette faveur législative est due à une particularité du contrat de société qui impose une relative application du principe de la force obligatoire.

A. La particularité du contrat de société

Parce que la société n'est pas seulement un contrat mais également une personne juridique autonome¹⁴⁵, sa particularité peut être envisagée à travers sa relation avec chacun de ses associés¹⁴⁶, la prépondérance des règles impératives institutionnelles en son sein. L'article 1843¹⁴⁷ du code civil français laisse ainsi entendre que chaque associé, en plus d'être lié à ses coassociés, se trouve également engagé dans un rapport contractuel synallagmatique vis-à-vis

est prise dans les conditions prévues pour la modification des statuts, autrement dit, dans certaines sociétés, à la majorité qualifiée ? ».

¹⁴⁵ La personnalité juridique dont elle dispose, l'individualisation de son patrimoine par rapport à ses fondateurs.

¹⁴⁶ M., BUCHBERGER, Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf GERMAIN M, n°1, p. 17 : « *si la société est un contrat, il devrait être absurde d'envisager sa relation avec ses associés : s'interroge-t-on sur la relation entre le vendeur et la vente, entre le prêteur et le prêt ? La question retrouve cependant sa logique si l'on admet que la société n'est pas seulement un contrat : elle est également une personne, ce qui rend théoriquement envisageable l'existence de liens avec les associés* ». L'auteur postule dans sa thèse l'existence d'une relation contractuelle entre la société personne morale et son associés unis par un contrat qu'il qualifie de contrat d'apport.

¹⁴⁷ « *Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie* ».

de la société qui lui permet d'exiger d'elle, en contrepartie de l'apport versé, l'attribution des droits sociaux. C'est ainsi, reconnaître la superposition de contrats d'apport au contrat de société stricto sensu dans la société commerciale.

Ensuite, plusieurs raisons ont conduit à la disqualification de la nature contractuelle de la société commerciale. D'abord, les conditions de formation et les règles de fonctionnement de cette société se trouveraient fonder sur les dispositions d'ordre public, ensuite notamment l'observation stricte de ces maintes dispositions d'ordre public qu'il faudrait impérativement respecter. Car il faut souligner que les débats doctrinaux sur la nature de la société commerciale ne deviennent vifs qu'au début du 20^e siècle.

Au demeurant, la naissance des controverses relatives à la nature de la société précède la loi du 11 juillet 1985¹⁴⁸ et coïncide avec l'essor de grandes sociétés capitalistes qui ont amplifié les particularités de la société. Depuis cette époque, il est à noter la réduction progressive comme peau de chagrin de la liberté contractuelle dans l'environnement sociétaire.

Surtout, la consécration de la modification des statuts à la majorité des voix a heurté de front la force obligatoire du contrat de société et consommé la rupture du contrat et de la société¹⁴⁹. Partant de là, le contrat de société serait soumis à un régime spécifique, comme en témoigne l'adoption de la loi de majorité. Le régime juridique du contrat de société ne s'apparente pas à celui du contrat de droit, ce qui justifie sa singularité. Ainsi, les spécificités du contrat de société ont justifié quelques aménagements dont il fait aujourd'hui l'objet.

La particularité du contrat de société par rapport à celui de droit commun est une évidence qui s'impose après cette analyse. Toutes les spécificités qui furent relevées ont dès lors fait engendrer maints effets dont le plus significatif parmi eux est la relative application du principe de la force obligatoire au contrat de société.

B. La relative application de la force obligatoire

Le contrat de société une fois formé, ne pourra être révoqué ou bien modifié qu'avec le consentement mutuel de tous les contractants. Seul un nouvel accord de tous permet de

¹⁴⁸ Loi du 11 juillet 1985 qui modifie l'article 1832 du code civil français. Elle se réfère expressément à la théorie institutionnelle.

¹⁴⁹ J.C., MAY, article précité, spéc. p. 134-135, op. cit., p. 49.

déroger à la force obligatoire du contrat. Toutefois, ce principe d'irrévocabilité érigé par le législateur a été écorché voire dénaturé en droit des sociétés au fil des évolutions.

Ainsi donc, le droit des sociétés commerciales de l'OHADA, à l'instar du législateur français, la loi permet à une majorité de consentements de modifier ce qui a été initialement noué à l'unanimité des associés. C'est dans cette perspective que la force obligatoire du contrat de société se trouve relativisé dans son application. Cette application relative du principe de la force obligatoire du contrat de société ou pacte social s'observe par rapport aux autres contrats de droit commun.

En effet, le contrat de droit commun après sa formation exige lors de son exécution que celui-ci ait une force obligatoire absolue pendant toute sa durée¹⁵⁰. De même pour sa modification, il requiert la réunion du consentement mutuel, c'est-à-dire de tous les contractants. Le principe d'irrévocabilité prend alors tout son sens et confère à la force obligatoire un épanouissement absolu¹⁵¹.

Seulement, la spécificité du contrat de société ou du pacte social par rapport aux autres contrats de droit commun entraîne une application assouplie de la force obligatoire de ce type de contrat. Et c'est là une différence d'ampleur entre le droit commun des contrats et le droit des sociétés que ne manque pas de souligner la doctrine¹⁵². En droit des sociétés, les dispositions en faveur de la loi de la majorité sont tellement touffues qu'elles heurtent de front le principe de la force obligatoire.

La particularité du contrat de société parmi les contrats de droit commun a eu pour conséquence le fléchissement du principe de la force obligatoire du contrat. Mais en réalité, il faut souligner qu'il résulte aussi et surtout de l'atteinte à l'intégrité du contrat de société ou du pacte social, la régression du principe de l'autonomie de la volonté, cher aux tenants de la doctrine autonomiste.

Section 2 : La régression de l'autonomie de la volonté

¹⁵⁰ N., VIGNAL, « *La vie du lien contractuel* », Lamy droit civil, droit des contrats, 1999, n°405-40 et 405-58.

¹⁵¹ V.C., BLOUD-REY, thèse n° 408, p. 345.

¹⁵² Y., GUYON, Droit des affaires, T.1, Droit commercial général et sociétés, 12^e éd., Economica, 2002, n° 203, op. cit., p. 16 : « *La dissolution volontaire rappelle donc le mutuus dissensus qui peut mettre fin prématurément à un contrat en cours d'exécution. Mais elle ne se confond pas avec lui car l'unanimité n'est pas toujours nécessaire* ».

La théorie de l'autonomie de la volonté conduit à la proclamation de certains principes chers aux tenants de cette doctrine. Il s'agit tout d'abord de la liberté contractuelle : les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter¹⁵³. Ensuite, cette théorie a pour second corollaire le principe de la force obligatoire du contrat. Mais la nature et la particularité du contrat de société ayant atténué considérablement sa force obligatoire pour la simple raison qu'une majorité peut valablement modifier les statuts, il faut constater là une nette régression de la théorie.

Ainsi, avec la régression de l'autonomie de la volonté est apparue l'expansion de la théorie institutionnelle qui se traduit par la forte présence des règles impératives en droit des sociétés, c'est-à-dire la restriction de la liberté individuelle. Une certaine prégnance de l'ordre public au détriment de la liberté individuelle y est observée, ce qui permet de conclure que la liberté recule, l'ordre public avance.

En effet, le recul de l'autonomie de la volonté en droit OHADA se manifeste dans la détermination des règles d'organisation et même la plupart des règles de fonctionnement de la société commerciale¹⁵⁴. Le régime de la mutation est ainsi fait de normes dont la plupart doivent être nécessairement respectées pour que la validité de celle-ci soit reconnue. Dès lors, la régression de la théorie de l'autonomie de la volonté peut véritablement s'analyser à travers l'assujettissement de la volonté individuelle (paragraphe 1) qui se trouve être sous l'emprise de la théorie institutionnelle (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'assujettissement de la volonté individuelle

Au cours du 20^e siècle, la société commerciale s'est considérablement institutionnalisée à travers la multiplication des dispositions d'ordre public. Le domaine de la volonté, et par extension celui de la liberté individuelle, a été considérablement réduit au profit de l'ordre public. La réglementation impérative a envahi le champ contractuel¹⁵⁵ et partant celui du droit des sociétés. Il en est résulté un assujettissement de la volonté individuelle.

Ainsi, ce recul de l'autonomie de la volonté en droit de sociétés commerciales qui fut causé par la primauté des règles institutionnelles a conduit à l'assujettissement de la volonté

¹⁵³ F., TERRE, PH., SIMLER, Y., LEQUETTE, Droit civil : les obligations, 9^e éd., Dalloz, Paris, 2005, p. 31.

¹⁵⁴ J., AYANGMA AYANGMA, Le dirigeant sociétal, thèse de doctorat/PHD en droit des affaires, Université de Douala, 2009-2010, p. 9-10.

¹⁵⁵ H, J., MAZEAUD, F., CHABAS, Leçons de droit civil, les obligations, théorie générale, Montchrestien, T. 2, Paris, 1991, p. 102 et s.

individuelle, c'est-à-dire de la liberté individuelle des associés ou actionnaires désireux de procéder à une mutation. L'émergence des règles d'ordre public s'est faite au détriment de la liberté individuelle qui se trouve même dorénavant assujettie à elles. Ce constat qui n'est pas reluisant mais au moins réel traduit l'influence des dispositions impératives en droit des sociétés OHADA.

Cet assujettissement de la volonté individuelle a été produit par un faisceau de règles préétablies auquel les acteurs de la mutation doivent s'y conformer au risque de se voir infliger une sanction en cas de non-respect¹⁵⁶.

A. Le faisceau de normes préétablies

Le législateur dans sa mission de légiférer a créé un faisceau de normes juridiques préétablies en droit des sociétés commerciales OHADA, qui en réalité s'analyse plus comme un garde-fou qui canalise la volonté des acteurs désireux de procéder à une mutation¹⁵⁷. Pour cette raison, ces associés ou actionnaires de la société qui souhaitent soit transformer, soit fusionner ou scinder ou effectuer un apport partiel à une société... doivent le faire dans le cadre tracé par ce législateur.

C'est ainsi qu'il habilite les associés ou actionnaires à tout d'abord procéder à une mutation lorsque le contexte économique ou juridique l'exige mais seulement dans le cadre des normes juridiques préétablies par lui à travers la législation OHADA.

Ensuite, avant même que les acteurs de la mutation n'envisagent de formuler le vœu de procéder à une mutation, il existe déjà une réglementation stricte qui trace le permis et l'interdit de la procédure. Cette réglementation consiste en un ensemble de dispositions de la législation OHADA sur le droit des sociétés en général et sur les divers mécanismes qui aboutissent à une mutation en particulier.

Ainsi, rentrent dans la nomenclature des exigences légales à satisfaire absolument par les associés ou actionnaires, les prescriptions tenant à la convocation, à la prise de décision

¹⁵⁶ R., GUILLIEN, J., VINCENT, donne une définition de l'institution qui s'inspire de l'institution-mécanisme : « *par institutionnel ou institution, on entend un faisceau de règles préétablies dont le non-respect entraîne la sanction par les autorités.* ».

¹⁵⁷ Ce faisceau de règles existe aussi bien dans les sociétés de capitaux que de personnes.

valable de l'assemblée générale extraordinaire, aux formalités de publicité, aux effets de la mutation, aux sanctions en cas d'observation d'une condition sont préétablies par la loi¹⁵⁸.

Dès lors, ce corps de dispositions préétablies encadre de manière stricte les techniques juridiques qui aboutissent à la modification des statuts de la société sans pour autant lui faire perdre sa personnalité morale.

La dynamique institutionnelle commande ainsi de faire primer la conformité aux normes préétablies. C'est-à-dire que la mutation pour être parfaite doit se conformer aux règles posées par le législateur.

B. La conformité aux normes préétablies

A l'opposé du consensualisme où le contrat de société est formé par la seule rencontre de volonté, la modification des statuts de la société sans création d'une personne morale nouvelle n'acquiert de valeur juridique que s'il se moule dans un rituel et dans des formalités précises¹⁵⁹. Mais il convient de partir du formalisme pour ainsi mieux rendre compte de la dynamique institutionnelle. Dès lors, la décision de procéder à une mutation s'analyse comme un déclencheur¹⁶⁰ de règles préétablies.

C'est pourquoi, lorsque la mutation ne remplit pas les conditions posées par la loi à sa reconnaissance, elle demeure inefficace ou ne produit pas l'effet juridique voulu par les associés ou actionnaires. Au sens le plus large, la volonté de procéder à une mutation ne produit pas à elle seule d'effets juridiques, cela est possible que si cette volonté se manifeste dans les conditions et formes prévues par la loi¹⁶¹.

En effet, c'est l'hypothèse dans laquelle nonobstant la volonté de procéder à une mutation, la modification des statuts de la société ne devient parfaite que s'il remplit toutes les exigences légales. Et en cas d'observation de ces exigences légales, la sanction prévue est la nullité de l'opération en dépit de la volonté ferme des associés manifeste d'aller à une mutation parfaite.

¹⁵⁸ Il s'agit des dispositions éparées de l'AUSCGIE traitant de la mutation.

¹⁵⁹ M., FABRE-MAGNAN, Les obligations, PUF, Paris. 2004. P. 34.

¹⁶⁰ Le mot déclencheur doit être compris comme être à la recherche de... ainsi, lorsque la mutation est initiée, elle doit rechercher sa validité dans le droit des sociétés de l'OHADA.

¹⁶¹ G., RIPERT, R., ROBLOT, M., GERMAIN, Traité de droit commercial, t. 1, vol. 2, Les sociétés commerciales, 20^e éd., LGDJ, 2011, op. cit., p. 54.

A ce stade de l'analyse, il ressort que la conformité aux règles juridiques préétablies par le législateur s'avère plus qu'une nécessité pour que la modification des statuts sans création d'une nouvelle personne morale soit valable, c'est-à-dire produire des effets de droits. La validité institutionnelle de la mutation vient de sa conformité à la loi ou aux règles préétablies par la loi. Et ces règles existent indépendamment de la volonté des acteurs de la mutation ou bien des associés.

Tout comme il est nécessaire de se demander si le contrat reste encore l'affaire des parties¹⁶² autant il est tout aussi légitime de se demander si la modification des statuts sans création d'une nouvelle personne morale est-elle l'affaire des acteurs, tant la mutation est fortement encadrée par les normes préétablies par le législateur.

Loin de demeurer seulement l'unique caractéristique de la régression de la théorie de l'autonomie de la volonté, l'assujettissement de la liberté individuelle aux normes préétablies traduit également l'emprise de la théorie institutionnelle en droit de société commerciale, qui en est la seconde caractéristique du recul de l'autonomie de la volonté.

Paragraphe 2 : L'emprise de la théorie institutionnelle

La théorie institutionnelle est, comme sus-évoquée, celle qui se traduit par une forte présence des règles impératives ou d'ordre public¹⁶³ dans le contrat de société. La montée de cette théorie en droit des sociétés est une tendance observée tant en droit français qu'en droit OHADA. L'exigence du respect de l'ordre public particulièrement poussée dans l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique semble traduire une méfiance du législateur à l'égard de la liberté contractuelle et une certaine hostilité quant à son expansion¹⁶⁴.

Cette emprise de la théorie institutionnelle sur le droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique se manifeste par la présence des dispositions qualifiées « *d'ordre public* », comme en témoigne son article 2 et l'article 2-1. Ainsi, cet article énonce que « *les*

¹⁶² B., FAGES, « *Nouveaux pouvoirs : le contrat es-il encore la chose des parties ?* » in colloque, la nouvelle crise du contrat, p. 153.

¹⁶³ L'ordre public fait partie cette catégorie de notions difficiles à définir en raison de leur caractère flou et essentiellement évolutif. La doctrine lui attribue une infinité de définitions. Il s'avère néanmoins que l'ordre public repose sur la notion du « *caractère impératif* ». C'est ce critère qui justifie l'admission contemporaine de la définition proposée par PLANIOL. Selon cet auteur, une disposition est qualifiée d'ordre public « *toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application* ». PLANIOL, Rapport sous enquête, 21 avril 1931. S. 1931. I. 377.

¹⁶⁴ P., NGUIHE KANTE, « *Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique* », p. 187.

statuts de la société commerciale et du groupement d'intérêt économique ne peuvent déroger aux dispositions du présent Acte uniforme sauf dans les cas où celui-ci autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer des clauses statutaires aux dispositions au présent Acte uniforme, soit à compléter par des clauses statutaires des dispositions du présent Acte uniforme ».

A l'aune de cette disposition, il faut convenir à juste titre que l'Acte uniforme est truffé de dispositions d'ordre public qui relèvent notamment une profonde restriction apportée à la liberté contractuelle¹⁶⁵. Ainsi, la théorie institutionnelle fait primer l'ordre public contractuel dont la montée en puissance est perceptible au détriment de la liberté contractuelle qui est en net recul.

A. La prépondérance des règles impératives

La prépondérance des règles impératives en droit des sociétés est une réalité perceptible. En cela, il faut signaler une nette montée des exigences d'ordre public dans l'Acte uniforme qui se justifie, de la part du législateur, par le souci d'encadrer chaque liberté dans la mesure où la vie en société ne saurait s'accommoder des libertés sans frontières. En effet, pour bien cerner ce qu'il faut entendre par 'les règles impératives', il faut partir d'abord de la notion d'ordre public. Celle-ci renferme vraisemblablement toutes les dispositions impératives qui s'imposent aux parties qui ne peuvent y déroger¹⁶⁶.

Ainsi, les nombreuses règles impératives qui relèvent de l'ordre public sociétaire se présentent comme le tout-puissant gardien protecteur de l'intérêt général, notamment des tiers, créanciers sociaux, qui sont amenés à traiter avec la société ainsi que les actionnaires minoritaires. Elles sont perçues comme une frontière fixée par le législateur et que la liberté ne saurait aucunement franchir. L'objectif de cette protection, recommandée par le Traité de Rome¹⁶⁷, est bien légitime, l'importance et la rigidité de la réglementation à laquelle a donné lieu en droit OHADA, spécialement en matière de sociétés anonymes, présente le risque d'étouffer le développement des sociétés¹⁶⁸. Le caractère prépondérant de l'ordre public sociétaire dans la réglementation des sociétés commerciales, en particulier les sociétés par

¹⁶⁵ J., ISSA SAYEGH, « *Le caractère d'ordre public des dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* », Ohadata D-09-39, p. 01.

¹⁶⁶ J., MESTRE, *Droit commercial*, LGDJ, 28^e éd., Paris, 2009, p. 1114.

¹⁶⁷ Art 34-4 g du Traité de Rome.

¹⁶⁸ M-CH., MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, n°4 et s.

actions, est marqué par le maintien d'un bloc de règles impératives et la prolifération d'une réglementation de plus en plus tatillonne.

En outre, l'emprise de la réglementation impérative en droit des sociétés se retrouve, en dehors des statuts, dans les pactes extrastatutaires car les conditions générales de validité du pacte d'actionnaires¹⁶⁹ sont limitées par l'ordre public sociétaire. Ces conditions générales de validité des pactes extrastatutaires sont pour ainsi dire soumises aux règles impératives auxquelles le contrat de société est lui-même soumis.

Enfin, le cadre impératif sociétaire comprend à la fois des dispositions légales du droit OHADA, dont les textes précisent qu'elles sont impératives ou que toute clause y étant contraire est réputée non écrite, et des principes généraux, dégagés par la doctrine et la jurisprudence, présentés comme fondamentaux. S'agissant des premières, la démarche consiste à déterminer l'étendue de leur domaine impératif. En ce qui concerne les principes fondamentaux du droit des sociétés, tels que les principes du droit de vote, de la libre négociabilité des actions ou encore de la hiérarchie et de la spécialité des organes sociaux dans la société anonyme, toute la difficulté réside dans le tri qu'il convient d'opérer entre les principes absolus et les principes relatifs¹⁷⁰. Il ne fait plus aucun doute de l'emprise de la théorie institutionnelle sur le contrat de société, au gré des interventions du législateur, et d'une manière générale celui-ci est favorable à la primauté de l'ordre public sociétaire sur la liberté contractuelle.

De toute évidence, lorsque l'ordre public avance la liberté recule. La réglementation hypertrophique du droit des sociétés a occasionné inévitablement la nette régression de la liberté contractuelle. Elle se traduit par une hostilité du législateur quant à l'expansion de la liberté contractuelle.

B. La régression de la liberté contractuelle

Plusieurs indicateurs peuvent contribuer efficacement à la mise en exergue du recul de la liberté en droit des sociétés comme en témoigne notamment l'emprise de la loi dans les dispositions statutaires. Dès lors, l'espace naturel de la liberté contractuelle s'amenuit

¹⁶⁹ Ainsi, la 1^{ère} condition vise la non-contrariété du pacte d'actionnaires à une règle d'ordre public ; la 2^{nde} est relative à la non-contrariété du pacte d'actionnaires à une stipulation impérative des statuts ; et enfin la 3^{ème} condition impose la non-contrariété du pacte d'actionnaires à l'intérêt social.

¹⁷⁰ M-CH., MONSALLIER, L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, LGDJ, 1998, op. cit., p. 62.

considérablement et systématiquement à cause de l'avancée des règles d'ordre public qui ont toujours été considérées comme l'antithèse de celle-ci¹⁷¹.

Introduites par l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales, les différentes sociétés étudiées dans le cadre de cette étude se caractérisent par la rigidité des règles de leur fonctionnement. Le régime juridique de ces sociétés contient des règles impératives qui sonnent le recul de la liberté contractuelle. Ainsi, les règles uniformes et rigides du droit des sociétés de l'OHADA constituent un frein à l'autonomie contractuelle des associés.

L'Acte uniforme n'a pas laissé le soin aux actionnaires de définir librement eux-mêmes les conditions et modalités de la mutation. La procédure de mutation est entravée tout au long de son accomplissement de règles impératives qui démontre à combien la liberté contractuelle régresse¹⁷².

A présent, l'atteinte à l'autonomie de la volonté ayant été démontrée dans les développements de ci-dessus, il s'avère utile maintenant de se pencher sur l'attractivité des mécanismes de mutation. Une question importante se pose : A l'heure actuelle de la législation OHADA sur les sociétés commerciales, les mécanismes de la mutation sont-ils attractifs ? Car le droit OHADA, qualifié de « *droit très important et original* »¹⁷³, est avant tout motivé par la recherche de l'attractivité économique. Les différentes dispositions qualifiées d'ordre public qui doivent être respectées au cours d'une procédure de mutation semblent porter atteinte à l'attractivité tant recherchée.

¹⁷¹ M., GUEGOUT, « *Ordre public et bonnes mœurs* », répertoire civil Dalloz, article 6, 1979.

¹⁷² Voir sur le fonctionnement des sociétés anonymes de droit OHADA : J., ISSA- SAYEG, « *Présentation des dispositions sur le fonctionnement des sociétés commerciales* », OHADA.com.

¹⁷³ J., PAILLUSSEAU, « *Le droit de l'OHADA, un droit très important et original* », La semaine juridique n°4 du 28 octobre 2004, Supplément n°5, p. 1 et s.

Chapitre 2 : L'atteinte à l'attractivité

L'expression « *attractivité* » est définie par le dictionnaire comme ce qui a un caractère attractif ou encore attrayant. Or ce qui est attractif ou attrayant est tout ce qui présente beaucoup d'intérêts, d'avantages et qui a le pouvoir d'attirer vers soi¹⁷⁴. En décidant de créer l'OHADA¹⁷⁵, en effet, certains Etats de l'Afrique avaient senti la nécessité de construire un espace juridique commun à même de répondre à leurs besoins économiques et sociaux. Cette volonté de trouver une solution à l'atonie économique persistante vise à redonner confiance aux investisseurs. Car l'objectif principal du droit uniforme des sociétés commerciales de l'OHADA a toujours été consacré à la compétitivité et surtout à l'attractivité¹⁷⁶. Il s'agit toujours de convaincre les investisseurs étrangers tout comme locaux de choisir, parmi tant d'autres, le droit OHADA des sociétés commerciales pour développer leurs affaires. Et pour aboutir au fleurissement de leurs activités économiques, il n'est autre besoin que d'opter pour un droit sûr, stable, compétitif et attractif.

Néanmoins, comme cela a été déjà révélé ci-dessus concernant le régime juridique de la mutation des sociétés commerciales en droit OHADA, les dispositions demeurent actuellement plus une barrière réglementaire dissuasive. Les associés ou actionnaires qui souhaitent procéder à la mutation de leur société commerciale, la réglementation actuelle leur est-elle attractive ? Pratiquement, il faut comprendre par là que se pose la question de l'attractivité des différentes techniques juridique de mutation qui existent pour permettre la survie d'une société commerciale en droit OHADA. Dès lors, il conviendrait de se demander

¹⁷⁴ Définition fournie par le dictionnaire Le Petit LAROUSSE de la langue française.

¹⁷⁵ Les Etats-parties se sont fixé un certain nombre d'objectifs dans le préambule du traité de l'OHADA qu'il faut atteindre à travers l'élaboration d'un droit simple, moderne et adapté. Il s'agit de l'accomplissement de nouveaux progrès sur la voie de l'unité africaine et l'établissement d'un courant de confiance en faveur des économies de ces Etats en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique. On note donc une certaine constance dans les objectifs prévus par le traité OHADA signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis et révisé à Québec le 17 octobre 2008.

¹⁷⁶ J. KAMGA., L'apport du droit de l'OHADA à l'attractivité des investissements étrangers dans les Etats parties, Rev. Des juristes de sciences po, 2012.

si la consécration des multiples règles d'ordre public ne constituent-elle pas une atteinte à l'attractivité juridique des techniques de la mutation des sociétés commerciales¹⁷⁷ ?

Alors que les fluctuations de la conjoncture économique mais aussi juridique obligent parfois à opérer des changements qui peuvent affecter la forme de la société, le droit OHADA qui régule l'activité économique, doit prévoir des outils susceptibles de s'adapter à l'environnement afin d'établir une économie prospère. Les différents outils juridiques offerts par le législateur et regroupés sous le vocable de mutation devraient être au contraire souples s'ils veulent s'ajuster parfaitement aux diverses péripéties que traverse la société commerciale. Face aux exigences d'une économie de marché moderne, et depuis les différents rapports Doing Business¹⁷⁸, l'objectif d'attractivité est devenue la base de toute réforme dans les pays et pour cette raison le droit uniforme de l'OHADA sur la mutation des sociétés commerciales devrait rimer avec sécurité des transactions, prévisibilité des contraintes, juste équilibre entre la loi et le contrat, simplicité, adaptabilité¹⁷⁹, en un mot souplesse de sa réglementation.

En revanche, il est observé une atteinte à l'attractivité des mécanismes de la mutation qui se manifeste particulièrement par des obstacles juridiques édifiés par le législateur OHADA. Et cette réglementation rigide est plus perçue comme une entrave, une contrainte juridique qui freine l'attractivité de la mutation (section 1). Le législateur, initialement soucieux d'atteindre l'attractivité de ces mécanismes juridiques qui assurent la sauvegarde de la société¹⁸⁰, a fini en réalité par s'y éloigner. Pour y remédier, il devrait s'inscrire dans une optique d'assouplissement de la réglementation actuelle sur les mécanismes de la mutation mais également encourager l'émergence des pactes extrastatutaires lors d'une mutation (section 2), ce qui aboutira à la recherche continue d'une dynamique d'attractivité.

¹⁷⁷ Une distinction doit être soulignée entre attractivité économique et attractivité juridique d'une règle de droit. S'agissant de l'attractivité économique, « *c'est la capacité d'une entreprise, d'une région, d'une nation à attirer et conserver ou à améliorer ses activités, sa position face à la concurrence des autres unités économiques comparables* ». Quant à l'attractivité juridique, « *elle est le sentiment de confiance des acteurs économiques à l'égard de la législation* ». Dans cette présente analyse, c'est cette dernière qui nous intéresse.

¹⁷⁸ A propos des rapports DOING BUSINESS de la Banque Mondiale.

¹⁷⁹ En lieu et place de la rigidité, la complexité, la surabondance et enfin le caractère peu contractuel observé.

¹⁸⁰ L'ensemble de ces techniques sont appelés « *mutation* » par la doctrine.

Section 1 : L'entrave à l'attractivité

La notion d'attractivité est dans l'air du temps et ne concerne pas uniquement la matière commerciale. En effet, avec la mondialisation, l'attractivité de chaque pays est devenue un enjeu économique et les instruments de comparaison internationale fleurissent. Le droit OHADA n'est pas en reste, puisqu'il a été institué pour attirer les investisseurs raison pour laquelle il se doit donc d'être attractif¹⁸¹. Seulement, l'attractivité des techniques de la mutation se trouve entraver par la rigide réglementation instituée par le législateur.

En effet, est-il possible de parler d'un droit attractif de la mutation s'il est constaté une prolifération des règles de droit accompagnée d'une rigidité de celles-ci ? Pour mesurer l'impact de la réglementation sur l'attractivité des techniques de la mutation, il faut prendre en compte plusieurs éléments dont principalement la nature de la règle de droit (loi impérative ou incitative, d'ordre public ou interprétative). En somme, il s'avère que tout formalisme inutile, coûteux, entraîne une entrave sur l'attractivité de la mutation. Or les classements des systèmes juridiques opérés par les Rapports Doing Business inclinent à penser qu'aujourd'hui, il n'est plus demander au droit d'être seulement efficace, mais aussi d'être compétitif et attractif dans la concurrence mondiale¹⁸².

Pour établir la dimension de l'entrave juridique à l'attractivité des techniques de la mutation, il faut d'abord commencer par apprécier l'attractivité de celles-ci, ensuite démontrer que ces règles impératives amenuisent considérablement l'attractivité tant recherchée.

Paragraphe 1 : L'appréciation de l'attractivité

L'appréciation de l'attractivité du droit de la mutation en droit OHADA revient à évaluer si les règles établies sont adaptées au contexte de la compétitivité des systèmes juridiques. Cette évaluation de la règle de droit fait partie des missions traditionnelles de la doctrine. Elle ne consiste pas seulement à analyser le contenu et la portée juridique d'un texte en vue d'en dégager la cohérence ou au contraire d'en souligner les lacunes, mais aussi à en évaluer la portée pratique, à en mesurer les effets (prévisibles ou effectifs), à suggérer

¹⁸¹ P., BADJI, Réflexions sur l'attractivité du droit OHADA, bulletin de droit économique, 2014.

¹⁸² C'est justement l'argument d'efficacité économique qu'invoque l'île Maurice pour refuser de rejoindre le cercle OHADA. Ce pays craint que les Actes Uniformes freineraient ou empêcheraient sa performance économique (voir ISSA-SAYEG, synthèse des travaux du colloque sur « *Le droit OHADA dans l'océan indien, Actualités et perspectives* »).

éventuellement des réformes permettant d'en améliorer l'efficacité¹⁸³. Depuis longtemps, les juristes ont insisté sur l'importance de cette mission et sur l'utilité du recours aux méthodes des sciences sociales en vue de mieux apprécier les effets réels du droit¹⁸⁴.

De prime abord, l'évaluation du régime juridique actuel de la mutation suscite des interrogations majeures qui s'articulent autour du bénéfice ou du préjudice qu'il offre aux associés ou actionnaires désireux de modifier les statuts de leur société. Ensuite, apprécier l'attractivité des outils de la mutation conduit à se demander si l'inflation et la rigidité de la réglementation qui caractérise son régime juridique ne portent-elles pas atteinte à son attractivité ? Car le droit est une contrainte dont il n'est pas absurde de mesurer le poids sur la conduite des affaires. Mais que recouvrent exactement ces concepts d'inflation et de rigidité de la réglementation ?

A. L'inflation de la réglementation

La prolifération des normes semble ne pas être un phénomène propre au droit OHADA mais qui caractérise, au contraire, l'ère contemporaine¹⁸⁵. Au cours de ce 21^e siècle, se sont multipliées les normes dans tous les domaines du droit. Cette inflation se manifeste par la croissance du nombre des lois, et plus généralement du droit. Et cela, l'entrepreneur ou le juriste conviendra l'un comme l'autre qu'elle ne peut être comprise comme un encouragement à l'initiative et à l'activité entrepreneuriale.

En 1991 déjà, le conseil d'Etat français déplorait la « *logorrhée législative et réglementaire* » et l'instabilité « *incessante et parfois sans cause* » des normes¹⁸⁶. Récemment encore, la critique de l'inflation législative a trouvé un écho médiatique particulier, suite notamment aux critiques des présidents des différentes institutions françaises. Notamment le vice-président du conseil d'Etat Renaud DENOIX de SAINT-MARC¹⁸⁷, le président du conseil constitutionnel Pierre MAZEAUD¹⁸⁸ et enfin le président de l'assemblée nationale Jean-Louis DEBRE.

¹⁸³ F., RANGEON, *Réflexions sur l'effectivité du droit*, p. 10.

¹⁸⁴ P., DURAND, *La connaissance du phénomène juridique et les taches de la doctrine moderne du droit privé*, D. 1956, chr. p. 73.

¹⁸⁵ X., LAGARDE, *Le droit français à l'épreuve de la mondialisation*, Sociétal n°35 1^{er} trimestre 2002, p.2.

¹⁸⁶ Rapport public du conseil d'Etat, 1991.

¹⁸⁷ D., de SAINT-MARC, « *Trop de lois tue la loi* », entretien au journal du Dimanche, 21 janvier 2001.

¹⁸⁸ P., MAZEAUD, *Vœux du président du conseil constitutionnel au président de la République*, 3 janvier 2005.

La prolifération des lois a de nouveau fait l'objet, en 2006, des critiques du conseil d'Etat, qui y voit un facteur « *d'insécurité juridique* »¹⁸⁹. En janvier 2008, le journal Les Echos écrivait à propos du droit social français qu'il était caractérisé par « *des termes abscons, un contenu flou et une mise en œuvre difficile* »¹⁹⁰. Ainsi, même s'il est inévitable que les règles se complexifient, il est clair d'être arrivé à un niveau d'obscurité trop élevé.

L'inflation législative, et plus généralement, normative, s'explique par plusieurs causes. Tout d'abord, la multiplication des sources du droit est l'un des facteurs expliquant ce phénomène. Le droit doit s'adapter aussi constamment à l'émergence de nouveaux domaines et à l'apparition de contraintes nouvelles. En matière économique, de nombreux aspects du droit des affaires font ainsi l'objet d'adaptations à un environnement mondialisé qui n'est pas aisé pour lui.

Ensuite, dans le domaine scientifique, l'essor des technologies de l'information et de la communication a notamment suscité la mise en place d'un cadre juridique adapté au développement de l'économie numérique et une nouvelle approche de la propriété intellectuelle.

Dès lors, cette volonté du législateur OHADA à légiférer dans le détail les diverses techniques de la mutation a conduit à une augmentation considérable de règles de nature impérative. Or, passé un certain seuil la réglementation rigide bride la volonté des uns et autres de réaliser une mutation et apparaît conséquemment comme une atteinte à la compétitivité du droit OHADA en général et celui de la mutation en particulier.

Cette inflation juridique récurrente, souvent associé au thème du déclin du droit¹⁹¹, a provoqué partout un mouvement de réglementation impérative.

B. La rigidité de la réglementation

La complexité et la rigidité de la réglementation furent toujours la suite logique de l'inflation de la législation¹⁹². Ainsi, la réglementation sur la mutation de la société commerciale qui fut consacrée par le législateur OHADA est jugée trop excessive et lourde

¹⁸⁹ Conseil d'Etat, Rapport public 2006 : jurisprudence et avis de 2005. Sécurité juridique et complexité du droit, Paris : la documentation française, 2006.

¹⁹⁰ Complexité du droit social : les DRH n'en peuvent plus, Les Echos, 29 janvier 2008, p. 10.

¹⁹¹ J.-P., HENRY, « *Vers la fin de l'état de droit ?* », R.D.P., 1977, p. 1207. SAVATIER R., l'inflation législative et l'indigestion du corps social, D. 1977, chr. p. 43.

¹⁹² J.-P., BOUERE, Evénements structurels affectant une société par actions simplifiée, in Société par actions simplifiée.

par les praticiens. Ces multiples dispositions qui appartiennent au domaine de l'ordre public ont pour conséquence de promouvoir la montée en puissance de la théorie institutionnelle du contrat de société. Et si cette promotion est partiellement légitime, l'importance et la rigidité à laquelle elle a donné lieu en droit OHADA présente le risque d'entraver l'attractivité de ces mécanismes juridiques de sauvegarde de la personnalité morale de la société commerciale¹⁹³ connus sous le vocable de « *mutation* ».

Alors que le foisonnement des règles d'ordre public dans l'espace OHADA contribue réellement à entraver le développement des différents mécanismes qui conduisent à la mutation. Cette rigidité de la réglementation, en lieu et place du dégel du régime de la mutation, entraîne d'effets indésirables comme l'amenuisement de l'attrait de ces différentes techniques juridiques¹⁹⁴.

Dès lors, à travers la multiplication des dispositions d'ordre public, la réglementation impérative a envahi le droit de la mutation. En effet, les dispositions impératives constituent une entrave à l'attractivité recherchée par le législateur, voire un facteur d'amenuisement de son attractivité.

Les raisons d'imposer des dispositions avec une force particulière dans le régime de la mutation s'apparentent à l'ordre public économique. Ceci étant, pour mesurer leur portée, il consiste à déterminer la force plus ou moins contraignante que le législateur a imprimée aux règles impératives.

A vrai dire, les règles impératives sont en grand nombre dans le régime de la mutation à tel enseigne que s'impose un besoin impérieux de les faire appliquer quelle que soit l'intention des associés souhaitant parvenir à la modification des statuts de la société. A les examiner de plus près, les dispositions d'ordre public sont inspirées par la volonté du législateur d'empêcher des situations qui auront une répercussion de désordre fonctionnel soit sur la société elle-même soit sur les tiers¹⁹⁵.

Cette rigidité des dispositions du régime de la mutation a conduit à l'amenuisement de l'attractivité des diverses techniques d'où il est nécessaire d'en parler dans les développements qui suivront.

¹⁹³ C., LEROY, Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire, p. 1, thèse, Université Paris-Est Créteil Val de Marne, 10 juin 2010, p. 347.

¹⁹⁴ H., AZARIAN, La Société par Actions Simplifiée, p. 9.

¹⁹⁵ J., ISSA SAYEGH, Le caractère d'ordre public des dispositions de l'AUSCGIE, Rev. PENANT, p. 396, op. cit., p. 62.

Paragraphe 2 : L'amenuisement de l'attractivité

L'amenuisement de l'attractivité des différents procédés de la mutation procède de plusieurs facteurs qu'il consistera à repérer. Une fois ceux-ci repérés, il faudrait par la suite les analyser en démontrant qu'ils représentent potentiellement un risque de contournement de la mutation par les associés qui désirent la réussir.

Ceci étant, l'attractivité qui fut l'une des raisons à la base de la création du droit OHADA apparait incontestablement comme un objectif à atteindre. Mais la réglementation rigide qui s'observe lors d'une mutation pousse à s'interroger si vraiment un jour cet objectif sera atteint. Puisque en légiférant de la sorte, l'attractivité du droit OHADA s'est considérablement réduite à cause des nombreuses dispositions d'ordre public qui furent consacrées.

De toute manière, parler de l'amenuisement de l'attractivité du droit OHADA signifie qu'il existe des causes à cela qu'il faudrait relever. Et si l'attractivité est réduite, il ya un réel risque de contournement de ces techniques juridiques de la mutation.

A. Les facteurs d'amenuisement de l'attractivité

Comme cela a déjà été mentionné plus haut, les causes de l'amenuisement de l'attractivité de la mutation sont nombreuses et variées. Entre autre, il faut citer principalement l'inflexibilité de la législation afférente au régime de la mutation. En effet, le législateur OHADA a encadré de manière stricte le régime juridique de la mutation¹⁹⁶.

Cet encadrement rigoureux n'incite pas véritablement les associés à entamer une quelconque procédure de mutation. Au contraire, cette réglementation stricte a produit l'effet inverse attendu par le législateur, à savoir l'affaiblissement de l'attractivité tant recherchée par ce dernier. Alors qu'une attractivité affaiblie des mécanismes de la mutation signifie un manque ou voire une insuffisance de l'efficacité de la règle de droit.

Autre facteur de l'affaiblissement de l'attractivité de la mutation est la prolifération de la législation. L'inflation normative est un phénomène qui s'observe dans les autres espaces juridiques. Cela entraîne une complexification des normes applicables, ce qui fini par

¹⁹⁶ G., RIPERT, R., ROBLLOT, M., GERMAIN., Traité de droit commercial, t. 1, vol. 2, Les sociétés commerciales, 20^e éd., LGDJ, 2011, op. cit., p. 60.

provoquer chez les associés une certaine lassitude avérée qui les pousse à ne plus vouloir passer par la mutation pour modifier les statuts de leur société¹⁹⁷.

L'amenuisement de l'attractivité des techniques juridiques de la mutation est également provoqué par un autre facteur appelé la complexité juridique. Il faut observer que le législateur n'a pas facilité la tâche aux associés qui aimeraient effectuer une mutation en leur assouplissant le régime juridique, en revanche il a atteint l'effet inverse en durcissant le caractère impératif des dispositions¹⁹⁸. En somme, après avoir analysé en mesurant l'efficacité exacte du régime juridique des mécanismes de la mutation, la particularité de l'encadrement dont il a fait l'objet dans un souci de sécurité juridique amène à dire que les différents procédés de la mutation manifestent plus davantage une attractivité amoindrie. Dès lors, la remise en cause de cette stricte réglementation par la doctrine n'est pas excessive.

Si les mécanismes de la mutation perdent de leur attractivité, il n'est sans nul doute pas exagéré de penser à un possible contournement de ceux-ci pour sauvegarder la personnalité morale d'une société commerciale. En effet, au lieu de préserver leur société, les associés peuvent penser éventuellement à dissoudre celle-ci que de passer par le chemin de la mutation qui est un passage tortueux.

B. Le risque de contournement de la mutation

Les techniques juridiques de la mutation ont été offertes aux associés par le législateur pour leur permettre à un moment donné de la vie de leur société qu'ils procèdent soit à une transformation soit à une fusion-scission ou apport partiel d'actif de cette dernière sans être obligés de dissoudre la personnalité morale initiale¹⁹⁹. De manière pratique, ces techniques permettent aux associés qui souhaitent muter leur société de seulement changer la forme juridique initiale tout en continuant à garder la personne morale intacte.

Cependant, le législateur en réglementant strictement le régime juridique de la mutation cela a eu pour conséquence d'affaiblir son caractère attractif auprès des acteurs de la vie de la société. Ainsi, qui parle d'amenuisement de l'attractivité évoque en même temps un risque de contournement potentiel des procédés de la mutation²⁰⁰. Car les associés à qui le

¹⁹⁷ M., BOIZARD, La société par actions simplifiée : une nouvelle structure pour les PME, D. Affaires n°166, 24 juin 1999, p. 957.

¹⁹⁸ A., RABANI, La nouvelle SAS de l'OHADA, bull. de droit économique, 2014, p. 7.

¹⁹⁹ A., COURET, La transformation en société anonyme d'une SAS est-elle en pratique réalisable ? Bull. Joly, 1998, p. 2009.

²⁰⁰ P-L., PERIN, La SAS : Etudes-formules, éd., Joly, octobre 2005.

mécanisme de la mutation a été offert mesureront ses avantages et inconvénients avant de vouloir l'adopter. Et à vrai dire, la rigidité normative à laquelle ils seront confrontés incitera moins les associés à vouloir d'une quelconque mutation de leur société commerciale.

Après maintes analyses du régime juridique de la mutation, il s'avère qu'il n'est pas du tout exagéré de soulever un possible contournement par les associés de cette technique juridique. Au lieu d'opter pour un des mécanismes de la mutation avec tout son cortège d'encadrement stricte qu'il regorge, les associés pourraient être tentés de dissoudre tout simplement leur société ou trouver une autre parade frauduleuse pour échapper à cette contrainte normative qui caractérise la mutation²⁰¹.

En effet, les associés qui souhaiteront changer la forme de leur société pourraient trouver d'autres manières pour utiliser d'autres possibilités que la mutation, en contournant les contraintes que celle-ci peut imposer. Le formalisme ambiant qui règne dans le régime juridique de la mutation correspond plus à une perte d'efficacité qui est pourtant l'objectif recherché²⁰² par le législateur.

La diminution du formalisme pour atteindre l'efficacité juridique de la mutation est un préalable auquel il faut nécessairement s'astreindre. La simplification de la réglementation permettra une meilleure attractivité des techniques juridiques de la mutation. Ceci étant, se libérer des contraintes légales est une nécessité primordiale et cela évitera sans doute un risque de contournement de la règle de droit. D'où il s'impose un allègement ou fléchissement de la réglementation dans l'environnement sociétaire.

Section 2 : L'allègement de la réglementation

Le rayonnement du principe de la liberté contractuelle dans le cadre du mouvement de contractualisation du droit des sociétés s'affirme de plus en plus aujourd'hui²⁰³. En effet, c'est dans ce même ordre d'idée que devrait s'imposer également une simplification du régime juridique de la mutation. Car la recherche d'efficacité de la règle de droit qui fut décelée tout au long de ses dispositions passe nécessairement par l'assouplissement du formalisme qui caractérise pleinement les différents mécanismes de la mutation.

²⁰¹ J.P., DOM, Les montages en droit des sociétés, éd. Joly, Pratique des affaires, 1998.

²⁰² D., PORACCHIA, La réception par le droit des montages des professionnels, Presse universitaires d'Aix Marseille, 1998.

²⁰³ J., BARTHELEMY, Société par actions simplifiée et droit social, Droit social n°6 juin 2000, p. 637.

Les contraintes de la réglementation doivent être réduites et adaptées pour éviter des désordres qui sont générateurs d'insécurité ou d'inefficacité juridique. Pour y parvenir, il faut pour cela concilier simplicité et efficacité, préserver la liberté contractuelle en droit de la mutation de la société commerciale. Ainsi, sous cette condition seulement le formalisme rigide et aveugle sera substitué une réglementation allégée, adaptée au contexte et librement consentie²⁰⁴.

Une très nette décreue des règles impératives dont résulte la souplesse normative est un privilège sans équivalent d'amélioration de l'efficacité de la mutation. Le fléchissement de la réglementation apportera dans son sillage une meilleure attractivité de la mutation.

Pour véritablement parler d'allègement de la réglementation, il faut nécessairement assouplir le régime juridique de la mutation (paragraphe 1) voire même faire émerger les pactes extrastatutaires (paragraphe 2) lors de la modification des statuts de la société sans perte de la personnalité morale.

Paragraphe 1 : L'assouplissement de la réglementation

Il faut entendre par assouplissement de la réglementation, la simplification ou l'amointrissement des contraintes légales qui ont été consacrées par le législateur lors d'une procédure de mutation. La flexibilité de la règle de droit signifie forcément le retour au contractualisme et l'indispensable recul de la théorie de l'ordre public sociétaire.

De l'encadrement strict par le législateur du régime juridique de la mutation, il résulte un manque de souplesse de la réglementation qui est inadapté aux attentes des associés mais également aux vœux du législateur²⁰⁵. L'objectif initial visé par la réglementation rigoureuse était de préserver les tiers-créanciers lors d'une procédure de mutation, mais à en mesurer le seuil des règles impératives il faut sans crainte dire que cela représente un risque d'étouffement de la règle de droit.

Une souplesse dans le régime juridique des diverses techniques de la mutation s'avère alors indispensable pour permettre à ces dernières une meilleure attractivité. Elle passe par l'indispensable retour au contractualisme dans la mutation de la société commerciale en droit

²⁰⁴ P-L., PERIN, La SAS : Etudes-formules, éd., JOLY, oct. 2005, op. cit., p. 72.

²⁰⁵ C. LEROY., Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire, Université Paris-Est Créteil Val de Marne, 2010, op. cit., p. 70.

OHADA mais évidemment par un net recul de l'ordre public sociétaire dans cet environnement.

A. L'indispensable retour au contractualisme

L'émergence d'un nouveau courant favorable à la liberté contractuelle est indispensable pour remédier à ce formalisme rigoureux observé lors de la mutation des sociétés commerciales en droit OHADA. Il faut entendre par phénomène de contractualisation, l'utilisation croissante des techniques contractuelles lors de la mutation afin de répondre aux attentes manifestées par les acteurs de la vie des affaires. Ceux-ci sont évidemment ceux qui s'intéressent le mieux à ces différentes techniques juridiques, lesquelles permettent la pérennisation de leur société.

Une large acceptation des conventions statutaires ou extrastatutaires au cours d'une procédure de mutation signifiera le retour du contractualisme dans un environnement où la théorie institutionnelle occupe les devants de la marche²⁰⁶. Elle serait également une pure expression de la liberté contractuelle dans ce domaine qui en a tant besoin.

Fort de ces arguments, le législateur devrait prendre conscience de ce besoin de flexibilité en droit de la mutation et progressivement aménager de nouveaux espaces de liberté contractuelle dans celui-ci. L'assouplissement législatif octroierait plus de sécurité juridique aux associés en faisant reculer le caractère prépondérant de l'ordre public sociétaire. A l'instar du droit contemporain des sociétés caractérisé par une dynamique favorable à une plus grande souplesse le droit de la mutation, marqué par une approche institutionnelle, devrait s'émanciper à son tour grâce à un retour du contractualisme²⁰⁷.

L'essor de la liberté contractuelle au sein des mécanismes de la mutation est une préoccupation à laquelle le législateur est contraint de s'y soumettre afin d'espérer atteindre l'efficacité de la règle de droit. Car il ne faut oublier qu'attirer les associés, désirant changer la forme de leur société sans passer par la dissolution de celle-ci, est l'objectif primordial que

²⁰⁶ P., DELEBECQUE, Société par actions simplifiée et pactes d'actionnaires, in Société par actions simplifiée ; A. COURET, P. LE CANNU et al., GLN Joly éd., Pratique des affaires, 1994, p. 61.

²⁰⁷ M., GERMAIN, Les clauses relatives au fonctionnement de la société, JCP E. 1994, Cahier Droit de l'entreprise, suppl. 2, p. 11.

s'est fixé le législateur. Et pour atteindre cet objectif, la réglementation stricte doit être assouplie et rendue flexible au grand bénéfice de ses associés²⁰⁸.

A cet égard, l'introduction progressive de la liberté contractuelle dans le régime juridique de la mutation serait décisive pour rendre celle-ci plus attractive et répandue. Puisque la réglementation impérative actuelle n'incite pas les associés à recourir aisément aux différentes techniques de la mutation. Ainsi, pour davantage optimiser celles-ci, il convient incessamment de retoucher la législation en vigueur en introduisant plus la liberté contractuelle, c'est-à-dire en faisant au même moment reculer les dispositions impératives.

La forte prépondérance de l'ordre public sociétaire dans le processus de la mutation constitue en réalité un frein pour atteindre l'efficacité des techniques juridiques de la mutation²⁰⁹. Pour remédier à cela, il s'avère utile de faire reculer les règles impératives.

B. Le recul de l'ordre public

La tendance actuelle observée en droit des sociétés en général est la montée en puissance de la liberté contractuelle. Cela s'explique par la promotion de la contractualisation dans l'espace juridique romano-germanique. Pour ce qui concerne particulièrement l'espace juridique africain, en l'occurrence le droit OHADA, le législateur en quête à un équilibre des exigences opposées en droit des sociétés, semble accorder plus son attention à la liberté contractuelle dont la montée en puissance est perceptible²¹⁰. Or, cette montée en puissance de la liberté contractuelle se matérialise par le net recul de l'ordre public sociétaire.

Le recul de l'ordre public observé en droit des sociétés commerciales OHADA devrait également s'étendre au régime juridique de la mutation, qui contrairement à la tendance actuelle, contient une multitude de règles impératives qui obstruent son attractivité. Cette multitude d'exigences d'ordre public qui se manifeste dans le régime juridique de la mutation semble traduire l'influence de la théorie institutionnelle²¹¹. L'emprise de cette dernière sur l'autonomie de la volonté lors de la modification des statuts d'une société en vue d'une

²⁰⁸ HONORAT, La société par actions simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés, Petites Affiches, 16, 19 août 1996, p. 4, op. cit., p. 52.

²⁰⁹ P-L., PERIN et O., EDWARDS, La société par actions simplifiée : un outil attractif pour créer sa start-up, Option Finance n°572, 22 novembre 1999, p. 31.

²¹⁰ La contractualisation du droit des sociétés commerciales OHADA, op. cit., p. 456.

²¹¹A. LE FEVRE, Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspectives d'une société par actions simplifiée, RJ com. 1992, op. cit., p. 14.

mutation devrait être fortement dénoncée car la volonté des associés ou actionnaire est particulièrement secondaire et effacée.

La préconisation d'un recul des dispositions d'ordre public en droit de la mutation devrait au retour permettre une meilleure expansion de ces techniques juridiques ainsi que leur attractivité. D'emblée, il faut dire que la diminution du caractère excessif des dispositions impératives favorisera l'optimisation des mécanismes de la mutation en droit des sociétés commerciales OHADA. Régresser l'encadrement strict de la mutation pour rendre celle-ci plus attractive est forcément un gage de sécurité juridique aux yeux des associés ou actionnaires qui souhaitent changer la forme juridique de leur société.

Un recul franc de l'ordre public dans la mutation signifierait véritablement la possibilité octroyée par le législateur aux associés de prévoir plus ou moins librement dans les statuts ou dans des pactes extrastatutaires certaines conditions nécessaires pour modifier la forme juridique primitive de leur société. Ainsi, l'ordre public qui est pourtant présenté comme le tout-puissant gardien et protecteur de l'intérêt général ne se contente plus simplement d'interdire mais également d'imposer aux associés des comportements à tenir lors des diverses situations qui peuvent affecter la structure de la société²¹².

Il est certes vrai que l'intérêt général doit être protégé mais les techniques juridiques de la mutation ne sauraient devenir attractives si elles ne s'émancipent pas des dispositions impératives. Puisque cette conception extensive de l'ordre public dans la mutation qui serait au service d'un quelconque intérêt général est vécue comme un frein à l'attractivité²¹³. En effet, ces exigences d'ordre public dans la mutation peuvent être perçues par les associés comme des frontières que leur propre liberté ne saurait franchir. Dès lors, il appartient au législateur d'opérer une conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être garanti.

Toutefois, le recul de l'ordre public dans la mutation ne signifie pas ou ne doit pas être assimilé à sa disparition entière et absolue. Car la liberté contractuelle connaît aussi des limites à ne pas franchir. Bref, il faut alors préconiser le passage d'une conception rigoureuse

²¹² F. LEMEUNIER, *Société Anonyme*, 17^e éd. DELMAS 1998.

²¹³ J., BREILLAT, « *Ordre public, ordre social, ordre politique : quelles interactions ?* », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen, 11 et 12 mai 2000, BRUYLANT (Bruxelles), 2001, p. 247.

de l'ordre public à une conception plus flexible de l'ordre public²¹⁴. Cela signifie une modération voire une temporisation de l'ordre public rigoureux dans l'environnement de la mutation des sociétés commerciales de l'OHADA.

En somme, l'encadrement minutieux de la mutation de la société commerciale en droit OHADA par le législateur est jugé attentatoire à l'autonomie de la volonté des associés mais également à l'attractivité des divers procédés de la mutation. Pour y remédier, l'émergence des pactes extrastatutaires dans cet environnement seraient peut-être la solution à la rigidité légale qui est constatée.

Paragraphe 2 :L'émergence des pactes extrastatutaires

De plus en plus souvent, les actionnaires d'une société ou, plus couramment, certains d'entre eux concluent, en dehors des statuts, des conventions, appelées pactes d'actionnaires ou pactes de famille, par lesquelles ils cherchent à régler, généralement pour une longue période, le contrôle de la conduite des affaires et de la composition du capital de leur société²¹⁵.

La montée en puissance des pactes extrastatutaires en droit des sociétés de l'OHADA constitue une aubaine pour les associés lors de la modification de la forme juridique primitive de leur société. Puisque leur rôle principal étant de permettre l'organisation en toute liberté de la vie sociale, le législateur devrait également promouvoir au sein de la mutation l'émergence des conventions extrastatutaires. Malgré les espaces de libertés laissés par le législateur, seule l'émergence des pactes d'actionnaires est susceptible de faire renaître l'attractivité des techniques juridiques de la mutation. Les pactes d'actionnaires apparaissent comme les seuls à s'adapter, au plus près des besoins des actionnaires, à la modification des statuts de la société²¹⁶.

A ce titre, les conventions extrastatutaires ont un périmètre d'application librement ajustable selon qu'il s'agit de ne lier que deux ou plusieurs actionnaires et accueillent naturellement les accords ciblés, destinés à satisfaire des besoins spécifiques, sujets à évolution en fonction de paramètres conjoncturels. En sus de cette souplesse, comparativement au formalisme requis pour individualiser dans les statuts la situation de

²¹⁴ P. NGUIHE KANTE, « *Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique* », op. cit., p. 61.

²¹⁵ F. LEFEBVRE., *Mémento pratique : fusions acquisitions*, 2017op. cit., n°15.

²¹⁶ C. LEROY., *Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire*, Université Paris-Est Créteil Val de Marne, 2010, op. cit., 78.

certaines actionnaires ou modifier les dispositions statutaires, les pactes d'actionnaires présentent un atout de confidentialité, tout au moins dans les sociétés non cotées²¹⁷, essentiel pour tout acteur du monde des affaires.

Ce caractère occulte des pactes extrastatutaires et l'opacité qui entoure parfois les véritables raisons de leur stipulation en marge des statuts, outre les avantages précités, pourrait faire douter de leur validité²¹⁸. Une attitude méfiante du législateur et de la jurisprudence serait justifiée au regard de la fraude consistant, pour certains actionnaires, à insérer leur accord dans une convention extrastatutaire afin de tenter de soustraire ce dernier à l'emprise des dispositions impératives de la mutation. Dès lors se pose la question de la vulgarisation des pactes d'actionnaires ainsi que de leur conformité aux dispositions impératives.

A. La vulgarisation des pactes d'actionnaires

L'apparition des pactes d'actionnaires dans l'environnement de la société marque favorablement l'approbation du législateur pour le rayonnement de l'autonomie de la volonté. Ils sont en réalité des outils indispensables pour réduire l'influence des règles d'ordre public en encourageant celles qui promeuvent la liberté contractuelle. En effet, ils ont toujours pour objet l'organisation sociale, c'est dire la gestion de la société. Donc une forte diffusion de ces outils, c'est-à-dire les pactes d'actionnaires portant sur la modification des statuts de la société commerciale, en un mot la mutation, serait un pas de plus franchi vers la libéralisation de celui-ci.

Dès lors, la conclusion des conventions extrastatutaires en complément de la rigidité du régime juridique de la mutation présente un atout majeur. Ainsi, leur vulgarisation au sein des mécanismes de modification des statuts sans création d'une nouvelle personne morale, permettra à ceux-ci d'être mieux attractifs²¹⁹ en évitant toute velléité de contournement par les associés. Car une large propagation des conventions extrastatutaires lors des mécanismes de la mutation demeure largement pratique et utile pour les actionnaires.

²¹⁷ La confidentialité est exclue en matière boursière. Les pactes d'actionnaires qui comportent des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition portant sur au moins 5% du capital ou des droits de vote d'une société cotée doivent en effet être communiqués aux autorités financières, lesquelles en assurent la publicité.

²¹⁸ En ce sens, Y. GUYON., *Droit des sociétés*, t. 1, droit commercial général et sociétés commerciales, 12^e éd. 2002, op. cit., p. 16.

²¹⁹ G., GOFFAUX-CALLEBAUT, « *La définition de l'intérêt social, retour sur la notion après les évolutions législatives récentes* », RTD. com, 2004, p. 35.

Cependant, il faudrait être vigilant en prenant garde de ne pas accorder aux actionnaires un champ libre lors de la conclusion de leur accord. En sorte que, les pactes d'actionnaires doivent à leur tour faire l'objet d'un encadrement souple pour éviter qu'ils ne soient pas contraire à l'ordre public²²⁰.

La convention extrastatutaire se caractérise par sa nature exclusivement contractuelle et présente, à ce titre, des qualités de souplesse et de plasticité. Elle permet d'assurer une cohésion au sein de l'actionnariat en instaurant « *un équilibre entre les différents intérêts des acteurs qui font vivre la société* ». En ce sens, les pactes d'actionnaires complètent le régime juridique de la mutation et facilitent la poursuite de la propre finalité des actionnaires²²¹. Ils sont aussi soumis tout au long de leur existence, depuis la formation jusqu'à son extension, au principe de l'autonomie de la volonté qui implique pour tout associé la liberté d'exprimer sa volonté sous une forme quelconque dès lors qu'il y a échange de consentements. Ils sont notamment soumis à la règle de l'unanimité pour leur modification.

Le pacte d'actionnaires est donc un outil « *sur mesure* », dont les dispositions sont susceptibles d'être exactement ajustées, dans la limite de l'ordre public et selon l'habileté de leur rédacteur, aux besoins spécifiques de leurs signataires. Ainsi, il se distingue par sa souplesse et son efficacité et offre aux actionnaires un cadre pour contenir les termes de leur convention et modifier ces derniers en toute simplicité, d'un commun accord au fur et à mesure de l'évolution de leurs besoins²²².

La procédure de modification des statuts de la société étant parsemé de formalisme rigide, celle des pactes d'actionnaires est bien moins formaliste, simple, sécurisante et mieux établie. Bref, il faut remarquer que le pacte extrastatutaire est un outil malléable et ajustable de très grande utilité dans la mutation de la société commerciale. Pour cette raison, cette dernière doit nécessairement devenir un terrain de prédilection des conventions extrastatutaires.

Toutefois, les conventions extrastatutaires doivent se soumettre aux exigences de l'ordre public, c'est-à-dire être conformes aux règles impératives établies lors de la mutation par le législateur.

²²⁰ F. LEFEBVRE., Mémento pratique : fusions acquisitions, 2014, op. cit, n°15.

²²¹ V., CUISINIER relève à ce titre que la pratique des pactes d'actionnaires est « *considérée par la doctrine contractualiste américaine comme le moyen le moins onéreux d'obtenir entre les majoritaires et les minoritaires une cohabitation efficiente* ».

²²² P. DIDIER., Théorie économique et droit des sociétés, Rev. Sociétés, 2000, p. 240.

B. La conformité du pacte aux règles impératives

Les conventions extrastatutaires apparaissent comme une bouffée d'air au sein du formalisme rigoureux qui caractérise les divers procédés de la mutation. Elles sont des outils qui permettent aux actionnaires de la société qui aimeraient procéder à une mutation une certaine flexibilité et efficacité²²³. C'est dire qu'elles doivent pour cela être souples afin de remédier à l'encadrement strict du régime juridique de la mutation qui est observé. Cependant, les pactes d'actionnaires doivent nécessairement et certainement respecter les dispositions impératives qui s'imposent au cours d'une procédure mutation au risque de voir celle-ci échouer.

Car la souplesse préconisée des pactes d'actionnaires ne signifie pas pour autant une violation de l'ordre public établi au cours de la mutation²²⁴. En effet, les pactes extrastatutaires doivent impérativement se conformer aux dispositions que le législateur a qualifiées d'ordre public. L'encadrement de la convention extrastatutaire par les règles impératives signifie que les intérêts que celles-ci tendent à protéger au sein de la mutation demeurent supérieurs d'une certaine manière.

D'ailleurs, les juridictions ne valident les conventions extrastatutaires entre actionnaires que « *lorsqu'elles ne sont pas contraires à une règle d'ordre public, à une stipulation impérative des statuts ou à l'intérêt social* »²²⁵. Ainsi trois conditions de validité des pactes d'actionnaires peuvent être dégagées.

La première condition est la non-contrariété à une règle d'ordre public, inclut à l'évidence l'ordre public de la mutation. La seconde condition est relative à la non-contrariété à une stipulation impérative des statuts. Ce qui fait à nouveau référence à l'ordre public sociétaire dès lors que, non seulement les statuts doivent eux même respecter les règles impératives qui forment cet ordre public, mais encore, constituent une norme sociétaire hiérarchiquement supérieure aux conventions extrastatutaires. Enfin, la troisième condition imposant à la non-contrariété à l'intérêt social renvoie à l'un des concepts les plus flous du droit des sociétés²²⁶, auquel le juge a fréquemment recours pour préserver la finalité

²²³ H., DUBOUT, Les clauses de durée dans les pactes extrastatutaires entre actionnaires, Bull. Joly, 1997, chronique. 1.

²²⁴ P., LARRIEU, « *L'interprétation des pactes extrastatutaires* », Rev. Sociétés, 2007, p. 697.

²²⁵ Cass. Com. 13 février 1996, Rev. Sociétés, 1996, p. 781, note J.-J DAIGRE et Cass. Com. 7 janvier 2004, Bull. Joly, 2004.544, note P. Le CANNU.

²²⁶ Voir notamment, A. PIROVANO, « *La 'boussole' de la société ? Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise* », D., 1997, chron. 189.

économique que le droit assigne au contrat de société²²⁷, ce qui devrait conférer à cette condition le caractère impérieux de l'ordre public. Ces conditions générales de validité du pacte d'actionnaires évoquent, a priori, la soumission de ce dernier aux règles impératives²²⁸.

En effet, la volonté des actionnaires paraît, même en dehors des statuts, limitée par les dispositions impératives de l'ordre public. Le rayonnement de la liberté contractuelle en droit des sociétés connaît ainsi des bornes que les pactes d'actionnaires ne sauraient franchir. D'une manière générale, cela dénote l'influence des règles impératives sur le régime des pactes d'actionnaires. Même si cette emprise de l'ordre public n'a de cesse de se réduire, au gré des assouplissements législatifs venant atténuer la rigueur de cet ordre public.

Les dispositions des conventions extrastatutaires sont subordonnées à la « *prééminence des statuts, par hypothèse conformes à la loi* »²²⁹. Il semble à ce titre que le caractère impératif de la réglementation influe sur les pactes d'actionnaires. Car, le contenu de ceux-ci doit être encadré, ne serait-ce de manière souple, par les dispositions impératives. Dès lors, il est indéniable que l'impératif d'ordre public, donc de sécurité juridique, commande la conformité du pacte d'actionnaires aux règles impératives. Même si cette conformité devrait être empreinte de flexibilité.

²²⁷ En ce sens, voir M.-Ch. MONSALLIER., L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, LGDJ, 1998, op. cit., p. 62.

²²⁸ C. LEROY, Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire, Université Paris-Est Créteil Val de Marne, 2010, op. cit., p. 70.

²²⁹ Y., GUYON, Traité des contrats- Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, op. cit., n°286. On parle également de « *primauté des statuts* ».

Conclusion

Au terme de la présente étude, il faut retenir que le droit de la mutation des sociétés commerciales de l'OHADA ne fait l'objet qu'aucun régime juridique uniforme. Autant ses mécanismes sont variés autant ses règles sont éparses et mosaïques. Et cela est tout au moins déplorable vu la réalité économique et sociale de ce phénomène. Néanmoins, le manque d'un régime juridique uniforme n'empêche pas tout de même de parler d'un droit de la mutation.

Puisque la mutation se traduit par une réorganisation de la société sur un plan juridique, organisationnel, capitalistique, patrimonial, financier, opérationnel en vue d'aboutir à un objectif : la pérennisation de l'activité de la société par le recours à des techniques diverses et variées qui, fonction des velléités des entreprises, posent pour certaines, des problématiques importantes.

La mutation est tantôt simplement le fruit de la volonté des associés pour permettre à la société d'être plus compétitive et d'assurer son développement, tantôt elle est imposée dans une optique de sauvegarde et de survie de l'entreprise. Ainsi, elle vise un double objectif : celui d'assurer la croissance de la société d'une part et d'autre part de restaurer les sociétés défaillantes²³⁰. Pour parvenir à cette croissance, plusieurs mécanismes juridiques existent notamment, la fusion, qui est considérée par la doctrine comme la technique privilégiée de restructuration, a été assimilée par le législateur au travers du prisme de la notion de transmission universelle du patrimoine.

Mais force est de constater que la société peut être le seuil de difficultés qui menacent son existence et imposent le recours à certaines techniques de la mutation, préventives notamment, dont l'objectif est non seulement de prendre diverses mesures en vue de réorganiser la société, de sauver les emplois et d'assurer l'apurement du passif.

Ces techniques juridiques font preuve d'une attractivité limitée car d'une part les critères conditionnant leur mise en œuvre sont posés en terme strict et rigide et d'autre part ils sont complexes et parfois imprécis. Et cette situation de réglementation rigide est un frein au caractère attrayant des procédés de la mutation dont l'utilité pour les sociétés dans un contexte de crises économiques mondiales n'est plus à démontrer.

²³⁰ A. CONSTANTIN., Droit des sociétés, 2è éd. DALLOZ, 2005.

Cette réglementation rigoureuse de la mutation n'a semble t-il pas produit les effets escomptés auprès des associés ou actionnaires des sociétés commerciales²³¹. Car au lieu de rendre ces divers mécanismes attractifs, l'encadrement strict aurait conduit les associés à moins recourir aux techniques de la mutation. Les garde-fous préétablis par le législateur ont atténué l'engouement pour la mutation des sociétés commerciales. L'aspiration des associés à plus de souplesse de la part du législateur est patente d'autant plus que la tendance actuelle du droit des sociétés commerciales est l'émergence de la liberté dans l'organisation et le fonctionnement de celles-ci

A cette réglementation rigide de nature à entraver l'attractivité des techniques juridiques de la mutation, vient s'ajouter la flexibilité des conventions extrastatutaires²³². Puisque, de cette volonté des actionnaires de rendre plus attractive la mutation des sociétés commerciales, ils accordent une place importante à l'autonomie de la volonté dans le traitement des difficultés dont la société pourrait être confrontée. Et répondant à une logique de pérennisation de l'activité de la société, force est de constater que la mutation se devrait d'être attrayante. En effet, la réduction du formalisme et des contraintes en matière de mutation traduirait de la part du législateur une volonté réelle de renforcer la compétitivité des sociétés commerciales.

Le constat qui se dégage après l'étude des diverses techniques juridiques de la mutation des sociétés commerciales est que l'attractivité et l'efficacité si recherchées demeure au final mitigée. Car, si des efforts sont menés en vue de faciliter et de les rendre attractives, il existe toutefois des entraves qui contrarient leur pleine attractivité. Alors, une intervention du législateur s'impose pour remédier à cela afin de gagner en efficacité.

En résumé, force est de retenir de cette étude que la tendance actuelle observée est le recul de la vigueur des principes d'ordre public en droit de société en général. Pourtant, malgré ce constat, la mutation de la société commerciale reste fortement encadrée par des dispositions impératives. Ce paradoxe ne s'explique que par le seul argument majeur qu'est la protection des créanciers de la société dont la modification des statuts sont imposées pour permettre sa survie. Or, ce formalisme rigide qui entoure les mécanismes de la mutation constitue une atteinte à son attractivité. Cette atteinte à l'attractivité représente pour les associés un facteur de contournement potentiel de ces techniques juridiques.

²³¹ B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, 2^e éd. LITEC, 2009, p. 101.

²³² D. VELARDOCCIO-FLORES, *Les accords extrastatutaires entre associés*, PUAM, 1993, n°260 et s.

Dans ce cas, l'objectif poursuivi par le législateur, faudrait-il le rappeler une fois de plus, est la recherche de l'attractivité, cela risquerait d'être jamais atteint avec une pareille réglementation stricte. Puisque les associés seraient tentés à plutôt contourner les procédés de la mutation que de vouloir appliquer de telles dispositions rigides.

La vocation du droit OHADA à atteindre l'attractivité selon le désir originel de ses concepteurs, est également une orientation fondamentale qui conduit à privilégier le processus de flexibilisation du cadre juridique de la mutation des sociétés commerciales. Ce choix de souplesse doit être poursuivi et maintenu par le législateur. Maintenant, il importe d'apporter aux divers mécanismes de la mutation l'efficacité nécessaire afin de les faire pleinement rayonner et surtout d'inciter les acteurs de la mutation d'y recourir plus volontairement sans avoir à faire face à toutes les éventuelles contraintes.

Il faut croire alors que la réglementation actuelle a indispensablement besoin d'être retouchée en la rendant plus flexible et souple dans le but de permettre un meilleur rayonnement combiné d'une efficacité véritable des techniques juridiques de la mutation. Tel est le principal défi qui se présente aujourd'hui au législateur et qu'il est tenu absolument de relever.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux

- **AMIEL-COSME (L.)**, La dissolution, in rép. Soc. Dalloz, 2009, n°53, p. 163-165.
- **BARTHELEMY (J.)**, Société par actions simplifiée et droit social, n°6, juin 2000, p. 637.
- **CHAPUT (Y.)**, *Droit des sociétés*, P.U.F, coll. Dr. Fondamental, 1993, p. 633 et s.
- **CONSTANTIN (A.)**, *Droit des sociétés*, 2^e édition DALLOZ, 2005, p. 490-500.
- **COZIAN (M.)**, **VIANDER (A.)**, **DEBOISSY (F.)**, *Droit des sociétés*, 21^e édition LITEC, 2008, spéc. p. 402, n°891.
- **DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)**, *Droit commercial*, 6^e éd. Montchrestien, 1999, p. 547
- **DONDERO (B.)**, *Droit des sociétés*, 3^e édition DALLOZ, 2013, p. 241
- **DUQUESNE (F.)**, *Droit des sociétés commerciales*, 4^e édition LARCIER, coll. Paradigme-Manuels, 2017, p. 406
- **GUIRAMAND (F.)**, **HERAUD (A.)**, *Droit des sociétés*, 11^e édition DUNOD, 2004, p. 748
- **GUYON (Y.)**, *Droit des affaires, T.1, droit commercial général et sociétés*, 12^e éd. ECONOMICA, 2003, p. 678 ; *Traité des contrats, les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, p. 611
- **JEANTIN (M.)**, *Droit des sociétés*, 3^e éd. Montchrestien, 1994, p. 317
- **JUGLART (M.)**, **IPPOLITO (B.)**, **DUPICHOT (J.)**, *Les sociétés commerciales*, édition nov. 1999, Montchrestien, p. 880
- **LE CANNU (P.)**, *Droit des sociétés*, 2^e édition sept 2003, Montchrestien, p. 313 ; **LE CANNU (P.)** et **DONDERO (B.)**, *droit des sociétés*, éd. Montchrestien, 4^e éd, 2012, n°1416, 886 p.
- **LEFEBVRE (F.)**, *Mémento pratique, fusions acquisitions*, 2017, 1472 p.
- **LEMEUNIER (F.)**, *Sociétés Anonyme à Responsabilité Limitée*, 22^e éd. Delmas, 2001, 206 p.

- **MAGNIER (V.)**, *Droit des sociétés*, 4^e édition avril 2009, DALLOZ, 498 p.
- **MAY (J-CI.)**, « La société : contrat ou institution » in contrat ou institution : un enjeu de société, LGDJ, 2004, 134 p.
- **MERCADAL (B.)** « Le critère de la distinction des sociétés civiles et commerciales », RTD com, 1982, 511 p.
- **MERLE (P.)**, **FAUCHON (A.)**, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 15^e édition, DALLOZ 2012, 590 p.
- **MERLE (PH.)**, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 6^e éd. Dalloz, 1998, 243 p.
- **MESTRE (J.)**, *Droit commercial*, LGDJ, 28^e éd., Paris, 2009, 1114 p.
- **MOLIERAC (M.)** et **MOLIERAC (J.H.)**, *Manuel des sociétés*, t. 1, les sociétés de personnes, 1969
- **PUTMAN (E.)**, « La révocation amiable », in la cessation des relations contractuelles d'affaires, PUAM, 1997, p. 125, spéc, 133 p.
- **RIASSETO (I.)**, *Typologie des transformations*, BJS, 2010, 3890 p.
- **RIPERT (G.)**, **ROBLOT (R.)**, **GERMAIN (M.)**, *Traité de droit commercial, T. 1, Vol. 2, Les sociétés commerciales*, 20^eéd. LGDJ, 2011, 1300 p.
- **RODIERE (R.)** et **OPPETIT (B.)**, *Droit commercial, groupements commerciaux*, Précis Dalloz, 10^e éd. 1980
- **SCHILLER (S.)**, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, LGDJ, 2002, préf. F. TERRE, n°380, 187 p.
- **TERRE (F.)**, **SIMLER (PH.)**, **LEQUETTE (Y.)**, *Droit civil : obligations*, 9^e éd. Dalloz, Paris, 2005, 1594 p.
- **THALLER (E.)**, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e édition 1900, 1172 p.
- **TILQUIN (V.)** et **SIMONART (V.)**, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer éd. Juridique Belgique, 1996, n°127, 939 p.
- **VELARDOCCHIO-FLORES (D.)**, *Les accords extrastatutaires entre associés*, PUAM, 1993, n°260 et s. 351 p.
- **VIDAL (D.)**, *Droit des sociétés*, 7^e éd., LGDJ, 2010, 798 p.
- **VIGNAL (N.)**, « La vie du lien contractuel », *Lamy droit civil, droit des contrats*, 1999, n°405-40 et 405-58

II. Ouvrages africains

- **AKAM AKAM (A)**, *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, édition l'HARMATTAN, 2009, 262 p.
- **ANOUKAHA (F), CISSE (A.), NDIAW(D), POGOUE (P.G), NGUEBOU TOUKAM (J.), SAMB (M.)**, *OHADA, Sociétés commerciales et GIE*, juriscope 2002, 592 p.
- **DIEYE (A.)**, *Régime juridique des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (GIE) dans l'espace OHADA*, 3^e éd., Dakar, Cabinet Aziz, 2008, 320 p.
- **ERNST et YOUNG**, « *Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE* », in Actes uniformes OHADA, Les études pratiques de Ernst et Young en Afrique, 1^{ère} éd., FFA, 2006, 206 p.
- **GIBIRILA (D.)**, *Droit des sociétés*, 4^e édition Ellipses, 2012, 140 p.
- **GONCALVES (W.E.)**, *Droit des sociétés commerciales*, 3^e édition Pothier, 2017, 470 p.
- **MARTOR (B), PILKINGTON (N), SELLERS(D), THOUVENOT (S)**, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, 2^e édition LITEC, 2009, 101 p.
- **MOULOUL (A.)**, *Le régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA : l'exemple du Niger*, Paris, LGDJ, 2005, 605 p.
- **NDOYE (D.)**, *Droit des sociétés commerciales et du GIE des pays de l'OHADA : Actes uniforme annoté avec la jurisprudence*, Ed. Juridiques Africaines (EDJA), 01 janvier 2011, 352 p.
- **POGOUE (P.G), ISSA-SAYEGH, SAWADOGO (FM)**, *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, édition juriscope 2014, 1070 p.
- **TIGER (PH.)**, *Le droit des affaires en Afrique (OHADA)*, Que sais-je ? PUF, 1999, 127 p.

III. Articles

- **ANCEL (M-E.),** « *La vente dans le code civil, raisons et déraisons d'un modèle contractuel* », in code civil et modèles, des modèles du code au code comme modèle, sous la dir. De T. REVET, LGDJ, 2005, 285 p.
- **BADJI (P.),** Réflexions sur l'attractivité du droit OHADA, bulletin de droit économique, 2014, 14 p.
- **BERTREL (J-P.),** « *Liberté contractuelle et sociétés, essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés* », RTD. Com., 1996, 595 p. ; « *Le débat sur la nature de la société* », in Mél. A. SAYAG, Litec, 1997, p. 80
- **BETICKA (TH.),** « *Les méandres de la transformation des sociétés commerciales* », le blog du business en Afrique, p. 12
- **BOUERE (J-P),** « *Evénements structurels affectant une SAS* », in SAS, 62 p.
- **BRODERICK (J-A.),** « *La notion d'institution de M. HAURIOU dans ses rapports avec le contrat en droit positif français* », Archives de philosophie du droit 1968, 143 p.
- **CHAMPAUD (C.),** « *Le contrat de société existe-t-il encore ?* », in le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives, Economica, 1987, 42 p.
- **CHAPUT (Y.),** « *La liberté et les statuts* », *Revue Sociétés*, 1989, 311 p.
- **COURET (A.),** « *La transformation en SA d'une SAS est-elle en pratique réalisable ?* » Bull. Joly, 1998, 209 p.
- **DAIGRE (J.J),** « *Transformer les sociétés* » in de nouveaux espaces de libertés contractuelle, JCP. Cah. Dr. Entr., 2/1995, 16 p.
- **DUBOUT (H.),** « *Les clauses de durée dans les pactes extrastatutaires entre actionnaires* », Bull. Joly, 1997, ch.1, 150 p.
- **EYANGO DJOMBI (A.D),** « *La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'OHADA* », revue trimestrielle de droit africain, octobre-décembre 2015, 470 p.
- **FAGES (B.),** « *Nouveaux pouvoirs : le contrat est-il encore la chose des parties ?* » in colloque, la nouvelle crise du contrat, 153 p.
- **FENEON (A.),** « *La société par action simplifiée : un bouleversement du droit OHADA des sociétés commerciales* », revue trimestrielle de droit africain, avril-juin 2014, 11 p.

- **NGUIHE KANTE (P.)**, « *Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique* », revue trimestrielle de droit commercial et économique, 2010, 215 p.
- **HAURIOU (M.)**, « *La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)* », in la cité moderne et les transformations du droit, les cahiers de la nouvelle journée, 1925 ; principes de droit public, Sirey 1910 et 1916, Précis de droit constitutionnel, Sirey 2è édition, 1929, 7 p.
- **ISSA SAYEGH (J.)**, « *Le caractère d'ordre public des dispositions de l'AUSCGIE* », Rev. PENANT, 15 p.
- **KAMGA (J.)**, « *L'apport du droit OHADA à l'attractivité des investissements étrangers dans les Etats parties* », Rev. Des juristes de Science po, 2012, 9 p.
- **LARRIEU (P.)**, « *L'interprétation des pactes extrastatutaires* », rev. Sociale, 2007, 697 p.
- **LE CANNU (P.)**, « *Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée* », Rép. Déf. 1994, 134 p.
- **LE FEVRE (A.)**, « *Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ?* » Perspectives d'une société par actions simplifiée, RJC, 1992, 89 p.
- **MARTOR (B.)**, **THOUVENOT (S.)**, « *La fusion des sociétés issues du droit OHADA* », revue des affaires internationales, n°1, 2002, 47 p.
- **MONEBOULOU MINKADA (H.)**, « *La question de la définition du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionnelle* », revue de l'ERSUMA : Droit des affaires- pratique professionnelle, n°6, janvier 2016, 37 p.
- **NEUER (J-J.)**, « *Le contrat-institution, essai sur les modes de formations en droit privé* », LPA 19 juin 1995, n°73, 44 p.
- **PAILLUSSEAU (J.)**, « *Le droit de l'OHADA, un droit très important et originel* », la semaine juridique n°4 du 28 octobre 2004, supplément n°5, 15 p.
- **PERIN (P-L.)**, *La SAS : Etudes-formules*, éd. Joly, oct. 2005, 35 p.
- **RABANI (A.)**, « *La nouvelle société par actions simplifiées de l'OHADA* », bulletin de droit économique, n°2, 2014, 11 p.
- **RANOUIL (V.)**, « *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept* », Travx. Univ. Paris II, 1980, 67 p.
- **ROUCHETTE (G.)**, « *La force obligatoire du contrat* », in le contrat aujourd'hui, comparaison franco-anglaise, LGDJ, 1987, 120 p.

- **SAINTOURENS (B.)**, « *La flexibilité du droit des sociétés* », RTD. Com., 1987, 458 p.
- **TOMASINI (L.)**, « *La SAS : une structure pour tous ?* », Actes pratiques sept-oct 2008, 30 p.

IV. Thèses et mémoires

- **AHOUA (D.)**, *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaison avec le droit français*, thèse de doctorat en droit privé, Université de Bordeaux, 2015, 468 p.
- **BUCHBERGER (M.)**, *Le contrat d'apport : essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assa, 2011, 545 p.
- **LEROY (C.)**, *Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire*, thèse de doctorat en droit privé, Université Paris-Est Créteil Val de Marne, 2010, 347 p.
- **MBAYE MAYATA (N.)**, *Fusions, scissions et apports d'actifs transfrontaliers en Afrique*, thèse de doctorat en droit privé, Université de Nanterre, 2006, 542 p.
- **RECEVEUR (B.)**, *La force obligatoire du contrat de société : contribution à l'étendue des relations entre droit des contrats et droit des sociétés*, thèse de doctorat en droit privé, Université de Cergy-Pontoise, décembre, 2013, 605 p.
- **ROURE (D.)**, *La transformation des sociétés*, thèse Lyon 3, 1993, 432 p.
- **VAISSE (S.)**, *La loi de la majorité dans la société, contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme*, thèse Paris, 1967, 592 p.
- **WICKER (G.)**, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, thèse, LGDJ, coll. BDTP, 253, 1997, n°48, 441 p.