

## LES EXPRESSIONS THEORIQUES D'INDICATION DE LA LIBERTE DE CHOIX DES AMENAGEMENTS EXTRASTATUTAIRES 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 a ignoré les aménagements extrastatutaires que le législateur de l'OHADA a introduits dans sa réforme du 30 janvier 2014.*

*Par celle-ci, il a édicté des règles relatives aux conventions d'actionnaires et a étendu à la liberté extrastatutaire les expressions théoriques usitées pour désigner les régimes juridiques de la liberté statutaire, à savoir : la substitution et le complément.*

*Malgré cette extension, les expressions de ces régimes visent un objet différent selon qu'elles s'emploient dans le cadre de la liberté statutaire ou de la liberté extrastatutaire. Dans le premier cas, la liberté porte sur le choix des dispositions ou clauses de l'Acte uniforme tandis que dans le second, sur celui des droits d'actionnaires susceptibles de substitution et/ou de complément lors de la négociation des conventions extrastatutaires.*

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

**Mots-clés :** *Expressions théoriques, Droits d'actionnaires, Substitution, Complément, Aménagements extrastatutaires*

### ABSTRACT

*The version of the Uniform Act of April 17, 1997 relating to the law of commercial companies and economic interest groupings ignored the extrastatutory arrangements introduced by the OHADA legislator in its reform of January 30, 2014.*

*The latter enacted rules on shareholders' agreements and extended to extrastatutory freedom the theoretical expressions used to designate the legal regimes of statutory freedom, namely: substitution and complement.*

*Despite this extension, the expressions used for these regimes have a different purpose depending on whether they are used in the context of statutory freedom or*

*extrastatutory freedom. In the former case, the freedom concerns the choice of provisions or clauses of the Uniform Act, while in the latter, it concerns the choice of shareholder rights that may be substituted and/or supplemented when negotiating extrastatutory agreements.*

*The exercise of this second freedom results in what are technically known as extrastatutory arrangements.*

**Keywords:** *Theoretical expressions, Shareholder rights, Substitution, Complement, Extrastatutory arrangements*

## INTRODUCTION

En intervenant dans le secteur des sociétés commerciales, le Conseil des Ministres de l'OHADA<sup>1</sup> comme tout législateur ont vocation à tenir compte des intérêts des associés et de 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 optant pour le caractère d'ordre public des dispositions de son œuvre du 17 avril 1997<sup>2</sup>, le législateur de l'OHADA a versé dans le dirigisme à l'extrême. Du fait de cet extrémisme, il a laissé de côté un pan de la trilogie décrite ci-dessus : la tempérance du dictat public.

Certains pourraient entrevoir la présence d'un fléchissement 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 perception pour appuyer 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. Il faut reconnaître que le Conseil des Ministres avait agi 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.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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, le législateur de l'OHADA s'est rattrapé à travers sa réforme du 30 janvier 2014 en amendant son dirigisme sans limites<sup>3</sup>. En effet, 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 légiférant ainsi, 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 choix<sup>4</sup> 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 atteindre 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.

---

<sup>3</sup> 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 ».

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

Pour poursuivre et atteindre ce double objectif de laisser une étendue 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'elle le met en exécution dans ses deux premières parties.

A l'article 2, elle dispose que pour faire exception aux dispositions auxquelles il ne peut être dérogé (d'ordre public), elle 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 l'acte uniforme (dans ses deux premières parties), celui-ci annonce 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 exprimé ci-dessus anticipe sur la préparation ou la rédaction des statuts sociaux<sup>5</sup>. En effet, les stipulations que ces derniers contiennent, proviennent de dispositions légales reconduites ou transposées, substituées et/ou complétées.

Pourquoi la loi uniforme n'utilise-t-elle pas dans son corps les verbes « substituer et compléter » pour confirmer l'autorisation octroyée à l'associé unique ou aux associés dans les dispositions communes et particulières des sociétés commerciales ?

L'essentiel du travail rédactionnel des statuts étant assuré par la loi uniforme, les deux verbes renferment les deux seules actions du reste de ce travail que peuvent accomplir l'associé unique et les associés.

Etant donné que sur autorisation de la loi 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

---

<sup>5</sup> « 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 statuts<sup>6</sup>, l'acte uniforme va abandonner 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.

Après la comparaison entre les deux démarches pour exprimer son autorisation, l'on peut comprendre que l'Acte uniforme se réfère à des expressions théoriques lorsqu'il énonce les tâches intellectuelles du travail rédactionnel des statuts. Il concrétise sa permission par des expressions pratiques (objet de la présente étude) lorsqu'il réalise 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 individualisées les dispositions légales communes et particulières susceptibles de substitution et de complément, l'associé unique et les associés peuvent exercer leur volonté sur elles.

Quelle sera la consistance de leur volonté et quelle forme d'expression cette volonté empruntera-t-elle ?

Répondre à cette interrogation fera l'objet de deux points afin de conduire à bon port 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 contexte de la liberté extrastatutaire. En d'autres termes, nous allons préciser le sens de ces expressions théoriques lors de l'exercice rédactionnel des conventions extrastatutaires.

Dans le cadre de la liberté statutaire, la substitution et le complément des dispositions s'appliquent aux dispositions de l'Acte uniforme tandis que dans le contexte de la liberté extrastatutaire, ils s'exercent sur les dispositions légales et sur les clauses statutaires.

Pour définir le sens de ces expressions appliquées à la liberté extrastatutaire, il convient d'en préciser le contenu (I) et les contextes de réalisation (II).

---

<sup>6</sup> 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

De manière expresse, l'Acte uniforme autorise l'associé unique ou les associés de procéder au remplacement ou au complément de ses dispositions par des clauses statutaires.

A leur tour, les associés ne peuvent pas se permettre d'agir de la même manière ; c'est-à-dire, indiquer dans les statuts des clauses à remplacer ou à compléter dans une convention extrastatutaire.

En revanche, ils peuvent décider de remplacer ou de compléter certaines dispositions (auxquelles il peut être dérogé) de l'Acte uniforme dans une convention d'associés. Pour éviter le doublon, cette démarche implique qu'ils s'abstiennent de stipuler dans les statuts sur les mêmes dispositions renvoyées dans la convention extrastatutaire. Mais ils sont tenus de ne pas vider les statuts sociaux de leur substance minimale légale<sup>7</sup>.

Il peut arriver que les associés décident de reconduire in extenso une disposition légale dans les statuts et de lui conférer une interprétation ou une modalité spécifiée dans une convention extrastatutaire.

Dans le cadre de la liberté statutaire, la substitution et le complément visent les dispositions ou clauses légales qui déterminent l'organisation et le fonctionnement de l'être moral à constituer. Par contre, dans le contexte de la liberté extrastatutaire, ils portent sur la gestion des droits subjectifs<sup>8</sup> prévus par des dispositions légales et des clauses statutaires qui fixent l'organisation et le fonctionnement de l'être moral constitué.

A ce niveau, le contenu des expressions théoriques est ainsi fait, pour la substitution, de la décomposition des droits d'associés et pour le complément, de la modification de leur étendue ou portée.

### A. La substitution

Relativement à la liberté extrastatutaire, la substitution fait appel à deux notions, à savoir : le droit de substitution et la substitution des droits.

Dans la vie courante, l'on parle souvent du droit de substitution mais très peu de la substitution des droits.

Le droit de substitution peut être d'origine légale ou conventionnelle. Il consiste en la prérogative ou la faculté d'un sujet de droit de substituer une chose par une autre de même ou différente espèce. Pour les associés, ce droit leur permet de modifier positivement ou négativement la valeur ou la consistance de leurs droits ou de conditionner l'exercice de ces derniers.

---

<sup>7</sup> La substance minimale légale est déterminée par l'art. 13 de l'AUSCGIE.

<sup>8</sup> Cet objet est tiré de l'art. 2-1 qui dispose : « (...), les associés peuvent conclure des conventions extrastatutaires (...) ». En effet, conclure une convention revient à négocier et trouver un accord sur les droits dont on a la libre disposition.

Par contre, la substitution des droits est le résultat ou la conséquence de l'exercice du droit de substitution. Elle est le résultat de l'exercice d'une volonté collective. L'associé unique ne pouvant conclure une convention extrastatutaire, ne dispose pas du droit de substitution.

Seuls les associés ont le droit de substituer :

- des droits par des droits à valeur ou consistance modifiée positivement ou négativement ;
- des droits individuels par des droits collectifs.

Dans un cadre contractuel ordinaire ou courant, cette œuvre de conception et de création est inconcevable.

Prenons le cas d'un contrat civil. Il est inimaginable que le vendeur et l'acheteur mettent en place une possibilité de substituer le droit de recevoir le prix par celui de recevoir la chose.

Par contre, dans un cadre contractuel extrastatutaire, les associés peuvent substituer, à titre d'exemple, le droit de cession d'actions par celui de sortie conjointe<sup>9</sup>. Il en est ainsi des associés majoritaires qui acceptent de ne céder leurs parts sociales ou actions que si l'acquéreur rachète également celles des minoritaires ou si ce dernier adhère au droit de sortie conjointe.

Si cet exemple exprime le travail de double restriction<sup>10</sup> que peuvent subir les droits des associés, néanmoins il n'en présente pas le fondement.

Alors nous pouvons nous demander ce qui permet l'application du droit de substitution dans une convention extrastatutaire.

Nous pensons que de manière globale, c'est la présence ou l'existence de l'être moral qui le permet. De façon spécifique, cette possibilité se réalise à travers la vie sociale ou l'intérêt<sup>11</sup> social.

---

<sup>9</sup> Sur les clauses de sortie conjointe : *Drag along* et *Tag along*, lire François Xavier TESTU, *op. cit.*, pp. 332 et s. ; Jacques MESTRE et Jean-Christophe RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, Paris, 2011, pp. 995 et s. ; Jean-Matthieu JONET et Marie EVRARD, *Joint-ventures : des noces au divorce - Droit des sociétés, résolution des différends et arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 45-46 ; Bruno DONDERO, « Pactes d'actionnaires », *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, *op. cit.*, pp. 1299-1300.

<sup>10</sup> Cette restriction est double parce qu'elle peut être intrinsèque ou extrinsèque. Elle est intrinsèque lorsqu'elle porte sur le droit en soi. Par contre, elle est extrinsèque lorsqu'elle porte sur l'exercice du droit.

<sup>11</sup> Mustapha BABA-AHMED, [*Hymne à l'intérêt dévastateur*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 108], définit l'intérêt comme suit : « La pratique de l'intérêt introduit une véritable contrainte temps, sans laquelle l'homme n'accorde pas le même sens à son évolution matérielle. Elle l'oblige, quelle que soit sa qualité dans la relation, à chercher à la fois les processus et le rythme des affaires qu'il conduit. En effet, quand l'argent n'est pas rémunéré, l'absence de valeur ajoutée dans les affaires a une signification économique moindre. Mais lorsqu'il l'est, l'activité humaine ne se conçoit pas sans valeur ajoutée, laquelle doit être suffisante déjà pour rétribuer l'utilisation de l'argent, et plus encore. L'intérêt est le

En effet, les associés conçoivent le droit de substitution et admettent de subir la substitution des droits pour permettre la vie sociale ou le fonctionnement de la société qui leur octroie des droits. Et ce sont ces droits reçus de l'être moral que les associés acceptent de substituer par d'autres. A la différence du vendeur qui reçoit ses droits de l'acheteur et non du contrat de vente, les associés reçoivent les leurs de la société et non de leurs cocontractants. De cette interaction, naît l'intérêt social<sup>12</sup> comme intérêt commun<sup>13</sup> des associés<sup>14</sup> et de la société<sup>15</sup>, comme moyen de protection de la société<sup>16</sup>, qui empêche ou interdit

---

*stimulant de l'Homo Economicus entreprenant quand il n'a pas d'argent et qu'il ne peut pas en disposer autrement. Levier de l'activité économique organisée, l'intérêt est le point d'appui de toute ambition de réalisation de soi autrement que par voie d'association ou en tant que travailleur salarié ».*

<sup>12</sup> Notion très courante dans les textes de loi et dans les décisions de justice mais par précaution, non définie même en droit français comme le souligne Hassna MOUBSIT, *La représentation en droit des sociétés*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 168 : « Deux propositions d'amendement ont été déposées par M. Pleven devant l'assemblée nationale lors de l'élaboration de la loi de 1966 en vue d'une définition légale de l'intérêt social. Elles furent, néanmoins, rejetées à la demande de M. Foyer qui a mis en garde contre un gouvernement judiciaire des sociétés, J.O.A.N. CR, 12 juin 1965, p. 2031 ».

<sup>13</sup> Jean-Jacques ROUSSEAU [*Du contrat social ou, Essai sur la forme de la République* (Première version), Gallimard, 1993, pp. 127-128] parlant des droits respectifs du souverain et du citoyen, écrit notamment ceci : « Si l'intérêt commun est l'objet de l'association, il est clair que la volonté générale doit être la règle des actions du corps social. (...) Les engagements qui nous lient au corps social ne sont obligatoires que parce qu'ils sont mutuels, et leur nature est telle qu'on ne peut travailler pour autrui sans travailler en même temps pour soi. Pourquoi la volonté générale est-elle toujours droite, et pourquoi tous veulent-ils constamment le bonheur de chacun d'eux, si ce n'est parce qu'il n'y a personne qui ne s'approprie en secret ce mot chacun et qui ne songe à lui-même en votant pour tous ? Ce qui prouve que l'égalité de droit et la notion de justice qui en découle dérive de la préférence que chacun se donne et par conséquent de la nature de l'homme ; que la volonté générale, pour être vraiment telle, doit être générale dans son objet ainsi que dans son essence ; qu'elle doit partir de tous pour retourner à tous, et qu'elle perd sa rectitude naturelle, sitôt qu'elle tombe sur un sujet individuel et déterminé : Parce qu'alors jugeant de ce qui n'est pas nous, nous n'avons aucun vrai principe d'équité qui nous guide ».

<sup>14</sup> Hassna MOUBSIT, *op. cit.*, p. 169, reprend une définition minimaliste de l'intérêt social comme étant l'intérêt des actionnaires.

<sup>15</sup> Ne pouvant admettre la réduction de l'intérêt social à celui de seuls actionnaires mais plutôt englobant plus largement l'intérêt de la société entendue comme l'entreprise, Alain SUPPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *R.T.D. Com.* 1985, p. 623, prend en compte l'entité économique comprise comme « une institution unissant autour d'un intérêt commun – l'intérêt de l'entreprise – le capital et le travail », cité par Hassna MOUBSIT, *op. cit.*, p. 171. Lire aussi Olivier CAPRASSE et Roman AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires - Prévention et résolution*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 7-20.

<sup>16</sup> Sur ce sujet, lire Bérenger Yves MEUKE, « De l'intérêt social dans l'AUSC de l'OHADA », *Penant*, édition Juris Africa, cent dix-septième année, n° 860, juillet – septembre 2007, pp. 338 à 355.



les abus de majorité et de minorité ou d'égalité<sup>17</sup> que rechigne même le droit naturel<sup>18</sup>. Dans sa concrétisation, il est propre à chaque société<sup>19</sup>.

En apparence, l'on pourrait penser que la substitution des droits s'opère entre associés. Il ne peut en être ainsi car les associés ne reçoivent aucun droit de la part de leurs cocontractants.

En réalité, les associés se trouvent en transi-relation entre eux mais ils sont en relation directe avec l'être moral.

En contrepartie des obligations<sup>20</sup> légales et/ou statutaires, l'être moral attribue des droits aux associés.

Par la convention extrastatutaire, les associés cèdent leurs droits légaux et/ou statutaires à la société qui leur rétrocèdent des droits-obligations, des droits à valeur modifiée positivement ou négativement et/ou des droits collectifs.

Cette interaction de donnant-donnant exprime l'intérêt social qui est renforcé par le travail de modification de l'étendue ou de la portée des droits.

---

<sup>17</sup> Art. 130 et 131 de l'AUSCGIE, lire Alain FENEON, « Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », *Penant*, éditions Juris Africa, cent douzième année, n° 839, avril-juin 2002, pp. 163 à 166.

Thomas HOBBS [dans le *Léviathan, ou Matière, forme et puissance de l'Etat chrétien et civil*, (Traduction, introduction, notes et notices par Gérard Mairet), Gallimard, 2000, p. 263] énonce : « De cela, suit une autre loi : qu'on jouisse en commun de ces choses qui ne peuvent être divisées, si c'est possible ; et sans restriction, si la quantité de la chose le permet ; sinon, proportionnellement au nombre de ceux qui y ont droit. Car autrement, la distribution serait inégale et contraire à l'équité ».

<sup>18</sup> Notamment selon Hugo GROTIUS, [Le droit de la guerre et de la paix, L. II, chap. XII], "le droit naturel veut qu'il y ait de l'égalité dans tous les contrats", mais "l'égalité consiste à ne rien demander au-delà de ce qui est juste et raisonnable".

<sup>19</sup> Roland RUEDIN, « L'intérêt social, critère des décisions du conseil d'administration », *Journal des tribunaux*, Lausanne, 1990, p. 199 : « Dans l'espèce qui lui a été soumise, la Cour de Cassation a estimé que la volonté du testateur de conserver le caractère familial de la société en imposant à son fils d'user de sa majorité pour que sa sœur en reste administrateur et soit rémunérée par la société, était parfaitement conforme à l'intérêt de la société. Ceci démontre à souhait qu'il n'existe pas d'intérêt social purement abstrait, mais seulement un intérêt social concret, propre à chaque société ».

<sup>20</sup> Sur la théorie générale des obligations, lire notamment Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit des obligations, Régime général*, Paris, 5<sup>e</sup> édition, LexisNexis, Litec, 2009, pp. 406 ; Christian LARROUMET, *Droit civil*, tome III, 6<sup>ème</sup> édition, *Les obligations - Le contrat*, 1<sup>re</sup> partie, *Conditions de formation*, 2<sup>ème</sup> partie, *Effets*, édition Economica, 2007, pp. 1033 ; Gérard LEGIER et Laetitia TRANCHANT, *Droit civil - Les obligations, Les sources des obligations - Les règles communes aux obligations*, Paris, Dalloz, 20<sup>e</sup> édition, 2011, pp. 209 ; LAPOYADE DESCHAMPS et alii, *Droit des obligations*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, Ellipses, 2008, pp. 320 ; Vincent KARIM, *Les obligations*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2009, vol. 1, pp.1341 et vol. 2, pp. 1345 ; Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, Cowansville, 6<sup>ème</sup> édition, éd. Yvon Blais, 2005, pp. 1755 ; Pierre Van OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome 1<sup>er</sup>, *Introduction - Sources des obligations* (1<sup>re</sup> partie), tome 2<sup>ème</sup>, *Sources des obligations* (2<sup>ème</sup> partie), tome 3<sup>ème</sup>, *Régime général de l'obligation - Théorie des preuves*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 2665.

Outre la substitution, le complément est l'autre expression théorique de la liberté extrastatutaire.

## B. Le complément

Dans le cadre de la liberté extrastatutaire, le complément s'accomplit à travers une double action de dissociation-association ou décomposition-recomposition.

La première branche de cette action est liée à la possibilité de disséquer, dissocier, décomposer ou démembrer les droits des associés.

La seconde consiste à recomposer la combinaison des éléments constitutifs desdits droits.

En effet, tout droit subjectif a un contenu. Celui-ci est susceptible d'être décomposé en démembrements ou éléments qui peuvent ou non être à leur tour des droits.

Les associés vont convenir d'une nouvelle composition des droits structurés par l'Acte uniforme ou les statuts.

Par cette technique, ils décident de conserver ou de réduire le socle légal ou statutaire avant d'y ajouter de nouveaux éléments qu'ils jugent susceptibles d'assurer un fonctionnement harmonieux à leur affaire et de rendre cette dernière profitable ou rentable.

Illustrons cette construction par le cas de deux actionnaires qui détiennent chacun 45 % du capital social d'une société anonyme et qui s'obligent d'observer une parité de leur participation en s'interdisant d'acquérir individuellement les actions des minoritaires représentant les 10 % restants du capital social ou en s'imposant une acquisition égalitaire des actions des minoritaires, malgré la stipulation statutaire sur la libre cession des actions<sup>21</sup> entre actionnaires.

---

<sup>21</sup> La libre cession des actions entre actionnaires cache souvent une autre question liée à la qualification ou au régime de l'intervention du tiers chargé d'en fixer le prix : « faut-il y voir une "expertise" de l'article 1592 du Code civil (équivalent de l'article 273 du CCC livre III) (afin de fixer le prix de la vente) ou de l'article 1843-4 du même Code ? »

L'intérêt fondamental de cette interrogation « tient, d'une part, aux domaines respectifs d'intervention de ces mécanismes et, d'autre part, au régime de cette fixation du prix, la décision des "experts" (mandataires communs) des articles 1592 et 1843-4 du Code civil ne pouvant être remise en cause, sauf erreur grossière, celle de l'arbitre pouvant en revanche faire l'objet d'un possible exercice de voies de recours contre la sentence rendue ».

Art. 1592 du CCF : « Il (le prix de la vente) peut cependant être laissé à l'(Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, art. 11) "estimation" d'un tiers : si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente (L. n° 2019-744 du 19 juill. 2019, art. 37), "sauf estimation par un autre tiers" ». Art. 273 du CCC livre III : « Il (le prix de la vente) peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers : si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente ».

Ces deux actionnaires auront décomposé le droit de libre acquisition des actions entre actionnaires et en remplaçant l'élément « libre acquisition » par « acquisition contrôlée ».

Examinons à présent les contextes dans lesquels les actionnaires peuvent pratiquer ces expressions.

## II. LES CONTEXTES DE REALISATION DE CES EXPRESSIONS

La substitution et le complément des droits d'associés sont réalisables en accord avec tous les associés ou une partie d'entre eux selon qu'il s'agit des droits dont les effets de l'opération à réaliser (substitution ou décomposition) doivent impliquer tous les associés ou peuvent se restreindre à certains d'entre eux.

Les considérations à observer relativement aux droits et à leurs domaines peuvent varier en fonction du moment de cette réalisation et en conformité avec les stipulations statutaires.

---

Art. 1843-4 (Ord. n° 2014-863 du 31 juill. 2014, art. 37) : « I. – Dans les cas où la loi renvoie au présent article pour fixer les conditions de prix d'une cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par (Ord. n° 2019-738 du 17 juill. 2019, art. 2) "jugement du président du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce compétent, statuant selon la procédure accélérée au fond" et sans recours possible.

L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties.

II. – Dans les cas où les statuts prévoient la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ces droits par la société sans que leur valeur ne soit ni déterminée ni déterminable, celle-ci est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné dans les conditions du premier alinéa.

L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par toute convention liant les parties ».

Daniel COHEN, « Qualification du tiers chargé de fixer le prix de cession des actions », *La Semaine Juridique*, éd. Entreprise et affaires, n° 24, 17 juin 2010, pp. 34-36, note sous Cass. com., 16 févr. 2010, n° 09-11.586 : « Dès lors qu'il résultait des constatations de la cour d'appel que le tiers désigné par les parties pour calculer le prix de cession d'actions avait reçu de celles-ci mission, non d'exercer un pouvoir juridictionnel mais de procéder sur des éléments de fait à un constat s'imposant aux parties, lesquelles en avaient préalablement tiré les conséquences juridiques, peu important que l'intervention de ce tiers fût soumise à la constatation d'un désaccord entre les cocontractants relativement à ces éléments, cette cour, en retenant l'existence d'une clause compromissive, a méconnu la loi du contrat et violé l'article 1134 du Code civil ».

L'article 1134 du CCF est l'équivalent de l'article 33 du CCC livre III.

### A. L'antériorité de la convention extrastatutaire aux statuts

Il arrive que les statuts sociaux soient accompagnés « des annexes, notamment des préambules<sup>22</sup>, des règlements intérieurs<sup>23</sup> ou des pactes extra-statutaires. Généralement ces annexes sont matériellement distinctes des statuts. Mais elles peuvent aussi figurer dans le même écrit que ceux-ci. La coexistence de ces deux séries de dispositions est habituelle dans les sociétés complexes. Elle y provoque de nombreuses difficultés, même si les statuts et leurs annexes ne contiennent pas de stipulations contradictoires, parce que ces annexes ont une nature juridique hybride. A titre principal ce sont des contrats. Mais le fait que ceux-ci soient conclus à l'occasion de la constitution ou du fonctionnement d'une société leur donne une nature para ou infra-statutaire. L'ordre public sociétaire ne peut ignorer ce qui se déroule aux frontières de la société et s'applique par conséquent, mais de manière seulement atténuée, à ces annexes, qui ne sont ni de véritables contrats ni de véritables statuts »<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> « La constitution de sociétés complexes est souvent précédée de projets, de promesses, voire de la création de sociétés d'études. Lorsque les associés se mettent d'accord sur les modalités définitives de leur collaboration, ils souhaitent parfois rappeler, dans un préambule aux statuts, leurs objectifs fondamentaux. Le préambule des statuts évoque en quelque sorte le préambule des constitutions. Il énonce presque toujours des principes trop généraux pour avoir une valeur obligatoire. Mais il sert de guide dans l'interprétation des statuts, car il permet de mieux comprendre quelle a été la volonté des fondateurs » Yves GUYON, « Statuts et actes annexes », Répertoire des sociétés, op. cit., p. 9.

<sup>23</sup> En règle générale, « un règlement intérieur est un acte unilatéral de la société, même lorsqu'il est décidé par tous les associés, tandis que les pactes sont des conventions conclues entre les associés », Bruno DONDERO, « Pactes d'actionnaires », Ingénierie financière, fiscale et juridique, op. cit., p. 1293.

« Les règlements intérieurs envisagés ici sont ceux qui s'appliquent à tous les associés et non ceux qui déterminent les conditions de délibération du conseil d'administration, du directoire ou du conseil de surveillance. Dans les sociétés de droit commun, les règlements intérieurs sont plus générateurs de difficultés que d'avantages. Entre associés, le règlement intérieur doit être considéré comme un acte de nature infra-statutaire. Son rôle est de préciser certaines modalités d'application des statuts mais, en cas de conflit avec ceux-ci, il ne saurait y déroger. En revanche le règlement intérieur n'est pas opposable aux tiers car, à la différence des statuts, il ne fait l'objet d'aucune mesure de publicité. Par conséquent l'acquéreur de parts sociales ou d'actions ne peut se voir opposer le règlement intérieur, sauf s'il a expressément accepté de s'y soumettre ou si un article des statuts y renvoie » Yves GUYON, « Statuts et actes annexes », Répertoire des sociétés, *ibidem*.

« Ce règlement doit émaner de l'organe habilité à cet effet par l'acte constitutif ou, à défaut de prévision, de l'assemblée des membres statuant dans les conditions requises pour la modification de ce dernier. Destiné à régir le fonctionnement interne du groupement, il peut avoir pour objet de définir les règles de discipline interne et préciser les modalités d'exercice des droits ou d'exécution des obligations de ses membres. Toutefois il ne saurait restreindre les droits ou accroître les obligations qui résultent pour eux de l'acte constitutif et qui sont déterminants de leur adhésion. En effet, s'il s'intègre à l'acte constitutif en le complétant, le règlement intérieur n'en constitue pas moins une norme qui lui est hiérarchiquement inférieure, ce qui interdit qu'il y déroge ou empiète sur son domaine (CA Paris, 17 septembre 1996, Bull. Joly, 1997, p. 24, note P. Le Cannu). Il s'ensuit que sa nullité n'entraîne pas celle du groupement lui-même (Cass. com., 2 juin 1987, Rev. Sociétés, 1988, p. 223, note Jacques Mestre). Il faut encore ajouter que n'étant pas soumis à publicité, il n'est pas opposable aux tiers, lesquels sont néanmoins en droit de l'opposer au groupement », Guillaume WICKER, « Personne morale », Répertoire civil, Dalloz, Recueil V<sup>is</sup> not. Association, Société, juin 1988, p. 20.

<sup>24</sup> Yves GUYON, « Statuts et actes annexes », Répertoire des sociétés, *ibidem*.

Concernant les préambules, la jurisprudence est divergente. « D'un côté, elle considère que le préambule et les statuts forment un tout que les associés doivent exécuter sans procéder à des dissociations<sup>25</sup> ; mais de l'autre, elle estime que les statuts ont tout de même une autorité supérieure à celle du préambule en ce sens que l'abrogation d'une disposition statutaire vaut abrogation tacite de la stipulation du préambule qui y fait référence<sup>26</sup> ».

Relativement aux règlements intérieurs, leur modification s'effectue conformément aux dispositions statutaires. En cas de silence des statuts, elle sera effectuée dans les mêmes conditions que celles desdits statuts. « Au contraire si les statuts ont prévu des modalités de modification plus souples que celles des statuts, ces modalités doivent être suivies, du moment que les modifications envisagées ne mettent pas le règlement intérieur en contradiction avec les statuts ou n'augmentent pas les engagements des associés<sup>27</sup> ».

Un accord conclu par de futurs fondateurs d'une société commerciale ne peut pas être qualifié de pacte ou convention extrastatutaire. Si un tel accord venait à servir d'acte constitutif d'une société, celle-ci sera une société de fait<sup>28</sup>.

En effet, un pacte ou une convention extrastatutaire ne peut être que l'œuvre des personnes physiques ou morales ayant la qualité d'associés et avant la signature des statuts sociaux, les fondateurs n'acquièrent pas encore cette qualité.

Les accords antérieurs à la signature des statuts sociaux ne peuvent pas porter sur l'objet des conventions extrastatutaires, tel que défini à l'article 2-1 de l'Acte uniforme<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> CA Rennes, 26 septembre 1984, *JCP*, éd. E, 1986, II, p. 14.726, obs. Joël MONEGER, *Rev. Sociétés* 1986, p. 627 ; T. com. Nanterre, 26 févr. 1993, *D.* 1993, p. 337, note Alain Couret et Frédéric Peltier, *JCP*, éd. E, 1993. I. 250, n° 1, obs. Jean-Jacques Caussain et Alain Viandier, cités par Yves GUYON, « Statuts et actes annexes », *Répertoire des sociétés*, *ibidem*.

<sup>26</sup> CA Versailles, 8 juillet 1993, *Rev. Sociétés* 1994, p. 112, citée par Yves GUYON, « Statuts et actes annexes », *Répertoire des sociétés*, *ibidem*.

<sup>27</sup> Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 6 juin 1984, *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, I, n° 188, citée par Yves GUYON, « Statuts et actes annexes », *Répertoire des sociétés*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>28</sup> « Le droit anglais ne confrère aucune portée juridique à un accord conclu entre actionnaires futurs. A la différence d'autres systèmes juridiques, ce document ne peut avoir pour effet de créer une société de fait », Andrew R. HICKS, *op. cit.*, p. 5. Mais ce droit prévoit des dispositions applicables aux sociétés non immatriculées (loi sur les sociétés de 1985, 1<sup>re</sup> partie art. 18, 35 à 42, 5<sup>ème</sup> partie art. 185-186, 7<sup>ème</sup> partie annexes 4 à 10, 9<sup>ème</sup> partie art. 287 à 290).

<sup>29</sup> Cette affirmation trouve une exception dans les *joint-ventures* (qui peuvent être analysées comme des conventions d'actionnaires) conclues entre deux ou plusieurs sociétés d'un même groupe ou de groupes différents pour former une filiale commune. Dans une telle *joint-venture*, « la hiérarchie entre les statuts de la filiale commune et l'accord de joint-venture s'inverse, au moins dans l'esprit des parties. Chronologiquement, l'accord de joint-venture précède la constitution de la société (filiale). Le deal entre les deux entreprises fondatrices est opéré sur la base de l'accord de joint-venture, et non des statuts. Du point de vue de la substance, l'accord de joint-venture, plus encore que les statuts, contient les dispositions essentielles (financières, opérationnelles, managériales, etc.) qui organisent la coopération entre les deux partenaires. Dans le cas de la joint-venture, les statuts

En effet, dans le processus de mise en place des actes constitutifs d'une société, les futurs associés peuvent négocier et signer plusieurs pré-accords selon qu'ils s'entendent sur certains points concernant :

- soit simplement le processus qui devrait les conduire à la signature des statuts sociaux ;
- soit certains éléments des statuts sociaux qui restent à compléter ou à négocier ;
- soit des éléments fondamentaux de l'économie des statuts<sup>30</sup>.

De ces trois cas de figure, l'on relève (i) les accords temporaires, (ii) les accords de principe et (iii) les lettres d'intention *binding, term sheet*<sup>31</sup> ou *memorandum of understanding*.

Les accords temporaires sont en principe des actes purement préparatoires. Ils permettent et préparent une négociation contractuelle sans contenir un quelconque arrangement sur le fond. Ils consacrent un accord pour négocier, fixent la règle, les délais et les frais de négociation, et à la rigueur, la confidentialité de l'accord et la limitation ou l'exclusion de responsabilité en cas de rupture des négociations.

Un accord temporaire se distingue d'un accord provisoire, par lequel les parties mettent en place une phase d'essai d'affaires avant de conclure, sur la base des termes comparables, un contrat définitif.

Parmi les accords temporaires, on distingue : le *Confidential Disclosure Agreement* ou le *Non Disclosure Agreement*<sup>32</sup>, le *Technical Evaluation Agreement*<sup>33</sup>, l'*Agreement To Negotiate*<sup>34</sup>, l'*Agreement To Agree*<sup>35</sup>, le *Lock-out Agreement*<sup>36</sup>, le *Lock-in Agreement*<sup>37</sup>.

---

*constituent, en fait, une mesure d'exécution de la convention de base » (qui est l'accord de joint-venture), Jean-Matthieu JONET et Marie EVRARD, op. cit., pp. 26-27.*

<sup>30</sup> Dans le même sens, François Xavier TESTU, *op. cit.*, p. 76.

<sup>31</sup> Dans la pratique financière, l'expression "*Term sheet*" désigne un document sommaire qui indique les aspects financiers et les principales conditions de l'investissement offert. Un *Term sheet* contractuel désigne un accord succinct dans lequel les parties mentionnent par rubriques les différents aspects sur lesquels elles ont toutes marqué leur accord.

<sup>32</sup> Accord confidentiel de non divulgation avec effet obligatoire.

<sup>33</sup> Accord d'évaluation technique, souvent usité dans le secteur de l'information et de recherches des matières premières, pour fixer un calendrier et une exclusivité temporaire interdisant les parties d'aller négocier la même chose avec un tiers et ce, avec effet obligatoire.

<sup>34</sup> Accord de négociation, terminologie générique usitée pour désigner un simple engagement de négocier sans effet obligatoire.

<sup>35</sup> Accord d'acceptation, terminologie générique usitée pour désigner un engagement de négocier avec effet obligatoire.

<sup>36</sup> Accord dans lequel on s'engage à ne pas négocier avec un tiers durant un temps déterminé. C'est un *Agreement To Agree*.

<sup>37</sup> Accord dans lequel on s'engage simplement à négocier avec l'autre. C'est un *Agreement To Negotiate*.

Les accords de principe peuvent être définis comme *“la convention par laquelle les parties constatent certains éléments sur lesquels elles sont déjà d'accord et décrivent leur objectif commun dans la négociation, tout en réservant leur consentement définitif et en soulignant les points qui restent à discuter”*<sup>38</sup>.

Dans le cadre de la conclusion des contrats stratégiques, les parties précisent les modalités d'accomplir des efforts pour atteindre l'objectif final et mettent des conditions à leur consentement pour éviter toute responsabilité contractuelle et non précontractuelle, en cas de rupture des pourparlers, si la ou les conditions ne se réalisent pas.

Dans la pratique anglo-saxonne, l'on parle du *“contract to make contract”* matérialisé par les *“Letters of intent non binding”*<sup>39</sup>.

La troisième catégorie des pré-accords porte sur les *“Letters of intent binding”* ou *“Memorandum of Understanding”*. *“Si les parties estiment clairement l'une et l'autre qu'elles doivent d'ores et déjà se lier sur les points essentiels, elles peuvent lister les éléments sur lesquels elles sont tombées d'accord, pour se déclarer engagées à cet égard, quitte à repousser l'entrée en vigueur de leurs obligations respectives à la date où l'ensemble de leur accord sera remis en forme dans un contrat définitif, après addition d'un certain nombre de précisions d'ordre juridique”*<sup>40</sup>.

Pour classer les accords pré-statutaires parmi ces trois types de pré-accords, nous pouvons dire qu'ils ont la valeur de *« memorandum of understanding »*<sup>41</sup> et

---

<sup>38</sup> François Xavier TESTU, *op. cit.*, p. 82.

<sup>39</sup> Lettres d'intention non contraignantes. Il arrive que dans des échanges de projets de contrat, les juristes d'entreprise anglo-saxons utilisent le terme *“Heads of Agreement”* pour indiquer qu'il s'agit des projets non obligatoires devant servir de *“guidelines”*.

<sup>40</sup> François Xavier TESTU, *op. cit.*, p. 83.

<sup>41</sup> Dans le système juridique anglo-saxon, le *« memorandum of understanding »* se distingue de l'*« agreement of shareholders »* et de *« by-laws »*.

➤ Le *“Memorandum of Understanding”*, en sigle *MoU*, est un arrangement dans lequel les parties identifient les conditions ou les éléments à apprêter par chacune d'elles afin de confirmer les capacités matérielles ou financières nécessaires pour l'exécution de l'accord, du contrat ou de la convention à signer ultérieurement. Il constitue une phase préparatoire à la conclusion de l'accord. Il n'est pas spécifique au domaine du droit des sociétés commerciales.

Par contre, pour la constitution des sociétés, deux documents de base dont l'ensemble forme les statuts sociaux dans le système OHADA (ou mieux dans la famille romano-germanique), sont requis dans le système anglosaxon : le *“Memorandum of association”* et les *“Articles of association”*.

• Le *“Memorandum of association”* est constitué de *règles de base de la société* indiquant le nom de la société, l'adresse du siège social, l'objet social, le caractère limité de la responsabilité des actionnaires, le montant du capital et sa division en actions ou une déclaration que la responsabilité de la société est limitée par garantie (*company limited by guarantee* = société créée sans apport où les associés s'engagent à couvrir un éventuel passif).

portent sur la définition des capacités<sup>42</sup> des parties et le suivi de réalisation des conditions qui préparent la signature des statuts sociaux.

Il s'agit en fait des pré-accords ou avant-contrats<sup>43</sup> pouvant être considérés comme des contrats provisoires et préalables destinés à préparer la conclusion

- 
- Les "Articles of association" sont constitués de règles internes de la société relatives aux actions, aux assemblées générales, aux dirigeants et au secrétaire, aux dividendes, à la capitalisation des profits, etc. Lire Andrew R. HICKS, *op. cit.*, pp. 1 et s.
  - L'"Agreement of Shareholders" signifie pacte ou convention d'actionnaires. Il est spécifique au droit des sociétés commerciales.
  - Les "By-laws" signifient règlement interne. Fasken Martineau DuMoulin LLP (*Canada Business Corporations Act & Commentary*, Ontario, LexisNexis, 2012, p. 10) les définit comme suit : "The by-laws of a corporation are the general rules governing the internal affairs of the corporation. (...) The matters that are generally dealt with in a general by-law of a business corporation include the following: (a) the time and place and notice to be given for meetings of shareholders and directors, the quorum at shareholders' and directors' meetings, the requirements for proxies and the general procedures for shareholders' and directors' meetings subject to applicable statutory provisions; (b) the indemnification of directors; (c) execution of documents; and (d) the functions of officers. The general by-law of a business corporation may also deal with the ability of the business corporation to borrow money and give security. Most jurisdictions require that the adoption, amendment or repeal of a by-law of a business corporation be first approved by the corporation's board of directors and subsequently submitted to the shareholders at their next meeting". Traduction : « Les règlements internes d'une société sont les règles générales régissant les affaires internes de la société. (...) Les questions qui sont généralement traitées dans un règlement interne d'une société commerciale comprennent ce qui suit : (a) l'heure, le lieu et l'avis à donner pour l'assemblée des actionnaires et des administrateurs, le quorum à l'assemblée des actionnaires et des administrateurs, les exigences relatives aux procurations et les procédures générales applicables aux assemblées des actionnaires et des administrateurs, sous réserve des dispositions légales applicables ; (b) l'indemnisation des administrateurs ; (c) exécution de documents ; et (d) les fonctions des dirigeants. Le règlement interne d'une société commerciale peut aussi traiter de la capacité de la société d'emprunter de l'argent et de donner des garanties. La plupart des juridictions exigent que l'adoption, la modification ou l'abrogation d'un règlement interne d'une société commerciale soit d'abord approuvée par le conseil d'administration de la société, puis soumise aux actionnaires à leur prochaine assemblée ». Ils (*by-laws*) forment une espèce de cadre d'interprétation et d'application ou d'exécution des statuts sociaux. Ils relèvent du droit des sociétés commerciales et de celui des associations sans but lucratif (dites "Not-for-Profit Companies/Corporations"). Ils se retrouvent dans les sociétés de personnes, les sociétés de capitaux et les formes intermédiaires comme la *Joint Stock Company* (société par actions dépourvue de la personnalité morale).

<sup>42</sup> Il ne s'agit pas de la capacité juridique (telle que définie par les art. 211 et 212 de la Loi n° 87-010 du 1<sup>er</sup> août 1987 portant Code de la famille telle modifiée et complétée par la Loi n° 16/008 du 15 juillet 2016, *J. O. de la RDC*, n° spécial, 1<sup>er</sup> août 1987) pour accomplir un acte juridique mais des capacités matérielles ou d'équipements, financières, techniques, intellectuelles, en industrie, etc. nécessaires pour réaliser l'objet social. Sur les notions de capacité générale et spéciale d'une part et de l'autre, de capacité de jouissance et d'exercice, lire Henri de PAGE, *Traité de droit civil belge*, tome I, *Les personnes*, vol. 1, *Personnalité juridique – Relations familiales*, *op. cit.*, pp. 31 et s.

<sup>43</sup> Sur les avant-contrats, lire Christian LARROUMET, *Droit civil*, tome III, 6<sup>ème</sup> édition, *Les obligations – Le contrat*, 1<sup>re</sup> partie, *Conditions de formation*, *op. cit.*, pp. 256 et s.



d'un contrat définitif, en l'occurrence les statuts sociaux. Ils se distinguent de l'offre de contrat qui est un acte unilatéral de la volonté, et du contrat dont l'existence dépend d'une condition.

L'avant-contrat prépare et retarde la conclusion du contrat définitif alors que la condition suspend l'existence d'un contrat définitif. L'avant-contrat peut avoir pour objet la négociation du contrat définitif ou la préparation des conditions préalables à la signature du contrat définitif. Si la négociation aboutit ou si les conditions préalables sont accomplies, l'avant-contrat est transformé en contrat définitif ou un autre contrat lui succédera ; sinon, l'impossibilité de conclure le contrat définitif sera constatée et l'avant-contrat qui n'aura pas atteint son objectif tombera caduc.

A ce jour, le législateur congolais n'a pas encore légiféré sur l'avant-contrat ; mais, considérant la rencontre des volontés sur ce qui constitue l'objet du contrat préparatoire, l'on peut appliquer à l'avant-contrat les dispositions des articles 8 et suivants du Code civil congolais livre III<sup>44</sup> car ce contrat provisoire lie les parties comme n'importe quel contrat. Si l'application des règles du Code civil demeure possible, il sied de noter que cette possibilité doit être écartée si les pré-accords s'analysent en termes d'actes préparatoires non contraignants.

---

<sup>44</sup> Dans sa suite des dispositions, ce Code distingue d'une part les engagements qui se forment dans un cadre contractuel ou conventionnel et de l'autre, ceux qui se forment sans convention. A notre sens, des engagements ne peuvent se former que dans un contexte contractuel ou conventionnel. Ce qui est concevable, c'est que des obligations, et non des engagements, résultent de l'autorité de la loi ou se forment sans convention.

Pour illustrer cette position, examinons les situations des quasi-contrats car celles des délits ou quasi-délits ne renferment aucune possibilité d'un cadre contractuel ou conventionnel. Comparons tour à tour la gestion d'affaires à une convention de cession de gestion et le paiement de l'indu au contrat de prêt.

Dans la cession de gestion, le cédant (ou propriétaire de l'entité à gérer) et le cessionnaire (ou le prestataire) se rencontrent et organisent le cadre dans lequel chaque partie va s'engager vis-à-vis de l'autre. Ce cadre est le contrat ou la convention de laquelle vont découler les obligations des parties. Par contre, dans la gestion d'affaires, le gérant s'immisce dans la gestion de l'affaire d'autrui sans cadre préalable de concertation et d'arrangement au cours duquel les deux parties devraient s'engager l'une à l'égard de l'autre. Les obligations du gérant et du maître naissent sans convention ou cadre d'engagement. Nous voyons très mal comment l'on peut parler dans ces circonstances des engagements qui se forment sans convention alors qu'il s'agit des obligations qui se forment sans convention.

Il en est de même du prêteur et de l'emprunteur qui organisent le cadre duquel découlent leurs obligations ; alors qu'entre celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû et celui de qui il l'a indûment reçu, les obligations, et non les engagements, se forment sans convention.

Alain BENABENT, [*Droit civil – Les obligations*, 12<sup>ème</sup> édition, LGDJ - Montchrestien, Paris, 2010, pp. 9 et s.] qui s'est interrogé sur la possibilité des engagements unilatéraux, a noté que le plus souvent on conclut à l'absence de pouvoir créateur d'engagement de l'acte unilatéral.

Sur l'engagement, lire Jacques GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, Paris, 2006, pp. 944.

Certains législateurs<sup>45</sup> y ont déjà apporté des règles spécifiques.

Dans ces conditions, les futurs associés ne peuvent pas pratiquer les expressions théoriques de la liberté extrastatutaire de manière antérieure à la signature des statuts sociaux.

## **B. La concomitance de deux documents**

La concomitance des statuts sociaux et des conventions extrastatutaires ne peut se concevoir que sur le plan de la signature des documents. Elle se produit généralement lorsque tous les actionnaires sont impliqués et concernés par le pacte extrastatutaire et que ce dernier a été réclamé dans un accord antérieur aux statuts sociaux.

Sur le plan rédactionnel, les statuts sociaux doivent précéder les conventions extrastatutaires et les deux documents portent sur un objet différent : établir les normes de la constitution de l'être moral, encadrer les prérogatives reconnues aux associés et organiser les règles des organes sociaux pour le premier, organiser les relations ou rapports entre associés pour le second. Comme ces rapports peuvent concerner les prérogatives conférées par la qualité d'associé et qu'ils peuvent également être abordés dans le premier ouvrage – l'on parle dans ce cas de figure des pactes statutaires qui ne font pas l'objet de notre étude, force est de reconnaître ou de constater que les deux documents peuvent se recouper même si le champ d'intervention du premier instrument juridique demeure plus large que celui du second<sup>46</sup>.

En effet, suivant la règle qui exige que les associés puissent conclure des conventions extrastatutaires sous réserve du respect des dispositions de l'Acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé et des stipulations statutaires, il est impératif de disposer des statuts sociaux avant d'envisager l'application des expressions théoriques de la liberté extrastatutaire afin de s'y conformer lors de cette application.

Dans un contexte spécial de la mise en harmonie des statuts sociaux aux actes uniformes<sup>47</sup>, à la suite d'une adhésion à l'OHADA après l'entrée en

---

<sup>45</sup> Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007, *J. O. de l'Union Européenne*, du 31 juillet 2007 ; en droit français, Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ratifiée par la Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2018.

<sup>46</sup> Bruno DONDERO, « Pactes d'actionnaires », *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, op. cit., p. 1293.

<sup>47</sup> Sur la procédure de mise en harmonie des statuts sociaux aux actes uniformes, lire Alain FENEON et Sigolène de CHASSEY, « La mise en harmonie des statuts des sociétés anonymes en Côte-d'Ivoire », *Penant*, 109<sup>e</sup> année, n° 831, septembre - décembre 1999, pp. 324 à 337.

vigueur des lois communautaires<sup>48</sup>, une concomitance de signature de statuts sociaux et d'un pacte d'actionnaires est possible.

### C. La postériorité de la convention extrastatutaire aux statuts

C'est le contexte idéal de négociation et de conclusion des conventions extrastatutaires.

Face aux dispositions légales et aux stipulations statutaires, les associés en général ou les actionnaires en particulier, tous ensemble ou quelques-uns regroupés en un ou plusieurs blocs, peuvent faire application des expressions théoriques de la liberté extrastatutaire en détricotant et ré-tricotant leurs droits d'origine légale ou statutaire.

La triple position chronologique de la rédaction d'une convention extrastatutaire par rapport à celle des statuts permet tout simplement de résoudre une difficulté terminologique pour confirmer qu'il peut ou ne pas s'agir d'un pacte extrastatutaire, d'éviter le conflit des normes sociétaires lors de leur juxtaposition ou superposition dans les statuts, le pacte extrastatutaire et le règlement intérieur<sup>49</sup> ; mais elle ne permet pas de résoudre une contradiction entre les deux documents ou de déterminer lesquelles des clauses statutaires ou extrastatutaires prévalent.

*« Sur cette question du conflit entre pacte et statuts, il est usuel d'entendre ou de lire que les statuts sont supérieurs au pacte. Il existerait en droit des sociétés une sorte de "hiérarchie des normes sociétaires", dont les statuts constitueraient la norme fondamentale. La supériorité des statuts sur les pactes tiendrait à leurs effets erga omnes et à leur publicité. Par conséquent, en cas de contradiction ou d'incompatibilité*

---

<sup>48</sup> Cas de la République Démocratique du Congo qui a adhéré à l'OHADA par la loi n° 10/002 du 11 février 2010 autorisant l'adhésion de la RDC au traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, a déposé le 13 juillet 2012 son instrument d'adhésion signé le 27 juin 2012, a vu les actes uniformes entrer en vigueur sur son territoire le 12 septembre 2012 et dont les sociétés installées sur son territoire devaient mettre leurs statuts sociaux en harmonie aux actes uniformes du 12 septembre 2012 au 12 septembre 2014 (*J. O. de la RDC*, 1<sup>re</sup> partie, 53<sup>e</sup> année, numéro spécial, vol. 1, 12 septembre 2012).

<sup>49</sup> Arnaud COIBION, *Les conventions d'actionnaires en pratique - Contraintes juridiques, typologie et application aux opérations de Private Equity*, Larcier, Bruxelles, 2010, p. 27, estime que « si les règles contenues dans la convention d'actionnaires n'ont qu'un rôle supplétif ou interprétatif par rapport aux dispositions statutaires (qui, contrairement aux premières, sont publiques), le problème ne se pose pas. Le danger naît si les règles fixées dans la convention d'actionnaires s'écartent, involontairement ou consciemment, du droit commun. Les associés qui sont parties à la convention seront soumis à deux séries de règles, ce qui est évidemment source d'insécurité juridique ».

Nous ne partageons pas cette opinion parce que les pactes extrastatutaires, même lorsqu'ils sont unanimes ou impliquent tous les associés, sont très rarement réduits à un rôle supplétif ou interprétatif, ce qui est du domaine des règlements intérieurs. Quand bien même ils contiendraient des clauses supplétives ou interprétatives, le risque de contradiction avec les statuts ne serait pas écarté par le seul fait de les cantonner dans cette mission de second plan.

entre des dispositions statutaires et des dispositions extrastatutaires, l'application des secondes devrait être exclue au profit des premières »<sup>50</sup>.

La question de la prévalence entre statuts et pactes surgit en cas de concours entre des dispositions statutaires et extrastatutaires portant sur le même objet mais qui sont incompatibles entre elles.

Cette question sera résolue en fonction de l'origine des dispositions statutaires et du nombre des actionnaires impliqués dans le pacte.

Relativement à l'origine des dispositions statutaires, nonobstant "la réserve du respect par la convention extrastatutaire des dispositions de l'Acte uniformes auxquelles il ne peut être dérogé et des clauses statutaires"<sup>51</sup>, celles-ci ne sont pas supérieures<sup>52</sup> aux stipulations extrastatutaires puisque toutes les deux découlent d'une même autorité, les actionnaires, et sont revêtues d'une même portée ou force ; car la hiérarchie des normes dérive de la hiérarchie de leurs auteurs.

Mais comme certaines dispositions statutaires sont tirées, par transcription ou transposition, de l'Acte uniforme, seules celles-là prévaudront aux stipulations extrastatutaires non pas parce qu'elles seraient supérieures mais parce qu'elles demeurent uniformes ou conservent leur rang légal bien qu'insérées dans des statuts sociaux.

Les autres dispositions statutaires ont la même valeur conventionnelle que les stipulations extrastatutaires et en cas de conflit entre celles-là et celles-ci, la solution sera envisagée selon que l'on est en présence d'un pacte unanime ou non, c'est-à-dire impliquant tous les actionnaires ou certains d'entre eux seulement.

Si la convention extrastatutaire est unanime, sa disposition qui déroge à une clause des statuts prévaudra, en vertu de son caractère spécial, à l'égard de seuls actionnaires car les tiers peuvent se prévaloir de la clause statutaire publiée sur la base de la théorie de l'apparence<sup>53</sup>.

En revanche, si la convention extrastatutaire n'est pas unanime, la norme statutaire sera d'application si le conflit oppose des signataires aux non signataires du pacte car dans ce cas, il n'y a même pas concours d'application entre statuts et pacte.

---

<sup>50</sup> Ghislaine BOUILLET-CORDONNIER et alii, *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, Paris, éditions EFE, 2020, p. 35.

<sup>51</sup> Art. 2-1 de l'AUSCGIE.

<sup>52</sup> Gauthier Le NOACH, *(Le statutaire et l'extrastatutaire en droit des sociétés, Contribution à l'analyse juridique de l'aménagement des rapports entre associés, thèse, sous la direction de Florence Deboissy, Univ. Bordeaux, 2018, n° 583 et s.)*, a soutenu que la supériorité des statuts sur les pactes relève du "mythe".

<sup>53</sup> Dans le même sens, Valérie SIMONART, *op. cit.*, p. 109.

Si le conflit n'oppose que des signataires du pacte, la norme extrastatutaire ne sera d'application que si :

- les effets de son application se limitent aux seuls signataires ; ou
- ils sont susceptibles d'atteindre ou de préjudicier les droits des non signataires, ceux-ci n'exigent pas l'application de la norme statutaire.

Prenons le cas d'une société anonyme de cinq (5) actionnaires et dont les statuts prévoient une clause d'agrément. Trois actionnaires détenteurs respectivement de cinquante-cinq (55), huit (8) et cinq (5) pour cent du capital social, signent un pacte avec une autre clause d'agrément notamment aux fins d'une sortie conjointe.

Si les signataires font application de leur clause d'agrément extrastatutaire dans un cadre propre à leur pacte, leur norme particulière s'appliquera sans difficultés. Dans ce contexte, si les actionnaires minoritaires refusent d'agréer le cessionnaire choisi par le majoritaire, les raisons de leur refus seront appréciées sur la base de la norme extrastatutaire. Le candidat agréé dans ce cadre restreint est par la suite soumis à l'agrément selon la norme statutaire.

L'on s'aperçoit que la norme extrastatutaire s'est appliquée parce que ses effets se sont limités aux seuls signataires ; ce qui ne sera pas forcément le cas dans une démarche inverse.

Si le candidat agréé selon la norme statutaire est par la suite jugé ne pas remplir des conditions d'agrément de la clause extrastatutaire, celle-ci ne sera prise en considération que si les actionnaires non signataires n'exigent par le respect de leur vote antérieur.

Cet exemple a l'avantage de montrer que la question de la prévalence entre statuts et pactes s'apprécie au cas par cas.

## CONCLUSION

En amendant en 2010 l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique, le législateur de l'OHADA a compris que cette matière régit principalement un contrat dont les acteurs doivent jouir d'un espace pour exprimer leurs idées ou initiatives personnelles et collectives. Ce champ 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 niveaux, 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 emploie des expressions théoriques pour autoriser ces derniers à lever les options légalement offertes.

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

Dans le cadre de la liberté statutaire, les domaines d'exercice portent sur des dispositions ou clauses de l'Acte uniforme. C'est pourquoi les expressions théoriques vont s'appliquer sur des dispositions ou clauses de la loi uniforme.

Par contre, dans le cadre de la liberté extrastatutaire, lesdits domaines portent sur des droits<sup>54</sup> que l'Acte uniforme réserve aux acteurs du contrat de société. C'est ainsi que les mêmes expressions théoriques vont s'appliquer sur des droits d'associés.

Le principe des expressions théoriques a été revu et amélioré aux articles 2 et 2-1 de l'Acte uniforme. Mais il est mis en exécution dans les deux premières parties de la loi uniforme.

---

<sup>54</sup> Au sens subjectif du terme.