

LES EXPRESSIONS THEORIQUES D'INDICATION DE LA LIBERTE DE CHOIX DES AMENAGEMENTS STATUTAIRES EN DROIT DE L'OHADA

Par

Urbain BABONGENO BABANZAMIO

Doctorant en Droit

RESUME

La version de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique était caractérisée notamment par un dirigisme extrémiste que le législateur de l'OHADA a tempéré à travers sa réforme du 30 janvier 2014.

Par cette dernière, il a abandonné la généralisation du caractère d'ordre public de toutes les dispositions légales de son œuvre pour la remplacer par deux régimes juridiques conciliables : la dérogation d'une part et de l'autre, la substitution et le complément. Il se sert des expressions théoriques pour indiquer chacun de ces régimes juridiques.

Ainsi tempéré, ce dirigisme devient modéré et permet à l'associé unique ou aux associés d'exercer une liberté de choix, lors de la rédaction ou de la modification des statuts sociaux, parmi les dispositions ou clauses de l'Acte uniforme susceptibles de substitution et de complément par des stipulations individuelles ou collectives.

L'exercice de cette liberté aboutit à ce que l'on désigne techniquement des aménagements statutaires.

Mots-clés : *Expressions théoriques, Ordre public, Tempérance, Dérogation, Substitution, Complément, Aménagements statutaires*

ABSTRACT

The version of the Uniform Act of April 17, 1997 relating to the law of commercial companies and economic interest groups was characterized in particular by an extremist dirigisme that the OHADA legislator tempered through its reform of January 30, 2014.

With the latter, he abandoned the generalization of the public policy nature of all legal provisions in his work and replaced it with two reconcilable legal regimes: derogation on the one hand and substitution and complement on the other. He uses theoretical expressions to indicate each of these legal regimes.

Tempered in this way, this dirigisme becomes moderate and allows the sole shareholder or the partners to exercise freedom of choice, when drafting or amending the company's articles of association, among the provisions or clauses of the Uniform Act that may be substituted or supplemented by individual or collective stipulations.

The exercise of this freedom results in what are technically known as statutory adjustments.

Keywords: *Theoretical expressions, Public order, Temperance, Derogation, Substitution, Complement, Statutory amendments*

INTRODUCTION

En légiférant dans le domaine des sociétés commerciales, le Conseil des Ministres de l'OHADA¹ comme tout législateur doivent cerner les intérêts des associés et ceux des tiers autant qu'ils doivent les concilier, ils sont appelés à produire un texte susceptible d'encourager les initiatives des investissements privés, de tempérer le dictat public et de veiller à la protection des tiers parmi lesquels figurent des parties économiquement fragiles.

En décrétant le caractère d'ordre public des dispositions de son œuvre du 17 avril 1997², le législateur de l'OHADA s'est montré dirigiste à l'extrême. Par cet extrémisme, il a manqué un pan de la trilogie décrite ci-dessus : la tempérance du dictat public.

D'aucuns pourraient déceler la présence d'un adoucissement du dictat public à travers le régime d'autorisation de substituer et de compléter les dispositions de l'Acte uniforme, déjà prévu en 1997.

Nous ne partageons pas une telle opinion pour soutenir le dirigisme extrémiste parce que le caractère d'ordre public est inconciliable avec le régime d'autorisation de substituer et de compléter les dispositions légales. Le Conseil des Ministres avait légiféré par antinomisme pour avoir mis côte à côte deux notions qui s'excluent l'une et l'autre : ordre public et autorisation de substituer et de compléter les dispositions légales.

¹ L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires née du Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique, signé à Port-Louis le 17 octobre 1993 et amendé à Québec le 17 octobre 2008.

² Lire l'article 2 de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique : « Les dispositions du présent Acte uniforme sont d'ordre public, sauf dans les cas où il autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer les dispositions dont ils sont convenus à celles du présent Acte uniforme, soit à compléter par leurs dispositions celles du présent Acte uniforme ».

Pour y remédier, il s'est rattrapé à travers sa réforme du 30 janvier 2014 en amendant son dirigisme sans limites³. Il ne met plus en avant plan l'Acte uniforme ou ses dispositions mais les statuts sociaux, et il a remplacé la notion d'ordre public par celle de dérogation. En agissant de la sorte, il a fait apparaître la tempérance du dictat public que l'on étudie en droit des sociétés commerciales sous l'appellation technique d'aménagements statutaires et/ou extrastatutaires. En d'autres termes, ces aménagements expriment la liberté que l'Acte uniforme laisse aux associés pour substituer et/ou compléter les dispositions légales dans les statuts sociaux et/ou les conventions extrastatutaires. Cette liberté peut être de choix ou de conformité.

Le domaine de la liberté de choix⁴ est expressément déterminé par l'Acte uniforme à l'aide des indications d'exclusion du caractère d'ordre public. Il comprend l'ensemble des dispositions de la loi uniforme auxquelles l'associé unique ou les associés peuvent substituer ses ou leurs clauses statutaires ou celles que ces derniers peuvent compléter par ses ou leurs clauses statutaires.

Pour remplir la mission traditionnelle du droit, l'Acte uniforme régit les rapports entre les associés, entre ceux-ci, la société et les tiers. Mais à cause des intérêts éminemment privés des associés, la loi doit laisser, tout en l'encadrant, un espace dans lequel peuvent s'exprimer les volontés individuelles ou collectives des associés. C'est ce dernier espace que nous qualifions de domaine de la liberté de choix.

³ Lire les articles 2 et 2-1 de l'Acte uniforme du 30 janvier 2014 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique :

- Article 2 : « Les 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 autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer des clauses statutaires aux dispositions du présent acte uniforme, soit à compléter par des clauses statutaires les dispositions du présent acte uniforme.

Est réputée non écrite toute clause statutaire contraire à une disposition du présent acte uniforme ».

- Article 2-1 : « Sous réserve du respect des dispositions du présent acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé et des clauses statutaires, les associés peuvent conclure des conventions extrastatutaires en vue notamment d'organiser, selon les modalités qu'ils ont librement arrêtées :

- les relations entre associés ;
- la composition des organes sociaux ;
- la conduite des affaires de la société ;
- l'accès au capital ;
- la transmission des titres sociaux ».

⁴ Sur la liberté de choix, lire Yves Guyon, *Traité des contrats – Les sociétés – Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 4^e édition, Paris, LGDJ, 1999, p. 35 et s. ; Yves GUYON, « Statuts et actes annexes », *Répertoire des sociétés, Répertoire des sociétés*, Dalloz, Recueil, V^o Sociétés, p. 2.

Pour réunir et réussir ce double objectif de laisser un espace et d'encadrer l'espace d'expression de la volonté des associés, la loi uniforme énonce le principe de la liberté de choix dans son champ d'application (article 2) tandis qu'il en fait application dans ses deux premières parties.

A l'article 2, il précise que pour faire exception aux dispositions auxquelles il ne peut être dérogé (d'ordre public), il va expressément autoriser l'associé unique ou les associés, soit à substituer aux siennes les dispositions dont ils sont convenus, soit à compléter les siennes par les leurs.

Dans le corps de la loi uniforme (dans ses deux premières parties), celle-ci exprime son autorisation par des expressions telles que : sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, à moins que les statuts ne l'interdisent, sauf clause contraire des statuts, contrairement aux dispositions du présent Acte uniforme, le présent Acte uniforme ou les statuts peuvent ..., à défaut de stipulation contraire des statuts, sauf si les associés en décident autrement, etc.

Le double objectif énoncé ci-dessus anticipe sur la préparation ou la rédaction des statuts sociaux⁵. En effet, les stipulations que ces derniers contiennent, proviennent de dispositions légales reconduites ou transposées, substituées et/ou complétées.

Pourquoi l'Acte uniforme n'utilise-t-il pas dans son corps les verbes « substituer et compléter » pour exprimer l'autorisation accordée à l'associé unique ou aux associés dans les dispositions communes et particulières des sociétés commerciales ?

La majeure partie du travail rédactionnel des statuts étant assurée par la loi uniforme, les deux verbes expriment les deux seules actions du reste de ce travail que peuvent accomplir l'associé unique et les associés.

Etant donné que sur autorisation de l'Acte uniforme, l'associé unique ou les associés peuvent décider au sujet d'une disposition légale sa reconduction ou sa transposition, son remplacement ou sa substitution, son renforcement, son

⁵ « Deux conceptions s'opposent dans la manière de rédiger les statuts. Ou bien l'on fait des statuts complets, qui reprennent toutes les règles régissant le fonctionnement de la société, même lorsque ces règles ont un caractère impératif. L'avantage est que le non-juriste a une vue globale de la vie sociale en consultant les statuts, sans être tenu de se reporter à une législation dont il ignore les dispositions. L'inconvénient est qu'il faut harmoniser les statuts avec la loi, chaque fois que celle-ci est modifiée, ce qui arrive fréquemment. Il en résulte des complications et des frais inutiles et surtout le risque d'avoir des statuts qui ne sont plus à jour, ce qui peut conduire à des irrégularités. Aussi préfère-t-on parfois s'en tenir à des statuts abrégés, qui se bornent à compléter les dispositions légales ou à y déroger lorsque cela est licite, mais sans reproduire les règles impératives. Ces statuts n'ont pas besoin d'être modifiés au fur et à mesure de l'évolution législative ou réglementaire, ce qui est un avantage. En revanche leur interprétation est difficile pour les profanes car chaque article doit être complété par les dispositions légales et réglementaires qui lui sont applicables, mais auxquelles il ne fait pas référence. Cet inconvénient peut être réduit par l'établissement d'un mémorandum explicatif officieux » Yves GUYON, « Statuts et actes annexes », *Répertoire des sociétés*, op. cit., pp. 2-3.

enrichissement ou son complément dans les statuts⁶, la loi uniforme va délaïsser ces deux verbes qui renvoient aux seules tâches intellectuelles au profit des locutions qui désignent le traitement intellectuel et manuel que l'associé unique et les associés peuvent réserver aux dispositions sorties de la sphère de l'ordre public ou auxquelles il peut être dérogé.

A l'issue de la comparaison entre les deux démarches pour exprimer son autorisation, l'on peut comprendre que l'Acte uniforme recourt à des expressions théoriques (objet de la présente étude) lorsqu'il énonce les tâches intellectuelles du travail rédactionnel des statuts. Il matérialise sa permission par des expressions pratiques lorsqu'il assure la transition des tâches intellectuelles au travail manuel de la rédaction, c'est-à-dire le passage de la pensée ou de la réflexion à l'écriture.

Comme on peut le constater à la lecture de l'Acte uniforme, celui-ci recourt à deux expressions théoriques pour définir le reste du travail rédactionnel des statuts que peuvent accomplir l'associé unique et les associés.

Ces tâches intellectuelles sont la substitution et le complément de certaines dispositions légales prévues dans les deux premières parties de la loi uniforme.

Une fois identifiées les dispositions légales communes et particulières susceptibles de substitution et de complément, l'associé unique et les associés peuvent exercer leur volonté sur elles.

En quoi va consister leur volonté et de quelle manière va-t-elle s'exprimer ?

Répondre à cette interrogation fera l'objet de deux points susceptibles de faire ressortir la quintessence de la présente analyse.

Comme la liberté extrastatutaire s'exprime dans le même espace que la liberté statutaire en ce qui concerne la liberté de choix, nous allons analyser ces expressions théoriques lorsqu'elles sont exploitées dans le cadre de la liberté statutaire. En d'autres termes, nous allons développer le sens de ces expressions théoriques lors de l'exercice rédactionnel des statuts sociaux.

Pour cerner le sens de la substitution et du complément des dispositions légales auxquelles il peut être dérogé, il sied d'en déterminer le contenu (I) et les considérations de réalisation (II).

⁶ Yves Guyon développe à cet égard la liberté de compléter le statut légal (*Traité des contrats - Les sociétés - Aménagements statutaires et conventions entre associés, op. cit.*, p. 153 et s.) et la liberté d'infléchir le statut légal (*Traité des contrats - Les sociétés - Aménagements statutaires et conventions entre associés, op. cit.*, p. 233 et s.).

I. LE CONTENU DES EXPRESSIONS

Lorsque l'expression pratique usitée par l'Acte uniforme autorise l'associé unique ou les associés de substituer sa ou leur clause à la disposition légale en présence ou de compléter cette dernière par sa ou leur clause, la tâche intellectuelle et manuelle de la rédaction doit veiller non seulement à la disposition en soi mais aussi à sa place ou à sa relation avec les dispositions qui lui sont liées.

La notion de la disposition en soi renvoie à sa lettre tandis que celle de la place ou de la relation avec d'autres dispositions, à son esprit.

Le contenu des expressions théoriques est ainsi fait de la lettre et de l'esprit de la disposition légale concernée.

A. La substitution

Dans son sens courant, la substitution est l'action de remplacer une personne par une autre, une chose par une autre.

En droit, la substitution peut devenir une opération par laquelle une personne habilitée peut remplacer un texte invoqué à tort par un texte approprié⁷ ou un motif erroné par un véritable motif⁸ lorsque la solution ou la décision ainsi soutenue est juridiquement correcte.

Il en est ainsi de la substitution de disposition légale qui est une opération par laquelle l'associé unique et les associés, sur habilitation de l'Acte uniforme, peuvent remplacer les termes supplétifs de la loi par les siens ou les leurs parce que sa ou leur solution ou décision sera forcément compatible à la loi.

Par cette opération, l'associé unique ou les associés exécutent deux actions, à savoir : substituer ses ou leurs termes à ceux de la loi et se conformer à cette dernière.

La loi étant faite de la lettre et de l'esprit, il revient à dire que par la substitution de disposition légale, l'associé unique ou les associés peuvent modifier la lettre de la disposition légale mais ils doivent en conserver l'esprit.

Il ne peut en être autrement car une clause statutaire contraire à l'esprit d'une disposition légale à laquelle il ne peut être dérogé, ne peut pas être compatible à l'Acte uniforme.

La même rigueur de conformité s'impose à l'associé unique ou aux associés lorsqu'ils sont habilités de compléter les dispositions légales par les siennes ou les leurs.

⁷ Substitution de base légale.

⁸ Substitution de motifs.

B. Le complément

Il n'existe pas en droit un sens précis du terme « complément ». C'est dans son acception courante que nous allons le comprendre et où il signifie : ajouter une ou plusieurs idées à une description ou à une énumération.

L'opération de compléter une disposition légale peut consister en deux hypothèses : la première, faire un ajout d'idées dans la disposition légale ; et la seconde, le faire dans une ou plusieurs autres clauses statutaires qu'on adjoint à la disposition légale.

Dans le premier cas de figure, l'associé unique ou les associés sont tenus de respecter la lettre et l'esprit de la disposition légale à compléter.

Dans le second, ils commencent par reconduire la disposition légale dont ils observent la lettre et l'esprit avant de formuler leurs stipulations additionnelles. La lettre de ces dernières sera libre mais leur esprit, serf à celui de la disposition légale à compléter.

La réalisation de ces deux opérations doit observer certaines exigences ou plus largement, certaines considérations.

II. LES CONSIDERATIONS DE REALISATION DES EXPRESSIONS

Pour accomplir les tâches de substitution et de complément des dispositions légales, l'associé unique ou les associés doivent se réunir en assemblée générale, unique instance au cours de laquelle ils peuvent assurer la substitution ou le complément des dispositions légales.

Cette instance peut être constitutive, ordinaire ou extraordinaire selon que l'associé unique ou les associés la tiennent lors de la constitution, en cours de fonctionnement ou exceptionnellement, lors d'une mise en harmonie des statuts.

Les exigences de l'accomplissement des tâches de substitution et de complément étant susceptibles de varier en fonction du contexte dans lequel les associés peuvent se réunir, nous allons examiner les contraintes de leur réalisation au regard de ces trois circonstances.

Ces contraintes sont liées à l'habilitation de l'associé unique ou des associés d'accomplir ces tâches et à l'expression de la volonté individuelle ou collective.

A. A la création d'une société

Pendant la phase de constitution d'une société, ces exigences peuvent être résumées comme suit : une assemblée constitutive peut-elle substituer ses clauses aux dispositions légales et compléter ces dernières par ses clauses ?

A la lecture de l'Acte uniforme, il apparaît clairement que cette instance est qualifiée pour exercer lesdites compétences.

Puisqu'il en est ainsi, combien d'associés doivent exercer ces tâches ?

Comme dans une assemblée constitutive, les fondateurs doivent recueillir l'opinion et l'accord de tous pour considérer le consentement de chacun comme exprimé pour adopter le pacte social initial, tous les futurs associés ayant la qualité de fondateur doivent approuver toute substitution et tout complément des dispositions légales.

Dans cette phase de création ou de constitution de l'être moral, nous parlons de futurs associés parce qu'interviennent plusieurs individus dont certains deviennent des associés et d'autres n'acquièrent pas cette qualité. En effet, il arrive que des souscripteurs abandonnent le projet collectif en ne remplissant pas les conditions minimales mises en place pour accéder à la signature des statuts sociaux⁹, notamment la remise d'un bien meuble à apporter en propriété¹⁰ ou en jouissance¹¹, la remise du titre d'un bien immeuble à apporter en propriété ou en jouissance, le versement d'une contribution financière, voire la simple signature de l'engagement à verser un pourcentage déterminé de sa

⁹ Dans le système anglo-saxon, ceux qui abandonnent le projet d'investissement à un niveau assez avancé s'exposent à des actions en dommages-intérêts sur la base de la théorie de l'estoppel (notamment sous couvert d'*equitable estoppel* ou de *promissory estoppel*). « L'estoppel est un principe général qui interdit à une personne de contredire le sens d'une déclaration qu'elle a faite ou d'un comportement qu'elle a adopté, dès lors que les autres personnes, du fait de cette déclaration ou de ce comportement, ont été invitées à croire à l'existence de certains éléments.

Les contours exacts de la doctrine de l'estoppel, qui est inspirée par des considérations équitables, ne sont pas toujours bien définis. Grant Gilmore (The Death of Contract [1974], Ohio St. Univ. Press, rééd. 1995, p. 71) expliquait que l'emploi du mot estoppel par un juge est simplement une façon de dire que, pour des raisons que le tribunal n'a pas envie de discuter, le jugement doit faire droit à une demande qui paraît fondée », François Xavier TESTU, Contrats d'affaires, Paris, Dalloz, 2010, p. 54.

¹⁰ « Le caractère pécuniaire du prix de vente permet de différencier celle-ci d'autres conventions translatives, telles que l'échange et l'apport d'un associé en pleine propriété », Patrick WERY et Etienne BEGUIN, « La notion de prix dans la vente immobilière : principes et questions particulières en rapport avec la pratique notariale », in *Le prix et son paiement dans la vente immobilière, Aspects pratiques et rédaction de clauses*, sous la direction de Benoît Kohl, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 8.

¹¹ Concernant les biens fongibles, leur apport en propriété ou en jouissance aboutit au même résultat, leur consommation à l'issue de leur usage ou exploitation, à la seule différence que la société devra rembourser des biens de même espèce en cas d'apport en propriété démembrée.

souscription¹² et cela, même dans les hypothèses d'une exigence de souscriptions fermes et sérieuses¹³.

A ce niveau, la substitution et le complément requièrent ainsi l'unanimité des fondateurs et non, la majorité basée sur le nombre des voix de futurs associés ou sur la contribution financière de chacun.

Qu'en est-il lorsque la société fonctionne déjà ?

B. En cours de fonctionnement

A ce stade où la qualité d'associé est clairement reconnue à toute personne qui a réalisé un apport¹⁴, participe aux bénéfiques et est animée de l'affectio societatis, la compétence d'exercer les tâches de substitution et de complément des dispositions légales qui est en principe réservée à l'instance habilitée à modifier les statuts sociaux, peut donner matière à réflexion devant certaines situations de conflit, à l'instar du nu-proprétaire et de l'usufruitier, du bailleur et du locataire des actions ou parts sociales¹⁵, et du prêteur et de l'emprunteur des titres sociaux¹⁶.

En règlement de ce genre de conflit d'intérêts¹⁷, seront conviés à l'instance de substitution et de complément, ceux qui remplissent, outre les éléments de

¹² Sur les techniques de fondation d'une société anonyme (fondation successive et fondation simultanée) et sur l'analyse (la nature) juridique de la souscription (conception contractuelle ou engagement unilatéral et caractère civil ou commercial de l'acte de souscription, lire sous la direction de Gaston LAGARDE, Yves GUYON (Y.) et Martine BOIZARD, « Société anonyme », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, tome V (Recueil, v° Sociétés anonymes), pp. 17 à 24.

¹³ Sur la notion d'une souscription ferme et sérieuse, lire sous la direction de Gaston LAGARDE, Yves GUYON et Martine BOIZARD, « Société anonyme », *Répertoire des sociétés*, *op. cit.*, pp. 26 et s. ; et sur le droit de souscription dans le cadre européen, lire Jacques MALHERBE et alii, *Droit des sociétés*, Bruxelles, éd. Larcier, 5^e édition, 2020, pp. 100-101.

¹⁴ Sur la libération des actions d'apport, lire Sous la direction de Gaston LAGARDE, Yves GUYON et Martine BOIZARD, « Société anonyme », *Répertoire des sociétés*, *op. cit.*, pp. 34 et s.

¹⁵ Sur la location d'actions, lire Catherine MALECKI et Xavier DELPECH, « Location d'actions et de parts sociales », *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, sous la direction de Philippe Raimbourg et Martine Boizard, Paris, Dalloz, 2009, pp. 1272-1290.

¹⁶ Nous pouvons noter que les conventions conclues entre le nu-proprétaire et l'usufruitier, le bailleur et le locataire des actions ou parts sociales, le prêteur et l'emprunteur des titres sociaux qui peuvent se partager les prérogatives de l'associé ou de l'actionnaire, ne constituent pas de pactes d'actionnaires au sens de la présente étude, bien qu'elles soient des notions voisines, proches ou assimilables à ces derniers. Mais un pacte d'actionnaires, au sens de la présente analyse, peut « prendre la forme d'une nouvelle société, société de portefeuille qui va détenir les titres des actionnaires parties au pacte », Bruno DONDERO, « Pactes d'actionnaires », *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, sous la direction de Philippe Raimbourg et Martine Boizard, Paris, Dalloz, 2009, p. 1294.

¹⁷ La transparence est la règle d'or en matière de prévention de conflits d'intérêts. Sur cette question, lire Yves De CORDT et Gaëtane SCHAEKEN WILLEMAERS, *La transparence en droit des sociétés et en droit financier*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 129 et s.

définition de l'associé basés sur le contrat de société, le critère lié au risque de perte en capital¹⁸ ou à la contribution aux pertes¹⁹.

Cette instance est dite assemblée générale extraordinaire.

Relativement au mode de constat ou d'appréciation de l'expression de la volonté des associés, une majorité relative ou absolue selon les cas devrait suffire pour faire valider la substitution et le complément des dispositions légales au cours de la vie sociale.

Mais, comme nous le verrons dans les lignes qui suivent, valoriser ou comptabiliser l'expression de la volonté sur la substitution et le complément des dispositions légales relève de prérogatives privées des associés, eu égard aux développements infra. Ces considérations peuvent déterminer les associés de convenir dans un document extrastatutaire d'abandonner la règle de la

¹⁸ Dans ce sens, lire Jessica LEDAN, « Nouveau regard sur la notion d'associé », *Droit des sociétés*, JurisClasseur, 61^e année, n° 10 – octobre 2010, pp. 7 à 11.

¹⁹ Jean-Claude MAY, « Clause de contribution aux pertes », *Revue des sociétés*, Dalloz, 120^e année, n° 4, octobre-décembre 2002, p. 691, note sous C.A Versailles 1^{re} ch., 1^{re} sect., 10 mai 2001, SCI Rue du Surléon c/ Société IDI :

« L'article 1832 du code civil ne prévoit pas expressément la contribution aux pertes des associés en cours de vie sociale.

L'obligation de contribuer aux dettes s'entend de celle de supporter les dettes définitives de la société, dont la détermination n'est possible que lors de la liquidation de la société.

A la date d'arrêt de comptes en fin d'exercice, le déficit d'une SCI ne se traduit pas pour les associés par la naissance d'une dette et ne constitue une charge que par voie de provision ou en cas d'affectation systématique des résultats.

L'article 1836 al. 2 n'autorise pas l'augmentation des engagements d'un associé sans son consentement sauf dans l'hypothèse d'une contribution par voie d'appels de fonds supplémentaires autorisée par une clause des statuts dans le seul cas des nécessités de la réalisation de l'objet social.

La légitimité de l'affectation des pertes au compte courant de l'associé n'implique pas et ne peut justifier l'exigibilité immédiate du compte déficitaire à cette seule raison, sauf à méconnaître l'interdiction d'augmenter l'engagement des associés sans leur consentement ».

Pour faciliter la compréhension cette décision, nous reprenons ici les dispositions légales de référence :

Art. 1832 (Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985, art. 1^{er}) : « 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 ».

Art. 446.1 du C.C.C livre III (Décret du 23 juin 1960, art. 1^{er}) : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ».

Art. 1836 : « Les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par l'accord unanime des associés.

En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci ».

majorité et de soumettre au principe de l'unanimité les tâches de substitution et de complément des dispositions légales.

En cours de vie sociale, cette activité de substitution et de complément des dispositions porte le nom de "modification" des statuts sociaux. Elle est, stricto sensu, différente de la mise en harmonie qui sera définie infra. Elle consiste à revoir les options fondamentales de l'*affectio societatis*²⁰.

La présente étude n'ayant pas vocation à passer en revue les dispositions de l'Acte uniforme sur l'organe compétent pour procéder à la réécriture des clauses ou stipulations statutaires, les conditions de quorum et de majorité liées à chaque type de modifications, nous nous contentons de relever ici qu'en délaissant l'unanimité²¹ au profit d'une majorité qualifiée pour amender les

²⁰ Elle est « la volonté de former une société. Puisque le contrat de société requiert le consentement des parties, il est évident qu'il implique l'intention de créer une société. Pour ceux qui le tournent en dérision, l'*affectio societatis* est plus un sentiment qu'un concept juridique [Alain VIANDIER, *La notion d'associé*, Paris, LGD, 1978, n° 75]. (...).

Selon la doctrine attachée au concept, (...), l'*affection societatis* est définie comme la volonté de coopérer sur un pied d'égalité à la réalisation du but commun [Jean-Pierre BOURS et Paul HERMANT, "Les principes généraux du droit des sociétés", in Christian JASSOGNE, *Traité pratique de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Story-Scientia, 1998, p. 30]. Elle passe également par la volonté de partager l'aléa commun [Joseph HAMEL, "L'*affectio societatis*", *Rev. trim. dr. civ.*, 1925, p. 761 ; Jacques MALHERBE et alii, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 476, p. 238]. Dans le *Supplément illustré de la Revue hebdomadaire* du 29 juin 1929 [*Rev. trim. dr. civ.*], p. 604, sur la position juridique de la question, on peut lire le commentaire suivant : « M. Hamel entendait précisément marquer les caractéristiques essentielles du contrat de société et ce par quoi il se distingue d'autres contrats très voisins. Etudiant la jurisprudence et la doctrine depuis Ulpian jusqu'à Capitant, en passant par Pothier, il dégagait l'élément primordial du contrat de société : l'*affectio societatis*.

Mais l'*affectio societatis* ne saurait se confondre avec la volonté de constituer une société, car ce n'est point la volonté ou le caprice des parties qui a la puissance de définir un acte juridique. Il s'agit de trouver le criterium objectif de l'*affectio societatis*.

Le professeur Hamel écarte successivement l'égalité entre associés et la simple collaboration économique, pour s'arrêter au but poursuivi par les parties, qui constitue la cause des obligations nées du contrat.

Ici une nouvelle difficulté se dresse : Quel est le but poursuivi par les contractants dans la société ? "C'est le partage du bénéfice que la chose commune pourra produire", répondait devant le Corps législatif le tribun Gillet. Mais c'est là une considération commune au prêt, au louage, au contrat de travail.

En réalité, il est deux caractéristiques dont la juxtaposition détermine le contrat de société : la volonté d'union et l'acceptation des risques courus ».

²¹ Des auteurs (Paul Alain FORIERS, « Les conventions d'actionnaires », Séminaire Skyroom, 28 septembre 1995, p. 4 ; Paul Alain FORIERS, « L'objet », *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Dalloz, 1997, pp. 70 et s.), soutiennent que la modification des conventions d'actionnaires n'implique pas nécessairement l'unanimité : les parties pourraient convenir d'une modification de leur objet par un processus majoritaire, puisque l'on admet qu'une partie puisse conférer à l'autre la définition précise de l'objet de son obligation.

Nous ne partageons pas cette opinion car "le fait de conférer à une autre partie la définition précise de l'objet de son obligation" ne signifie pas ne pas participer à la prise de décision mais plutôt exprimer son vote ou son consentement à travers un tiers en application de la théorie

options fondamentales des clauses statutaires, gage de l'affectio societatis, l'Acte uniforme a brisé la règle du parallélisme de la procédure d'adoption du pacte social initial.

A notre sens²², concernant ces options fondamentales, la modification des statuts sociaux qui en définitive sont un contrat ou une convention, devrait être soumise à la règle de l'unanimité encadrée de précautions contre les abus de majorité et de minorité²³. Nous ne préconisons pas l'immutabilité des stipulations porteuses de l'affectio societatis dans un environnement mouvant mais la recherche d'un accord unanime pour leur amendement.

Le fondement de cette recherche peut être trouvé dans l'alinéa 2 de l'article 33 du Code civil congolais livre III, aux termes duquel « elles (les conventions) ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise ». Quand bien même la disposition légale ne mentionnerait pas explicitement la modification, nous estimons qu'elle l'inclut implicitement car sans être des synonymes, la modification et la révocation remplissent la même fonction, celle de supprimer le contenu du contrat partiellement pour la modification et totalement pour la révocation. Celle-ci apparaît comme une phase ou une étape ultime de modifications. A ce titre, la modification comme

du mandat. Pour nous, le pacte d'actionnaires demeure modifiable à l'unanimité de ses membres.

²² « En droit anglais, les modifications des statuts requièrent l'adoption d'une résolution spéciale à une majorité des trois quarts des actionnaires participant au vote. Dans certains cas, des modifications qui ont une incidence sur les droits des actionnaires peuvent être contestées si elles ne sont pas faites de bonne foi et dans l'intérêt de la société » Andrew R. HICKS, « Sociétés - Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord », E.J.A., LGDJ Jupiter, juillet 1998, p. 15. Même cette faculté de contestation des modifications qui impactent les droits des actionnaires, nous paraît comme une demi-mesure. La pleine mesure serait un accord unanime que la *common law* admet. En effet, « selon la *common law* (droit jurisprudentiel), une société peut accomplir de nombreux actes en cas d'unanimité de ses membres sans être tenue d'organiser formellement une réunion. Il a été admis qu'un accord écrit unanime pouvait effectivement modifier les statuts de la société », Andrew R. HICKS, *idem*, p. 10.

²³ Les abus de majorité et de minorité constituent des formes d'abus de droit. Sur ce sujet, lire Jean-François ROMAIN, « Liberté, appréciation marginale ("marginale toetsing"), qualification du fait générateur de responsabilité et abus de droit », *Droit de la responsabilité - Questions choisies*, sous la direction de François Glansdorff, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 165-205.

« Tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi, engage la responsabilité de son auteur et peut donner lieu à une action en cessation pour empêcher la persistance dans l'abus », Henri de PAGE, *Traité de droit civil belge*, tome II, *Les obligations*, vol. 1, *Introduction - Sources des obligations* (1^{re} partie), sous la direction scientifique de Pierre Van OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant, 10^e tirage 2019, p. 64.

« Comme phénomène d'exercice des droits subjectifs, l'abus de droit est un phénomène psychopathologique », Jean CARBONNIER, *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 10^{ème} édition, LGDJ, 2001, p. 199.

la révocation doivent être soumises au consentement mutuel des cocontractants.

Si ce fondement basé sur le code civil est ébranlé par la spécificité des statuts, contrat du droit des sociétés, le principe du parallélisme des formes peut venir en appui à la recherche de l'accord unanime. En effet, à l'assemblée constitutive, les statuts sont adoptés par vote ou accord unanime et non, par la règle de la majorité, qualifiée soit-elle. Celle-ci ne devrait concerner que les clauses relatives aux mentions obligatoires énumérées à l'article 13 de l'Acte uniforme.

En application de ce principe, ce qui a été adopté à l'unanimité devrait être modifié par consentement mutuel des cocontractants appelés associés.

En outre, il existe déjà dans l'Acte uniforme des dispositions qui renvoient au consentement de tous les associés. En effet, l'on peut percevoir un commencement de fondement de la recherche de l'accord unanime, concernant la modification des statuts, à l'alinéa 2 de l'article 72 de l'Acte uniforme, aux termes duquel « *en aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci* ».

Les engagements d'un associé font partie des options fondamentales auxquelles nous avons fait allusion ci-dessus. Ces dernières ne devraient être amendées que par consentement mutuel des associés.

Mais ce début de fondement nous paraît décevant. Nous pouvons avancer que la formulation de l'alinéa 2 de l'article 72 de l'Acte uniforme est une rédaction malheureuse en ce sens-ci qu'elle n'offre qu'une protection partielle.

Il ressort de sa rédaction que la recherche de l'accord unanime n'est exigée qu'en cas d'augmentation des engagements de l'associé qui demeure exposé à une réduction des engagements indésirable pour ce dernier mais voulue ou escamotée par ses coassociés notamment par le jeu d'augmentations intempestives de capital afin de diluer ou d'annihiler la participation financière de celui-là.

Ainsi, pour une protection totale et une confirmation de la recherche de l'accord unanime dans le cadre de la modification des statuts, le terme "augmentés" mérite d'être remplacé par un autre qui couvrira les deux situations comme suit : « *en aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être modifiés sans le consentement de celui-ci* ».

Prenons le cas d'une introduction dans les statuts, à la faveur d'une modification à la majorité qualifiée des deux tiers, des clauses sur l'exclusion. L'on peut s'interroger sur la conformité à l'affectio societatis de l'insertion de telles clauses en cours de fonctionnement de la société au lieu de le faire lors de la constitution. C'est à juste titre que la jurisprudence française a décidé que

l'insertion d'une telle clause organisant une véritable expropriation devrait, pour être valable, être acceptée à l'unanimité des associés²⁴.

Les opérations de substitution et de complément peuvent exceptionnellement intervenir lors d'une mise en harmonie des statuts sociaux.

C. Au cours d'une mise en harmonie des statuts

Comme annoncé ci-dessus, la modification des statuts sociaux, au sens strict, se distingue « de la simple mise en harmonie qui doit être effectuée lorsque les statuts ne correspondent plus à des dispositions législatives ou réglementaires impératives nouvellement entrées en vigueur. Généralement la loi nouvelle prévoit elle-même les délais et les modalités de cette mise en harmonie »²⁵, à l'instar de l'Acte uniforme sous examen²⁶.

A l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme dans les Etats fondateurs de l'OHADA et dans les Etats adhérents, les sociétés commerciales préexistantes sont tenues de mettre leurs statuts sociaux en harmonie avec les dispositions de l'Acte uniforme dans un délai de deux ans à compter de son entrée en vigueur²⁷.

Deux démarches s'offrent à l'instance chargée de la mise en harmonie des statuts : la voie de l'amendement aux statuts anciens et celle de l'adoption de nouveaux statuts²⁸.

L'adoption de nouveaux statuts suppose la rédaction du contrat de société selon les dispositions de l'Acte uniforme. L'instance qui agira ainsi, sera dans la situation de l'assemblée constitutive décrite ci-dessus.

L'amendement aux statuts anciens comporte deux phases : dans un premier temps, l'abrogation, la modification et le remplacement, le cas échéant, des clauses statutaires contraires aux dispositions impératives de l'Acte uniforme et dans un second, l'ajout des compléments rendus obligatoires par l'Acte uniforme²⁹.

²⁴ Hervé Le NABASQUE, Patrick DUNAUD et Patricia ELSÉN, « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », *Dr. Soc. - Actes pratiques*, 1992, n° 5, p. 9 ; Sylvie DARIOSECQ et Nathalie METAIS, « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *Bull. Joly*, n° 9 du 1^{er} septembre 1998, p. 913.

²⁵ Yves GUYON, « Statuts et actes annexes », *Répertoire des sociétés*, op. cit., pp. 6-7.

²⁶ Art. 908 de l'AUSCGIE.

²⁷ A compter du 12 septembre 2012 pour les sociétés préexistantes en République Démocratique du Congo qui a déposé son instrument d'adhésion le 13 juillet 2012.

²⁸ Art. 910 al.1 de l'AUSCGIE.

²⁹ Art. 909 de l'AUSCGIE.

Si l'adoption des nouveaux statuts ne peut être accomplie que par une assemblée générale extraordinaire, en revanche l'amendement aux statuts anciens peut l'être par une assemblée générale statuant aux conditions de validité des décisions ordinaires, nonobstant toutes dispositions légales³⁰ ou statutaires³¹ contraires, à la condition de ne modifier, quant au fond, que les clauses incompatibles avec le droit nouveau.

Comme l'Acte uniforme limite la compétence de l'assemblée générale ordinaire à la modification des clauses contraires à l'Acte uniforme, l'on est en droit de se demander si cette instance peut accomplir la deuxième branche du contenu de l'amendement aux statuts anciens, à savoir : l'ajout des compléments rendus obligatoires par l'Acte uniforme.

Nous estimons que la compétence de cette instance s'étend à cette deuxième branche des tâches de l'amendement aux statuts anciens pour les deux raisons suivantes : d'abord parce que les associés ne délibèrent pas sur ces dispositions légales ; ensuite parce qu'en rendant ces dernières obligatoires, l'Acte uniforme les introduit lui-même dans les statuts anciens.

Que les associés optent pour l'une ou l'autre voie, l'expression de leur volonté risque d'être appréciée à la majorité simple ou absolue selon les cas sauf si, pour renforcer leur affectio societatis, ils sont convenus autrement de ce droit d'évaluation de l'expression de leur volonté.

Pareille convention se matérialise dans un document extrastatutaire.

³⁰ Il s'agit des dispositions nationales qui pourraient expressément exclure l'assemblée générale ordinaire de cette compétence.

³¹ Il s'agit des clauses contenues dans les statuts anciens à amender, qui pourraient expressément exclure l'assemblée générale ordinaire de cette compétence.

CONCLUSION

En réglementant les sociétés commerciales, le législateur de l'OHADA sait que l'Acte uniforme régit un contrat dont les acteurs doivent jouir d'un espace pour exprimer leurs idées ou initiatives personnelles et collectives. Cet espace représente la liberté contractuelle spécialement dénommée liberté statutaire dans le contexte des sociétés commerciales. La liberté statutaire s'exerce lors de la composition des statuts sociaux et se poursuit lors de la conclusion des conventions extrastatutaires pour se sous-titrer « liberté extrastatutaire ».

A ces deux échelons, l'Acte uniforme concède aux acteurs du contrat de société une liberté de choix. Celle-ci consiste à opérer des choix parmi les options ou propositions mises à la disposition des acteurs. L'Acte uniforme utilise des expressions théoriques pour autoriser ces derniers à agir.

Ces expressions théoriques sont les verbes « substituer » et « compléter ».

Dans le cadre de la liberté statutaire, les options et propositions portent sur des dispositions ou clauses de l'Acte uniforme. C'est ainsi que les expressions théoriques vont s'appliquer sur des dispositions ou clauses de la loi uniforme.

Le principe des expressions théoriques est énoncé aux articles 2 et 2-1 de l'Acte uniforme. Mais il est appliqué dans les deux premières parties de la loi concernée.