

# Les critères fondamentaux de la société anonyme en droit de l'OHADA

François Ndjamono Onguila

Volume 53, Number 1, March 2012

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1007825ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1007825ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Onguila, F. N. (2012). Les critères fondamentaux de la société anonyme en droit de l'OHADA. *Les Cahiers de droit*, 53(1), 49–77. <https://doi.org/10.7202/1007825ar>

Article abstract

Could the limited liability company of the OHADA law be identified by its fundamental criteria ? This is a worthy question since this limited liability company owns the shareholder's limitation mobility and unlimited risk while accepting the validity of contractual stipulations. The fall of the traditional criteria of the limited liability company identification means a rebirth of searching for an adapted criterion. The OHADA legislator classifies the notion of public distribution in savings. The Board of Directors is led either by a General Managing Officer or a President of the Board. In the last managing step of the Board of Directors, company management is held by the General Manager. The initiative is freely allowed to the shareholders by the OHADA legislator. In such a case, the structure of the company's administration body separating management from governance could be a new identification criterion of the limited liability company under the OHADA law.

# Les critères fondamentaux de la société anonyme en droit de l'OHADA

---

François NDJAMONO ONGUILA\*

*La société anonyme du droit de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) peut-elle encore être identifiée par ses critères fondamentaux ? La question mérite d'être posée dès lors que la société anonyme s'est approprié la limitation de la mobilité des actionnaires et le risque illimité et que la validité des stipulations contractuelles y est admise. Le déclin des critères traditionnels d'identification de la société anonyme fait renaître la recherche d'un critère adapté. Le législateur de l'OHADA consacre la notion d'appel public à l'épargne. Parmi les hypothèses d'identification de la société anonyme faisant appel public à l'épargne, le cercle de détenteurs des titres semble être un indice de distinction de ce type de sociétés. Celle-ci est administrée soit par un administrateur général, soit par un conseil d'administration. Ce dernier est dirigé soit par un président-directeur général, soit par un président du conseil d'administration. Dans la dernière modalité de direction du conseil d'administration, la direction de la société est assurée par le directeur général. Le législateur de l'OHADA laisse la libre initiative aux actionnaires. Dans ce cas, la structure de l'organe d'administration de la société dissociant l'administration de la direction serait un nouveau critère d'identification de la véritable société anonyme du droit de l'OHADA.*

---

*Could the limited liability company of the OHADA law be identified by its fundamental criteria ? This is a worthy question since this limited*

\* Docteur en droit privé, assistant, Faculté de droit et des sciences économiques, Libreville ; chercheur, Centre d'études et de recherches en droit et institutions politiques (CERDIP).

*liability company owns the shareholder's limitation mobility and unlimited risk while accepting the validity of contractual stipulations. The fall of the traditional criteria of the limited liability company identification means a rebirth of searching for an adapted criterion. The OHADA legislator classifies the notion of public distribution in savings. The Board of Directors is led either by a General Managing Officer or a President of the Board. In the last managing step of the Board of Directors, company management is held by the General Manager. The initiative is freely allowed to the shareholders by the OHADA legislator. In such a case, the structure of the company's administration body separating management from governance could be a new identification criterion of the limited liability company under the OHADA law.*

---

	Pages
<b>1 Le déclin des critères traditionnels d'identification de la société anonyme .....</b>	<b>56</b>
1.1 La remise en cause de la libre mobilité des actionnaires .....	56
1.1.1 L'identification des actionnaires .....	56
1.1.2 Le contrôle de la mobilité des actionnaires.....	58
1.2 La remise en cause de la limitation du risque des actionnaires .....	61
1.2.1 Les fondements de la remise en cause.....	61
1.2.2 Les manifestations du déclin.....	63
<b>2 La recherche d'un critère d'identification de la société anonyme .....</b>	<b>67</b>
2.1 Le critère d'appel public à l'épargne .....	67
2.1.1 La diversité des hypothèses d'appel public à l'épargne .....	68
2.1.2 L'incertitude de la notion d'appel public à l'épargne .....	70
2.2 La structure de l'organe d'administration de la société anonyme.....	72
2.2.1 La dissociation de l'administration de la direction.....	72
2.2.2 Le contrôle des dirigeants.....	75
<b>Conclusion.....</b>	<b>77</b>

---

La société anonyme peut-elle encore être identifiée par ses critères fondamentaux ? La question mérite d'être posée dès lors que la société

anonyme, ou société par actions<sup>1</sup>, s'est approprié les caractéristiques de la société en nom collectif<sup>2</sup>.

L'article 385 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) définit la société anonyme comme «une société dans laquelle les actionnaires ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont les droits des actionnaires sont représentés par des actions<sup>3</sup>». Sauf lorsque la forme nominative<sup>4</sup> est autorisée, les actions sont au porteur. Les titres représentant les actions au porteur ne portent aucune mention de nom du titulaire. C'est parce qu'elles sont au porteur que la société est anonyme. Les actions au porteur sont transmissibles par simple tradition ou par virement de compte à compte<sup>5</sup>. L'article 385 ajoute que «[l]a société anonyme peut ne comprendre qu'un seul actionnaire». Peu importe le nombre d'actionnaires, la société anonyme est traditionnellement identifiée

1. La société anonyme est la seule société par actions ou de capitaux retenue par le législateur de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). Par contre, au Québec et en France, elle est une forme de société par actions. Les sociétés par actions sont définies comme «celles dont le fonds social repose sur des actions au porteur et sur des inscriptions dans un livre transmissibles à volonté»: cf. Georges RIPERT et René ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2 «Les sociétés commerciales», par Michel GERMAIN (dir.), 18<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2002, n° 1360, p. 235.
2. L'article 270 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, considère comme société en nom collectif «celle dans laquelle tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales». Cf. Paul-Gérard POUYOUÉ, Josette NGUEBOU-TOUKAM et François ANOUKAHA, «Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, J.O. OHADA n° 2, 01/10/97, p. 1 et s.», dans Joseph ISSA-SAYEGH et autres (dir.), *OHADA. Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3<sup>e</sup> éd., Porto-Novo, Juriscope, 2008, p. 311, à la page 407.
3. Avant l'entrée en vigueur de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* de l'OHADA, dans la majorité des États membres de l'OHADA, la société anonyme était régie par la loi française du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions: *Loi du 24 juill. 1867 sur les sociétés*, J.O. 20 août 1944, p. 241. Cette loi définissait la société anonyme comme «la société dont le capital est divisé en actions et qui est constituée entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Le nombre des associés ne peut être inférieur à sept.»
4. L'action est dite nominative lorsqu'elle est représentée par un titre sur lequel se trouve inscrit le nom de son titulaire: cf. François ANOUKAHA et autres, *OHADA. Sociétés commerciales et G.I.E.*, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 990, p. 460.
5. La transmission par virement de compte à compte est rendue possible par la dématérialisation du titre qui représente le droit de l'actionnaire.

par la libre mobilité<sup>6</sup> et le risque<sup>7</sup> limité aux apports des actionnaires<sup>8</sup>. Avec l'appropriation par la société anonyme de la limitation de la mobilité des actionnaires et du risque illimité, il y a donc mutation des critères d'identification de cette société. L'abondante littérature juridique sur la société anonyme ne comprend que subsidiairement et de manière éparsée des développements sur les critères de la société anonyme. Elle ne traite pas directement des critères fondamentaux de la société anonyme. Or, l'appropriation par la société anonyme des critères fondamentaux de la société en nom collectif influe sur l'évolution du droit des sociétés commerciales. En outre, elle contribue à la multiplication des formes de la société anonyme. Dans ce cas, il est intéressant de revisiter les critères fondamentaux de la société anonyme. L'objectif de notre étude est de parvenir à dégager un critère adapté d'identification de la société anonyme. Ce dernier, combiné aux autres critères, pourra aider à l'identification de la vraie société anonyme.

La société anonyme a été instituée dans le but de réunir des capitaux importants, en faisant appel à plusieurs actionnaires. Si elle avait fait courir aux actionnaires un risque illimité<sup>9</sup> et interdit leur mobilité, elle ne les aurait jamais obtenus.

Au fil du temps, les exigences des investisseurs institutionnels et de la protection des créanciers contre les agissements indéliques des dirigeants actionnaires ou des actionnaires de référence ont concouru au déclin des critères traditionnels de la société anonyme<sup>10</sup>. C'est ainsi que des techniques juridiques remettant en cause la libre mobilité des actionnaires et la limitation de leur risque ont été autorisées. Ainsi, la mise sous la forme

6. Les actionnaires sont libres de céder les titres représentant leurs apports.

7. Le risque est la responsabilité personnelle des associés ; il est illimité dans un cas, limité au montant des apports dans l'autre : cf. Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 23<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis/Litec, 2010, n° 25, p. 13. Sur le fondement du risque, certains auteurs de doctrine considèrent que les sociétés à responsabilité limitée sont des sociétés de personnes à risque limité et les sociétés en commandite simple sont les sociétés de personnes à risque illimité : cf. Dominique VIDAL, *Droit des sociétés*, 7<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 2010, n° 14, p. 18 et 19, et n° 842, p. 466 et 467. En France, le risque limité des actionnaires a été introduit dans le droit des sociétés par le Code de commerce de 1807 : M. GERMAIN, préc., note 1, n° 1361, p. 235.

8. Selon la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.Q., c. S-31.1, art. 224, « [l]es actionnaires ne sont pas responsables, en cette qualité, des actes de la société ».

9. Paul DIDIER, *Les sociétés commerciales*, 6<sup>e</sup> éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses universitaires de France, 1988, p. 22.

10. Selon M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, préc., note 7, n° 483, p. 267, la ruine d'actionnaires sans défense a justifié l'interdiction pure et simple de la constitution de sociétés par action par la Convention. Elle avait également motivé la soumission de la constitution de la société anonyme à l'autorisation gouvernementale. Cette autorisation a été supprimée par la loi du 24 juillet 1867.

nominate des actions permet la connaissance des actionnaires par la société et les autres actionnaires. Les clauses d'agrément<sup>11</sup>, de préemption<sup>12</sup> et d'inaliénabilité insérées dans les statuts ou les pactes extrastatutaires restreignent la libre transmissibilité. Le cautionnement<sup>13</sup> solidaire ou simple<sup>14</sup> des dettes de la société anonyme et la confusion des patrimoines<sup>15</sup> étendent le risque des actionnaires dirigeants ou de référence au-delà de leurs apports.

L'érosion des critères fondamentaux d'identification de la société anonyme favorise désormais l'identification des actionnaires et le contrôle de leur mobilité. En conséquence, la mobilité des actionnaires est remise en cause. En règle générale, la « mutilation » des critères fondamentaux de la société anonyme influe sur l'évolution du droit des sociétés commerciales et rapproche la société anonyme de la société en nom collectif. La distinction entre société anonyme et société en nom collectif décline. Aussi la distinction de ces deux types de sociétés selon les critères traditionnels tend-elle à devenir juridiquement inadaptée. L'étiollement des critères

- 
11. La clause d'agrément est une disposition statutaire ou extrastatutaire en vertu de laquelle l'actionnaire qui veut céder ses actions doit obtenir préalablement le consentement de la société ou des autres sur la cession projetée.
  12. La clause de préemption est une disposition statutaire ou extrastatutaire par laquelle un actionnaire s'engage, au cas où il se déciderait à céder ses actions, à en proposer prioritairement l'acquisition au bénéficiaire de la clause.
  13. «Le cautionnement est un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter une obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même.» : cf. OHADA, *Acte uniforme portant organisation des sûretés*, adopté le 15 décembre 2010, J.O. Ohada, n° 22 du 15 février 2011, art. 13. Sur le cautionnement : cf. René ROBLOT, «Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants», dans *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Paris, Litec, 1991, p. 343 ; Martine BEHAR-TOUCHAIS, «Cautionnement des dettes sociales par un dirigeant : assouplissement du formalisme», R.J.D.A. 1991.1.10 ; Jean-François BARBIÈRI, «Cautionnement et sociétés : dix ans de jurisprudence», *Cah. dr. entr.* 1992.16 ; Bernard BOULOC, «Le cautionnement donné par le dirigeant d'une société», *Rev. sociétés* 1992.1 ; François ANOUKAHA et autres, *OHADA. Sûretés*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 9-44.
  14. Selon l'article 20 de l'*Acte uniforme portant organisation des sûretés*, préc., note 13, «[l]e cautionnement est réputé solidaire. Il est simple lorsqu'il en est ainsi décidé, expressément, par la loi de chaque État Partie ou la convention des parties.»
  15. Le législateur de l'OHADA ne définit pas la confusion des patrimoines. Elle peut être caractérisée par la confusion des comptes et l'existence de flux financiers anormaux ou de relations financières anormales. Sur la confusion des patrimoines : cf. Jean-François BARBIÈRI, «Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés», dans CENTRE DE DROIT DES AFFAIRES DE L'UNIVERSITÉ DE SCIENCES SOCIALES DE TOULOUSE I, *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté. Actes du colloque sur la situation des créanciers après 10 ans d'application de la Loi du 25 janvier 1985*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 45 ; Bernard GRELON et Carole DESSUS-LARRIVÉ, «La confusion des patrimoines au sein d'un groupe», *Rev. sociétés* 2006.281.

fondamentaux de la société anonyme contribue à l'apparition d'une variété de sociétés anonymes. Le législateur de l'OHADA en consacre deux : la société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne et la société anonyme faisant appel public à l'épargne<sup>16</sup>.

La notion d'« appel public » semble être la clé de partage des sociétés anonymes<sup>17</sup>. Pour renforcer la distinction entre la société ne faisant pas appel public à l'épargne et la société anonyme faisant appel public à l'épargne, le législateur de l'OHADA privilégie l'admission des titres à la bourse des valeurs<sup>18</sup>, les techniques de placement et le nombre d'actionnaires. Si les autres hypothèses d'appel public à l'épargne sont utilisables par toutes les sociétés anonymes du droit de l'OHADA, la diffusion des titres (actions) au-delà d'un cercle de 100 personnes paraît utile dans l'identification de la véritable société anonyme<sup>19</sup>.

Contrairement à la société anonyme faisant appel public à l'épargne, dont l'actionnariat est dispersé, la société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne, dont l'actionnariat est concentré, semble plus touchée par le déclin des critères traditionnels d'identification de la société anonyme. C'est ainsi qu'elle s'approprie facilement les techniques juridiques d'identification et de contrôle des actionnaires, notamment les clauses d'agrément, de préemption et d'inaliénabilité. Lorsqu'elle comprend un

- 
16. En France, la notion d'appel public à l'épargne a été consacrée par la *Loi n° 66-537 du 24 juill. 1966 sur les sociétés commerciales*, J.O. 26 juill. 1966, p. 6402. L'*Ordonnance n° 2009-80 du 22 janv. 2009 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière*, J.O. 23 janv. 2009, p. 1431, art. 2, substitue la notion d'« offre au public de titres financiers » à celle d'« appel public à l'épargne ». Outre les sociétés anonymes offrant des titres financiers au public ou non, le législateur français régit la société anonyme à actions simplifiées : cf. la *Loi n° 94-1 du 3 janv. 1994 instituant la société par actions simplifiée*, J.O. 4 janv. 1994, p. 129. Cette dernière se caractérise par la liberté laissée aux actionnaires pour organiser son fonctionnement.
17. D. VIDAL, préc., note 7, n° 13, p. 18, indique ceci : « À l'intérieur de la catégorie des sociétés à risque limité, certaines font appel à l'épargne publique, d'autres ne font pas appel public à l'épargne. »
18. La société anonyme cotée est celle dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé : cf. Anne MORIN, « *Intuitus personae* et sociétés cotées », *RTD com.* 2000.53.299, 302 (n° 4). La société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne et la société anonyme faisant appel public à l'épargne cotée en Bourse doivent respectivement avoir un capital minimal de 10 millions et de 100 millions de francs CFA : cf. les articles 311, 387 et 824 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2.
19. La diffusion des titres sociaux au-delà d'un cercle de 100 personnes est un des signes distinctifs de la société anonyme faisant appel public à l'épargne : cf. l'article 81 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2. Ces personnes peuvent être des actionnaires, des obligataires ou encore des porteurs de parts de fondateurs ou d'autres titres.

nombre d'actionnaires égal ou supérieur à trois, elle est administrée soit par un administrateur général, soit par un conseil d'administration<sup>20</sup>. Quand la société anonyme a un actionariat dispersé, conformément à l'article 415 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, elle est administrée par un conseil d'administration. Celui-ci est dirigé soit par un président-directeur général, soit par un président du conseil d'administration et un directeur général<sup>21</sup>. Les deux modes de direction paraissent séparer les qualités d'actionnaire et de dirigeant social. Cependant, le second mode permet de dissocier les fonctions d'administrateur et de directeur général. Dans ce mode de direction, l'intérêt est porté sur le contrôle des dirigeants actionnaires ou tiers à la société par le conseil d'administration, par les commissaires aux comptes et les actionnaires. Aussi, concourrait à l'identification de la société anonyme la structure de l'organe d'administration adoptée.

L'intérêt de singulariser la société anonyme est né de l'appropriation par cette dernière des techniques juridiques remettant en cause la mobilité et le risque limité des actionnaires. Cette appropriation rend perméables les frontières de la société anonyme. Elle semble même justifier la diversité de formes des sociétés anonymes, dont la société anonyme unipersonnelle, la société anonyme personnelle, la société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne et la société anonyme faisant appel public à l'épargne. De nos jours, la dénomination « société anonyme » ne serait plus adaptée pour désigner une société anonyme. Selon une certaine doctrine, la société anonyme serait victime d'un détournement de forme sociale<sup>22</sup>. Le décloisonnement de la société anonyme résulte du déclin de ses critères traditionnels d'identification (1). L'érosion des critères classiques de la société anonyme suscite l'utilité d'un critère nouveau (2), dont la combinaison aux autres pourra permettre l'identification de la vraie société anonyme.

## **1 Le déclin des critères traditionnels d'identification de la société anonyme**

La possession des titres sociaux émis par la société anonyme en contrepartie des apports symbolise les liens des actionnaires avec la personne

20. *Id.*, art. 494.

21. En France, le titre de président du conseil d'administration a été substitué à celui de président dans la loi du 24 juillet 1966, préc., note 16. Également, la possibilité de dissocier les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général a été introduite par la *Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques*, J.O. 16 mai 2001, p. 7776. Lorsque les deux fonctions ne sont pas dissociées, le directeur général préside les réunions du conseil d'administration.

22. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, préc., note 7, n° 485, p. 268.

morale. En principe, les actionnaires ne se connaissent pas et cèdent librement leurs titres<sup>23</sup>. Toutefois, l'appropriation par la société anonyme des techniques juridiques limitant la mobilité des actionnaires semble annoncer la remise en cause de la libre mobilité des actionnaires (1.1). En outre, les exigences du crédit et la protection de l'épargne ont permis l'extension du risque des actionnaires dirigeants et garants au-delà de leurs apports. Par conséquent, le déclin du risque limité paraît inévitable (1.2).

### 1.1 La remise en cause de la libre mobilité des actionnaires

La société anonyme est traditionnellement celle dont les actions sont au porteur et librement transmissibles. Priver les actionnaires de la libre mobilité fait de la société anonyme une société fermée ou de personnes. Cependant, la libre mobilité des actionnaires peut entraîner une certaine insécurité quant à la stabilité de l'actionnariat de la société. Dans ce cas, le contrôle de la mobilité des actionnaires ne devient-il pas une nécessité ? La limitation de la mobilité des actionnaires serait favorisée par la mise sous la forme nominative des actions. Celle-ci permet la connaissance de l'actionnaire soit par la société, soit par les autres actionnaires.

Il apparaît que la remise en cause de la libre mobilité des actionnaires est essentiellement permise par l'identification des actionnaires (1.1.1) et par le contrôle de leur mobilité (1.1.2).

#### 1.1.1 L'identification des actionnaires

L'article 745 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* dispose que la forme exclusivement nominative des actions peut être imposée par le législateur ou par les actionnaires. À cet effet, l'article 830 exige la mise sous la forme nominative des actions qui appartiennent en propre aux administrateurs, au président-directeur général ou au directeur général ou bien qui appartiennent à leurs enfants mineurs non émancipés. Cette exigence s'applique aux actions émises par les filiales des sociétés cotées, par la société dont la société cotée est une filiale ou par les autres filiales de la société mère de

---

23. Ces titres sont cessibles par transfert, c'est-à-dire par inscription du nouveau titulaire sur un registre tenu par la société, pour les titres nominatifs, et par simple tradition, c'est-à-dire de la main à la main, pour les titres au porteur : cf. l'article 764 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2.

la société cotée<sup>24</sup>. À défaut de les mettre sous la forme nominative, elles doivent être déposées dans une banque ou auprès d'un agent de change.

L'identification des actionnaires se manifeste par la prescription à l'article 758 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* de la possibilité, pour l'assemblée générale de la société anonyme, en cas d'augmentation par l'émission des actions en numéraires, de supprimer le droit préférentiel de souscription au profit des personnes désignées par le conseil d'administration ou l'administrateur général. Elle fonde également l'autorisation par le législateur de l'OHADA de la faculté d'attribuer un droit de vote double aux actionnaires ayant une inscription nominative depuis au moins deux ans<sup>25</sup> : « [l]e droit de vote double [semble] destiné à récompenser la fidélité de l'actionnaire à l'égard de la société<sup>26</sup> ».

En pratique, le souci de contrôler directement ou indirectement la société par les personnes souvent unies par des liens familiaux<sup>27</sup> contribue aussi à l'essor de la mise sous la forme nominative des actions. En outre, celle-ci protégerait la société anonyme contre les offres publiques d'achat ou de vente inamicales<sup>28</sup>. Lorsque la société est cotée, les actions émises ne peuvent être sous la forme nominative, car la société se doit alors d'être particulièrement ouverte.

La mise sous la forme nominative des actions « reme[t] à jour une idée oubliée derrière l'approche institutionnelle de la société, selon laquelle, [dans les sociétés anonymes,] contrairement aux apparences, les capitaux ne priment pas sur les hommes<sup>29</sup> ». Elle favorise le recours aux techniques contractuelles. Elle permet à la société de connaître ses actionnaires<sup>30</sup> et

---

24. *Id.*, art. 749 : les actions d'apport et les actions en numéraire non intégralement libérées sont sous la forme nominative.

25. *Id.*, art. 752, al. 1. Les actions nominatives à droit de vote double font partie des stratégies défensives qui peuvent permettre à un groupe majoritaire d'actionnaires de résister à une tentative de prise de contrôle inamicale : cf. William L. LEE et Dominique CARREAU, « Les moyens de défense à l'encontre des offres publiques d'achat inamicales en France », *D.* 1988.chron.15, 17 (n° 23).

26. A. MORIN, préc., note 18, 302 (n° 4) ; P.-G. POUGOUÉ, J. NGUEBOU-TOUKAM et F. ANOUKAHA, préc., note 2, à la page 532.

27. Une société contrôle une société anonyme dès lors qu'elle détient, elle-même ou par l'intermédiaire d'une société, la majorité des droits de vote.

28. Isabelle PASCUAL, « La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés », *RTD com.* 1998.51.273, 311 (n° 44) ; W.L. LEE et D. CARREAU, préc., note 25, 17 (n° 18).

29. A. MORIN, préc., note 18, 303 (n° 5).

30. Philippe MERLE avec la collaboration de Anne FAUCHON, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2005, n° 270, p. 301.

aux actionnaires de se connaître. Par conséquent, les dirigeants ont une meilleure connaissance de l'actionnariat. La mise sous la forme nominative des actions paraît ainsi faciliter le contrôle de la mobilité des actionnaires.

### 1.1.2 Le contrôle de la mobilité des actionnaires

L'article 765 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* autorise l'insertion dans les statuts de la société anonyme de clauses limitant la libre transmission des actions<sup>31</sup>, dès la constitution ou en cours de vie par décision de l'assemblée générale extraordinaire. Il en est ainsi, par exemple, de la clause d'agrément ou de la clause de préemption<sup>32</sup>. Cet article ajoute que ces clauses ne sont valables que si toutes les actions sont nominatives.

La clause d'agrément soumet à l'accord des actionnaires la cession—soit à titre gratuit—soit à titre onéreux, d'actions à un tiers<sup>33</sup> ou même à un autre actionnaire<sup>34</sup>. En d'autres termes, les actionnaires apprécient au préalable les qualités des futurs arrivants<sup>35</sup>. Elle sert à filtrer l'entrée de nouveaux actionnaires<sup>36</sup>. C'est un moyen efficace pour empêcher qu'un indésirable entre dans la société<sup>37</sup> ou pour «fermer l'accès à la société de certaines personnes désireuses d'en faire partie<sup>38</sup>». En cas de refus, soit le cédant renonce à son projet de cession, soit il attend le

- 
31. Les limitations à la liberté de transmission des titres sociaux ne peuvent s'opérer en cas de succession, de liquidation de la communauté des biens entre époux ou de cession soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant.
  32. Le législateur de l'OHADA n'autorise pas l'insertion de la clause d'aliénabilité. Elle interdit à un actionnaire de céder les actions qu'il possède pendant une période définie. Elle doit être justifiée par un intérêt social sérieux, légitime et limité dans le temps. Elle est également destinée à garantir une opération de crédit ou la solvabilité de l'emprunteur.
  33. *Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2, art. 765. Selon l'article 768 de cet acte, «[l']agrément résulte soit d'une notification [du projet de cession], soit du défaut de réponse dans [un] délai de trois mois à compter [de la notification] de la demande».
  34. *Id.*, art. 765; signalons que cet article est muet sur l'agrément entre les actionnaires. Dans un arrêt (Com. 24 févr. 1987, J.C.P. éd. N. 1987.II.189, note Randoux), la Chambre commerciale de la Cour de cassation française a décidé que la clause d'agrément ne peut s'appliquer dans les cessions de titres entre actionnaires. Cette autorisation favorise un renversement de majorité entre actionnaires ou groupe de sociétés: cf. P.-G. POUYOUÉ, J. NGUEBOU-TOUKAM et F. ANOUKAHA, préc., note 2, à la page 535.
  35. M. GERMAIN, préc., note 1, n° 1617, p. 388. «Toute cession [des titres] effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle»: cf. l'article L. 228-23, al. 5 du Code de commerce français.
  36. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, préc., note 7, n° 731, p. 391.
  37. I. PASCUAL, préc., note 28, 312 (n° 44); cf.: A. MORIN, préc., note 18, 315 (n° 22); W.L. LEE et D. CARREAU, préc., note 25, 18 (n° 26).
  38. F. ANOUKAHA et autres, préc., note 4, n° 35, p. 22.

déroulement de la procédure<sup>39</sup>. En cas de renonciation à la cession, les dirigeants sociaux sont tenus, dans un délai de trois mois à compter de la notification du refus, de faire acquérir les titres soit par un actionnaire, soit par un tiers ou, avec le consentement du cédant, par la société en vue de la réduction du capital social<sup>40</sup>.

Pour éviter d'avoir à motiver le refus, la clause d'agrément peut être complétée par la clause de préemption<sup>41</sup>. Cette dernière permet à tous les actionnaires ou à certains d'entre eux d'acquérir par priorité les titres de la société mis en cession<sup>42</sup>. L'actionnaire désireux de céder ses titres doit en informer les autres<sup>43</sup>.

Les actionnaires de la société cotée à la Bourse ne peuvent insérer la clause d'agrément dans les statuts<sup>44</sup>. Cette interdiction semble justifier la pratique des pactes d'actionnaires<sup>45</sup>, notamment les conventions de vote ou les actions de concert, c'est-à-dire les ententes des actionnaires en vue

39. Bernard SAINTOURENS, «Le nouveau droit des clauses d'agrément», *Rev. sociétés* 2004.611, 616.

40. «Si à l'expiration du délai de trois mois, l'achat n'est pas réalisé, l'agrément est considéré comme donné. Toutefois, au cas où un expert aurait été désigné par le président de la juridiction compétente pour fixer le prix, le délai peut être prorogé pour une période qui ne peut excéder trois mois, par le président de la juridiction qui a désigné l'expert» : cf. l'article 771 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2.

41. C'est ainsi que l'article 769 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2, dispose que, «[s]i la société n'agrée pas le cessionnaire proposé, le conseil d'administration ou l'administrateur général selon le cas, sont tenus dans le délai de trois mois à compter de la notification de refus, de faire acquérir les actions soit par un actionnaire, soit par un tiers, soit avec le consentement du cédant, par la société en vue d'une réduction de capital [social]». Contrairement à la clause d'agrément, la clause de préemption ne porte pas atteinte au droit de négociation.

42. La clause de préemption est utile pour maintenir l'égalité prévue au départ entre détenteurs d'actions : cf. I. PASCUAL, préc., note 28, 312 (n° 45).

43. M. GERMAIN, préc., note 1, n° 1622, p. 395 et 396.

44. En France, l'absence d'une clause d'agrément est une condition requise pour l'admission aux négociations sur un marché réglementé : cf. l'article N.3.1.9 des *Règles d'organisation et de fonctionnement de la SBF-Bourse de Paris règlement*, annexe de CONSEIL DES MARCHÉS FINANCIERS (CMF), *Décision n° 98-14 relative aux règles de marché de la SBF-Bourse de Paris*, 1<sup>er</sup> juillet 1998, [En ligne], [www.amf-france.org/documents/general/4922\_1.pdf] (6 juin 2011), et l'article 3-1-6 des *Règles de marché de la Société du Nouveau marché*, annexe de CMF, *Décision n° 98-21 relative aux règles de marché de la Société du Nouveau Marché*, 28 octobre 1998, [En ligne], [www.amf-france.org/documents/general/4919\_1.pdf] (6 juin 2011).

45. Les pactes d'actionnaires sont des conventions contenant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition des titres sociaux : cf. A. MORIN, préc., note 18, 313 (n° 21). Ils ont pour finalité soit de prendre ou de conserver le pouvoir, soit d'organiser le pouvoir au sein de la société.

de l'acquisition ou de la cession des droits de vote ou encore de l'exercice des droits de vote, et ce, pour mettre en œuvre une politique commune à l'égard de la société<sup>46</sup>.

Le législateur de l'OHADA ne s'est pas prononcé sur les pactes d'actionnaires. Il paraît laisser la libre initiative aux actionnaires. C'est ainsi que, conformément à l'article 548 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, plusieurs actionnaires peuvent se réunir pour atteindre le minimum d'actions que les statuts de la société exigent afin d'ouvrir le droit de participer aux assemblées générales ordinaires<sup>47</sup>. Lorsque les pactes d'actionnaires ne contraignent pas les règles explicitement d'ordre public<sup>48</sup>, dont la mobilité des actionnaires<sup>49</sup>, il serait souhaitable que le législateur de l'OHADA admette la validité des clauses statutaires ou des accords extrastatutaires concourant à la défense de l'intérêt social, c'est-à-dire l'intérêt de la personne morale ou l'intérêt commun des actionnaires<sup>50</sup>.

Le contrôle de la mobilité des actionnaires paraît fonder l'autorisation par le législateur de l'OHADA de l'insertion dans les statuts de la société anonyme des clauses limitant la mobilité des actionnaires et de la pratique des pactes extrastatutaires. Ces clauses et pactes semblent avoir pour finalité la lutte contre les inconvénients de la libre mobilité des actionnaires, car l'instabilité de l'actionnariat est susceptible de permettre une prise de contrôle inamicale de la société anonyme. Les techniques de contrôle de la mobilité des actionnaires remettent donc en cause le principe de la libre transmissibilité des actions de la société anonyme<sup>51</sup>.

Ainsi, le contrôle des mouvements des actionnaires et la facilitation de leur identification remettent en cause la libre mobilité des actionnaires. Ce

46. M. GERMAIN, préc., note 1, n° 2004, p. 676; A. MORIN, préc., note 18, 314 (n° 22).

47. *Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2, art. 548. En pratique, les pactes d'actionnaires constituent un syndicat de blocage.

48. Dominique LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, 17<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2007, n° 461, p. 260; Boris MARTOR et autres, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Paris, Litec, 2004, n° 451, p. 99.

49. Selon M. GERMAIN, préc., note 1, n° 1616, p. 387, « [l]a clause des statuts qui [...] enlèverait ce droit [à l'actionnaire] serait frappée de nullité ».

50. L'intérêt social s'oppose à l'intérêt de chaque actionnaire. Sur cette question : cf. Philippe BISSARA, « L'intérêt social », *Rev. sociétés* 1999.5; Didier MARTIN, « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ? », dans *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt. Liber amicorum*, Paris, Joly éditions, 2005, p. 359; Bérenger Y. MEUKE, « De l'intérêt social dans l'AUSC de l'OHADA », *Penant* 2007.860.338.

51. P.-G. POUYOUÉ, J. NGUEBOU-TOUKAM et F. ANOUKAHA, préc., note 2, à la page 535.

déclin semble influencer sur l'autre caractéristique fondamentale de la société anonyme, à savoir le risque limité.

## 1.2 La remise en cause de la limitation du risque des actionnaires

La société anonyme est traditionnellement une société dans laquelle l'engagement de l'actionnaire est limité au montant de son apport. L'actif du patrimoine de la société supporte son passif. Aussi serait-il normal que le risque de l'actionnaire soit limité au seul patrimoine social.

La remise en cause de la limitation du risque des actionnaires paraît trouver son fondement dans le souci de protéger les créanciers et les épargnants (1.2.1). Elle se manifeste par l'existence de mécanismes juridiques permettant d'engager, en cas de dettes impayées, les biens personnels des actionnaires dirigeants ou des actionnaires majoritaires garants des créances (1.2.2).

### 1.2.1 Les fondements de la remise en cause

L'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* ne paraît pas consacrer la remise en cause du risque limité de la société anonyme. Il semble plutôt adopter l'approche de la séparation de la qualité d'actionnaire et de celle de dirigeant social. De ce fait, les dirigeants de la société anonyme devront répondre des fautes commises dans l'administration. C'est ainsi que les articles 161 et 162 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* dispose que «chaque dirigeant social est responsable individuellement envers les tiers [ou la société] des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions». Le dirigeant social peut être de droit<sup>52</sup> ou de fait<sup>53</sup>, actionnaire ou tiers à la société.

---

52. Le dirigeant de droit est celui qui est régulièrement désigné par l'organe compétent conformément aux règles fixées par le droit des sociétés: cf. Filiga M. SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, Bruyant, 2002, n° 341, p. 320.

53. Le dirigeant de fait est la personne qui se comporte comme un dirigeant statutaire, en exerçant un pouvoir effectif de direction, sans avoir reçu une habilitation juridique régulière. Il peut également s'agir du dirigeant ayant perdu la qualité de dirigeant de droit.

L'actionnaire dirigeant ne répond pas du chef de la qualité d'actionnaire. En principe, cette dernière ne peut être touchée par son indécision, son incurie ou sa négligence dans l'administration de la société. Or, fort de sa qualité d'actionnaire ou d'actionnaire majoritaire, il a le pouvoir réel<sup>54</sup>. Il apparaît directement engagé dans l'administration ou la mise en œuvre des stratégies de la société. Ne serait-il pas nécessaire de rendre illimité le risque de l'actionnaire dirigeant qui n'a pas respecté ses engagements, qui a commis une faute caractérisée séparable de ses fonctions<sup>55</sup>, a ruiné les actionnaires sans défense<sup>56</sup> ou qui a cessé d'agir pour le compte de la société? Selon un auteur, le risque illimité se justifie comme contrepartie du pouvoir de décision<sup>57</sup>. En pratique, la qualité d'actionnaire semble faire partie des mobiles pour obliger les dirigeants à garantir la solvabilité<sup>58</sup> de la société. L'engagement personnel du dirigeant deviendrait donc une condition habituelle d'un crédit à la société anonyme<sup>59</sup>.

Également, devant l'inexistence des actifs réels mobilisables<sup>60</sup>, ne convient-il pas, dans l'intérêt des créanciers et même des actionnaires minoritaires, de rendre illimité le risque du dirigeant actionnaire sur tous leurs biens personnels saisissables? Autrement dit, pourquoi ne pas déclarer personnellement obligés les actionnaires qui ont contribué aux dettes impayées de la personne morale ou qui ont fait le commerce sous le couvert de la société en masquant leurs agissements personnels? L'immixtion d'un actionnaire dans la gestion de la société ne peut-elle pas entraîner la perte de son immunité? Selon certains auteurs, « [l]es trop grandes facilités

54. M. GERMAIN, préc., note 1, n° 1388, p. 255.

55. Marie-Pierre LAMOUR, « La responsabilité personnelle des associés », D. 2003.1.51; Laurent GODON, « Affirmation de la faute personnelle de l'associé, distincte de la faute de l'organe social dont il est membre », *Rev. sociétés* 2006.526.

56. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, préc., note 7, n° 483, p. 267.

57. P. DIDIER, préc., note 9, p. 22.

58. Le dirigeant ou l'actionnaire caution peut se faire cautionner par un certificateur désigné comme tel dans le contrat ou garantir son engagement en consentant une sûreté réelle sur un ou plusieurs de ses biens: cf. les articles 21 et 22 de l'*Acte uniforme portant organisation des sûretés*, préc., note 13.

59. R. ROBLOT, préc., note 13, à la page 343: « L'hypothèse est courante dans les petites sociétés de capitaux, notamment les petites sociétés à responsabilité limitée, dont l'actif très faible constitue un gage insuffisant aux yeux des banquiers. »

60. Avant la loi de 1867, préc., note 3, libérant la constitution des sociétés anonymes, outre l'intérêt public, la détention d'actifs réels mobilisables était l'une des conditions de l'octroi de l'autorisation gouvernementale: cf. ATRIUM, *Histoire économique*, « Les sociétés de commerce au secours des familles », [En ligne], [www.yrub.com/histoire/histecoent6.htm] (5 juin 2011).

données aux individus [actionnaires] pour limiter les conséquences de leurs obligations sur leur patrimoine ont eu pour effet de réduire pour certains associés [actionnaires] le bénéfice de la limitation de la responsabilité<sup>61</sup> ».

Le risque illimité des dirigeants actionnaires ne semble pas constituer un frein à la recrudescence de la liquidation des biens de la société anonyme<sup>62</sup>. Néanmoins, il serait un moyen pour renforcer l'administration de la société. Le risque illimité rend plus prudents les actionnaires dirigeants ou les actionnaires majoritaires dans la conduite de l'administration de la société. À défaut d'actifs réels mobilisables, le risque illimité apparaît comme une sérieuse garantie pour les créanciers. Les intérêts des créanciers et des épargnants ne seront plus sacrifiés à ceux des actionnaires<sup>63</sup>. Le risque illimité ne serait pas un obstacle à la mobilisation des capitaux importants. Il n'éroderait pas la confiance sur laquelle repose toute la vie commerciale. En fait, il ne toucherait que les actionnaires indélicats.

La remise en cause du risque limité paraît faire renaître le débat sur l'autonomie patrimoniale de la personnalité morale. En effet, pourquoi engager les biens personnels des actionnaires alors qu'ils ont agi dans l'intérêt de la société titulaire d'un patrimoine? La singularité de l'existence du risque illimité dans la société anonyme justifie la limitation de ses manifestations.

### 1.2.2 Les manifestations du déclin

Les articles 183 et suivants de l'*Acte uniforme portant organisation des procédures collectives et d'apurement du passif*<sup>64</sup> prescrivent l'action en comblement du passif et la faculté pour le juge d'étendre le redressement judiciaire ou la liquidation des biens ouverte contre la personne morale à ses dirigeants.

---

61. M. GERMAIN, préc., note 1, n° 1258, p. 173.

62. Antoine GENTIER, «La responsabilité des actionnaires des banques : limitée ou illimitée», *Institut Euro 92*, [En ligne], [www.euro92.com/new/article.php3?id\_article=640-18] (5 juin 2011).

63. P. DIDIER, préc., note 9, p. 22. Sur la suppression du risque limité : cf. Pierrick LE GOFF, «Faut-il supprimer les sociétés à risque limité? Apport et critique de l'analyse économique américaine du droit des sociétés», R.I.D.C. 1999.51.593.

64. OHADA, *Acte uniforme portant organisation des procédures collectives et d'apurement du passif*, adopté le 10 avril 1998, J.O. Ohada, n° 7 du 1<sup>er</sup> juillet 1998, [En ligne], [www.ohada.com] (5 juin 2011).

L'action en comblement du passif est engagée contre le dirigeant dont la faute de gestion<sup>65</sup> a contribué à l'insuffisance de l'actif<sup>66</sup> de la société. Lorsqu'un lien de causalité est établi entre la faute et l'insuffisance d'actif, le dirigeant supporte les dettes de la personne morale sur les biens personnels<sup>67</sup>. L'extension du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens<sup>68</sup> est fondée sur la confusion des patrimoines ou le caractère fictif<sup>69</sup> de la société anonyme. Il est fréquent que le caractère fictif de la société résulte d'une confusion entre le patrimoine social et le patrimoine des actionnaires<sup>70</sup>. L'action fondée sur la confusion des patrimoines permet de reconstituer un patrimoine dissipé par le débiteur<sup>71</sup>. Elle rend indéfiniment responsables les actionnaires de référence ou les dirigeants indéliçats, maladroits ou cyniques, comme s'ils étaient associés en nom, à savoir des commerçants<sup>72</sup>.

- 
65. La faute de gestion peut être considérée comme les initiatives irréflechies, l'incurie ou la négligence dans le suivi des activités, la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire, l'absence de réaction alors que la société a perdu une partie importante de son capital ou qu'une alerte fondée a été déclenchée, la gestion imprudente, la non-tenue de la comptabilité ou la tenue d'une comptabilité irrégulière ou incomplète au regard de la taille de l'entreprise, la violation de la loi ou des statuts : cf. F.M. SAWADOGO, préc., note 52, n° 337, p. 318.
66. L'insuffisance de l'actif consiste en l'accroissement du passif assorti éventuellement d'une diminution de l'actif.
67. Dans la société anonyme unipersonnelle, en cas de cessation des paiements, la responsabilité de l'actionnaire est souvent recherchée par la juridiction saisie. Il est condamné au comblement du passif social lorsque l'insuffisance de l'actif résulte d'une faute de gestion.
68. L'extension du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens est prononcée lorsqu'il est établi que le dirigeant ou l'actionnaire de référence exercerait une activité commerciale soit par personne interposée, soit sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, s'il dispose du crédit ou des biens de la personne morale comme les siens propres ou encore s'il poursuit abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui pourrait conduire à la cessation des paiements de la personne morale. En outre, elle est prononcée contre les dirigeants ou les actionnaires de référence à la charge de qui a été mis tout ou partie du passif d'une personne morale et qui n'acquiesce pas cette dette.
69. Selon F.M. SAWADOGO, préc., note 52, n° 345, p. 329, la société est fictive lorsqu'elle dissimule l'activité d'une personne morale qui se cache derrière l'écran de la personnalité morale de la société.
70. Georges RIPERT et René ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 1 « Commerçants. Tribunaux de commerce. Fonds de commerce. Propriété industrielle. Concurrence (droits communautaire et français) », par Louis VOGEL, 18<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2001, n° 1030, p. 805.
71. B. GRELON et C. DESSUS-LARRIVE, préc., note 15, 281 (n° 2).
72. Dans le jugement n° 28 du 21 janvier 2003, le Tribunal régional hors classe de Dakar (Sénégal), avait « ordonn[é] l'extension de la procédure de liquidation des biens de la Sogeres à Abdoul Khafiz Fakih, dirigeant de ladite société, pour avoir [...] disposé des

Les cas du risque illimité prescrit par le législateur de l'OHADA apparaissent limités quant à la protection des créanciers. En effet, à défaut de la preuve de la faute de gestion, de l'établissement de la confusion des patrimoines ou du caractère fictif de la société, les créanciers supportent les effets de la limitation du risque. Pour y remédier, les créanciers, notamment les établissements de crédits, recourent au cautionnement des dettes de la société par l'actionnaire dirigeant ou l'actionnaire de référence<sup>73</sup>. L'actionnaire dirigeant ou l'actionnaire de référence, appelé « caution », est tenu de la même façon que la société<sup>74</sup>. Cela implique que, en cas de défaillance de la société et après une mise en demeure restée sans effet<sup>75</sup>, le créancier pourra mettre en œuvre le cautionnement. Il demandera à la caution solidaire<sup>76</sup> ou simple<sup>77</sup> de payer la totalité des dettes impayées<sup>78</sup> de la société, sur la totalité de ses biens personnels saisissables<sup>79</sup>. En d'autres termes, le cautionnement de l'actionnaire dirigeant fait disparaître la limitation de son risque<sup>80</sup>.

La perte de la qualité d'actionnaire dirigeant ou d'actionnaire de référence de la société est-elle une cause d'extinction du cautionnement ? Les

---

biens et du crédit de la société» : cité par Filiga M. SAWADOGO, « Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », dans J. ISSA-SAYEGH et autres (dir.), préc., note 2, p. 867, à la page 1012.

73. R. ROBLOT, préc., note 13, à la page 343 : « L'hypothèse est courante dans les petites sociétés de capitaux, notamment les petites sociétés à responsabilité limitée, dont l'actif très faible constitue un gage insuffisant aux yeux des banquiers » ; B. BOULOC, préc., note 13, 2 ; J. F. BARBIÈRI, préc., note 13, 16.
74. *Acte uniforme portant organisation des sûretés*, préc., note 13, art. 26, al. 1.
75. *Id.*, art. 26, al. 2 : « le créancier ne peut poursuivre la caution simple ou solidaire qu'en appelant en cause le débiteur principal ». La poursuite de la caution suppose l'exigibilité de la dette et la défaillance du débiteur principal : cf. Joseph ISSA-SAYEGH, « Acte du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés, J.O. OHADA, 01/06/98, p. 1 », dans J. ISSA-SAYEGH et autres (dir.), OHADA, préc., note 2, p. 651, à la page 688.
76. Selon les articles 26 et 27 de l'*Acte uniforme portant organisation des sûretés*, préc., note 13, la caution solidaire est tenue de l'exécution de l'obligation principale dans les mêmes conditions qu'un débiteur principal. Elle ne dispose pas du bénéfice de discussion.
77. *Id.*, art. 27, al. 2 : la caution simple, à moins qu'elle n'ait expressément renoncé au bénéfice de discussion, peut, dès les premières poursuites dirigées contre elle, exiger la discussion du principal, en indiquant les biens de ce dernier susceptible d'être saisis immédiatement et de produire des deniers suffisants pour paiement intégral de la dette.
78. Il s'agit des dettes contractées par le gérant au nom de la société, dettes que celle-ci ne peut assumer. La caution qui a payé subroge dans tous les droits et garanties du créancier pour tout ce qu'elle a payé à ce dernier : cf. *id.*, art. 31.
79. Lorsque l'actionnaire est une société dans laquelle la responsabilité des membres se limite aux apports, seuls ses biens sont engagés, à l'exclusion de ceux de ses actionnaires, car seule la personne morale est tenue.
80. R. ROBLOT, préc., note 13, à la page 343 ; Dominique LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2008, n<sup>o</sup> 54, p. 43.

articles 25 et 26 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ne la retiennent pas comme motif d'extinction du cautionnement<sup>81</sup>. Cependant, la doctrine reste partagée<sup>82</sup>. La jurisprudence française considère que la cessation des fonctions de direction ne met pas fin de plein droit aux cautionnements que l'actionnaire dirigeant avait fournis<sup>83</sup>. S'appuyant sur cette jurisprudence qu'elle juge sévère, la doctrine estime que, « si la caution entend faire de la cessation de ses fonctions le terme de son engagement, elle doit donc le préciser explicitement dans l'acte<sup>84</sup> ». Cette proposition paraît cohérente lorsque le terme du cautionnement ne dépasse pas la durée du mandat de l'actionnaire dirigeant<sup>85</sup>. Elle semble incohérente quand la caution (actionnaire dirigeant) s'engage au-delà de la durée de son mandat. Pour la sécurité des créanciers, il serait souhaitable que soit mentionné dans le cautionnement le nouvel actionnaire dirigeant ou actionnaire de référence. Cette position reste dans la même logique du transfert des engagements de la caution à ses héritiers<sup>86</sup>.

« Le cautionnement [et le comblement du passif font] ainsi “sauter” la limitation de la responsabilité envers un ou plusieurs créanciers<sup>87</sup>. » Le risque illimité apparaît comme une garantie pour les créanciers. Les intérêts

81. Comme causes d'extinction du cautionnement, les articles 36 et 37 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, préc., note 13, retiennent : la dation en paiement ; la novation de l'obligation principale par changement d'objet ou de cause ; la modification des modalités ou des sûretés dont elle était assortie, à moins que la caution n'accepte de reporter sa garantie sur la nouvelle dette ; lorsque la caution excipe de la compensation pour une créance personnelle ; lorsque le créancier a consenti une remise de dette à la seule caution et lorsque la confusion s'opère entre la personne du créancier et de la caution.

82. Pour B. BOULOC, préc., note 13, 20, ainsi que Ph. MERLE et A. FAUCHON, préc., note 30, n° 103, p. 133, la cessation des fonctions ne peut être une cause d'extinction du cautionnement. Pour leur part, Michel CABRILLAC et Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1999, n° 312, p. 236, estiment que la perte de certaines qualités peut être considérée, au cas concret, comme terme extinctif.

83. Arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation : Com. 3 nov. et 6 déc. 1988, D. 1989.jur.185, note Aynès ; Com. 30 mai 1989, *Bull. civ. IV*, n° 166, p. 110 ; Com. 24 avril 1990, *Rev. sociétés* 1990.602 ; Com. 3 janv. 1991, *Bull. Joly* 1991.3.330 (n° 103) ; Com. s. fin. et éco. 15 oct. 1991, *Bull. Joly* 1991.12.1129 (n° 391).

84. J.F. BARBIÈRI, préc., note 13, 18.

85. OHADA, *Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2, art. 420 et 496. La durée du mandat des administrateurs et de l'actionnaire dirigeant est fixée librement par les statuts sans pouvoir excéder six ans en cas de nomination en cours de vie sociale et deux ans en cas de désignation par les statuts ou par l'assemblée générale constitutive. Pour l'actionnaire dirigeant, cette durée est déterminée librement par le conseil d'administration (*cf. id.*, art. 487). Le mandat cesse avant terme en cas de décès, de démission ou de révocation.

86. *Acte uniforme portant organisation des sûretés*, préc., note 13, art. 36, al. 4.

87. M. CABRILLAC et C. MOULY, préc., note 82, n° 50, p. 44.

des créanciers et des épargnants ne sont plus sacrifiés à ceux des actionnaires indéliçats. En d'autres termes, le risque demeure limité en faveur des actionnaires non dirigeants de droit ou de fait<sup>88</sup> ou encore non cautions.

La remise en cause de la mobilité et du risque limité des actionnaires complique l'identification de la société anonyme par ses critères traditionnels. Le déclin de ces critères s'accompagne de l'apparition d'une diversité de sociétés anonymes. Il importe donc de rechercher un critère dont la combinaison avec les critères traditionnels pourra permettre l'identification de la vraie société anonyme.

## **2 La recherche d'un critère d'identification de la société anonyme**

Le législateur de l'OHADA paraît consacrer un nouveau critère d'identification de la société anonyme. Il classe les sociétés anonymes en société ne faisant pas ou faisant appel public à l'épargne. Le lecteur retiendra que la véritable société anonyme serait celle qui fait appel public à l'épargne. En utilisant la notion d'appel public à l'épargne pour distinguer les sociétés anonymes, le législateur de l'OHADA semble orienter la recherche (2.1).

La question de l'identification de la société anonyme dépasse le cadre de l'appellation. Peu importe la dénomination, la société anonyme devrait être identifiée par des critères spécifiques, dont la structure de l'organe d'administration. En laissant la libre initiative aux actionnaires entre l'administration par un organe cumulant l'administration et la direction ou un organe dissociant l'administration de la direction, le législateur de l'OHADA semble implicitement consacrer un critère nouveau d'identification de la société anonyme (2.2).

### **2.1 Le critère d'appel public à l'épargne**

Le législateur de l'OHADA ne définit pas la notion d'appel public à l'épargne. Il retient simplement l'appel public à l'épargne comme critère distinctif des sociétés anonymes. Il distingue ainsi la société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne de la société anonyme faisant appel public à l'épargne.

La notion d'appel public à l'épargne paraît très confuse pour identifier la société anonyme. Cette limitation résulte autant de la diversité des hypothèses retenues par le législateur de l'OHADA (2.1.1) que de l'incertitude de la notion d'appel public à l'épargne (2.1.2).

---

88. F.M. SAWADOGO, préc., note 52, n° 355, p. 336.

### 2.1.1 La diversité des hypothèses d'appel public à l'épargne

L'article 81 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique énonce trois hypothèses en vue de l'appel à l'épargne : la société anonyme cotée en Bourse, la société anonyme recourant aux procédés de placement des titres et la société anonyme diffusant les titres au-delà de 100 personnes<sup>89</sup>.

La première hypothèse qu'énonce le législateur de l'OHADA est l'inscription des titres, en principe les actions, à la Bourse. La société anonyme qui souhaite y inscrire ses titres doit justifier de 100 millions de francs CFA de capital au minimum<sup>90</sup>. Il apparaît que la société est anonyme avant l'inscription des titres à la Bourse. En conséquence, le respect des exigences de la transparence du marché financier ne fait pas de la société une société anonyme.

La deuxième hypothèse retenue par le législateur de l'OHADA est le recours soit à des établissements de crédit ou des agents de change, soit à des procédés de publicité quelconque<sup>91</sup> ou encore au démarchage<sup>92</sup> pour offrir les titres de la société au public. Selon l'article 21 du *Règlement général de la Commission de surveillance du marché financier de l'Afrique centrale (COSUMAF)*<sup>93</sup>, il n'y a pas appel public à l'épargne lorsque l'opération est réalisée, sans publicité ni démarchage, uniquement auprès d'investisseurs qualifiés agissant pour leur propre compte. Le recours à ces procédés nourrit l'espoir de réunir des capitaux importants. D'ailleurs, c'est parce qu'elle est une société anonyme ayant des titres au porteur

89. Le droit marocain reconnaît les mêmes présomptions : cf. l'article 9 du *Dahir n° 1-96-124 du 30 août 1996 portant promulgation de la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes*, B.O. n° 4422 du 17 oct. 1996, p. 661.

90. *Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2, art. 824, al. 1.

91. P.-G. POUGOUÉ, J. NGUEBOU-TOUKAM et F. ANOUKAHA, préc., note 2, à la page 352 : « Il faut entendre par "publicité" toute annonce diffusée dans la presse, en affiche dans les lieux publics, communiquée diffusée dans les organes de presse. »

92. L'article 22 du *Règlement général de la COSUMAF* considère comme investisseurs qualifiés : les caisses de retraite et autres organismes publics ou privés de dépôt et de gestion de fonds ; les organismes de prévoyance sociale ; les organismes d'assurance et de réassurance ; les établissements de crédit ; les organismes de financement du développement ; les sociétés de bourse et autres intermédiaires du marché agréés ; les organismes de placement collectif et leurs sociétés de gestion ainsi que les fonds d'investissement et les fonds de pension. Il s'agit des personnes morales disposant des compétences et des moyens nécessaires pour appréhender les risques inhérents aux opérations sur les instruments financiers. COMMISSION DE SURVEILLANCE DU MARCHÉ FINANCIER DE L'AFRIQUE CENTRALE, *Règlement général de la COSUMAF*. [En ligne], [www.cosumaf.org/ressources/file/pdf/2128225764974910729655.pdf] (6 juin 2011).

93. *Id.*

qu'elle recourt aux techniques ci-dessus. En d'autres termes, le recours à ces procédés n'est pas une caractéristique propre à la société anonyme.

La troisième hypothèse est la diffusion des titres au-delà d'un cercle de 100 actionnaires. Seule une grande société est susceptible de réunir plus de 100 actionnaires. Il est difficile, voire impossible, pour une personne physique ou morale de réunir plus de 100 actionnaires de paille ou des prête-noms<sup>94</sup>. Cette impossibilité se justifie d'autant plus que chaque société ou organisme de placement collectif des valeurs mobilières ou encore de gestion de portefeuille constitue une entité unique<sup>95</sup>. N'est retenu que ce qui relève du grand public. Autrement dit, en deçà de ce cercle, la société a un actionnariat concentré. Celui-ci est souvent composé des fondateurs, des familles des fondateurs ou des éventuels héritiers de fondateurs et il détient effectivement le pouvoir de décision. Il détermine la politique de la société et il infléchit sa gestion dans un sens qui lui est favorable<sup>96</sup>. Les dirigeants non actionnaires ne sont qu'une façade<sup>97</sup>. Ils agissent conformément aux intérêts des actionnaires « contrôlaire », majoritaires ou de la famille. En pratique, les dirigeants convoquent l'assemblée générale en tenant compte des convenances de l'actionnaire « contrôlaire » ou de référence. Il s'agit de l'actionnaire qui détient de 20 à 40 p. 100 des droits de vote. L'absence ou la non-représentation de cet actionnaire est une cause de renvoi de la tenue de l'assemblée générale<sup>98</sup>.

Dans la société anonyme à actionnariat concentré, l'engagement des actionnaires est très prononcé. Aussi ne serait-il pas convenable de réserver l'appellation « société anonyme de personnes » ou « société anonyme familiale » à la société anonyme ayant un actionnariat concentré. La société ayant plus de 100 actionnaires serait la société anonyme de capitaux. En

94. La preuve contraire apportée à tout moment par tout moyen fait tomber cette présomption.

95. *Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2, art. 82, al. 2. Le législateur français exclut de ce cercle, outre les sociétés de gestion de portefeuille pour le compte des tiers, les investisseurs qualifiés. Sont également exclus les actionnaires liés aux dirigeants par des relations personnelles, à caractère professionnel ou familial : cf. l'article L. 411-2 du Code monétaire et financier français.

96. L'autorisation par le législateur de l'OHADA des assemblées générales extraordinaires, approuvant ou désapprouvant les décisions de l'assemblée générale qui modifient les droits relatifs à une certaine catégorie d'actions, semble encourager le contrôle de la société anonyme par les titulaires des actions de priorité, c'est-à-dire celles qui donnent à leurs détenteurs des droits que n'ont pas les autres actions : cf. les articles 555 à 557 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2.

97. *Id.*, art. 417 : « le conseil d'administration peut comprendre des membres qui ne sont pas des actionnaires de la société dans la limite du tiers des membres du conseil ».

98. *Id.*, art. 548, 553 et 556.

France, la dispersion de l'actionnariat n'est plus retenue comme hypothèse d'identification de la société faisant appel public à l'épargne.

Toutes les hypothèses d'appel public à l'épargne retenues par le législateur de l'OHADA sont alternatives<sup>99</sup>. Elles paraissent incertaines pour identifier la véritable société anonyme<sup>100</sup>, car elles constituent pour chacune une société anonyme.

### 2.1.2 L'incertitude de la notion d'appel public à l'épargne

La société faisant appel public à l'épargne est celle qui recourt à l'épargne publique par des moyens divers<sup>101</sup>. L'appel public à l'épargne s'effectue soit au moment de la constitution, soit lorsque la société souhaite augmenter son capital.

Pour le législateur de l'OHADA, seule la société anonyme est susceptible de faire appel public à l'épargne<sup>102</sup>. En effet, conformément aux articles 58 et 764 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, elle est autorisée à émettre des titres négociables et librement transmissibles. Cet acte est complété par la réglementation du marché financier. Selon cette dernière, la société anonyme n'est pas la seule personne morale ou entité dont les titres sont négociables et librement transmissibles. C'est ainsi que, pour désigner l'entité qui fait appel public à l'épargne, le *Règlement général de la COSUMAF* se réfère au concept «émetteur ou personne morale». À noter que l'émetteur des titres financiers n'est pas forcément la société anonyme. Il peut être une société autre que celle-ci, un organisme de placement collectif des valeurs mobilières, une société immobilière de placement ou l'État. En France, les valeurs mobilières sont émises par des personnes morales publiques ou privées<sup>103</sup>. Selon l'article 68 de la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec<sup>104</sup>, fait appel publiquement à l'épargne l'émetteur assujetti des valeurs mobilières, notamment les actions, les obligations, les parts sociales des entités constituées en personne morale, dont les sociétés par actions ainsi que les droits et bons de souscription.

99. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, préc., note 7, n° 487, p. 269.

100. Pour Yves GUYON, *Droit des affaires*, 10<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Economica, 1998, l'appel public à l'épargne repose sur des bases incertaines.

101. B. MARTOR et autres, préc., note 48, n° 729, p. 147.

102. *Id.*, n° 732, p. 148.

103. *Id.*, n° 439, p. 97.

104. *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1.

Également, en réservant à la société anonyme faisant appel public à l'épargne le titre III du livre IV relatif à la société anonyme<sup>105</sup>, le législateur de l'OHADA semble consacrer deux types de sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne : la société cotée en Bourse et les autres, en particulier celles qui ont recours aux procédés de placement de titres dans le cas d'une émission ou d'une cession ou encore qui ont un cercle de plus de 100 personnes.

En outre, les 100 personnes ne sont pas toujours des actionnaires. Elles peuvent être des obligataires, des porteurs de parts de fondateurs ou d'autres titres. Il serait souhaitable que le législateur de l'OHADA respecte l'esprit de la loi du 24 juillet 1867. De ce fait, aux 100 personnes, il substituerait 100 actionnaires. La référence aux actionnaires ne semble pas légère. En effet, par l'émission des valeurs mobilières autres que les actions, le nombre de 100 personnes est à la portée de toute forme de société. Le législateur de l'OHADA s'est inspiré de la législation française. Or, depuis la *Loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, le nombre de personnes portant les titres de la société n'est plus significatif dans la détermination de la société anonyme faisant appel public à l'épargne<sup>106</sup>. En pratique, pour éviter « un basculement involontaire dans le régime de l'appel public à l'épargne<sup>107</sup> » afin d'échapper aux exigences légales y relatives<sup>108</sup>, les grandes sociétés anonymes encouragent les actionnaires à constituer les sociétés ou les organismes de placement collectif des valeurs mobilières.

L'appel public à l'épargne ne peut permettre une parfaite identification de la société anonyme. Il suppose que la société émette des actions

---

105. *Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2, art. 823-853. Ces articles ne paraissent régir essentiellement que la société dont les titres sont inscrits à la bourse des valeurs.

106. *Loi n° 98-546 du 2 juill. 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, J.O. 3 juill. 1998, p. 10127. Le législateur français retient l'admission d'un instrument financier aux négociations sur un marché financier réglementé et l'émission ou la cession d'instruments financiers dans le public en ayant recours soit à la publicité, soit au démarchage, ou encore à des établissements de crédit ou des prestataires de services d'investissement ; cf. : Sébastien PÉRONNE et Sébastien ROBINEAU, « La nouvelle notion d'appel public à l'épargne », *Rev. sociétés* 1999.33 ; Marina TELLER, « L'information des sociétés cotées et non cotées : une évolution certaine, de nouveaux risques probables », *RTD com.* 2007.1.17.

107. Laurent FAUGEROLAS et Inès LE GRIS, « Appel public à l'épargne et placement privé », dans L. FAUGEROLAS, *Dictionnaire Joly. Bourse et produits financiers*, t. 1, Paris, G.L.N., 1990, p. 10.

108. *Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2, art. 86-96.

librement négociables et qu'elle offre celles-ci aux épargnants<sup>109</sup> par des moyens appropriés, notamment l'inscription des titres à la Bourse et le recours aux procédés de placement des titres. Le recours à ces moyens dépend de la volonté des actionnaires. Par contre, le statut d'appel public à l'épargne est imposé lorsque les titres de la société anonyme sont dispersés au-delà d'un cercle. En d'autres termes, la dispersion de l'actionnariat semble être un indice dans l'identification de la société anonyme. Celle-ci pourra être administrée par un conseil d'administration et dirigée par un directeur général.

## 2.2 La structure de l'organe d'administration de la société anonyme

L'article 414 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* dispose que « [l]e mode d'administration de chaque société anonyme est déterminé [...] par les statuts ». À l'exception de la société unipersonnelle administrée par un administrateur général, la société anonyme est administrée soit par un administrateur général, soit par un conseil d'administration. Lorsque la société a un actionnariat dispersé, elle est administrée par un conseil d'administration. Conformément à l'article 415 de cet acte, le conseil d'administration est dirigé soit par un président-directeur général, soit par un président du conseil d'administration.

La structure du conseil d'administration peut être un des critères d'identification de la véritable société anonyme. Lorsque le conseil d'administration est dirigé par un président du conseil d'administration, la direction est assurée par le directeur général. Cette modalité dissocie les organes d'administration et de direction. Elle paraît adaptée aux sociétés ayant un actionnariat dispersé (2.2.1). Cependant, elle semble accorder de pleins pouvoirs aux dirigeants sociaux. Dans ce contexte, l'intérêt serait porté sur le contrôle des dirigeants (2.2.2).

### 2.2.1 La dissociation de l'administration de la direction

Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, un seul organe concentrait tous les pouvoirs. Le législateur de l'OHADA prescrit la faculté pour les actionnaires de dissocier les organes d'administration et de direction de la société. C'est ainsi que l'administration est confiée au conseil d'administra-

---

109. Y. GUYON, préc., note 100.

tion<sup>110</sup> dirigée par un président du conseil d'administration<sup>111</sup>. Par contre, la direction est assumée par le directeur général<sup>112</sup>, désigné et révoqué par le conseil d'administration. Il est assisté des directeurs généraux adjoints. Dans les rapports avec les tiers, le directeur général dispose des pouvoirs les plus étendus qu'il exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux qui sont expressément attribués aux assemblées générales ou au conseil d'administration<sup>113</sup>.

La dissociation des organes d'administration et de direction semble convenir à la société anonyme ayant un actionariat dispersé. Cette dernière est la société dans laquelle les actionnaires ne sont pas vraiment des contractants. Ils ne se connaissent pas. Ils sont des bailleurs de fonds<sup>114</sup> et ne sont préoccupés que par la plus-value, les dividendes. Ils se désintéressent de l'administration de la société et n'assistent même pas aux assemblées générales<sup>115</sup>. Ils n'ont souvent ni le temps, ni les moyens, ni d'ailleurs la compétence pour se forger une opinion réfléchie sur la validité de la stratégie<sup>116</sup>. Ils « ne gouvernent pas la société<sup>117</sup> ». Il leur est le plus souvent impossible d'exercer une influence sur la vie de la société<sup>118</sup>.

Connaissant la société, les administrateurs fixent les objectifs, déterminent les moyens pour les atteindre et les soumettent à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires. Composée d'actionnaires ne

---

110. Le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société : cf. l'article 435 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2.

111. *Id.*, art. 480 : le président du conseil d'administration convoque et préside les réunions du conseil d'administration et les assemblées générales des actionnaires ; il veille à ce que le conseil d'administration assure le contrôle de la direction ; il effectue les vérifications qu'il juge opportunes.

112. *Id.*, art. 485 : le directeur général est désigné parmi les membres du conseil d'administration ou en dehors de ceux-ci.

113. *Id.*, art. 487.

114. Jean PAILLUSSEAU, « La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote », D. 2008.chron.1563, 1565.

115. Ph. MERLE et A. FAUCHON, préc., note 30, n° 456, p. 537.

116. Philippe BISSARA, « Les mutations de l'actionariat et le fonctionnement des sociétés cotées », dans *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt. Liber amicorum*, Paris, Joly éditions, 2005, p. 61, à la page 76 (n° 15).

117. M. GERMAIN, préc., note 1, n° 1386, p. 253.

118. *Id.*, n° 1391, p. 257. Les actionnaires s'intéressent à la vie de la société par le développement des moyens d'information. Le législateur de l'OHADA impose la publication des avis d'information dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales.

disposant pas d'expertise leur permettant d'apprécier les risques pris<sup>119</sup>, l'assemblée générale n'exerce qu'un pouvoir théorique.

La dissociation des organes d'administration et de direction est une innovation du droit de l'OHADA. Le législateur de l'OHADA consacre l'un des objectifs visés par la théorie du gouvernement d'entreprise (*corporate governance*)<sup>120</sup>. Cette théorie préconise la séparation de la qualité de dirigeant social de celle de contrôleur<sup>121</sup> ou d'actionnaire. Selon la théorie du «gouvernement de l'entreprise», l'administration de la société anonyme pourra être assumée par des administrateurs ou des directeurs non actionnaires choisis au nom de leur connaissance de la gestion, de la finance et de la comptabilité<sup>122</sup>. Conformément à l'article 417 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, le conseil d'administration de la société anonyme peut comprendre dans la limite du tiers des membres qui ne sont pas actionnaires. Le législateur de l'OHADA «laisse une grande liberté pour le choix des administrateurs»<sup>123</sup>.

La dualité des organes d'administration et de direction serait un critère nouveau d'identification de la société anonyme du droit de l'OHADA. Or, le législateur de l'OHADA laisse aux actionnaires la totale et libre initiative de la forme du conseil d'administration<sup>124</sup>. À notre avis, le législateur de l'OHADA aurait dû la rendre obligatoire, car cette séparation est accompagnée de l'accroissement du contrôle.

119. Ph. BISSARA, préc., note 116, à la page 66 (n° 6). Pour lutter contre l'ignorance des actionnaires, les articles 525 et 528 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2, accordent aux actionnaires de prendre connaissance des copies des documents durant les 15 jours précédant la tenue de l'assemblée générale ou à toute époque. Par contre, l'article 537 de cet acte autorise la participation des personnes étrangères à la société habilitées à prendre part aux assemblées générales.

120. Daniel COHEN, «Le "gouvernement d'entreprise": une nécessité en droit français?», dans André DECOQ et autres, *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie. Liber Amicorum*, Paris, Défrénois, 2005, p. 159, à la page 160 (n° 3); M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, préc., note 7, n° 526, p. 287; Ph. MERLE et A. FAUCHON, préc., note 30, n° 417, p. 487. Sur le gouvernement des entreprises en droit de l'OHADA: cf. Joseph ISSA-SAYEGH, «L'OHADA et le gouvernement des entreprises», *Association africaine des juristes de banque et établissement financier*, 20 septembre 2007. [En ligne], [www.ajbef.info/spip.php?article13] (6 juin 2011); Franck K.A. JOHNSON, «Les principes de gouvernement d'entreprise (l'OCDE)», *Revue Experts Associés*, n° 6, décembre 2005, flash n° 4, Ohadata D-06-18.

121. En réalité, le conseil d'administration est un organe de contrôle de la direction.

122. Paul LE CANNU, «Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions», *Bull. Joly* 1995.7.637, 642.

123. F. ANOUKAHA et autres, préc., note 4, n° 894, p. 418.

124. J. ISSA-SAYEGH, préc., note 120.

### 2.2.2 Le contrôle des dirigeants

Pour accroître la confiance des actionnaires non dirigeants, le législateur de l'OHADA a mis en place des contre-pouvoirs<sup>125</sup>. C'est ainsi que l'alinéa 2 de l'article 694 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* édicte que le contrôle de la société anonyme est exercée par un ou plusieurs commissaires aux comptes. Selon l'article 702 de cet acte, les fonctions des commissaires aux comptes sont assurées par au moins deux commissaires aux comptes et deux suppléants, dans la société anonyme ayant un actionnariat dispersé. Le nombre de commissaires aux comptes est un des signes distinctifs de la société anonyme. En effet, seule la grande société anonyme peut désigner au moins deux commissaires aux comptes.

Les commissaires aux comptes veillent au respect des obligations comptables, notamment la tenue du livre journal, du grand livre, du livre d'inventaire et l'établissement des états financiers de synthèse<sup>126</sup>. C'est ainsi qu'ils certifient que les états financiers sont réguliers et sincères<sup>127</sup>. En outre, en présence de faits compromettant la continuité de l'exploitation, les commissaires aux comptes demandent des explications aux dirigeants<sup>128</sup>. Ils sont habilités en cas d'urgence à convoquer une assemblée générale des actionnaires<sup>129</sup>.

Également, tout actionnaire peut, deux fois par exercice, poser des questions aux dirigeants de la société sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation<sup>130</sup>. Les actionnaires ont, sur une opération de gestion contestable, le pouvoir de requérir en référé la désignation d'un expert en gestion<sup>131</sup>. Le contrôle des actionnaires est exercé également en

125. Le conseil d'administration exerce le contrôle permanent de la gestion assurée par le président-directeur général ou par le directeur général : cf. l'article 435 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2.

126. OHADA, *Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises*, adopté le 23 mars 2000, J.O. Ohada, n° 10 du 20 novembre 2000, [En ligne], [www.ohada.com] (6 juin 2011).

127. *Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2, art. 710.

128. *Id.*, art. 153.

129. Cour d'appel du Centre-Yaoundé (Cameroun), arrêt n° 364/Civ. du 7 juillet 2000, affaire n° 391/RG/99-2000, *Cabinet Woks and Partners c. Tajou Kamgue et autres*, cité dans P.-G. POUYOUÉ, J. NGUEBOU-TOUKAM et F. ANOUKAHA, préc., note 2, à la page 480.

130. *Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2, art. 158.

131. *Id.*, art. 159 et 160.

assemblée générale, où ils prennent leur décision à la majorité<sup>132</sup>. C'est ainsi que l'assemblée générale des actionnaires peut refuser de voter une délibération et de révoquer les administrateurs qui n'ont plus sa confiance<sup>133</sup>. Or, l'absentéisme des actionnaires et le jeu des pouvoirs en blanc renvoyés aux dirigeants faussent le fonctionnement des assemblées générales<sup>134</sup>.

Le resserrement de l'étau autour des dirigeants se révèle aussi par l'encadrement de leurs avantages<sup>135</sup>, par la réglementation et l'interdiction de certaines conventions<sup>136</sup> et par les sanctions des dirigeants ayant adopté des comportements déviants<sup>137</sup>. Le législateur de l'OHADA n'astreint pas les dirigeants à l'obligation de déclarer tout avantage financier ou matériel pouvant raisonnablement être considéré comme susceptible d'influencer une prise de décision<sup>138</sup>. À noter que cette obligation est prescrite par l'article 22 de la *Loi sur les sociétés par actions* du Québec. Nous croyons qu'il serait souhaitable que le législateur de l'OHADA le fasse.

L'étroitesse du contrôle des administrateurs et des directeurs dissiperait la crainte de mettre en péril l'épargne publique. Elle éviterait les indécidesses des dirigeants actionnaires ou tiers à la société et les détournements du pouvoir<sup>139</sup>. Également, elle redonnerait confiance aux investisseurs<sup>140</sup> ou aux actionnaires non dirigeants. Elle remettrait l'actionnaire au centre de la société<sup>141</sup>.

132. La loi de la majorité signifie que les résolutions sont adoptées à la majorité des voix. Elle se calcule selon le principe « une action, une voix » et non « un actionnaire, une voix » : cf. Yves GUYON, « La société anonyme, une démocratie parfaite ! », dans *Propos impertinents de droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Christian Galvada*, Paris, Dalloz, 2001, p. 132, à la page 137 (n° 5). Les abstentions et les bulletins de vote blanc sont considérés comme des votes « contre » : cf. Alain FÉNÉON, « Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », *Penant* 2002.839.153, 154. La loi de la majorité est nécessaire pour éviter le blocage.

133. *Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2, art. 435, al. 2 ; D. MARTIN, préc., note 50 ; Bérenger Y. MEUKE, « Brèves réflexions sur la révocation des dirigeants sociaux dans l'espace OHADA », *Revue Juridique Tchadienne* 2007.12.1.

134. Ph. MERLE et A. FAUCHON, préc., note 30, n° 456, p. 437.

135. Les administrateurs perçoivent une indemnité de fonction dont la somme fixe annuelle est déterminée par l'assemblée générale ordinaire : cf. l'article 431 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 2.

136. *Id.*, art. 438-450.

137. D. COHEN, préc., note 120, à la page 162 (n° 10).

138. L'article 122 de la *Loi sur les sociétés par actions* du Québec, préc., note 8, prescrit cette obligation.

139. Y. GUYON, préc., 132, à la page 134 (n° 3).

140. D. COHEN, préc., note 120, à la page 162 (n° 10).

141. *Id.*, à la page 165 (n° 18).

L'identification de la société anonyme sur le fondement du mode d'administration et du contrôle des dirigeants ne sera parfaite que si, devant l'ingéniosité de la pratique, le législateur et le juge veillent au respect de l'ordre public sociétairé ainsi que des principes généraux du droit des sociétés. La dissociation de l'administration de la direction combinée aux autres critères paraît fondamentale dans l'identification de la société anonyme. Elle permet de réserver la forme anonyme aux grandes sociétés<sup>142</sup> et aux sociétés cotées en Bourse.

### **Conclusion**

Le déclin des critères traditionnels d'identification de la société est favorisé par le souci de stabiliser, d'identifier et de protéger les créanciers. Il décroissance ainsi la société anonyme et la société en nom collectif ou de personnes. En outre, il n'y a plus de frontière entre les actionnaires, d'une part, et les actionnaires et les créanciers, d'autre part. Nous pouvons dès lors soutenir que ce n'est plus une hérésie de parler de la société anonyme de personnes.

La perméabilité des frontières de la société anonyme procède surtout du rôle que souhaite jouer directement ou indirectement l'actionnaire dans sa direction. Or, le degré d'engagement de l'actionnaire est utile dans l'identification de la société. Il permet de distinguer la société anonyme à l'actionnariat concentré de la société anonyme à l'actionnariat dispersé. La combinaison de la dispersion de l'actionnariat avec le mode du conseil d'administration dissociant l'administration de la direction semble montrer que l'érosion de critères fondamentaux de la société anonyme n'emporte que la société anonyme à actionnariat concentré. Cela suppose que la société à actionnariat dispersé demeure la véritable société anonyme.

L'identification de la société anonyme ne pourra être parfaite qu'en rétablissant la confiance des épargnants, notamment en accentuant le contrôle des administrateurs et des dirigeants sociaux et en interdisant toute dérogation aux principes d'ordre public. La pénétration sans limite des techniques contractuelles « permet de remettre à jour une idée oubliée derrière l'approche institutionnelle de la société, selon laquelle, [dans les sociétés anonymes,] contrairement aux apparences, les capitaux ne priment pas sur les hommes<sup>143</sup> ». Elle fait aussi renaître le débat sur la nature de la société anonyme.

---

142. M. GERMAIN, préc., note 1, n° 1385, p. 252.

143. A. MORIN, préc., note 18, 303 (n° 5).