

UNIVERSITÉ CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR



ÉCOLE DOCTORALE « SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ÉCONOMIQUES ET DE GESTION »



FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

Année : 2019-2020 N° d'ordre : 000412

THESE DE DOCTORAT

Formation Doctorale : Droit de l'entreprise

Présentée par : RAMARDE Nedoumbaïel

TITRE : LES NULLITÉS EN DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

Soutenue le 18 juillet 2020 devant le jury composé de :

Président : Ndiaw DIOUF, Officier de l'Ordre International des palmes Académiques du CAMES, Professeur titulaire de classe exceptionnelle, **Doyen honoraire de FSJP-UCAD**, **Vice-Président du Conseil Constitutionnel du Sénégal**

Rapporteurs : Cheikh Abdou Wakahb NDIAYE, Agrégé des facultés de droit, **UCAD**
Patrice Samuel Aristide BADJI, Agrégé des facultés de droit,
Directeur de CREDILA, UCAD
Jean-Louis CORREA, Agrégé des facultés de droit, **Université Assane Seck Ziguinchor**

Examineur : Moussa GUEYE, Agrégé des facultés de droit, **UCAD**

Co-directeurs : Mayatta Ndiaye MBAYE
Agrégé des facultés de Droit
Université Cheikh Anta Diop
SÉNÉGAL
Directeur Général de l'ERSUMA

Akuété Pédro SANTOS
Agrégé des facultés de Droit
Doyen honoraire de la faculté
de droit
Université de Lomé
TOGO

AVERTISSEMENT

« Les facultés de droit n’entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

REMERCIEMENTS

Nous tenons à exprimer du fond de cœur, nos sentiments de reconnaissance, et de gratitude aux Professeurs :

- Akuété Pédro SANTOS, Agrégé des facultés de droit, Ancien Doyen de la faculté de Droit de l'Université de Lomé, Directeur du Centre de Droit des Affaires de la faculté de droit de l'Université de Lomé ;
- Mayatta Ndiaye MBAYE, Agrégé des facultés de droit, Ancien Vice doyen de la faculté des sciences juridiques et politiques de L'UCAD, Directeur Général de l'ERSUMA,

qui, nonobstant leurs multiples charges et responsabilités, ont assuré la lourde charge de diriger cette thèse avec pleine volonté. Leurs conseils, leurs rigueurs, leurs permanentes et constantes disponibilités, nous ont permis de réaliser ce document. Qu'ils veuillent bien agréer ici ce modeste mais sincère hommage de nos sentiments les plus respectueux.

Qu'il nous soit permis d'exprimer nos profonds remerciements aux membres du jury qui ont bien voulu consacrer leur précieux temps à la lecture de notre modeste travail, en dépit de leurs multiples occupations. Leurs contributions à l'amélioration de ce travail témoignent de l'intérêt très particulier qu'ils accordent à notre formation, voire celle de toute la jeunesse africaine.

Nous tenons à exprimer nos sincères reconnaissances aux :

- Professeur WOLOU Komi, Agrégé des facultés de droit, Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Lomé pour son accueil au Centre de Documentation de la dite faculté, pour notre 3^e séjour de recherches ;
- Professeur François Kouassi DECKON, Agrégé des facultés de droit, Ancien Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Lomé pour son accueil au Centre de Documentation de ladite faculté, pour nos 1^{er} et 2^e séjours de recherches ;
- Personnel du Centre de Documentation de la faculté de droit de l'Université de Lomé, pour son accueil et collaboration pendant nos séjours de recherches audit centre ;
- Personnel du centre de Documentation de l'ENA de Lomé pour nous avoir accepté nous recevoir, pour un séjour de recherches dans le centre ;
- Personnel du Centre de Documentation de l'UCAD pour son accueil, ses orientations et assistance technique dans le cadre de nos travaux de recherches ;
- Ancien Directeur Général par intérim de l'ERSUMA et Personnel du Centre de documentation de l'ERSUMA pour leur accueil chaleureux, les orientations, les

multiples assistances en notre faveur, dans le cadre de nos travaux de recherches dans ledit centre courant juillet et août 2016 ;

- Doyen et collaborateurs de la Faculté de droit et sciences sociales de l'Université de Moundou pour leurs encouragements ;
- Équipe Présidentielle de l'Université de Moundou pour son soutien moral ;
- Mes parents, Dr. BANDOUMAL Laoumaye, BEHIGUIM Gédéon, PINA Albert, MBAIKA Gondjé Loulro, DOLMYAN Ngarndiguim, NANIMIAN Nodjigoto Martial pour leurs conseils et encouragements multiformes ;
- Et à tous ceux qui nous ont soutenus d'une manière ou d'une autre et qui ont su nous entourer pour la réussite de ce travail.

DEDICACE

À

Mon fils bien-aimé RAMARDE Ndjékounmbanga Trésor ;

Ma fille bien-aimée RAMARDE Rolel Félicité ;

Ma très chère épouse MADJIBEI Bernadette ;

Ma chère mère bien-aimée NDANE Lang ;

Mon cher père bien-aimé Nékianlaou RAMARDE Djiro

Ce travail est le vôtre, je vous le dédie.

LES PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS

- AG : Assemblée Générale ;
- AGO : Assemblée Générale Ordinaire ;
- AGE : Assemblée Générale Extraordinaire ;
- al : alinéa ;
- art : article ;
- AUS : Acte uniforme portant organisation des sûretés ;
- AUSC et GIE : Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ;
- Bull. Civ : Bulletin civil ;
- Bull. Joly : Bulletin mensuel d'information des sociétés ;
- B.D.E : Bulletin de Droit Economique ;
- C.A : Cour d'Appel ;
- Cass. Civ : Chambre civile de la cour de cassation ;
- Cass.com : Chambre commerciale de la cour de cassation ;
- Cass. Soc : Chambre sociale de la cour de cassation ;
- Cass. Req : Chambre des requêtes de la cour de cassation ;
- CCJA : Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ;
- C. E : Conseil d'Etat ;
- CEMAC : Communauté Economique et Monétaire d'Afrique Centrale ;
- Chr : Chroniques ;
- CIMA : Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances ;
- CJCE : Cour de justice de la communauté européenne ;
- COB : Commission des opérations de bourse ;
- D : Dalloz ;
- DH : Dalloz hebdomadaire ;
- DP : Dalloz Périodique ;
- Ed : édition ;
- ERSUMA : Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature ;
- Gaz. Pal : Gazette du Palais ;
- I. R : Information rapide ;
- J. C. P : Juris-classeur périodique ;
- J.C.P. E : La semaine juridique, édition entreprise ;
- J.C.P. G : La semaine juridique, édition générale ;

- J-cl S : Juris-classeur Société ;
- L.G.D.J : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence ;
- LPA : Les petites affiches ;
- Obs : Observations ;
- OHADA : Organisation pour l’Harmonisation en Afrique de Droit des affaires ;
- OPA : Offre Publique d’Acquisition ;
- *Op. cit* : *Opere citato* (cité précédemment) ;
- PCA : Président du Conseil d’Administration ;
- PDG : Président Directeur Général ;
- PME : Petite et Moyenne Entreprise ;
- PUF : Presses Universitaires de France ;
- RCCM : Registre de Commerce et de Crédit mobilier ;
- RDC : Revue Droit des Contrats ;
- RDI : Revue de droit immobilier ;
- RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires ;
- Rev. Soc : Revue de droit social ;
- Rev. Sté : Revue des sociétés ;
- R.I.D.C : Revue Internationale de Droit Comparé ;
- RTD civ : Revue Trimestrielle du Droit civil ;
- RTD com : Revue Trimestrielle du Droit commercial ;
- RTSJ : Revue Togolaise des Sciences Juridiques ;
- S.A : Société Anonyme ;
- S.A.R.L : Société A Responsabilité limitée ;
- S.A.S : Société par Action Simplifiée ;
- S.C.S : Société en Commandite Simple ;
- S.N.C : Société en Nom Collectif ;
- S : Sirey ;
- SCI : Société Civile Immobilière ;
- T : Tome ;
- Trib. Com : Tribunal de commerce ;
- TGI : Tribunal de grande instance ;
- UEMOA : Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;
- Vol : Volume.

SOMMAIRE

Page

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
PREMIÈRE PARTIE: LA NÉCESSITÉ INCONTESTÉE DES NULLITÉS EN DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES	26
TITRE I: L'UNANIMITÉ AUTOUR DU PRINCIPE DES NULLITÉS EN DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES	29
CHAPITRE I: DES NULLITÉS GARANTISSANT L'ASSAINISSEMENT DU CLIMAT DES AFFAIRES	32
CHAPITRE II: DES NULLITÉS ASSAINISSANT LES RELATIONS DANS LA SOCIÉTÉ	74
TITRE II: DES DÉFINITIONS DIVERGENTES DES CAUSES DE NULLITÉS.....	110
CHAPITRE I: LA LIMITATION LACUNAIRE DES CAUSES DES NULLITÉS.....	114
CHAPITRE II: UNE CLARIFICATION INSUFFISANTE DES CAUSES DES NULLITÉS	148
DEUXIÈME PARTIE: L'EFFICACITÉ RELATIVE DES NULLITÉS EN DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES	169
TITRE I: LA PRIMAUTÉ DE LA PROTECTION DES INTÉRÊTS ÉCONOMIQUES.	172
CHAPITRE I: L'ÉVITEMENT DES NULLITÉS PAR LA RÉGULARISATION.....	174
CHAPITRE II: L'OUBLI DES POSSIBILITÉS DE REAMÉNAGEMENT DU CONTENTIEUX DES NULLITÉS.	203
TITRE II: LA FRAGILITÉ DE LA SANCTION DES NULLITÉS.....	228
CHAPITRE I: LA COMPLEXITÉ DE L'ACTION EN NULLITÉ	230
CHAPITRE II: L'IMPUTATION RELATIVE DE LA RESPONSABILITÉ POUR CAUSE DE NULLITÉ.....	269
CONCLUSION GÉNÉRALE	304
TABLE DES MATIERES	353

Résumé

Les nullités sont des sanctions des irrégularités de forme ou de fond, des actes juridiques. Ces sanctions ont essentiellement pour fonctions la prévention, la garantie de l'ordre public de direction et de protection. Elles participent à l'effectivité et à l'efficacité de la règle de droit. Le législateur OHADA, dans le souci d'assainir le climat des affaires et les relations contractuelles, privilégie les nullités textuelles dans l'AUSCGIE. La nullité de la société est strictement textuelle et celle des actes ou délibération est mixte, c'est-à-dire textuelle et virtuelle. Cependant, il faut noter que dans l'analyse des causes de nullités, il apparaît une certaine incohérence. Certains actes interdits, la fictivité de la société, sont tantôt sanctionnés par la nullité, tantôt par l'inexistence. Le non-respect de certaines autorisations préalables est, d'une part, sanctionné par l'opposabilité, d'autre part, par la nullité. La violation des règles pénales n'est pas expressément sanctionnée par la nullité et la jurisprudence sanctionne tantôt par la nullité virtuelle, tantôt refuse de sanctionner par la nullité virtuelle alors qu'il s'agit de la violation d'une règle impérative. Il résulte de cette analyse une difficulté à une sanction dynamique dû à l'esprit d'impérativité de l'article 2 et du système de nullité textuelle.

Dans l'analyse de la mise en œuvre des nullités, la primauté de la protection des intérêts économique au travers le mécanisme de la régularisation d'office, fragilise cette sanction. Le législateur admet la nullité judiciaire qu'à titre exceptionnelle. Mais le contentieux conventionnel de la nullité n'est qu'implicitement admis. La subdivision nullité facultative et obligatoire n'est pas cohérente au critère de l'intérêt protégé.

Il en résulte une absence du régime uniforme. La régularisation, les effets non rétroactif de nullité, les brèves prescriptions et l'opposabilité de nullité aux tiers sont suffisants pour se passer du principe *pas de nullité sans texte* en droit des sociétés commerciales.

Mots clés : Nullités, inexistence, sociétés commerciales, ordre public, liberté contractuelle, régularisation, pouvoir du juge, responsabilité des dirigeants.

Summary

Nullities are sanctions for irregularities of form or substance, of legal acts. The main functions of these sanctions are prevention, ensuring public order, management and protection. They contribute to the effectiveness and efficiency of the rule of law. The OHADA legislator, in order to improve the business climate and contractual relations, favors textual nullities in the AUSCGIE. The nullity of the company is strictly textual and that of the acts or deliberation is mixed, that is to say textual and virtual. However, it should be noted that in the analysis of the causes of nullity, there appears a certain inconsistency. Certain prohibited acts, the fictitiousness of society, are sometimes sanctioned by nullity, sometimes by non-existence. Failure to comply with certain prior authorizations is, on the one hand, sanctioned by unenforceability, on the other hand, by nullity. The violation of the penal rules is not expressly sanctioned by the nullity and the jurisprudence sanctions sometimes by virtual nullity, sometimes refuses to sanction by virtual nullity whereas it is about the violation of an imperative rule. The result of this analysis is a difficulty in a dynamic sanction due to the spirit of imperatively of Article 2 and the system of textual nullity.

In the analysis of the implementation of nullities, the primacy of the protection of economic interests through the mechanism of automatic regulation, weakens this sanction. The legislator admits judicial nullity only on an exceptional basis. But contractual nullity is not admitted while private justice is consecrated in the OHADA space. This results in an absence of the uniform regime. The regularization, the non-retroactive effects of nullity, the brief prescriptions and the unenforceability of nullity to third parties are sufficient to dispense with the principle of nullity without text in commercial company law.

Keywords: Nullities, inexistence, commercial companies, public order, contractual freedom, regularization, power of the judge, responsibility of the leaders.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. « *Le commerce, en se développant, nous a guéris des préjugés barbares et destructeurs ; il a uni et mêlé les hommes de tous les pays et de toutes les contrées. La boussole ouvrit l'univers ; le commerce l'a rendu sociable* »¹. Le commerce contribue au développement socio-économique, en permettant de sortir de la pauvreté, en favorisant la croissance des entreprises et en offrant un univers de choix aux consommateurs². Mais encore faut-il des sanctions adéquates pour rendre efficace cette activité commerciale en faveur des acteurs du monde juridique. Comme l'a souligné un auteur, si l'on veut qu'une disposition soit appliquée, il ne suffit pas de l'édicter, il faut encore en prévoir la sanction³. Autrement, la sanction est le processus par lequel le système juridique assure le respect de la règle de droit, dans le double sens de l'affirmation de sa responsabilité et de son respect effectif, c'est-à-dire de la conformité des comportements à la règle⁴. Dans cette perspective, la nullité est l'une des sanctions prévues par le législateur en droit des sociétés commerciales. Il s'agit d'une sanction encourue par un acte juridique entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond, qui consiste dans l'anéantissement de l'acte. Elle se distingue de l'annulation qui proclame la nullité⁵.

2. Le plus souvent, il n'est pas besoin de recourir à la sanction pour assurer l'application des lois. Les hommes les respectent par conscience, tradition ou intérêt. La soumission est volontaire. On a le sentiment que l'on agirait mal si on n'observait pas la règle. À tout le moins on n'ose pas se singulariser. À défaut du devoir moral la force de l'habitude assure la rectitude de l'action. D'ailleurs, l'homme sait que l'acte contraire à la loi ne produira pas de résultats utiles, il s'abstient donc de l'accomplir⁶. Cette soumission volontaire assure le bon fonctionnement de l'économie dans un régime de libertés contractuelles. Les conventions sont le plus souvent volontairement exécutées. Tout a changé sous un régime d'économie dirigée⁷. Les règles du contrat sont désormais imposées par la loi et le prix des prestations n'a plus été librement fixé. Le caractère volontaire de l'accord assurait autrefois son exécution. On ne peut plus compter sur cette bonne volonté puisqu'il n'y a pas dès le début accord parfait dans les cœurs des contractants. Il s'agit de faire respecter des

¹J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le premier projet du code civil », <https://www.justice.gc.ca> code page 05.

²www.intracen.org.

³B. BOULOC, « L'objectif de sécurité dans la loi du 24 juillet 1966 », *Revue sociétés* 1996, p.438.

⁴VAN DE KERCHOVE (M), Interrogation sur la sanction pénale, Les fonctions de la sanction pénale, www.cairn.info/revue-information-sociales-2005-7, p.22.

⁵G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e éd. 2017, p.696.

⁶G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, deuxième édition 1951, LGDJ, p.242.

⁷*Ibid*, p.242.

règles qui dominent les volontés privées. La sanction devient indispensable. Le législateur ne peut plus faire crédit à la conscience et à la bonne foi, car la morale ne paraît pas engagée dans l'observation de la loi. La violation de la règle n'est plus considérée par les particuliers comme une faute. La désobéissance à la loi n'est pas considérée comme coupable⁸. Il faut donc, pour faire respecter les règles légales de direction de l'économie, créer des sanctions efficaces⁹.

3. Procédant à la reconstruction d'une théorie des nullités autour de l'idée de sanction, JAPIOT énonce le principe que la nullité se traduit par l'ouverture d'un droit de critique dirigé contre les effets de l'acte¹⁰. Dans la théorie générale de l'acte juridique, le problème de sanction de l'inobservation des règles de droit occupe une place importante. Certes, le droit n'est pas exclusivement, comme la médecine, une science des situations pathologiques. Il est bien au contraire, un principe d'organisation du monde juridique.

4. Le monde juridique est peuplé de personnes physiques et de personnes morales, celles-ci se déclinant principalement en sociétés et en associations¹¹. La création et le fonctionnement d'une société constituent des actes à la fois importants et complexes. Ces étapes de la naissance et de la vie de la société sont importantes aussi bien pour les associés que pour les tiers potentiels partenaires de cette personne morale. Cette dernière va faire naître entre les premiers des rapports étroits de collaboration, en même temps que d'inévitables conflits d'intérêts. Quant aux tiers, ils sont appelés à traiter avec cet être juridique qui ne se laisse pas saisir par les sens¹².

Cet enchevêtrement d'intérêts explique en partie la complexité des règles de constitution et de fonctionnement des sociétés. En effet, soucieux de protéger et de concilier les divers intérêts qui se rencontrent au sein d'une société, le législateur OHADA a multiplié les règles qui gouvernent les différentes étapes de la vie sociale. Il ne s'agit pas seulement des règles habituelles de formation des contrats.¹³ Mais il s'agit aussi de celles qui sont propres au contrat de société, sans compter les dispositions concernant l'accomplissement de nombreuses formalités particulières. Pour assurer l'effectivité de ces différentes mesures, il a fallu les assortir de sanctions diverses. En laissant de

⁸ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, n°31, p.95.

⁹ G. RIPERT, *op. cit.*, p.243.

¹⁰ R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse Dijon, 13 juillet 1909, p. 284.

¹¹ M. COZIAN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 29^e éd. 2016, p.1, n°1.

¹² B-O. KASSIA, « Le recul de la nullité dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », *biblio.ohada.org*, doctrine, p. 352.

¹³ Article 1108 du code civil de 1958 applicable au Tchad, par l'Acte législatif n°1 portant constitution du 31 mars 1959 et par la Loi constitutionnelle n° 2/62 du 16 avril 1962.

côté les sanctions d'ordre pénal, sur le plan civil, plusieurs mesures ont progressivement gagné du terrain¹⁴, au titre desquels, les nullités.

5. La théorie de la nullité est aujourd'hui composite, ce qui la rend difficile à saisir. PLANIOL considérait la théorie des nullités comme l'une des plus obscures du droit civil¹⁵. Il a été justement relevé qu'il existe « *une opposition saisissante entre une volonté de systématisation théorique de la doctrine et un pragmatisme dominant de la jurisprudence, opposition due à la distorsion entre la vue générale a priori du législateur et la vue a posteriori cas par cas des tribunaux* »¹⁶. L'acte juridique est inefficace si, au moment de sa formation, l'une des conditions requises fait défaut¹⁷. La nullité est vécue par le droit contemporain comme un mal nécessaire, altérant la force du contrat ou de l'acte concerné et facilitant parfois les comportements opportunistes¹⁸. C'est la raison pour laquelle tant le législateur moderne que la jurisprudence tentent de l'éviter ou d'en limiter les effets perturbateurs : ainsi, la lésion de plus du quart en matière de partage n'est plus sanctionnée, depuis la loi n°2006-728 du 23 juin 2006, en France, que par l'action en complément de part¹⁹. Mais, parmi les sanctions susceptibles d'affecter un acte juridique irrégulier²⁰, la nullité reste sans doute la plus importante et la plus utilisée. Elle se distingue des sanctions de l'inexécution du contrat, telles que la résolution ou l'exécution forcée²¹.

6. La nullité n'exclut d'ailleurs pas le jeu d'autres sanctions civiles. Le législateur CIMA²² prévoit par exemple, une *sanction spécifique* en cas de non-fourniture d'un modèle type au souscripteur d'une assurance-vie, modèle destiné à faciliter l'exercice de la faculté de renonciation²³. La nullité ne peut constituer la sanction d'un tel manquement²⁴. En outre, le législateur français a choisi de

¹⁴ B-O. KASSIA, *op. cit.*, P.353.

¹⁵ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd., t.1, Paris LGDJ 1922, n°328 et suiv. p.122.

¹⁶ A. BENANBENT, *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, coll. Domat, 13 éd. 2012 n°200, cité par J. GHESTIN, *in* *Traité de droit civil, la formation du contrat* T.2, LGDJ 2013, n°2003, p.701.

¹⁷ La nullité se présente comme l'anéantissement rétroactif de l'acte juridique irrégulier : elle est la sanction judiciaire des conditions de formation de l'acte juridique.

¹⁸ MALAURIE, AYNÈS et STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^e éd., 2011, Defrénois, n° 666.

¹⁹ C. civ., art. 889 s (ancien code civil français, c'est-à-dire, avant la réforme de février 2016).

²⁰ Caducité, inopposabilité, réduction, réfaction, amende civile, etc.

²¹ D'emblée, le procédé révèle ses limites : si les effets de la nullité sont radicaux, son intervention dans le temps est tardive. Tant que l'acte n'a pas été annulé, il a pu produire ses effets. Un contrôle préventif de la validité de l'acte juridique n'est envisageable, en raison de sa lourdeur, que dans des cas exceptionnels. La soumission de l'acte au contrôle préalable de l'Administration est un mécanisme trop rigide pour être généralisé et contraire à la philosophie libérale des démocraties modernes. Même lorsque l'importance de l'acte justifie l'intervention d'un officier public, tel qu'un notaire, tenu de vérifier la régularité des actes qu'il est amené à dresser (Civ. 1^{re}, 14 janv. 1981, Bull. civ. I, no 14), le risque d'annulation postérieure ne peut être totalement écarté.

²² Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances.

²³ Article 65 du code CIMA.

²⁴ Civ. 2e, 3 juin 2004, no 03-12.619.

sanctionner le cautionnement disproportionné souscrit par des personnes physiques au bénéfice de créanciers professionnels par la *déchéance du droit de poursuite*²⁵. La jurisprudence ayant antérieurement, à diverses reprises, retenu la responsabilité civile du banquier²⁶. Par ailleurs, la *responsabilité civile* pourra jouer, soit à titre de sanction de substitution, soit à titre de sanction de renfort. Ainsi, une condamnation à des dommages-intérêts peut compléter l'annulation du contrat en cas de dol²⁷, voire d'erreur²⁸. En droit de la concurrence, la *réduction* de la clause de non-concurrence excessive est parfois préférée à la nullité de la clause, lorsque le juge entend en assurer la survie²⁹. En réalité, « *le régime de sanctions est sensiblement infléchi par la diversité des impératifs qui animent les différents droits étudiés* », a-t-on fort justement observé³⁰.

7. En droit des sociétés, la nullité est vécue comme un acte néfaste à la fois pour la société et les tiers, donc inadapté. C'est pourquoi, la loi s'efforce de réduire le plus possible les cas de nullité et, à défaut, d'en atténuer les conséquences³¹. En ce domaine, la responsabilité civile des fondateurs compense largement l'effacement des nullités³². Et pourtant, il faut noter que le droit des affaires, même dans ses constructions les plus originales et les plus sophistiquées n'est jamais parvenu à évincer le droit civil. Celui-ci conserve, du fait de son statut originaire de droit commun, un rôle résiduel que l'on a quelquefois tendance à minimiser³³. Le droit des affaires dans la mesure où il est aussi un droit du marché, repose sur les principes et les instruments juridiques³⁴. Ces principes permettent à celui-ci de fonctionner, au premier rang desquelles, se trouvent les piliers du droit civil, le contrat, la propriété et la responsabilité³⁵.

²⁵C. consom., art. L. 341-4.

²⁶ F. PICOD, « Proportionnalité et cautionnement, Le mythe de Sisyphe », in *Mélanges Calais-Auloy*, 2003 Dalloz, p. 842 s

²⁷Civ. 3e, 28 oct. 1980, JCP 1981. IV. 26.

²⁸Civ. 3e, 29 nov. 1968, Gaz. Pal. 1969. 1.63.

²⁹En droit français de la distribution, l'article L. 442-6, I, du code de commerce permet non seulement aux parties, mais aussi au ministère public et au ministre de l'Économie, d'engager la responsabilité de l'auteur d'un certain nombre de manquements, en particulier en matière de clauses abusives entre professionnels.

³⁰D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats », in *Les sanctions en droit contemporain*, sous la dir. de C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, vol. 1, 2012, Dalloz, p. 235 s.

³¹J. MESTRE, J-N. PANCRAZI, Is. ARNAUD-GROSSI et MERLAN, *Droit commercial*, 29^e éd., 2012, LGDJ, n° 356.

³²Y. GUYON, « Les dispositions générales de la loi n° 78-79 du 4 janvier 1978 portant réforme des sociétés », *Rev. des sociétés* 1979. 1, spéc. n°12.

³³M. M. MOHAMED SALAH, « La place des principes et des techniques civilistes dans le droit des affaires », *Revue jurisprudence commerciale*, 41^e année n°12, déc. 1997, p.302.

³⁴Cl. CHAMPAUD, « Les sources du droit de la concurrence au regard du droit commercial et des autres branches du droit applicable en France », *Etudes HOUIN*, p.61 et s.

³⁵M. M. MOHAMED SALAH, *op. cit.* p.305.

8. La lecture combinée des articles 4 et 5 de l'AUSCGIE permet de souligner que la loi reconnaît que la société est à la fois un contrat et une institution. La matière des nullités elle-même est affectée par cette situation. La relation du phénomène sociétaire avec l'institution et l'entreprise entraîne ici des divergences par rapport au droit civil. En même temps, cependant, la persistance de l'élément contractuel empêche que la rupture ne soit totale. Il y a alors, juxtaposition de règles, dont le fondement et l'origine sont différents. Un tel système est donc nécessairement complexe. Mais il a été imposé par l'expérience.

9. L'activité des associés n'est pas entièrement comparable à celle de contractants ordinaires. La remise en question d'une opération de société est souvent susceptible de porter préjudice à des tiers de bonne foi, notamment, créanciers, salariés, fournisseurs. Une action en annulation, qui serait engagée à des fins spéculatives, n'est pas non plus inconcevable. L'opportunité de la nullité, comme réplique à la transgression de la norme juridique peut, dès lors, être compensée par des inconvénients, qui incitent à la priver de son automaticité habituelle. C'est pourquoi, sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, quelques dispositions dérogatoires au droit commun, avaient été prises. Une loi du 1^{er} août 1893³⁶, puis un décret-loi du 30 octobre 1935³⁷ avaient ainsi institué des mécanismes de régularisation des actes nuls et abrégé la prescription de l'action en nullité. De son côté, la jurisprudence avait développé la responsabilité des fondateurs et élaboré la théorie de la société de fait, afin de transformer l'annulation en simple dissolution sans rétroactivité³⁸. La loi française du 24 juillet 1966 a systématisé ces mesures³⁹. La plupart d'entre elles ont été ensuite étendues aux sociétés civiles par la loi du 4 janvier 1978⁴⁰.

Pour autant, les solutions dégagées par ces textes, ne sauraient être entièrement détachées de la théorie générale des obligations civiles. Le droit des sociétés abandonne largement sans doute la proposition simple selon laquelle un acte ne répondant pas aux conditions posées par la loi pour sa souscription, est irrémédiablement privé d'efficacité. Mais cette différence ne suffit pas à exclure toute référence aux conceptions civilistes. Le très ancien débat sur la différence entre nullité et inexistance a ainsi sa place en droit des sociétés. Même s'il y débouche également sur une

³⁶D.P. 1893.3.68.

³⁷D.P. 1935.4.415.

³⁸Cass. req. 2 juill. 1817, S. 1815-1818, chron. 341.

³⁹art. 6 et s. et 360 et s. ; D. 1966.265, rect. 400.

⁴⁰D. 1978.69, rect. 260 ; C. civ., art. 1844-10 à 1844-17 nouv.

conclusion négative, il crée des obligations, au moins apparentes, que seule une décision d'annulation peut effacer⁴¹.

10. La distinction entre nullités textuelles et nullités virtuelles se retrouve à propos des sociétés. Elle y a même plus d'importance qu'en droit civil. Dans ce dernier cas, le domaine des nullités textuelles est limité au mariage, où elles ont précisément été le point de départ de la théorie de l'inexistence. S'agissant des sociétés, il est fréquent que l'annulation ne puisse être prononcée en dehors des hypothèses où la loi la prévoit formellement et l'influence du droit communautaire tendrait plutôt actuellement à renforcer cette tendance. Dans un ordre d'idées similaires, on peut aussi remarquer que le droit des sociétés n'ignore pas l'opposition entre nullités absolues et nullités relatives. La portée pratique en est, sans doute, moindre qu'en droit civil. Le délai de prescription ne varie pas, ici, selon la nature de la nullité⁴². L'intérêt de la distinction, en revanche, reparaît quand il faut déterminer les titulaires de l'action ; et les critères utilisés à cet effet sont les mêmes qu'en droit civil.

11. Le droit des nullités de société n'est donc pas entièrement autonome. Il se détache à bien des égards du droit civil. Il conserve aussi des points de contact avec lui et la raison de cette dualité tient aux impératifs contradictoires, dont le législateur a dû tenir compte. Il est impossible de renoncer, sous prétexte d'efficacité, à faire respecter les dispositions, souvent formalistes, qu'impose une bonne organisation des sociétés. C'est aujourd'hui dans le droit commun des nullités et notamment dans le vieux principe général *fraus omnia corrumpit* que la Cour de cassation française puise les éléments de résistance aux assauts d'un droit communautaire⁴³. Ce droit qui, à force de réduire les cas de nullité des sociétés⁴⁴, risque de transformer celles-ci en forteresses à l'abri desquelles les comportements frauduleux peuvent prospérer⁴⁵.

⁴¹Cass. com. 16 juin 1992, D. 1993.508, note L. COLLET, Gaz. Pal. 1992.2. panor. 255 et sur cet arrêt : P. LE CANNU, Inexistence ou nullité des sociétés fictives, Bull. Joly 1992.875 ; CA Paris, 1^{er} déc. 1992, Rev. Sociétés 1993.132, obs. Y. GUYON ; CJCE 20 sept. 1990, RTD com. 1990.400. V. aussi, sur cette question, les études de P. DIENER, Éthique et droit des affaires, D. 1993, chron. 17, et D. Hurstel, Retour à l'éthique : quel est le bon chemin ? D. 1993, chron. 239. V. contra : Cass. 1^{er} civ. 23 mai 1977, D. 1978.89, note JEANTIN ; Cass. 3^e civ. 22 juin 1976, D. 1977.619, note P. DIENER. V. aussi Trav. ass. H. CAPITANT, 1961-1962, t. 14.

⁴² Notamment en droit français.

⁴³ Cass. Com. 28 janv. 1992, Bull. Joly 1992, p.41, note LE CANNU ; JCP. E., II, 378, note A. TISSERAND ; D.1993, P.23, note J. PAGES.

⁴⁴ CJCE, 13 nov. 1990, Marleasing SA qui énonce que le juge national, tenu d'interpréter son droit national dans une mesure conforme à la directive européenne du 9 mars 1968, ne peut prononcer la nullité d'une société pour des motifs autres que ceux prévus dans cette directive, en particulier l'absence de cause ou la cause illicite et précise que si ce texte inclut le caractère illicite de l'objet parmi les causes de nullité « il s'agit de l'objet statutaire et non de l'objet réel » ce qui constitue une condamnation de la théorie de la nullité pour fraude.

⁴⁵ M. M. MOHAMED SALAH, *op. cit.*, 42e année n°1, janv.1998, p.4.

Le recours à la responsabilité pénale pour sanctionner, à titre complémentaire ou à titre de substitution, les conditions de formation de l'acte juridique n'est pas un phénomène nouveau. Le non-respect de certaines règles telles que celles relatives à l'intégrité du consentement pourra tomber sous le coup d'une qualification pénale. Il peut s'agir de l'escroquerie, de la tromperie, ou des pratiques commerciales déloyales⁴⁶ à l'égard des consommateurs, etc. Ce transfert de contentieux en faveur des juridictions pénales s'explique essentiellement par des raisons pratiques⁴⁷. Le législateur ne peut imaginer, en droit économique, imposer un dispositif contractuel sans sanction pénale, le droit pénal jouant alors un rôle non plus normatif mais purement coercitif. À titre d'exemple, en droit français, le dispositif civil en matière de crédit à la consommation et de crédit immobilier a été renforcé par de nombreuses sanctions pénales. Ainsi, le non-respect du formalisme de l'offre est sanctionné par une peine d'amende⁴⁸. Dans d'autres secteurs de la vie économique⁴⁹, on assiste au contraire à un phénomène de dépénalisation témoignant d'un certain retour au libéralisme⁵⁰.

12. Il est difficile de fixer les lignes d'une politique législative cohérente en matière de nullité. Tantôt le législateur mise sur son caractère dissuasif, tantôt il cherche à l'éviter eu égard à ses conséquences drastiques. Ainsi, la mention manuscrite de la caution personne physique, qui s'engage à l'égard d'un créancier professionnel est prescrite à peine de nullité⁵¹. Paradoxalement, le non-respect des formalités de l'offre de prêt n'est sanctionné que par la déchéance des intérêts. En même temps, notre système juridique s'est efforcé de limiter la portée de la nullité. Notamment, en restreignant le droit d'invoquer la nullité à certaines personnes ou en admettant qu'il puisse s'effacer dans un temps plus ou moins rapide⁵². D'autre part, en évitant de tirer toutes les conséquences de la nullité de façon à sauver le contrat irrégulièrement formé. Une illustration peut être tirée d'un arrêt français du 8 mars 2011⁵³ rendu à propos d'un cautionnement solidaire souscrit par une personne physique. Dans cette affaire, la mention manuscrite de solidarité était défailante.

⁴⁶Trompeuses ou agressives.

⁴⁷Rapidité, pouvoirs d'investigation du juge, etc.

⁴⁸C. consom., art. L. 311-49 et L. 312-33.

⁴⁹En matière de change ou de concurrence.

⁵⁰En effet, l'efficacité du droit pénal en la matière reste parfois à démontrer.

⁵¹ Art. 14 de l'AUS (Acte Uniforme portant organisation des Sûretés) et C. consom. art. L. 341-2, en droit français.

⁵² Notamment par le mécanisme de la prescription abrégée.

⁵³Com. 8 mars 2011, no 10-10.699, D. 2011. 1193, note PICOD ; RTD civ. 2011. 375, obs. CROCQ ; RTD com. 2011. 402, obs. LEGEAIS ; LPA 14-15 juill. 2011, note BRIGNON ; Gaz. Pal. 2011. 1015, obs. ALBIGES ; Gaz. Pal. 2011. 2859, note PIEDELIEVRE ; Defrénois 2011. 1402, obs. LÉCUYER ; RDC 2011. 910, obs. HOUTCIEFF ; RD banc. fin. 2011, n° 95, obs. CERLES.

S'affranchissant de la lettre du texte français - l'article L. 341-3 du code de la consommation -, la chambre commerciale considère que la sanction ne peut concerner que la modalité de solidarité. L'engagement de la caution demeurant valable en tant que cautionnement simple. La Cour de cassation française corrige ici la plume du législateur en restituant au dispositif protecteur sa cohérence et en évitant de donner prise à la chicane⁵⁴.

En ce sens, la remise en cause de la validité d'un contrat de société, des actes de délibération ou décisions, par le biais du prononcé de la nullité est une sanction⁵⁵. La mention de la nullité dans le corps de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE semble une redondance de l'article 6 du code civil⁵⁶. Cette mention peut cependant être interprétée comme le signe d'un intérêt particulier porté à cette sanction. Dans cette perspective, les actes inhérents à la constitution, au fonctionnement, ou à la restructuration de la société n'obéissant pas aux conditions de droit commun ou spécifiques peuvent être sanctionnés par la nullité⁵⁷. La nullité entendue au sens du droit civil est la sanction prononcée par le juge⁵⁸. Il s'agit en droit des sociétés, de la sanction des irrégularités de forme ou de fond, des actes constitutifs de la société, des actes portant sur les rapports entre associés ou entre les associés et les tiers, ou encore entre la société et les tiers. Elle entraîne la disparition rétroactive de l'acte qui n'a pas satisfait aux conditions requises pour sa formation⁵⁹.

13. Pour la doctrine, "*l'acte nul est rétroactivement détruit et sa destruction entraîne celle de tous les actes postérieurs qui se trouvent sous sa dépendance*"⁶⁰ sous réserve de la possibilité de

⁵⁴ *Élaboration d'une théorie générale des nullités.* - Imprégné par les incertitudes de l'Ancien droit, le code civil ne contient pas de théorie générale des nullités. Les articles 1304 à 1314 ne traitent que de l'action en nullité des contrats, à l'exclusion des actes unilatéraux et des conventions extrapatrimoniales. Le code civil prévoit, par ailleurs, certaines dispositions particulières dont les plus célèbres sont les nullités de mariage sans les rattacher à des principes généraux. C'est à la doctrine qu'il a appartenu, à partir de textes épars, de proposer un régime général cohérent, notamment en précisant si certaines conditions légales de formation du contrat étaient prescrites à peine de nullité et en distinguant les différentes catégories de nullité, esquissées par les textes. Au-delà des adaptations nécessaires à certains actes (droit des personnes et de la famille, droit des personnes morales, etc.), le régime général des nullités s'applique aux différentes catégories d'actes juridiques : il s'agira le plus souvent de conventions, qu'elles soient destinées à créer des obligations ou à les éteindre (remise de dette, par exemple) ; mais il pourra s'agir aussi d'actes juridiques unilatéraux (testament, renonciation, congé, etc.).

⁵⁵ Quand bien même certains auteurs considèrent que « l'annulation totale d'un contrat n'est pas en règle générale, la sanction la plus efficace, ni la plus grave » comparée à l'annulation partielle de la convention, GHESTIN (J), *Traité de droit civil-les obligations*, LGDJ 2^e éd. 1988, n°895.

⁵⁶ Nous signalons qu'il s'agit du code civil français de 1958 applicable au Tchad.

⁵⁷ Même si dans une certaine mesure, le législateur prévoit la régularisation de nullité.

⁵⁸ La nullité peut aussi être conventionnelle (droit français) ou unilatérale (droit allemand).

⁵⁹ Toutefois, en droit des sociétés, la nullité de la société n'est pas rétroactive.

⁶⁰ J. HERON, *Droit Judiciaire privé*, 1991, Montchrestien, n°165, note 1.

régulariser⁶¹. Pour que la volonté du législateur ne reste pas lettre morte, celui-ci leur a apposé une sanction : l'inefficacité des conventions ou actes qui leur sont contraires. Telle est l'origine juridique de la nullité des actes ou des conventions⁶².

14. La notion de nullité doit être distinguée de concepts voisins tels que l'inexistence, la caducité, et la résolution. Une distinction doit aussi être faite entre nullité textuelle et nullité virtuelle.

Un acte est inexistant lorsqu'un élément essentiel lui manque. C'est l'état de l'acte qui, n'ayant jamais pu se former, n'a même pas à être annulé⁶³. Pour AUBRY et RAU la nullité se définit comme « *l'acte qui ne réunit pas les éléments de fait que suppose sa nature ou son objet, et en l'absence desquels il est logiquement impossible d'en concevoir l'existence* »⁶⁴. La jurisprudence estime qu'un acte dépourvu d'existence légale n'est susceptible ni de prescription ni de confirmation⁶⁵. L'inexistence diffère de la nullité. La nullité diffère aussi, de la caducité.

La caducité rend inefficace un acte juridique mais seulement pour l'avenir, c'est-à-dire sans rétroactivité. Elle provient d'un événement postérieur à la conclusion de l'acte régulièrement formé indépendant de la volonté des parties. C'est cet événement qui a fait disparaître un élément fondamental du contrat⁶⁶. C'est l'état de non-valeur auquel se trouve réduit un acte initialement valable du fait que la condition à laquelle était suspendue sa pleine efficacité vient à manquer par l'effet d'un événement postérieur. Cet anéantissement s'opère de plein droit du seul fait de la défaillance de la condition⁶⁷. Si la nullité se distingue de la caducité, elle ne se confond pas non plus à la résolution.

⁶¹F. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, 1973, LGDJ, Bibl.dr.privé, t.127, préf. HEBRAUD.

⁶²Pourtant, il convient de souligner que la liberté de conventions est, parmi les droits de l'Homme, le droit le plus universellement reconnu. Cependant, nul n'osera prétendre que cette liberté est absolue et que l'homme peut se convenir selon son bon plaisir. Ce serait l'anarchie. La loi naturelle et le législateur dirigent cette liberté, en fixant des normes directrices, protectrices des intérêts tant généraux que particuliers des sujets de droit.

⁶³G. CORNU, *op. cit.*, p.546.

⁶⁴Il s'agit d'une théorie consacrée par la jurisprudence à propos du mariage. Par la suite des auteurs l'ont étendue aux autres actes, par exemple l'inexistence de n'importe quel contrat en cas de défaut de rencontre des volontés, du contrat de vente en l'absence de prix et, plus récemment inexistence de clauses prohibées, lorsque les textes les qualifient de « non écrites ».

⁶⁵Les principales différences avec la nullité sont : l'inexistence n'a pas à être prononcée par un tribunal ; l'acte inexistant ne bénéficie pas de la prescription trentenaire. Mais cette théorie est assimilée par la doctrine et la jurisprudence à la nullité absolue. En revanche l'inexistence est préférée à propos des actes de procédure.

⁶⁶Parmi ceux susceptibles de frapper l'acte on citera : l'écoulement d'un délai, par exemple si le bénéficiaire de la promesse ; unilatérale de vente n'a pas exercé l'option dans le délai fixé ; La défaillance d'une condition suspensive. Le prédécès du légataire qui rend le legs caduc.

Les principales différences avec la nullité sont : l'acte a été régulièrement formé ; la caducité ne vaut que pour l'avenir sans rétroactivité.

⁶⁷G. CORNU, *op. cit.*, p.144.

La résolution est l'anéantissement en principe rétroactif d'un contrat synallagmatique qui, fondé sur l'interdépendance des obligations résultant de ce type de contrat, consiste à libérer une partie de son obligation, lorsque l'obligation de l'autre ne peut être exécutée⁶⁸. Elle est une sanction qui frappe un contrat synallagmatique valablement conclu lorsque l'une des parties n'exécute pas ses obligations⁶⁹. L'effet de la résolution et de la nullité est identique : le contrat est rétroactivement anéanti. Il existe toutefois quelques atténuations en matière de contrats à exécution successive⁷⁰. Le législateur a généralement prévu que telle disposition doit être respectée à peine de nullité. Mais il arrive que la nullité soit prononcée sans qu'une loi ne l'ait prévue d'où la distinction entre nullité textuelle et nullité virtuelle⁷¹. Par exemple, les conditions essentielles de validité du contrat sont précisées par les articles 1108⁷² et suivants du code civil. Le non-respect de l'une de ces conditions peut être une cause de nullité. Il s'agit alors de nullité textuelle. La nullité est considérée comme virtuelle lorsqu'en l'absence de disposition expresse la violation de la condition posée justifie l'annulation de l'acte juridique. Le juge doit apprécier pour chaque condition si l'intérêt que la loi entend sauvegarder est suffisamment important pour prononcer la nullité. De façon générale il importe peu que la nullité soit expressément édictée par un texte pour que l'acte juridique soit anéanti⁷³.

15. L'histoire de la nullité des contrats dans l'ancien Droit français peut se diviser en deux grandes périodes. Ces périodes correspondant aux deux systèmes de législation qui ont régi, depuis la chute

⁶⁸ *Ibid*, p.917.

⁶⁹ Le contrat est synallagmatique lorsqu'il crée des obligations à la charge de chacune des parties. Exemple : le contrat de vente. Ici, le vendeur doit livrer la chose et l'acheteur doit payer le prix. L'autre contractant, au lieu de poursuivre l'exécution forcée ou de réclamer des dommages et intérêts, souhaite être également libéré de ses propres engagements. La résolution est, en principe, judiciaire mais les parties peuvent inclure dans leur contrat des clauses qui prévoient une résolution automatique en cas d'inexécution.

⁷⁰ Pour un contrat à exécution successive, on parlera de la résiliation et non de la résolution.

⁷¹ La règle « *pas de nullité sans texte* » vise seulement certaines matières telles que le mariage ou en droit des sociétés.

⁷² « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :*

- *le consentement de la partie qui s'oblige ;*
- *sa capacité de contracter ;*
- *un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;*
- *une cause licite dans l'obligation ».*

⁷³ " *Une théorie des nullités* ", estimait MOTULSKY, " doit concilier deux idées : assurer la sanction des formalités prévues par la loi, mais aussi ne pas entraver la marche du procès...par un formalisme pointilleux ". L'évolution du droit processuel relativement aux nullités de procédure oscille entre ces deux impératifs : à l'extrême, il y a eu ce système qui voulait que toute irrégularité entraîne, même dans le silence des textes, une nullité que le juge pourra seulement constater, sans aucun pouvoir d'appréciation. A l'inverse s'opposait ce système qui voulait que seules les nullités prévues par des textes devaient être encourues, le juge disposant alors du plus grand pouvoir d'appréciation de la gravité du vice et du préjudice qu'il engendre.

de l'Empire romain, le territoire de l'ancienne France⁷⁴. La première est la période des lois personnelles, qui commence par l'invasion germanique et se prolonge jusqu'au dixième siècle environ. La deuxième est celle des lois territoriales, qui s'étend du dixième à la fin du dix-huitième siècle. Elle se subdivise elle-même en deux périodes : l'époque coutumière, du dixième au quinzième siècle, et l'époque monarchique du quinzième au dix-huitième siècle.

À Rome, pendant la période classique, deux droits se trouvaient en présence, le *jus civile*⁷⁵ et le *jus pretorium*⁷⁶. De là, deux sortes de nullités différentes entre elles par leurs conditions, leurs formes et leurs effets : la nullité *ipso jure* et l'*in integrum restitutio*⁷⁷. En d'autres termes, ce sont les romains de l'époque préclassique qui ont eu l'avantage d'assister à la naissance historique de la théorie. À ce temps-là, c'est l'état embryonnaire. La nullité absolue existe de plein droit pour les actes juridiques qui ne satisfont pas aux exigences strictes de la loi⁷⁸. On ne connaissait pas encore l'appellation de la nullité relative, mais celle-ci se dessinait déjà dans l'*in integrum restitutio*⁷⁹ du prêteur⁸⁰. Après de multiples avatars, la tradition d'une double nullité fait jour, fondée à cette époque sur l'ordre public d'une part et les intérêts particuliers d'autre part. En dépit de ces distinctions, la doctrine demeure incertaine. Et les grands classiques DOMAT et POTHIER, ne semblent pas avoir d'opinions bien arrêtées sur la matière⁸¹. Autrement, le Droit romain n'a jamais comporté une théorie très précise des nullités et cette lacune s'est faite sentir jusqu'à nos jours. Le droit romain primitif, formaliste, ne connaissait qu'une catégorie de nullité, celle encourue pour défaut de l'un des rites du contrat. Mais une fois le rite accompli, il ne pouvait être question de revenir sur les effets produits. L'annulabilité qui préfigure notre nullité relative n'est apparue que par l'effet des réformes prétoriennes, dans certains cas où un acte valable suivant le droit civil causait un préjudice injuste à son auteur. L'ancien droit s'est montré assez incertain en la matière

⁷⁴ Ch. MORTET, « Etude sur la nullité des contrats dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil », thèse Bordeaux 1878, p.83.

⁷⁵ Par opposition au *jus pretorium*, le *jus civile* comprenait toutes les dispositions du Droit romain qui dérivait *ex legibus* et *ex his quae legis vicem obtinent* (G.4, 118), c'est-à-dire, non seulement des lois et des *plébiscites* votés par le peuple, mais encore des *sénatus-consultes*, des constitutions impériales, des réponses des prudents (G.1, 3, 7 ; 7 pr., D.1, 1) et enfin de la coutume. Ch. MORTET, *op. cit.* p.2.

⁷⁶ Il avait pour unique source l'autorité des préteurs, et se composait des règles contenues dans les édits de ces magistrats, surtout dans celui du *preteur* urbain (G.4, 118 §7 L1, 2).

⁷⁷ Sous JUSTINIEN, la législation s'unifie.

⁷⁸ Originellement, il existait une distinction entre la nullité et la rescision. La nullité sanctionnait la violation des règles instituées par les ordonnances ou la coutume et la rescision sanctionnait la violation des dispositions héritées du droit romain.

⁷⁹ Restitution en entier.

⁸⁰ M. COTE, « La nullité des contrats », Les cahiers de droit, vol.2, n°2, 1956, p.104-119, www.erudit.org.

⁸¹ A l'époque napoléonienne, il n'y a encore rien de définitif ; des jalons simplement sont posés dans le code.

: les auteurs ont consacré peu de développements aux nullités. Il semble que le contrat de société n'était pas envisagé à cette époque. La matière de convention qui y est à peine réglementée et se réduit à quelques dispositions relatives aux contrats les plus usuels, la cession et la donation⁸².

16. Toutefois, au XVIII^e siècle, les praticiens admettaient deux sortes de division qui se chevauchaient. Une première distinction⁸³ concernait l'origine de la règle fondant la nullité. L'action en nullité sanctionnait les règles établies par les ordonnances ou par les coutumes, c'est-à-dire par le droit national. Ces causes de nullité donnaient lieu à des nullités de droit, car elles produisaient elles-mêmes des effets. L'action en rescision s'attaquait à des contrats parfaitement valables au regard du droit français⁸⁴. Cependant, le droit romain admettait la *restitutio in integrum*, par exemple pour cause de dol, de violence, d'erreur, de lésion⁸⁵. Une seconde distinction était relative aux personnes qui pouvaient invoquer la nullité, c'est-à-dire « *la nullité absolue* » est ouverte à tous alors que « *la nullité relative* » est réservée aux seules victimes.

Selon un auteur, la doctrine moderne distingue de façon tout à fait générale entre deux théories de l'invalidité des actes juridiques. La première est désignée sous le nom de théorie classique et elle remonte à la seconde moitié du XIX^e siècle. La seconde est désignée sous le nom de la théorie de la sanction, et elle date de première moitié du XX^e siècle⁸⁶. La théorie classique se caractérise par une distinction fondamentale entre les actes qui sont inexistants et les actes qui sont nuls. Les actes inexistants sont des actes dans lesquels une condition d'existence fait défaut, alors que les actes nuls sont des actes auxquels une condition de validité manque.

17. Pour la théorie de la sanction, dont les représentants les plus éminents sont JAPIOT et GAUDEMET, il ne saurait y avoir une distinction entre condition d'existence et condition de validité des actes juridiques. Il n'est pas possible, dans la pratique, de distinguer les conditions d'existence de conditions de validité. Le critère sur lequel repose la théorie classique n'est pas fondé dans la réalité. Aussi ne peut-on pas envisager une classification bipartite des invalidités entre actes inexistants et actes nuls. Par contre, l'invalidité des actes juridiques devrait être analysée comme une sanction. Elle sanctionnerait l'inobservation de certaines règles, appelées conditions

⁸² Ch. MORTET, *op. cit.* p.87.

⁸³ Action en nullité et action en rescision.

⁸⁴ Qui est l'une de nos sources d'inspiration.

⁸⁵ F. TERRÉ et autres, *Droit civil, les obligations*, 11^e éd. Dalloz, 2013, n°83.

⁸⁶ D. GUGGENHEIM, « L'invalidité des actes juridiques en droit Suisse et comparé, Essai d'une théorie générale », Thèse Université de Genève, LGDJ Paris 1970, p.7.

de validité des actes juridiques, et assurerait cette sanction conformément au but de la règle violée par l'acte juridique invalidé⁸⁷.

On oppose, dans cette optique, traditionnellement nullité absolue et nullité relative. JAPIOT et GAUDEMET ont présenté la nullité comme la sanction de la violation d'une règle légale. Ils estiment que le critère de distinction entre nullité relative et nullité absolue est le but de la nullité. La thèse de JAPIOT débute en ces termes : " *La nullité est une sanction qui doit s'adapter au but de la règle dont elle tend à assurer l'observation et au milieu où pratiquement elle intervient* " ⁸⁸. Ce critère de la finalité de la règle n'a pas été remis en question depuis : la nullité absolue sanctionne la violation des règles d'intérêt général, tandis que la nullité relative sanctionne les règles d'intérêt particulier⁸⁹.

18. En droit allemand, l'invalidité des actes juridiques recouvre deux situations distinctes. L'acte invalide peut être soit nul, soit annulable. L'acte juridique nul, en droit allemand, est selon la théorie dominante, un acte qui ne produit pas du tout l'effet juridique désigné comme voulu⁹⁰.

Il convient cependant de bien insister sur le terme d'effet juridique voulu. La nullité de l'acte, pour la théorie allemande, ne se rapporte qu'aux effets désignés comme voulus par les parties à l'acte. Par contre, elle ne se rapporte pas à d'autres effets que l'acte pourrait produire. On voit ici apparaître une différence entre la théorie allemande de la nullité et la théorie classique française qui assimile l'acte inexistant purement et simplement au néant⁹¹.

19. La nullité est une sanction nécessaire car elle est complémentaire des sanctions administratives. Elle constitue un point de jonction du droit des sociétés et du droit des contrats. Elle permet de tirer les conséquences civiles d'une déclaration d'illicéité. C'est par le biais de la nullité que le droit de société peut pénétrer l'édifice judiciaire et, partant, échapper à la technicité et se banaliser. L'on pourrait donc croire qu'elle est fréquemment invoquée. Il n'en est rien. La nullité est une sanction en jachère. La complexité de son régime n'a d'égale que la rareté de son prononcé⁹².

⁸⁷ D. GUGGENHEIM, *op. cit.* p.11.

⁸⁸ R. JAPIOT, *op. cit.*, p.13.

⁸⁹ D'autres Etats membres adoptent le même critère. Le droit allemand distingue entre la nullité absolue (Nichtigkeit) et la nullité relative (Anfechtbarkeit), le droit italien distingue entre la nullité et l'annulabilité.

⁹⁰ D. GUGGENHEIM, *op. cit.*, p.25.

⁹¹ *Ibid*, p.26.

⁹² On peut se demander si la faiblesse du contentieux est la résultante de l'inadaptation de la sanction ou si elle en est à l'origine. La nullité est en effet inadaptée au droit de société. On pourrait cependant soutenir que c'est le droit de société qui n'est pas en harmonie avec elle.

Le droit positif jusque-là applicable dans les Etats de l'OHADA est à l'image de ce droit positif français, car jusqu'à la réforme du droit OHADA, il n'existe véritablement pas de théorie des nullités spécifiques. Il se trouve que, même le Code civil n'offre pas à sa naissance un système des nullités d'une grande clarté. Et en l'absence de système clair de la formation des actes juridiques, ce sont les commentateurs qui vont forger les instruments de l'interprétation des articles 1108 et suivants⁹³.

20. La révision de l'AUSCGIE est remarquable par la clarification et l'extension des causes de nullité. Certaines clauses dites « *réputées non écrites* » sont érigées en causes de nullité expresse⁹⁴. Quelques nullités virtuelles sont devenues de nullités expresses⁹⁵. Les nouvelles causes de nullité sont créées⁹⁶. Les réformes du nouvel Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, concernent principalement les causes de nullité. Désormais, une distinction existe entre les causes de nullité de la société, les causes de nullité des actes, décisions ou délibérations modifiant les statuts et celles ne modifiant pas les statuts.

21. Les nullités sont odieuses, d'après un auteur⁹⁷. Cette hypothèse est particulièrement vraie pour ce qui concerne le droit des sociétés vu ses effets qui sont la dissolution de la société et les pertes de temps relativement aux actes et délibérations des organes. La nullité n'a donc pas la faveur du législateur OHADA⁹⁸. Il ressort de l'alinéa 1^{er} de l'article 242 de l'AUSCGIE révisé que « *la nullité d'une société ne peut résulter que d'une disposition du présent Acte uniforme la prévoyant expressément ou, sous réserve des dispositions de l'alinéa suivant, des textes régissant la nullité des contrats* ». Il apparaît que la nullité de la société ne peut résulter que d'une disposition légale expresse. Seules sont donc retenues les nullités textuelles par opposition aux nullités virtuelles, qui dérivent, de l'esprit de la loi. Le principe qu'exprime le brocard pas de nullité sans texte poursuit

⁹³ M. BOUDOT, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 18^e et 20^e siècles », in La théorie des nullités, LGDJ, 2008, p.80.

⁹⁴ Articles : 278, 282, 286, 288, 305, 306, 326, 331, 336, 345 al.5.

⁹⁵ Articles : 274, 283, 284, 285, 296, 302, 315, 318, 319, 321, 323, 333, 346 al2, 349 al4, 353 al2, 354 al3, 364, 366, 440 al5 et 7, 449 al7, 453 al4, 467 al5, 470 al2, 474 al3, 482 al5, 490 al5, 499, 503 al4, 513 al2 ...

⁹⁶ Articles : 74-1, 129-1, 187-1, 215-1, 338-1, 360-1, 454-1, 557-1, 618-2, 625-1, 626-1, 626-1-1-1, 626-2 al3, 626-6 al2, 638-1, 646-1, 655-1, 663-1, 693-1, 717-1 al1er, 771-1-1, 771-3, 778-1 al5, 778-2 ...

⁹⁷ SOLON, *Théorie sur les nullités des conventions et des actes de tout genre en matière civile*, Paris, 1836, cité par BADJI (Patrice Samuel Aristide), in Réforme du droit des sociétés commerciales OHADA, L'Harmattan Sénégal 2016, P.159, n°157.

⁹⁸P. S. A. BADJI *op. cit.* n°157.

de prime abord une idée simple. Cette idée consiste à contraindre le juge, à s'en tenir à la lettre de la loi, sans lui permettre de s'enquérir de son esprit⁹⁹.

Le principe selon lequel les nullités ne se suppléent point trouverait sa source dans la lutte d'influence que se sont menés droit canonique et droit séculier depuis l'émergence du premier au IV^e siècle. Pour assurer la préséance de l'Eglise sur l'acte fondateur du mariage, celle-ci imposa de cantonner les causes de nullité du mariage aux seuls empêchements de droit canonique. Parallèlement, pour préserver la stabilité des unions ainsi consacrées, les docteurs de l'Eglise imaginèrent de distinguer les empêchements véritablement radicaux de ceux simplement prohibitifs. Ceci permet de réserver la sanction de la nullité aux premiers. Mais cela permet également d'associer à cette distinction la présomption selon laquelle un empêchement dans le silence des textes, devrait être réputé simplement prohibitif plutôt que dirimant. Mais les historiens ont assez relevé que le principe des nullités textuelles, sous quelque forme qu'il prît, n'eut jamais un caractère absolu en ce domaine. Les auteurs, et plus encore les juges ayant toujours admis des causes de nullité dite « substantielle », « *naturelle* » ou encore « *rationnelle* », au-delà des textes¹⁰⁰.

22. Selon une opinion communément admise, le principe de nullité textuelle trouverait une autre origine, quoique moins ancienne, en matière de procédure civile, dans l'ordonnance de COLBERT de 1667. L'examen de ses dispositions, pourtant, éveille le doute. L'on peut bien dire que le législateur a entendu rendre péremptoire les nullités qu'il ordonnait. Il voudrait mettre fin de cette façon à la pratique des nullités dites comminatoires, qui étaient abandonnées à la discrétion des juges sous couvert d'équité. Cependant, nulle part il n'y était fait interdiction au juge de relever à l'inverse d'autres causes de nullité que celles qui s'y trouvent expressément déclarées¹⁰¹.

Le souci du législateur de pourchasser les nullités est donc, en ce domaine particulièrement fort. Mais cet effort ne règle pas tous les problèmes de nullités en droit des sociétés.

23. La question qui vient à l'esprit serait de savoir si l'exclusion des nullités virtuelles est impérative.

À la lumière des articles 242 et suivants de l'AUSCGIE révisé, les nullités de la société, des actes et délibérations ou des décisions modifiant les statuts, relèvent du domaine des nullités textuelles.

⁹⁹ A. POSEZ, « Pas de nullité sans texte : Enquête sur la positivité d'un principe d'hier à aujourd'hui », *Revue des Contrats* 9/3/2018, n°1, p.163.

¹⁰⁰ P-H. BERTON, « La conception de la nullité du mariage en droit civil français et en droit canonique moderne », thèse Lille, 1938, Sirey, p.25.

¹⁰¹ A. POSEZ *op. cit.*, n° 8, p.164.

En revanche, pour les actes ne modifiant pas les statuts, il semble que le législateur a opté pour les nullités virtuelles¹⁰². Bien avant ces dispositions, selon l'esprit de l'alinéa 2 de l'article 2 de l'AUSCGIE révisé, les dispositions dudit acte uniforme sont impératives. Il apparaît une consécration d'un corps de règles presque rigides. Relativement à la rigidité, malgré le changement de contenu de l'article 2 de l'AUSCGIE, on ne peut pas dire que l'ordre public a disparu des règles du droit des sociétés OHADA¹⁰³. Par voie de conséquence, l'on peut s'interroger sur la cohérence entre cette disposition et celles relatives aux nullités.

Il faut souligner ici que l'application du système « *pas de nullité sans texte* » semble révéler certains inconvénients. Ce principe suppose une loi sans lacune. Or, les lois ne sont jamais parfaites et en la matière, le législateur omet de prévoir la sanction de la nullité au cas d'inobservation des règles dont l'importance est indéniable.

24. La nullité est une technique de sanction de l'acte juridique. La violation de l'ordre public est apparente et l'annulation est l'arme qui permettra de détruire cette apparence¹⁰⁴. Les règles de Droits proviennent des sources, d'autorités différentes. Ce pluralisme des sources fait qu'une même question peut recevoir des réponses différentes selon la règle de droit utilisée. Il existe des antinomies entre les normes, contradiction substantielle qui résident dans le contenu des normes, il faut alors opérer un choix. Autrement, les normes peuvent être en conflit. La règle de Droit n'est pas perpétuelle, elle est changeante, mouvante. La coexistence des normes contradictoires susceptibles de régir une même situation juridique pose le problème de la règle à choisir pour trancher un litige. Le modèle hiérarchique permet de résoudre le problème. Dans cette optique, ne peut-on pas noter que le système de nullité textuelle trouve ses limites dans l'hypothèse de la présence d'une norme hiérarchiquement supérieure contraire ?

25. L'idée de la hiérarchie des normes trouve son assise doctrinale chez Hans KELSEN, éminent juriste autrichien du XX^e siècle¹⁰⁵. Il a proposé une systématisation de la hiérarchie des normes, comprise comme un enchaînement pyramidal du sommet vers la base. Pour observer la validité des normes, KELSEN établit une pyramide de ces normes¹⁰⁶. Au sommet de la pyramide se trouve la

¹⁰² Suivant l'article 244 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁰³ P. S. A. BADJI *op. cit.* p. 25, n°6

¹⁰⁴ J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », Dalloz 1993, p.63.

¹⁰⁵ KELSEN est un positiviste qui a envisagé le droit comme objet de science, pour lui les normes juridiques ne sont ni vrai ni fausses. La science juridique a pour objet le Droit positif.

¹⁰⁶ Selon cet auteur, la norme de rang inférieur est valide si sa production a été conforme à la procédure prescrite par la norme supérieure.

norme fondamentale, comme axiome. Dans la tradition Kantienne, l'analyse des normes repose sur une exigence de non-contradiction située en plan de la valeur et non des faits empiriques. Les actions contraires à la règle n'ont pas à être prises en considération par cette exigence de non-contradiction, dans la mesure où elles sont impuissantes à fonder des valeurs¹⁰⁷.

Le problème suppose que ces deux sources soient en compétition, c'est-à-dire qu'elles aient les mêmes destinataires. Or, si toute loi interne est applicable aux individus, il n'en va pas de même des Traités internationaux. Quand un Traité est source de droit ou devoir pour les ressortissants des Etats qui y sont parties, on dit qu'il est d'applicabilité directe¹⁰⁸. Dans cette hypothèse, la question serait de savoir si le système de nullité textuelle ne peut pas se révéler inefficace en présence d'une norme ou d'un principe général de droit international contraire¹⁰⁹. Il est un secret pour personne qu'à notre époque, le juge trouve chaque jour les moyens de dépasser l'ordre de la loi, soit par son interprétation ou par l'invocation de normes concurrentes et supérieures. Alors, quelle peut-être la véritable portée d'un principe prétendant lui faire l'interdiction de prononcer une nullité sans texte ? C'est bien au demeurant la raison pour laquelle, prenant acte de cette donnée nouvelle, le principe ne s'exprime plus guère aujourd'hui que sous l'express réserve, notamment, de la sanction nécessaire des atteintes aux libertés fondamentales¹¹⁰.

26. En face des principes généraux du droit par exemple, le principe de nullité textuelle serait discutable. Les principes généraux du droit expriment des règles de droit non écrits, mais qui peuvent néanmoins être appliquées par le juge pour la résolution de litige dont il est saisi¹¹¹. L'expression « *principes généraux du droit* » est susceptible de revêtir des sens extrêmement nombreux et variés. Le « *Dictionnaire de la terminologie du droit international* » est sur ce point éclairant. On n'y relève pas moins de cinq sens principaux possibles. Retenons ici qu'un principe général de droit est seulement un moyen de qualifier une règle particulière du droit international afin d'insister sur sa généralité et son importance. La Cour Pénale Internationale de Justice a utilisé

¹⁰⁷ E. KANT, *Fondement de la métaphysique des mœurs*, 1^{re} partie, Doctrine du droit, Paris 1971, cité par L. PIERRE et S. EVELYNE, *op. cit.* p.106.

¹⁰⁸ Les Etats qui affirment dans leur constitution, le principe de supériorité du droit international, doivent veiller au respect de cette règle en droit interne. Il peut cependant arriver qu'une loi nationale se trouve en opposition avec une disposition internationale.

¹⁰⁹ L'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice mentionne « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » comme étant l'une des sources du droit international. Cette disposition fut insérée dans le statut de la C.P.J.I. élaboré en 1920 par le Comité de juristes de la Société des Nations. Il y eut à l'époque de très nombreuses discussions entre les éminents juristes composant le Comité et, finalement, cette formule représenta le compromis qui fut accepté à l'unanimité des participants. www.pedone.info.

¹¹⁰ A. POSEZ *op. cit.*, n°27, p.166.

¹¹¹ www.justice-enligne.be.

l'expression « *principe général de droit* » dans ce sens dans l'affaire de l'usine de Chorzow (fond). Elle s'exprimait en ces termes : « *La Cour constate que c'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer* »¹¹². Autrement, par principe général du droit international, il faut entendre l'ensemble des principes communs aux grands systèmes de droit contemporains et applicables à l'ordre international. Il s'agit de la conception des principes généraux du droit qui est la plus communément acceptée actuellement et qui sera retenue ici. C'est la solution par ailleurs adoptée à l'article 21.1.C du Statut de la Cour pénale internationale où l'on fait référence aux « *principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentants les différents systèmes juridiques du monde* »¹¹³. Il faut rappeler que le droit communautaire a une portée régionale alors que le droit international peut avoir une portée au-delà du droit communautaire. Par application du principe de la hiérarchie des normes juridiques, il résulte que le caractère textuel des nullités peut être discutable en présence d'une norme contraire de source internationale. À la vérité, « *la sanction est présente dans toutes les branches du droit : elle accompagne la règle de droit, elle est la gardienne de son efficacité et de son effectivité, elle condamne et répare la défaillance à l'égard de la règle* »¹¹⁴. Par conséquent, il résulte que la consécration du système de nullité textuelle sans distinction de nullité de fond, c'est-à-dire, celle résultant de l'absence d'un élément indispensable à l'efficacité de l'acte¹¹⁵, et de la nullité de forme, c'est-à-dire, la cause de la nullité qui réside dans l'absence de l'utilisation d'une forme précise¹¹⁶, semble inefficace. Même en ce qui concerne les nullités de forme, le système ne peut s'adapter aux vices substantiels.

27. Par ailleurs, l'absence de pouvoir d'appréciation du juge est dangereuse et risque d'aboutir à des décisions mécaniques. En ce qui concerne par exemple les nullités pour vice de forme, certains auteurs ont préconisé qu'il convient de distinguer entre les formalités substantielles et les formalités secondaires. Cette distinction permet de ne faire jouer la règle « *pas de nullité sans texte* » que pour les formalités secondaires ou accessoires. Pour une flexibilité du système, l'introduction de cette

¹¹²www.pedone.info.

¹¹³ Afin d'être en mesure de qualifier une norme quelconque de « principe général de droit », il faut que cette règle, de procédure ou de fond, soit présente dans tous les grands systèmes de droit, c'est-à-dire dans la famille romano-germanique, dans les pays de *Common Law*, dans les pays qui ont adopté un système « socialiste », voire dans les régimes juridiques à forte coloration religieuse (pays islamiques ou bouddhistes).

¹¹⁴G. GUERLIN, « La motivation des sanctions civiles », in *Les sanctions en droit contemporain*, volume 2, la motivation des sanctions prononcées en justice, Dalloz 2013, p.130.

¹¹⁵ S. BRAUDO, www.dictionnaire-juridique.com.

¹¹⁶ *Ibid.*

solution est nécessaire dans l'AUSCGIE. La consécration de la règle « *pas de nullité sans grief* » paraît aussi nécessaire pour subordonner l'annulation d'un acte à la justification d'un préjudice dans une certaine mesure. Ces règles ont fait la preuve de leur efficacité en droit de procédure civile et il convient de s'en inspirer en droit des sociétés pour une plus grande flexibilité des nullités.

28. À la lumière de l'alinéa 3 de l'article 242, le vice du consentement ou l'incapacité n'est une cause de nullité pour les sociétés à risque limité que si tous les associés sont atteints. Il faut remarquer que cette disposition semble contredire celle de l'article 74-1 qui consacre le vice du consentement, l'incapacité, l'incompatibilité, l'interdiction, la licéité d'objet social comme cause de nullité de la société en général. Toutefois, l'on peut souligner que l'alinéa 3 de l'article 242 de l'AUSCGIE est une exception au principe posé par l'article 74-1 de l'AUSCGIE.

29. Le législateur semble répartir les nullités en deux domaines¹¹⁷. Mais cette délimitation ou subdivision obéit-elle au critère de l'intérêt protégé ? Il se pose ici la question de la cohérence du domaine de la nullité obligatoire et facultative en droit des sociétés et le critère de l'intérêt protégé en droit commun.

30. Quelle est la sanction réservée aux clauses « *réputées non écrites* » qui sont déterminantes d'une part et aux clauses dites « *interdites* » d'autre part ? Il se pose ici un problème de clarification de la sanction. Parlant des clauses interdites, deux interprétations sont possibles : soit elles sont nulles, soit réputées non écrites¹¹⁸.

Il semble que le législateur communautaire a expressément consacré la nullité judiciaire dans l'AUSCGIE¹¹⁹. Mais a envisagé également implicitement le traitement conventionnel du contentieux de la nullité pour éviter les frais judiciaires, selon l'esprit de l'article 148 de l'AUSCGIE. Il s'agit de penser par exemple à la nullité amiable ou conventionnelle, à l'instar du droit allemand ou à la lumière de la réforme du droit français des contrats. Dans cette optique, ne fallait-il pas aussi, envisager la sanction pécuniaire comme étant la plus favorable au lieu des nullités en l'absence de fraude, illicéité d'objet ou de la cause dans les contrats organisations? Il s'agira d'éviter la nullité qui risque de fragiliser la situation en cours.

Il est vrai que la présentation conflictuelle de rapports entre droit civil et droit des sociétés est née de l'incapacité du droit civil à satisfaire les exigences sociétaires en matière de sanction. Cependant, il serait faux de croire que le droit spécial est dans la logique de rompre avec le droit

¹¹⁷ Nullités facultatives, nullités obligatoires.

¹¹⁸ C'est-à-dire soumis au régime des actes inexistantes.

¹¹⁹ Conformément à l'esprit de l'article 2 dudit Acte uniforme.

commun. D'ailleurs, le renouveau de la liberté contractuelle que connaît le droit des sociétés participe d'une résurgence de ses racines civilistes. La sanction civile s'inscrit dans la logique de la complémentarité¹²⁰. La présence des sanctions civiles illustre la contribution du droit commun à la consolidation du droit des sociétés¹²¹.

31. Selon la doctrine¹²², la société est un contrat-organisation¹²³. Les contrats-organisations instituent une coopération entre A et B, lesquels mettent en commun des choses qui jusque-là leur étaient propres et les emploient à une activité conjointe¹²⁴. Le contrat-organisation est donc un contrat qui, de manière explicite ou implicite, définit une tâche, la divise en partie élémentaires et les repartit, d'une manière ou d'une autre, entre les contractants¹²⁵. De là résultent les différences qui distinguent les effets du contrat-organisation de ceux produits par un contrat-échange¹²⁶, aussi bien entre les parties qu'à l'égard des tiers¹²⁷. Par conséquent, la nullité en droit des sociétés doit tenir compte de cette spécificité. C'est en ce sens qu'elle n'est admise qu'à titre exceptionnel. Dans cette perspective, pour un développement économique harmonieux et efficace, l'admission des nullités en droit des sociétés doit s'accompagner d'une flexibilité.

32. Selon la doctrine et la jurisprudence administrative, l'illégalité d'un contrat n'entraîne pas automatiquement sa disparition de l'ordonnancement juridique¹²⁸. Cette illégalité peut dans une certaine mesure, faire l'objet de rectificatif pour les besoins de la cause. Cette solution paraît intéressante et peut s'inscrire dans la logique de la régularisation.

¹²⁰ M. AZAVANT, « La sanction civile en droit des sociétés », *Rev. Des sociétés* 2003, p.452.

¹²¹ Dès lors qu'un préjudice résulte du défaut de publication, les personnes tenues au respect de l'obligation de publication ne peuvent échapper à une éventuelle action en responsabilité civile.

¹²²P. DIDIER, « Brève note sur le contrat-organisation », *in* Mélanges en l'honneur de François TERRÉ, Dalloz PUF, 1999, p.635.

¹²³ Le mot « organisation » appartient à la langue des sciences sociales. Les juristes, toutefois, en font usage modéré et lui préfèrent, en général, des synonymes plus vagues, tel que : « groupement », « masse », etc.

¹²⁴P. DIDIER, *op. cit.* p.636.

¹²⁵ Il crée entre les parties les conditions d'un jeu de coopération où les deux parties peuvent gagner ou perdre conjointement, et leurs intérêts sont donc structurellement convergents, même si cela n'exclut pas de situation de divergence.

¹²⁶ Le contrat-échange a pour objet une permutation au terme de laquelle le bien de A se trouve entre les mains de B et le bien de B entre les mains de A. Ce type de contrat établit entre les parties un jeu à somme nulle en ceci que l'un des contractants gagne nécessairement ce que l'autre perd, et les intérêts des contractants y sont donc largement divergents, même s'ils peuvent ponctuellement converger.

¹²⁷P. DIDIER, *op. cit.* p.637.

¹²⁸ N. SYMCHOWICZ et Ph. PROOT, « Développements jurisprudentiels récents autour de la nullité des contrats publics », *Bulletin Juridique des contrats publics* n° 58, P. 150 à 163 ; Dominique POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, thèse LGDJ 1991, p.363 ; CE, 3 décembre 1997, AJDA 1998, p. 169, obs. Richer.

33. On dit souvent que la sanction est un témoin du degré de développement de l'ordre juridique. « Une porte par où le droit pénètre dans le réel »¹²⁹. L'opinion a été défendue selon laquelle « ce n'est que par la sanction que se comprend la règle : la sanction, c'est l'intelligence de la règle ; ce n'est que par la sanction qu'une règle peut être au service d'une valeur ou d'une politique-juridique, sociale, économique, etc »¹³⁰. Le droit est une discipline constituée par l'ensemble des règles de conduite qui, dans une société, régissent les rapports sociaux et dont le respect est assuré, par la contrainte publique¹³¹. Selon VILLEY, on peut concevoir pour le droit, quatre grandes finalités : la justice, la bonne conduite, le service des hommes et le service de la société. C'est dire qu'une règle de droit qui ne répond pas à l'une de ces attentes serait susceptible de contestation. Le droit doit être au service de la société, répondre au besoin de l'homme¹³².

Pour JAPIOT, la nullité est une sanction, elle n'a pour utilité et pour raison d'être que d'assurer l'observation de la règle qu'elle sanctionne. Et, si l'on passe outre, de réparer le mieux possible cette violation en préservant contre les conséquences de celle-ci les intérêts que la règle violée était destinée à protéger. C'est pour cela seulement qu'il y a des actes nuls¹³³.

34. L'OHADA a permis et permet de réinventer le droit pour faire avancer l'économie et tenir place dans la marche de la mondialisation qui ne laisse aucun pays indifférent¹³⁴. La voix d'un seul Etat aujourd'hui est inaudible¹³⁵. Les Etats africains semblent avoir découvert la justesse de ces propos face à la mondialisation et à la globalisation des échanges. Ces nouvelles données menacent les agents économiques exerçant leur activité dans le cadre des marchés étroits correspondant aux territoires balkanisés, hérités de la colonisation¹³⁶. C'est la philosophie de la simplification de la création des entreprises ou des sociétés, sans un véritable contrôle administratif *a priori*, relatif aux conditions juridiques. Il faut noter que le greffier ne peut exercer qu'un contrôle formel consistant dans la remise des pièces réglementaires exigées par la loi. Il se chargera essentiellement de la vérification de la conformité des énonciations de la demande avec des pièces produites. En d'autres

¹²⁹ Ph. JESTAZ, *La sanction ou l'inconnue du droit*, Dalloz 1986, chr. 197.

¹³⁰ Ph. MALAURIE, *Les sanctions en droit privé*, Defrénois 2006, 316, cité par J. GHESTIN, in *Traité de droit civil, la formation du contrat T.2*, LGDJ 2013, n°2003, p.708.

¹³¹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du Droit*, éd. Dalloz 2003, P.19.

¹³² www.galatrain.com.

¹³³ R. JAPIOT, *op. cit.* p.166.

¹³⁴ D. C. SOSSA, « Allocution d'ouverture du colloque et de la foire du 20^e anniversaire de l'OHADA », in « OHADA 20 ans déjà : bilan et perspectives », *Revue burkinabé de droit*, n°48-1^{er} semestre 2014, p.10.

¹³⁵ Sauf, l'Etat disposant d'un droit de VETO.

¹³⁶ N'D. DIOUF, « La Cour commune de justice et d'arbitrage : bilan et perspective », in « OHADA 20 ans déjà : bilan et perspectives », *Revue burkinabé de droit*, n°48-1^{er} semestre 2014, p.69.

termes, le greffier ne peut se faire juge de la régularité de la constitution d'une société¹³⁷. Et, d'autre part, le législateur se préoccupe de la gouvernance d'entreprise, en insistant sur la transparence dans la gestion, moyen d'attractivité des investisseurs. Or, parallèlement, dans la pratique, on note un nombre croissant des sociétés en faillite.

L'esprit de l'article 2 met l'accent sur le principe d'impérativité des dispositions de l'AUSCGIE. L'on peut se poser la question de savoir si cette consécration du principe d'impérativité contribue à la souplesse de la sanction.

Il conviendrait de manière générale de chercher à savoir : quelle est la portée du système des nullités dans l'AUSCGIE ?

Selon le vocabulaire juridique, la portée est un terme neutre souvent employé à propos d'une règle, d'une décision de justice ou d'une convention pour désigner, son domaine d'application ; son objet et ses effets ; plus indirectement, ses incidences ; son efficacité ou son effectivité¹³⁸. Il conviendrait de retenir, pour la présente étude, la définition de la portée comme étant l'incidence ou la valeur de la nullité dans l'AUSCGIE.

35. Le sujet a le mérite, du moment où il nous permet d'examiner, l'équilibre intérêt particulier et intérêt générale, assuré par la sanction qui est nullité, tant dans une perspective contractuelle qu'institutionnelle. Sur le plan pratique, il permet d'apprécier le maintien de l'enjeu économique au lieu de la nullité.

36. Notre étude ne concerne pas les sociétés coopératives, qui ne sont pas soumises au régime des nullités textuelles¹³⁹. Celles-ci sont régies par un Acte spécifique, consacrant une double qualification juridique, notamment celle d'une société et d'une coopérative¹⁴⁰. En ce sens, les coopératives sont caractérisées par la qualité des personnes qui se lient entre elles dans un double engagement de sociétariat et d'activité¹⁴¹. Et surtout, que les sociétés coopératives ont une finalité spécifique, notamment la satisfaction des besoins économiques, sociaux et culturels des membres. Les sociétés civiles également sont exclues, du moment où ces dernières sont règlementées par la loi de chaque Etat, à savoir le code civil et non par la législation communautaire. La particularité

¹³⁷ B. BOULOC *op. cit.*, p.441.

¹³⁸ G. CORNU, Vocabulaire juridique, PUF, éd. 2018, p.1643.

¹³⁹ les articles 198 à 203 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés coopératives.

¹⁴⁰ Le principe dans les sociétés coopérative est, que les adhérents cumulent un double statut : d'un côté, ils sont des associés ayant participé à la constitution du capital social et d'autre part, ils sont des coopérateurs, c'est-à-dire, des fournisseurs ou clients, se trouvant soumis à un engagement d'activité envers la personne morale.

¹⁴¹ Coopérative de commerçants détaillants, de consommateurs, d'agriculteurs.

de la société civile par rapport à la société commerciale réside dans le fait qu'elles sont transparentes et ayant une plus forte liberté contractuelle¹⁴².

37. Etant entendu que la multiplication actuelle des nullités dans l'AUSCGIE révisé n'est pas de nature à faciliter cette souplesse, il convient d'envisager un réaménagement tant du système des nullités que son application. Il faut souligner que le réaménagement du système des nullités permettra de clarifier, les critères de subdivision des nullités facultatives et obligatoires d'un côté et de montrer les imperfections des nullités textuelles de l'autre. En outre, le réaménagement de la mise en œuvre consistera à innover dans la mise en œuvre des nullités. Il s'agit ici d'envisager, les alternatives à la nullité et les sanctions pécuniaires plus intéressantes et efficaces que les nullités. Cette option de la sanction pécuniaire respecte la liberté contractuelle. La nullité est l'outil permettant de faire obstacle aux anomalies congénitales des actes juridiques, conventionnels ou non, par un effacement de ceux qui violeraient les conditions de formations exigées¹⁴³. Selon un auteur, la nullité doit donner aux règles juridiques leur maximum de fermeté par une garantie d'exécution aussi sûre que possible, remplira de façon la plus complète le rôle si important qu'elle joue dans le droit¹⁴⁴.

38. PORTALIS déclarait expressément que la « *loi ne peut tout prévoir, et ne le doit pas, sous peine de figer l'évolution des règles* »¹⁴⁵. Selon GENY, le législateur devait « *laisser des blancs* » dans ses constructions afin de permettre au juge d'adapter les règles aux situations nouvelles¹⁴⁶. En ce sens, les causes de nullité ne peuvent faire l'objet de verrouillage par le législateur, dès lors que la nullité est l'outil permettant de faire obstacle aux anomalies congénitales de l'acte juridique. Il apparait, dans cette optique, la nullité est une sanction nécessaire, assurant ses fonctions de prévention dans l'AUSCGIE (première partie).

¹⁴² Cette qualification signifie que si la société ne peut faire face à ses dettes, les créanciers de la société sont recevables à poursuivre les associés sur leurs biens personnels. Ainsi, la 3^e chambre de la cour de cassation française a jugé le 12 septembre 2007 que le paiement d'une dette de la société civile constituée en vue de la vente d'immeuble, qui a fait l'objet d'une liquidation amiable et qui ne dispose plus d'aucun actif, peut être poursuivi par les créanciers directement contre l'un des anciens associés. Les associés se présentent comme des débiteurs subsidiaires du passif social en vers les tiers, qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale.

¹⁴³ D. SADI, *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, éd. Mare & martin, 2015, p.23, n°1.

¹⁴⁴ R. JAPIOT, *op. cit.* p.167.

¹⁴⁵ J.-E.-M. PORTALIS, Discours préliminaire au code civil, cité par P. LASCOUMES et E. SERVERIN, in « Théorie et pratique de l'efficacité du droit », www.persee.fr, p.104.

¹⁴⁶ F. GENY, « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », 2^e éd. Paris, 1954, cité par P. LASCOUMES et E. SERVERIN, in « Théorie et pratique de l'efficacité du droit », www.persee.fr, p.105.

La théorie de la sanction veut se fonder essentiellement sur le critère de l'intérêt qui est à la base de l'élément de validité manquant¹⁴⁷. C'est dire que la nullité est la sanction réparatrice d'une règle de droit. Selon CARBONNIER, le contrat est inefficace si, au moment de sa formation, il manque de l'une des conditions qui lui sont essentiels, ou si telle de ces conditions se trouve viciée¹⁴⁸. Il s'agit de la sanction fréquente de la violation d'une règle de droit relative à la formation d'un acte juridique, c'est-à-dire d'un acte de volonté qui est créateur d'effet de droit, tel un contrat¹⁴⁹. En d'autres termes, si la nullité est une sanction, elle est une réaction destinée à rétablir l'ordre¹⁵⁰. Dans cette perspective, il semble que l'impérativité des dispositions de l'AUSCGIE, nonobstant son ambition d'assurer l'efficacité de la règle de droit, est susceptible d'entraver les nullités dans leurs fonctionnements. Autrement, la consécration du caractère impératif des dispositions de l'AUSCGIE, même si elle participe à la police économique, n'est pas de nature à faciliter la souplesse des nullités dans l'AUSCGIE. Il en résulte une sanction relativement efficace dans sa mise en œuvre (deuxième partie).

¹⁴⁷ D. GUGGENHEIM, *op. cit.* p.13.

¹⁴⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil, V.2, Les biens, Les obligations*, PUF 2004, p.1295.

¹⁴⁹ J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit*, Sirey 12^e éd. 2008, n°23, p.18.

¹⁵⁰ D. GUGGENHEIM, *op. cit.* p.17.

PREMIÈRE PARTIE

**LA NÉCESSITÉ INCONTESTÉE DES
NULLITÉS EN DROIT DES SOCIÉTÉS
COMMERCIALES**

39. Le dessein primordial du législateur OHADA est de favoriser l'investissement. On sait que le moyen le plus approprié pour le réaliser est d'offrir un cadre fonctionnel pour l'exercice de l'activité. Or, le développement de celle-ci dépend largement de sa crédibilité parce que sa gestion est saine, transparente et responsable. En réalité, la société commerciale ne sera attrayante que si les associés et les tiers sont persuadés de sa crédibilité¹⁵¹. Autrement, le souci est d'élaborer un droit simple, moderne, adapté aux exigences du moment, pour la préservation de l'ordre public économique et la gouvernance d'entreprise. C'est dire que la crédibilité de la société commerciale est fonction d'une gestion saine, transparente et responsable. En ce sens, la sanction est nécessaire pour l'effectivité du dessein du législateur.

Le mot nécessaire s'entend de ce qui est exigé, requis, obligatoire. Autrement, c'est qui répond en fait à un besoin primordial et souvent urgent¹⁵². Dans cette optique, si la sanction permet l'effectivité d'une règle juridique, elle est nécessaire, c'est-à-dire indispensable pour la réalisation de l'œuvre du législateur communautaire. Le droit OHADA est instrumentalisé au service de l'efficacité économique¹⁵³ et donc il se veut un droit flexible. C'est dans cette optique que s'inscrit la révision de l'AUSCGIE pour répondre aux besoins des opérateurs économiques, en tenant compte des réalités qui s'imposent par ce courant économique reconnu sous l'appellation du gouvernement d'entreprise¹⁵⁴. Dans le cadre de cette révision, il faut rappeler que les innovations apportées au régime de nullité sont remarquables. Il conviendrait de souligner que ces innovations apportées par le législateur concourent à la clarification du régime des nullités dans l'AUSCGIE. Comme l'a souligné un auteur, la sanction soutient la règle pour l'aider à atteindre son but¹⁵⁵. Plus généralement, la sanction est tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation. C'est aussi un moyen de pression¹⁵⁶. Dans cette perspective, les nullités dans l'AUSCGIE apparaissent comme un principe indiscutable (titre I). Mais, il y a une

¹⁵¹ P-G. POUGOUE, « l'impact de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE sur le contrôle et développement des entreprises locales », *Juridis* n°66, avril mai juin 2006, p.107.

¹⁵² G. CORNU, *op. cit.*, p.682.

¹⁵³ A CISSE, « Pour une approche plurale du droit africain », *in* l'Esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de P-G. POUGOUE, CREDIL 2914, p.20.

¹⁵⁴ C'est à la suite de scandales de gouvernance dans les années 1990/2000 qu'est né le concept de gouvernement d'entreprise. La chute d'Enron, de Worldcom et la presque faillite de Vivendi Universal ont révélé ce que l'exercice autoritaire et non transparent du pouvoir au sein d'un grand groupe pouvait causer comme dégât à la société entière (car, quand un grand groupe tombe, il entraîne avec lui des centaines voire des milliers de salariés directs et de sous-traitants...).

¹⁵⁵ R. JAPIOT, *op. cit.*, p.39.

¹⁵⁶ G. CORNU, *op. cit.*, p.943.

incertitude dans l'option des nullités textuelles. Il résulte de cette difficulté une application discutable des nullités (titre II).

TITRE I

**L'UNANIMITÉ AUTOUR DU PRINCIPE
DES NULLITÉS EN DROIT DES SOCIÉTÉS
COMMERCIALES**

40. Le principe peut s'entendre de ce qui est à l'origine de quelque chose, ce qui en est la cause première. Il s'agit de la base sur laquelle repose l'organisation de quelque chose ou qui en régit le fonctionnement. Le principe est une proposition fondamentale, loi, règle définissant un phénomène dans un domaine d'étude¹⁵⁷. Dans un autre sens, le principe est une règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinés à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure¹⁵⁸. Par exemple, les principes « *fondamentaux* » reconnus par les lois de la République¹⁵⁹. Selon le dictionnaire des droits de l'homme, les principes sont des normes juridiques, qui émergent dans le contexte d'un décisionnisme judiciaire dont les conséquences en termes de rupture sont amorties par le phénomène du précédent jurisprudentiel¹⁶⁰. En ce sens, la nullité est, la sanction de l'invalidité d'un acte juridique, ou d'une procédure soit que la cause de la nullité réside dans l'absence de l'utilisation d'une forme précise qui est légalement imposée, soit qu'elle résulte de l'absence d'un élément indispensable à son efficacité¹⁶¹. La nullité, elle fait plus de mal que de bien¹⁶². Toutefois, il conviendrait de souligner qu'elle est nécessaire, dans la mesure où, selon un auteur, non sanctionné, le droit perd sa substance et son efficacité¹⁶³. Le législateur ne travaille pas en vue d'édifier des constructions théoriques : il travaille pour les individus dont il se propose de régler les rapports. Il consacre la validité des actes juridiques en vue de l'utilité qu'ils procurent aux personnes, afin que la promesse faite ne laisse pas son bénéficiaire désarmé. Mais aussi, afin que de l'acte, résultent pour les personnes des droits. De même, la loi déclare un acte nul afin que les personnes ne soient pas désarmées contre les conséquences de cet acte, mais qu'elles aient le droit de les prévenir ou de les supprimer¹⁶⁴. Autrement, la sanction constitue l'élément essentiel sans lequel la règle de droit n'a pas de prise sur le réel¹⁶⁵. Il s'agit ici d'examiner si les nullités dans l'AUSCGIE participent au maintien de l'ordre public sociétaire, pour assainir le climat des affaires (chapitre I).

41. La notion d'efficacité est aujourd'hui très utilisée pour mesurer l'impact du droit sur les pratiques sociales. L'inefficacité est appréciée directement lorsqu'on considère que les résultats

¹⁵⁷ www.larousse.fr.

¹⁵⁸ G. CORNU, *op. cit.*, p.806.

¹⁵⁹ Il s'agit ici de résultat d'une sélection opérée par le Conseil constitutionnel parmi les nombreuses lois républicaines antérieures à 1946 et présentée par la décision du 20 juillet 1988, CC., n°88-244 DC. Rec., p.119.

¹⁶⁰ J. ANDRIANTSIMBAAZOVINA et autres, Dictionnaire des Droits de l'Homme, PUF 2008, p.972.

¹⁶¹ S. BRAUDO, Dictionnaire du droit privé, www.dictionnaire-juridique.com.

¹⁶² J. FOYER, « La genèse de la loi sur les sociétés commerciales », *Revue sociétés* 1996, p.433.

¹⁶³ L. GROSCLAUDE, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, Thèse, Paris I, 1997.

¹⁶⁴ R. JAPIOT, *op. cit.* p.285.

¹⁶⁵ Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p.197.

attendus de telle ou telle réglementation ne sont pas obtenus. On se réfère alors au « *but idéal* » sous-entendant une sorte d'opérationnalité directe des textes¹⁶⁶. Il conviendrait de faire montre que la nullité contribue de manière efficace à l'assainissement des relations au sein de la société (chapitre II).

¹⁶⁶ L. PIERRE et S. ÉVELYNE, *op. cit.* p.118.

CHAPITRE I

**DES NULLITÉS GARANTISSANT
L'ASSAINISSEMENT DU CLIMAT
DES AFFAIRES**

42. Le Professeur GUYON expliquait ainsi les mouvements contradictoires de droit : « *le droit des sociétés est plus que jamais soumis à deux tendances contradictoires. D'un côté la prolifération d'une réglementation de plus en plus tatillonne, de l'autre l'aspiration à davantage de souplesse et de liberté dans l'organisation et le fonctionnement de ces personnes morales.* »¹⁶⁷ La liberté contractuelle est un des principes qui régit non seulement le droit commun des obligations, mais aussi trouve son application en droit des affaires. La liberté contractuelle repose sur le postulat selon lequel les individus doivent être libres de définir eux-mêmes les termes de leurs propres contrats, sans aucune interférence d'autrui.

L'existence et l'activité des sociétés sont liées à l'activité économique d'un pays, c'est pourquoi la promouvoir est non seulement un gage de respect des libertés fondamentales mais aussi une incitation à entreprendre. Ainsi, les parties contractent ou ne contractent pas, elles déterminent le contenu de leur contrat sans conditions de forme, dans les limites des dispositions légales¹⁶⁸. Pendant tout le XIX^{ème} siècle, le droit général des obligations, mais aussi le droit des sociétés, était beaucoup plus libre qu'aujourd'hui. En effet, il n'existait pas d'autres branches du droit spécialisées pour venir les limiter, comme le droit de la consommation ou le droit du travail. Cette liberté s'est trouvée consacrée avec le décret D'Allarde et la Loi le Chapelier de 1791, qui ont fait interdire les corporations et ont permis le développement des métiers commerçants. Cependant le législateur s'est ensuite rendu compte des effets négatifs qu'une liberté trop grande pouvait avoir. Il faut noter que trop de parties faibles étaient abandonnées à la puissance des sociétés. Cela entraînait en contradiction avec la théorie de la volonté qui suppose un consentement libre et éclairé, en droit commun des obligations. De fait, dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle l'Etat s'est fait plus protecteur des intérêts des parties faibles. Puis, il a instauré un ordre public économique de direction, avec la fermeture du libre accès à un certain nombre de professions¹⁶⁹.

43. Plus curieusement, les SA¹⁷⁰ tentent de contourner des principes du contrat afin de pouvoir s'adapter à des circonstances nouvelles en modifiant leurs statuts par une décision collective prise à la majorité. Et pourtant, un contrat ne peut être modifié que par le consentement unanime de ceux

¹⁶⁷ Y. GUYON, *Traité des contrats : Les sociétés-Aménagements statutaires et convention entre associés*, 5^e éd. LGDJ 2002, p.7.

¹⁶⁸ Art 1134 du code civil.

¹⁶⁹ Par exemple, le pharmacien, dans une idée d'assainissement, mais aussi de nombreuses nationalisations en 1945 et 1946, avec la nationalisation de la Banque de France, des quatre plus grandes banques françaises puis le gaz, l'électricité, des compagnies d'assurance ainsi que des mesures comme le contrôle des prix et des changes.

¹⁷⁰ Société Anonyme.

qui l'on conclut¹⁷¹. Mais dans les années 1980, la tendance s'inverse avec une déréglementation massive dont l'origine se trouve en partie dans la réalisation du manque d'efficacité d'un droit trop encadré, rigide. Or, le droit des affaires en général nécessite la souplesse. Ainsi la recherche perpétuelle d'un équilibre résulte de la volonté de stimuler la croissance économique tout en protégeant les individus. La question est de savoir si les fonctions classiques de la police économique sont garanties par les nullités dans l'AUSCGIE.

Il semble que l'effectivité de l'ordre public est assurée par la nullité. Cette sanction, à la lumière de l'article 2 de l'AUSCGIE, participe à la prépondérance de l'ordre public de direction (section I), mais elle préserve également l'ordre public de protection (section II).

SECTION I : LES NULLITÉS : UN MOYEN DE PROTECTION DE L'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION EN DROIT DES SOCIÉTÉS

44. L'ordre public s'entend des normes impératives considérées comme essentielles au fonctionnement d'un service public. L'ordre public de direction est un ensemble des normes essentielles au maintien de la sécurité, à la recherche de l'économie¹⁷². Le nouvel article 74-1 de l'AUSCGIE dispose que « *Les sociétés constituées en violation des articles 7, 8, 9, 20, 37 alinéa 1^{er} et 40 ci-dessus sont nulles* ». Cette disposition concerne la consécration des causes de nullité relatives à la constitution de la société. Cette limitation résulte aussi de l'interprétation de l'esprit de l'article 2 de l'AUSCGIE qui pose le principe d'impérativité des dispositions dudit Acte, interdisant à l'associé unique ou aux associés d'y déroger hormis toute autorisation expresse. Par conséquent, l'autonomie de leur volonté se trouve entravée.

45. Si la restriction imposée à la liberté contractuelle des associés par l'impérativité sociétaire pose peu de problèmes dans l'hypothèse des sociétés à risque limité, elle est au contraire discutable dans les sociétés à risque illimité. Selon l'esprit de l'article 2 de l'AUSCGIE, consacrant le principe d'impérativité des règles, la nullité est une sanction encadrant la liberté contractuelle des associés (§ I), en outre, cette sanction renforce les pouvoirs des dirigeants (§ II).

¹⁷¹ Y. GUYON, « Liberté contractuelle et Droit des sociétés », www.droit-et-commerce.

¹⁷² G. CORNU, *op. cit.* p. 721.

PARAGRAPHE I : L'ENCADREMENT DES NULLITES : UNE LIMITE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LES SOCIÉTÉS

46. Dans les sociétés à risque limité (SA, SAS et SARL), les règles spécifiques du caractère institutionnel sont très nombreuses et très développées en raison du fait que les recours contre les associés sont limités¹⁷³. Selon le Professeur Jean PAILLUSSEAU, « *la limitation de la responsabilité des associés implique que l'on protège la société elle-même, en tant que telle, à moins que l'on accepte de spolier aussi bien les associés que les créanciers* »¹⁷⁴. À cet égard, le législateur est obligé d'intervenir dans l'organisation de la société. Cette immixtion se justifie, semble-t-il, par la logique organisationnelle en fonction de laquelle de telles structures ont été conçues. Au-delà, elle s'explique par l'affirmation de l'intérêt propre de la société comme personne morale distinct de celui de ses différentes composantes. On aboutit à l'application à la société commerciale de la théorie publiciste de l'institution systématisée par le Doyen HAURIOU d'après laquelle la société serait moins un contrat qu'une institution¹⁷⁵. L'application de cette théorie à la matière semble intéressante dans la mesure où elle permet d'expliquer les contraintes impératives qui en résultent. Pour le Doyen CARBONNIER, « *les lois sont nécessaires à la société parce que la condition humaine est essentiellement pécheresse. Le Droit est indispensable parce qu'il porte le glaive et que c'est seulement par le glaive que peut être domptée l'agressivité inhérente aux êtres humains, que peut être établi un ordre, un compromis, fût-il précaire, entre l'activité des uns et la convoitise des autres* ». Et c'est en cela que la loi apparaît comme un mal : « *non point parce qu'elle fait mal ou qu'elle fait du mal, mais parce qu'elle est liée à l'existence du mal* »¹⁷⁶, « *Appelée par les hommes et venue des hommes, elle reflète le mal qui est dans ses sujets et porte en elle le mal qui est dans ses auteurs* »¹⁷⁷. Dans cette optique, l'effectivité de la règle de droit nécessite une sanction comme la nullité. La sanction selon un auteur, est comme un instrument de mesure, comme règle du jeu des rapports sociaux¹⁷⁸. La sanction servirait à désigner une caractéristique structurelle des normes juridiques. La nullité limitant la liberté contractuelle des

¹⁷³ Compte tenu de la souplesse très remarquable pour la constitution et le fonctionnement des SAS, elles ne sont pas analysées dans cette section.

¹⁷⁴J. PAILLUSSEAU, « La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés », in *Droit et Actualité*, Etudes offertes à Jacques BÉGUIN, Litec, 2005, n°24, p.576, cité par P. N. KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », RTD Com.2010, p.5.

¹⁷⁵ M. HAURIOU, *Théorie de l'institution*, cité par P. N. KANTE, *op. cit.* p.6.

¹⁷⁶J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Deffrénois, 1979, p.331.

¹⁷⁷*Ibid.*, p.331.

¹⁷⁸ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, 1982, p.105.

associés, à la constitution (A), d'un côté, elle assure la préservation de l'ordre public de direction par la limitation de la liberté contractuelle dans le fonctionnement (B).

A- L'encadrement de la liberté contractuelle dans la constitution

47. Selon le Professeur TERRÉ, si l'existence d'une sanction n'est pas nécessairement le critère du juridique, celle-ci accompagne la plupart du temps la mise en œuvre des règles. Dans ce sens, en droit, qui dit sanction, dit aussi mise en œuvre de la règle juridique, ainsi que des prérogatives consacrées et protégées¹⁷⁹. C'est dans cette perspective que la nullité participe à la protection de l'ordre public économique, en limitant la liberté contractuelle des associés à la constitution de la société commerciale dans l'espace OHADA.

Divers aspects du régime juridique de la nullité de constitution de la SA, de la SAS ou de la SARL attestent l'attachement de ces trois types de sociétés commerciales à la théorie de l'analyse institutionnelle. Toutefois, la thèse contractuelle reconnue à certains de leurs éléments n'est pas abandonnée. Certaines nullités limitant leur liberté sont communes (1) alors que d'autres sont spécifiques (2).

1-La limitation commune

48. Dans une conception contractuelle de la société, la liberté est le principe, comme dans tout contrat. Tout ce qui n'est pas contraire à l'ordre public est par conséquent permis. Dans une conception institutionnelle au contraire, fondée sur l'idée que la personnalité morale produit des effets, à l'égard des tiers, les sociétés sont régies par une réglementation impérative. Les associés ne peuvent déroger à cette exigence que dans les cas où la loi l'autorise expressément. Tout ce qui n'est pas permis est interdit¹⁸⁰. Plusieurs dispositions font mention de la limitation de liberté pour la constitution de sociétés à risque limité. Il conviendrait de retenir les exigences relatives au capital social minimum (b), à la souscription intégrale des parts ou actions (a), de la licéité d'objet (c) et de la réalisation d'apport (d).

a- L'obligation d'une souscription intégrale des parts ou actions

49. La souscription est le contrat par lequel l'associé ou l'actionnaire adhère aux statuts de la société et s'engage à effectuer un apport dont le montant contribuera à former le capital social. Dans les

¹⁷⁹ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 9^e éd. Dalloz Paris 2012, p.571, n°701.

¹⁸⁰ Y. GUYON, « Liberté contractuelle et Droit des sociétés », p.1, www.droit-droit-et-commerce.

sociétés par actions, celui-ci circonscrit les obligations des actionnaires à l'égard des créanciers sociaux, l'affectation des apports doit être concomitante à la souscription et ferme.

Selon l'article 311-1 de l'AUSCGIE, « *les parts doivent être souscrites en totalité par les associés (...)* ». À la lumière de l'article 388 de l'AUSCGIE, « *le capital de la société anonyme doit être entièrement souscrit avant la date de la signature des statuts* ». Cette exigence vise à donner une certaine réalité au capital social et à exclure toute insécurité sur l'étendue du gage des créanciers sociaux. La réalisation de la souscription permet de constituer le capital social exigé.

Il se posera toutefois une difficulté en ce qui concerne les parts en industrie, représentant les apports en industrie, qui ne peuvent être évaluées au moment de la constitution de la société.

L'apport en industrie est une notion ancienne, cette notion figurait dans le Code d'Hammourabi¹⁸¹, notamment chez les Babyloniens. Le code d'Hammourabi, rédigé par les Babyloniens en 1750 avant Jésus-Christ, décrit le contrat conclu entre le négociant et son commis pour réaliser le trafic en pays éloigné. La qualification de ce contrat fut l'objet de vives discussions pour déterminer s'il fallait lui appliquer la réglementation très contraignante du contrat de prêt. Le négociant investissait une somme d'argent que le commis tentait de faire fructifier pendant son séjour temporaire. À son retour, le commis ne rendait pas l'argent, ce qui permit de conclure que ce contrat n'était pas un prêt. Pour le qualifier de contrat de société, il fallait définir les apports de chacun. L'apport du commis fut qualifié d'« *apport en industrie* » : il met à la disposition du négociant ses aptitudes commerciales, ses relations avec les pays où il va trafiquer, son expérience des voyages en caravanes. Il doit aussi avoir un certain crédit, puisqu'il est tenu de payer le double du capital reçu, s'il fait des spéculations sans profit¹⁸². Il existe de nombreux arrêts sur cette question¹⁸³. La qualification d'apport en industrie est un moyen d'obtenir, *a posteriori*, la reconnaissance d'une société. Ces moyens sont souvent invoqués par des couples qui se séparent et qui espèrent ainsi obtenir des droits sur le fruit de leur vie commune¹⁸⁴. Etant donné que cet apport est à exécution

¹⁸¹ S. SCHILLER et P.-L. PERIN, « *Les apports en industrie dans les SAS* », Rev. Stés. 2009, p. 60.

¹⁸² www.djce-nancy.fr.

¹⁸³ Trib. Civ. Besançon 27 mars 1903 : DP 1904, 2, 241, note PERCEROU ; Trib. Gr. Inst. Seine 2 fév 1910 : J Cl Stés 1911, 445 ; Basse-Terre 4 mai 1973 : RTD Com 1974, P. 98, obs. Cl. CHAMPAUD ; cass. Com. 11 juill 1988, JCP 1989, éd. E, II, 15415, n°1, obs A. VIANDIER et J.J. CAUSSAIN ; com. 19 fév 1991, Dalloz 1992, somm. 391.

¹⁸⁴ Au XIX^e siècle, la pratique avait créé les parts de fondateurs dont l'utilisation la plus célèbre fut celle des parts de la Compagnie du Canal de Suez en 1858. Ces parts conféraient à leurs titulaires des droits sur les bénéfices et éventuellement, sur le *boni* de liquidation, en contrepartie de services rendus lors de la constitution de la société. La loi française de 1929 leur donna un régime légal, en manifestant une certaine hostilité à leur égard en raison des critiques déjà émises envers elles.

successive, son évaluation à la constitution n'est pas évidente. Par ailleurs, il n'entre pas dans la composition du capital social minimum exigé par le législateur.

b- La relativité de l'exigence d'un capital social minimum

50. Du point de vue juridique, le capital est soumis à un régime particulier parce qu'il est considéré comme le gage des créanciers sociaux. L'expression ne doit d'ailleurs pas faire illusion : l'utilité pratique du capital est nulle si l'actif social est tombé à zéro, car le capital ne correspond alors plus à rien de concret. Le capital est cependant une garantie pour les créanciers¹⁸⁵. L'on ne peut pas créer une société à risque limité sans capital social. L'exigence du capital social minimum est une condition *sine qua non* de la création d'une société à risque limité. Il ressort de l'article 311 de l'AUSCGIE que « *sauf dispositions nationales contraires, le capital social doit être d'un million (1 000 000) de francs CFA au moins...* ». C'est dire que la liberté est reconnue aux Etats, qui peuvent décider ou laisser cette liberté aux associés de déterminer le *quantum* minimum du capital social dans les SARL¹⁸⁶. Au Tchad, l'alinéa 1^{er} de l'article 6 du décret n° 1792 /PR/PM/MJDH/2015 du 24 août 2015 fixe le capital social minimum à 100.000 francs CFA. Autrement, on ne peut pas créer une SARL sans capital social sous peine de nullité. Cette exigence est aussi requise pour la création d'une SA.

Suivant l'article 387, « *le capital social minimum est fixé à dix millions (10 000 000) de francs CFA...* »¹⁸⁷. En effet, la fraction de l'actif qui dépasse la valeur du capital représente des bénéfices. Traditionnellement, le législateur attachait beaucoup d'importance au capital social et exigeait, afin de protéger les créanciers sociaux, un capital minimum dans les sociétés où l'obligation au passif des associés était limitée au montant d'apports. Le capital social présente aussi un intérêt pour les associés. Il constitue la clé de répartition de leurs droits et de leurs pouvoirs. Dans bien des cas, le

¹⁸⁵Y. GUYON, *Droit des affaires, Tome I, Droit commercial général et Sociétés*, 12^e éd. Economica, Paris, 2003, P.111, n°110.

¹⁸⁶ Au BENIN, l'article 6 du décret n° 2014-220 du 26 mars 2014 portant modalités de création des SARL prévoit que les associés fixent librement le montant du capital social dans ce type de société ; au SENEGAL, l'article 1^{er} de la loi n°17/2014 du 15 avril 2014 portant fixation du capital social minimum de la société à responsabilité limitée prévoit que le capital social de la SARL est de 100 000 F CFA au moins ; au TOGO, l'article 3 du décret n°2014-119/PR du 19 mai 2014 déterminant la forme des statuts et le capital social pour les société à responsabilité limitée fixe le capital social minimum de la SARL à 100 000 F CFA ; RD CONGO : arrêté interministériel n°002/Cab/MIN/JGS & DH/014 et 243/CAB/MIN/FINANCES/2014 du 30 décembre 2014 rendent facultatif le recours au notaire et accordant aux associés de la SARL la liberté de déterminer le montant du capital social ; au GABON, la loi n°013/2016 du 5 septembre 2016 fixe le montant du capital social minimum à 100 000 F CFA ; au TCHAD, le décret n°1792/PR/PM/MJDH/2015 du 24 août 2015 fixe à 100 000 F CFA le montant du capital minimum, au CONGO, le décret n°2017-41 du 28 mars 2017 accorde la liberté aux associés de fixer librement dans les statuts le montant du capital social minimum.

¹⁸⁷ Le montant minimum requis varie suivant que les actionnaires souhaitent ou non faire appel public à l'épargne.

droit de vote aux assemblées générales et le montant du dividende perçu varie selon l'importance du capital détenu par chaque associé¹⁸⁸. En termes d'avoir, la partie capitalisée de l'apport représente une clé générale et supplétive de répartition des droits patrimoniaux des associés. En vertu de l'article 54 de l'AUSCGIE, la part de chaque associé dans les bénéfices se détermine à proportion de sa part dans le capital social, sauf clause contraire non léonine. Et si l'article 54 de l'AUSCGIE dispose que « *sauf clause contraire des statuts ou dispositions contraires du présent acte uniforme, les droits et l'obligation de chaque associé, visés à l'article 53 ci-dessus, sont proportionnels à ses apports, qu'ils soient faits lors de la constitution de la société ou au cours de la vie sociale* », il s'agit implicitement mais certainement des apports capitalisés. En termes de devoir patrimonial, la part dans le capital constitue aussi la clé générale et supplétive utilisée pour déterminer les modalités de contribution des associés aux pertes de la société.

51. Toutefois, il semble qu'une telle exigence est discutable. Considérer le capital social comme gage des créanciers n'est pas certain de nos jours. Le gage des créanciers est sans doute constitué davantage aujourd'hui par l'actif net ou les fonds propres de la société¹⁸⁹. Il suffit de trouver une garantie équivalente. Par exemple, les associés acceptent de payer les créanciers sociaux sur leurs biens personnels, comme ils le font dans les GIE¹⁹⁰ qui pour cette raison peuvent se constituer sans capital¹⁹¹. Ou encore des prêteurs avanceraient à la société des fonds nécessaires à son fonctionnement. Certains auteurs préfèrent chercher la garantie des créanciers sociaux dans les biens pouvant faire l'objet de mesures d'exécution de la part de ceux-ci. Les biens à apprécier seront ceux figurant à l'actif du bilan alors que le capital social se trouve au passif et qu'il peut ne plus correspondre à rien. L'actif net de la société présenterait donc plus d'intérêt, car il est le reflet de la solvabilité de la société¹⁹². Dans cette vision d'institutionnalisation, le législateur

¹⁸⁸Y. GUYON, *op. cit.* p.113.

¹⁸⁹ A. S. ADJITA, « L'Achat par la société de ses propres actions, Esquisse d'une étude comparative entre le droit français et le droit uniforme (OHADA) », *Revue Internationale de droit économique* 2001/1, p.47.

¹⁹⁰ Le GIE est une structure juridique originale qui n'est ni une société, ni une association. Il s'agit essentiellement d'un instrument de collaboration entre des entreprises préexistantes.

¹⁹¹Suivant l'alinéa 2 de l'article 870 de l'AUSCGIE, le GIE « peut être constitué sans capital » donc sans apport. Il fonctionnera alors dans ce cas, comme une association, son financement étant assuré par des cotisations des membres ou des appels de fonds qui leurs seront adressés. Toutefois, l'absence de capital n'exclut pas que les membres puissent recevoir des apports en numéraire, en nature ou en industrie. En l'absence de capital, le contrat de groupement définit librement les droits des membres.

¹⁹² M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, 1989 n° 112, p.56 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op cit.* p.139.

communautaire non seulement l'existence d'objet social¹⁹³, mais encore faut-il que cet objet soit licite¹⁹⁴, auquel cas, la société en court le risque de la nullité¹⁹⁵.

c- L'exigence de la licéité d'objet

52. Suivant l'article 20 de l'AUSCGIE, « *toute société doit avoir un objet licite* ». C'est la raison d'existence de la société, ce qu'elle ambitionne de faire. L'objet social est donc l'objet de la société et doit, à ce titre, être distingué de l'objet entendu comme condition de validité du contrat. En effet, comme en dispose l'article 47 COCC¹⁹⁶, la reconnaissance juridique d'un contrat suppose, entre autres, « un objet déterminé et licite, formant la matière du contrat et des obligations ». Le code pose une distinction entre l'objet du contrat et l'objet des obligations. L'objet du contrat incarne l'opération convenue, le résultat voulu, l'objectif visé¹⁹⁷. Il est fixé par la volonté des parties dans les limites apportées à la liberté contractuelle. Autrement, appliqué au contrat de société, le mot « *objet* » requiert quelques explications d'ordre terminologique, car il a deux sens.

Dans un premier sens, qui est celui du droit commun des contrats, le terme « objet » sert à désigner la prestation qu'un contractant s'engage à fournir : ainsi, dans la vente, l'objet de l'obligation du vendeur est la livraison et la garantie de la chose vendue. Pris dans ce sens, l'objet des obligations des associés, ce sera l'ensemble des valeurs et des biens apportés par les associés. Exiger que l'objet soit licite, c'est donc exiger que les apports ne soient contraires ni à une loi impérative, ni à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Les biens qui sont apportés doivent être dans le commerce, c'est-à-dire pouvoir être l'objet d'aliénations.

Pourtant, le plus souvent, lorsqu'il est question d'objet en droit des sociétés, le terme est pris dans un autre sens comme visant l'objet social, c'est-à-dire le but en vue duquel la société est constituée ; l'objet social se définit alors comme l'objet de l'exploitation sociale tel qu'il est défini dans les statuts : on note alors un certain rapprochement avec la notion de cause et, plus spécialement, de cause du contrat. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la cour d'appel de Paris qui déclare : « *Considérant que, d'après l'article 1833 du code civil, toute société doit avoir un objet licite ; que par "objet licite", il faut entendre, non pas l'objet de l'obligation assumée par les associés (c'est-à-dire l'apport conformément au premier sens dégagé ci-dessus), mais la cause de cette obligation,*

¹⁹³ Article 19 de l'AUSCGIE.

¹⁹⁴ Article 20 de l'AUSCGIE.

¹⁹⁵ Article 74-1 de l'AUSCGIE.

¹⁹⁶ Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal.

¹⁹⁷ NDIAYE (C. A. W.), Droit des sociétés des capitaux, Harmattan-Sénégal, Dakar 2019, p. 176.

*c'est-à-dire le but que les dirigeants de la société se sont assigné »*¹⁹⁸. L'objet social doit être licite et possible. Cette exigence de la licéité est impérative et sa violation est une cause de nullité de la société selon l'article 74-1 de l'AUSCGIE. Il ressort de la jurisprudence comparée que la licéité est appréciée par rapport à l'activité réellement exercée par la société et non par l'activité statutaire. Les juges apprécient souverainement la licéité au regard des éléments fournis¹⁹⁹. Ainsi, doit être annulée la société dont l'objet licite est accompagné d'un « *règlement intérieur* » dont les clauses révélaient une activité illicite constituant un monopole faussant la libre concurrence²⁰⁰ ainsi que la société qui apparaissait, selon les statuts, comme une société de portefeuille mais qui, en réalité, couvrait un pacte de majorité et avait « *pour objet et pour effet de porter atteinte au libre exercice du droit de vote dans les assemblées générales* »²⁰¹. Il faut noter que l'illicéité de l'objet donne lieu à des sanctions civiles et pénales lorsque l'activité exercée constitue une infraction pénale ; par exemple, la détention de parts dans une société propriétaire d'un hôtel fréquenté par des prostituées caractérise le délit de proxénétisme²⁰². Il faut rappeler que la sanction de l'illicéité contribue à la préservation de l'ordre public et des bonnes mœurs selon l'esprit de l'article 6 du code civil. L'on peut par ailleurs souligner que l'effectivité des activités de la société est conditionnée par l'obligation de faire un apport.

d- L'obligation de faire un apport à la société.

53. Il ressort de l'article 37 de l'AUSCGIE que « *chaque associé doit faire un apport à la société. Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il s'est obligé à lui apporter en numéraire, en nature ou en industrie* ». Il s'agit de l'opération par laquelle l'associé affecte à la société certains biens ou services²⁰³. Il convient de noter que l'apport ici ne doit pas être fictif, ni contraire à l'objet social. Selon la doctrine²⁰⁴, l'apport est réputé fictif lorsque la société n'est susceptible d'en retirer aucun avantage direct ou indirect, soit qu'il n'ait qu'une valeur insignifiante non susceptible d'accroître le fonds social²⁰⁵, soit encore que la société ne puisse juridiquement bénéficier du bien apporté. Le caractère fictif d'apport est une question qui présente un très grand intérêt non seulement pour les tiers, mais aussi, pour les associés eux-mêmes qui ayant effectué un

¹⁹⁸ CA Paris, 21 nov. 1951, S. 1952.2.105, concl. GEGOUT, Journ. soc. 1955.5, concl. GEGOUT.

¹⁹⁹ CA Lyon 13-6-1960 : JCP 1961. II. 12103, note BOITARD.

²⁰⁰ CA Toulouse 3-4-1941 : JCP 1942. II. 1954.

²⁰¹ CA Paris 21-11-1951 : J. soc. 1955 p. 5.

²⁰² Article 225-10 C. pen. ; cass. Civ. 14-5-1968 : Gaz. Pal. 1968. II. P. 184.

²⁰³ NDIAYE (C. A. W), *op. cit.*, p. 118.

²⁰⁴ Anne BOUGNOUX, Théorie des apports, J Cl. Stés, Traité, fasc 10 1985, n°103.

²⁰⁵ Ou d'être prise en considération pour la détermination du capital social.

apport réel découvrent que l'un d'entre eux a effectué ou est en train d'effectuer un apport fictif. Dans l'un et l'autre cas, on ne peut laisser cet apporteur continuer à profiter des avantages qui ne lui ont été consentis qu'en considération de la réalité que l'on attribuait faussement à son apport. En droit français, dans le cadre des règles spécifiques au contrat de société, la nullité d'une société peut avoir pour cause un apport fictif²⁰⁶. L'apport existe indépendamment du moyen par lequel l'apporteur est devenu propriétaire du bien qu'il apporte à la société. L'apporteur doit remettre à la société les biens qu'il a promis d'apporter. Cette obligation subsiste même après la dissolution de la société²⁰⁷ et même après l'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif à l'encontre de la société²⁰⁸. C'est dire que cette obligation de faire un apport est fondamentale pour la constitution de la société. Le non-respect de cette obligation entraîne la nullité selon l'article 74-1 de l'AUSCGIE. Le caractère fictif ou non d'un apport est apprécié au moment de la constitution de la société²⁰⁹ et souverainement par les juges du fond. Selon la doctrine, notamment Anne BOUGNOUX, à condition de ne pas impliquer un pacte sur succession future, c'est-à-dire non encore ouverte, prohibé par l'article 1130 du code civil, les choses futures peuvent faire l'objet d'un apport en société²¹⁰.

Il faut noter que certaines limitations de liberté sont spécifiques, soit à la SA, soit à la SAS, soit encore à la SARL, en fonction de la forme sociétaire ou du type d'apport..

2- La limitation spécifique

Il s'agira d'analyser la spécificité des limitations de la liberté contractuelle susceptible de nullités dans les SA, les SAS et SARL, suivant la forme sociétaire (a) ou du type d'apport (b), avec une interdiction de certains apports dans les SA (c).

a- La relativité du choix de la forme sociétaire

54. Le législateur n'impose pas une forme sociétaire aux associés. Mais il leur présente plusieurs formes sociétaires et il appartiendrait aux associés de choisir la forme qui leur conviendra en toute liberté, éventuellement, avec les conséquences juridiques et fiscales possibles. Il ressort de l'article 6 de l'AUSCGIE que : « *le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet. Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom*

²⁰⁶ T. com. Honfleur 20-11-1970 : JCP 1071 p. 231.

²⁰⁷ Cass. Req. 7-12-1936 : Gaz. Pal. 1937. I. p. 159.

²⁰⁸ Cass. req. 2-9-1940 JCP 1940. II. n°1548.

²⁰⁹ Cass. Com. 18-6-1974 : Bull. com. IV n°199.

²¹⁰ Théorie des Apports, J Cl Société, Fasc 10, n°49.

collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées ». À la lecture combinée de l'article 2 de l'AUSCGIE consacrant le principe d'impérativité et cette disposition de l'alinéa 2 de l'article 6, l'on peut noter que les associés ont un choix sur la forme sociétaire. C'est dire que la liberté contractuelle des associés est bien encadrée, pour garantir l'ordre public sociétaire.

Mais il se pose la question de savoir si les associés sont obligés de choisir parmi les formes exigées par le législateur. Il semble que le caractère institutionnel exige le choix entre une de ces formes. Cependant, les associés peuvent opter soit pour une société de fait, soit pour une société en participation. Dans cette perspective, l'encadrement du choix de la forme est à relativiser. Mais il n'en serait pas le cas pour les types d'apport.

b- Le choix de type d'apport

55. L'apport est un bien ou une valeur que chaque associé met en société et en contrepartie duquel les parts sociales ou les actions lui sont remises ou attribuées²¹¹. À la lumière de l'article 40 de l'AUSCGIE, « *chaque associé peut apporter à la société : 1°) de l'argent, par apport en numéraire ; 2°) des droits portant sur des biens en nature, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels par apport en nature ; 3°) des connaissances techniques ou professionnelles ou des services, par apport en industrie ; Tout autre apport est interdit* ». Il faut souligner que selon 40 *in fine*, le législateur encadre la liberté des associés dans le choix possible de type d'apport qu'ils peuvent réaliser en faveur de la société. Autrement, l'énumération de type d'apport est limitative, et ce, dans le souci de protection de l'ordre public sociétaire dans l'espace OHADA. Toutefois, cet encadrement semble discutable, car le législateur n'a pas été aussi explicite en ce qui concerne l'interdiction de tout autre apport. En effet, si cette interdiction peut se justifier objectivement par le risque d'atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs, le législateur aurait raison. Au cas contraire, toute interdiction objectivement non justifiée par les raisons d'ordre public ou des bonnes mœurs semble arbitraire. Par exemple, il conviendrait de faire remarquer que la conception classique d'apport en industrie, intégrant le crédit commercial et la notoriété, a été oubliée. Selon la doctrine, le crédit commercial peut être défini comme représentant la notoriété attachée au nom, à la réputation d'une personne dont la présence au sein de la société sera considérée comme une garantie de sérieux, de solvabilité, et rejaillira en termes de confiance dans l'esprit des tiers²¹². À

²¹¹ G. CORNU, *op. cit.* p. 76.

²¹² S. DANA-DEMARET *op. cit.* n°23.

l'évidence, cela peut représenter un atout important dans le cadre de relations commerciales et financières. Et d'ailleurs, la tendance doctrinale majoritaire a été d'en admettre pleinement la validité, sous la seule réserve que le crédit ainsi apporté soit licite²¹³. En d'autres termes, cet apport se traduit par la mise à disposition d'une notoriété. L'apporteur va faire alors bénéficier la société soit de sa réputation commerciale permettant d'attirer la clientèle, soit de son crédit financier afin d'améliorer la confiance des tiers sur la solvabilité sociale²¹⁴.

56. Il serait parfois difficile de déterminer si l'apport de notoriété constitue un apport en nature ou un apport en industrie. Lorsque l'apport du crédit commercial repose sur la diffusion du nom de l'apporteur, l'objet de la transmission se résume à ce nom patronymique qui va devenir l'appellation de la société. Dans ce cas, la transmission peut se réaliser dans le cadre d'un apport en nature puisque le nom commercial est objet de propriété incorporelle²¹⁵. Mais l'apport du crédit commercial peut aussi représenter l'engagement personnel de l'individu au regard des dettes sociales. Il peut alors être effectué indépendamment de la transmission du nom. Ce qui est alors apporté à la société n'est ni évaluable, ni appropriable dans la mesure où cela consiste en la garantie solidaire née de la présence de l'apporteur au sein de la société. Pour la doctrine classique française, l'apport de crédit commercial représente plus qu'une solidarité. Il a pour objet fondamental la transmission d'une garantie de solvabilité, dont la solidarité sera la traduction et le moyen de mise en œuvre. Il faut souligner que cette opinion se justifie. L'apport en industrie est le seul cadre juridique permettant de conférer le statut d'associé en organisant la transmission de données non susceptibles d'appropriation ou d'évaluation. Ceci correspond au crédit commercial envisagé comme garantie de solvabilité²¹⁶. Néanmoins, cet apport en industrie est expressément interdit dans les SA.

c- L'interdiction d'apport en industrie dans les SA

57. Les sociétés de capitaux sont données pour être celles qui ne peuvent admettre d'apport en industrie. Il ressort de l'alinéa 2 de l'article 50-1 que « *les apports en industrie sont interdits dans les sociétés anonymes* ». Cette disposition est renforcée par l'article 389 *in fine* selon lequel : « (...) *les actions ne peuvent représenter des apports en industrie* ». La société anonyme se particularise

²¹³ Ce qui ne serait bien sûr pas le cas de l'apport d'un crédit politique.

²¹⁴ S. SCHILLER et P-L. PERIN *op. cit.* p. 65.

²¹⁵ S. DANA-DEMARET, *op. cit.* n°24 ; comm. 12 mars 1985, Bordas : Rev stés 1985, p.607 note G. PARLEANI.

²¹⁶ À noter que pour éviter d'être atteint par un reproche de fictivité, il est indispensable que son auteur possède réellement une réputation ou une notoriété suffisante pour que sa présence au nombre des associés rend plus aisés les rapports de la société avec les tiers (Anne BOUGNOUX, *op. cit.* n°65).

par l'exigence de libération sinon immédiate des apports souscrits, du moins dans des délais limitativement arrêtés. Cette exigence se justifie parfaitement, dans la mesure où les capitaux constituent le seul moyen de production de la SA. On comprend aisément que cette exigence soit incompatible avec le caractère successif de l'apport en industrie²¹⁷. Si à la constitution, les libertés sont limitées, qu'en est-il dans fonctionnement ?

B- L'encadrement de la liberté contractuelle dans le fonctionnement

La plupart du temps, l'existence de sanction est de nature à assurer le respect du droit objectif et des droits subjectifs des particuliers. Cette seule existence suffit le plus souvent, ainsi qu'en témoigne la viscérale peur du gendarme²¹⁸. Cette limitation est relative aux pouvoirs des associés (1) et des dirigeants (2).

1-La restriction des pouvoirs des associés

58. Il semble que le législateur OHADA se serait inspiré de la jurisprudence française de 1946, consacrant le principe d'hierarchie des organes de sociétés. Dans le célèbre arrêt MOTTE, rendu en 1946, la Cour de cassation juge que la société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés. Elle déduit de ce principe de séparation des pouvoirs que l'assemblée ne peut pas empiéter sur les prérogatives du Conseil d'Administration et notamment de désigner directement son président²¹⁹. Les associés sont limités dans leur volonté en ce que le législateur les oblige à nommer un commissaire aux comptes (a) et qu'ils doivent en outre respecter les pouvoirs propres dévolus légalement aux dirigeants.

a -La nomination obligatoire du commissaire aux comptes

59. Suivant l'article 376 de l'AUSCGIE, « *les sociétés à responsabilité limitée qui remplissent, à la clôture de l'exercice social, deux des conditions suivantes : 1) Total du bilan supérieur à cent vingt-cinq millions (125 000 000) de francs CFA ; 2) Chiffre d'affaires annuel supérieur à deux cent cinquante millions (250 000 000) de francs CFA ; 3) Effectif permanent supérieur à cinquante (50) personnes ; Sont tenues de désigner au moins un (1) commissaire aux comptes. (...)* ». Les SARL visées ici sont de grande taille en raison de leur capital, leur potentiel financier ou leurs ressources humaines. Autrement, cette exigence de nomination des commissaires aux comptes est

²¹⁷D/R. SOH FOGNO et Ch. TALLA, « L'apport en industrie en droit des sociétés commerciales de l'OHADA, Réflexion sur un vide juridique », www.ohada.com.

²¹⁸F. TERRÉ, *op. cit.* n°702.

²¹⁹Cass. Civ. 4 juin 1946, S.1947, I, 153 note BARBRY; J.C.P 1947, II, 3518, note D. BASTIA.

conditionnée dans les SARL²²⁰. Selon l'article 702 de l'AUSCGIE, « *les sociétés anonymes ne faisant pas publiquement appel à l'épargne sont tenues de désigner un commissaire aux comptes et un suppléant.*

Les sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne sont tenues de désigner au moins deux (2) commissaires aux comptes et deux (2) suppléants ». Initialement conçu comme un simple mandataire des associés, le commissaire aux comptes a vu ses missions se renforcer et s'élargir, au point où certains n'hésitent plus à parler de mission d'intérêt public²²¹. La nomination obligatoire du commissaire aux comptes permet à ce dernier de donner son avis sur certains actes de délibération. L'irrégularité des actes nécessitant l'avis du commissaire aux comptes est susceptible de nullités. Et celui-ci ne peut donner un avis que s'il est régulièrement nommé.

60. Mais il y a lieu d'observer que le critère de choix du commissaire étant laissé à la discrétion des dirigeants. La proximité des commissaires aux comptes vis-à-vis des dirigeants sociaux est donc révélatrice d'une absence d'indépendance²²² des premiers par rapport aux seconds. Or, « *L'indépendance et la compétence sont les deux conditions de l'émission d'une opinion de qualité.* »²²³. Par ailleurs, ses conditions de nomination et de rémunération le placent également dans une situation de dépendance par rapport aux dirigeants sociaux²²⁴.

Dès lors, le problème se pose de savoir si dans ce contexte, le commissaire aux comptes peut totalement conserver son indépendance vis-à-vis des dirigeants sociaux. C'est assez difficile à imaginer et on ne peut par conséquent pas parler d'une véritable neutralité dans la désignation du commissaire aux comptes²²⁵. Le risque de voir le commissaire aux comptes de ne pas se soumettre aux obligations que lui imposent la loi est encore plus réel quand on sait, qu'il est rémunéré par la société qu'il audite²²⁶. Il est presque considéré comme un salarié de la société pendant la période

²²⁰ C. A. W. NDIAYE, « Droit des sociétés des capitaux », Harmattan-Sénégal, 2019, p.87.

²²¹ Ch. A. FREYRI, « Le commissaire aux comptes : mission d'intérêt public ? », JCP.E. 1996, I, 516, cité par P. Ng. KANTE, *op. cit.* p.7.

²²² P. S.A. BADJI, « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », <http://revue.ersuma.org/no-2-mars-2013/doctrine-20/Ohada-et-bonne-gouvernance-d>.

²²³ C. PRAT dit HAURET, « *L'indépendance du commissaire aux comptes : une analyse empirique basée sur des composantes psychologiques du comportement* », <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/58/45/24/PDF/PRAT.PDF>, p. 1, cité par P. G. DJESSI DJEMBA, « Le devoir d'alerte du commissaire aux comptes dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », Revue ERSUMA, n° 6, janvier 2016, p.396.

²²⁴ P. G. DJESSI DJEMBA, « Le devoir d'alerte du commissaire aux comptes dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », Revue ERSUMA, n° 6, janvier 2016, p.396.

²²⁵ A. S. ALGADI, « *Commissaires aux comptes et prévention des difficultés des entreprises en droit Ohada* », Penant 870, édition Juris Africa, janvier-mars 2010, p. 7, cité par P. G. DJESSI DJEMBA, « Le devoir d'alerte du commissaire aux comptes dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », Revue ERSUMA, n° 6, janvier 2016, p.39

²²⁶ Art. 723 et s. AUSCGIE.

de son mandat. Dès lors, son indépendance vis-à-vis de la société qui l'emploie est remise en cause. « *Engagé dans une relation client-fournisseur avec la société contrôlée car rémunérée par cette dernière, l'auditeur peut être confronté à un dilemme éthique s'il doit choisir entre l'émission d'une opinion sincère et la poursuite de la relation d'affaire* »²²⁷ souligne Christian PRAT. C'est donc une réalité que le commissaire aux comptes peut être exposé du fait de l'absence d'indépendance. Fort heureusement, le législateur OHADA a prévu des sanctions visant aussi bien les dirigeants sociaux que les commissaires aux comptes²²⁸. Ces sanctions limitent les pouvoirs des dirigeants sociaux.

2- La limitation des pouvoirs des dirigeants

Il conviendrait de noter que la nullité pour la préservation de l'ordre public sociétaire limite les pouvoirs des dirigeants d'un côté par l'interdiction de certaines conventions (a) et de l'autre, leur impose, dans le cadre institutionnel un mécanisme de prise de décision à la majorité (b).

a- La relativité des conventions interdites

61. La liberté contractuelle peut conduire à l'acquisition des situations avantageuses, exorbitantes et injustifiées par des personnes occupant une situation éminente ou dominante dans la société. Il peut s'agir, soit sur un plan patrimonial soit sur le plan de l'influence sur les affaires sociales, d'où leur prohibition²²⁹. Il ressort de l'article 356 de l'AUSCGIE qu' « *à peine de nullité, il est interdit aux personnes physiques, gérantes ou associées de contracter sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte-courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers* ». Le dirigeant se trouve ici limité dans son pouvoir. Autrement, sa liberté dans la gestion ne lui permet pas d'outrepasser cette interdiction. Les associés non plus ne peuvent s'accorder avec les

²²⁷C. PRAT dit HAURET, p. 2, cité par P. G. DJESSI DJEMBA, *op. cit.* p.397.

²²⁸Le rôle que joue le commissaire aux comptes dans les sociétés commerciales est assez significatif pour être pris à la légère. Le législateur OHADA a donc tenu, à sanctionner le non-respect des obligations légales qui lui sont imposées. Ainsi dans le cadre de la procédure d'alerte, le commissaire aux comptes qui s'abstient de la déclencher alors qu'il existe un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation peut voir sa responsabilité engagée sur le plan civil et pénal (Augustin ROBERT, Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables, Dalloz 2011/2012). Sa responsabilité est également engagée en cas de dissimulation des irrégularités ou inexactitudes découvertes, mais aussi en cas de non révélation des faits délictueux au ministère public. Il faut préciser que la responsabilité du commissaire aux comptes défaillant peut également être engagée sur le plan disciplinaire conformément à la réglementation en vigueur dans les Etats parties membres de l'OHADA.

²²⁹J. ISSA SAYEGH, « Le caractère d'ordre public des dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », ohadata D-09-19, p.4.

dirigeants pour contourner cette limitation. Cette disposition suit la logique institutionnelle de la société. Le droit des sociétés provoque dans quelques cas un recul de la liberté contractuelle²³⁰.

Autrement, le législateur s'est montré soucieux de préserver les principes fondamentaux, voire vitaux du bon et sain fonctionnement des sociétés commerciales en érigeant certains principes de ce fonctionnement en règles intangibles²³¹.

62. En revanche, cette exigence ou interdiction paraît artificielle, dans l'hypothèse d'une société en participation où les associés conçoivent librement l'organisation²³². Par ailleurs, les associés en nom ayant une responsabilité illimitée, une telle interdiction ne leur serait pas nécessaire. L'obligation au passif social des associés en nom est plus rigoureuse que celle des associés de société civile de droit commun²³³. En tant qu'institution, la société fonctionne sur la base des décisions prises suivant le principe de la majorité.

b- Le principe de la majorité dans la prise de décisions

63. Le principe de la majorité dans la prise de décision constitue un autre exemple de règle contraire à la logique contractuelle de la SA, la SAS ou de la SARL. Le fonctionnement des assemblées d'actionnaires est traditionnellement gouverné par le principe de majorité²³⁴. Autrement, il n'est pas tenu compte de la volonté de chaque associé. On en déduit que pareil mécanisme qui ne relève pas du contrat, a un caractère impératif. La logique contractuelle aurait exigé qu'au moins les décisions extraordinaires, parce que modifiant le contrat social d'origine, puissent être prises à l'unanimité. En imposant le principe de majorité, la loi abandonne nécessairement cette logique²³⁵. La dimension institutionnelle qui se renforce dans les SA, SAS et SARL est révélatrice du principe d'impérativité des dispositions de l'AUSCGIE, favorisant la limitation de la liberté contractuelle des associés par la sanction qui est la nullité. Ce principe connaît d'importantes nuances en ce qui concerne les sociétés à caractère contractuel. Par exemple, dans les SNC, l'unanimité est d'ordre public en ce qui concerne la révocation du gérant associé statutaire et en ce qui concerne l'agrément requis en cas de cession des parts sociales²³⁶. Il faut remarquer que dans le souci de préservation de l'ordre public sociétaire, les pouvoirs des dirigeants sociaux ont été significativement renforcés.

²³⁰Y. GUYON, *op. cit.* P.10.

²³¹J. ISSA SAYEGH, *op. cit.* p.7.

²³²P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.* n°1454, p.905.

²³³*Ibid*, n°1397, p.868.

²³⁴S. VAISSE, *La loi de la majorité dans la SA*, Thèse, Paris, 1967, cité par P. Ng. KANTE, *op. cit.* p.7.

²³⁵G. RIPERT, *Aspect juridique du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^e éd., 1951, n°40.

²³⁶M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°1477, p.626.

PARAGRAPHE II : LES NULLITÉS : UN MOYEN DE RENFORCEMENT DES POUVOIRS DES DIRIGEANTS SOCIAUX

64. L'organe exécutif est chargé de la gestion courante de la société et de la mise en œuvre des décisions de l'assemblée des actionnaires et du conseil d'administration. Il peut être unipersonnel²³⁷ ou collégial²³⁸, présidé par un directeur général. Les statuts doivent répartir les compétences de chacun d'entre eux²³⁹. Ils sont révocables librement soit par l'assemblée générale, soit par le conseil en fonction des dispositions statutaires. L'AUSCGIE, à l'instar de la loi du 24 juillet 1966, a rassuré les tiers en conférant aux dirigeants des sociétés les pouvoirs les plus larges pour agir au nom de celles-ci. La sécurité commandait que celui qui est désigné comme représentant puisse agir normalement pour le compte de la personne morale sans être soupçonné de ne pas disposer des pouvoirs nécessaires²⁴⁰. Les pouvoirs de ces organes exécutifs qui varient selon que les sociétés commerciales sont des sociétés à risques limités (A) ou illimités (B), sont fortement renforcés par la prévention des nullités.

A- Le réconfort des pouvoirs dépendants de l'objet social

Le législateur a substantiellement renforcé les pouvoirs des dirigeants dans le souci de protéger les tiers (1), mais aussi d'assurer la sécurité juridique dans les transactions (2).

1-Le renforcement des pouvoirs favorable aux tiers

65. Il ressort de l'article 277-1 que « *dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social. (...). Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers de bonne foi* ». Il est certain que cette disposition ne vise pas expressément la nullité mais elle s'inscrit dans la logique de la sanction d'acte inhérent au pouvoir du dirigeant. C'est dire que, s'il y a une clause statutaire limitant les pouvoirs du gérant, l'acte accompli en violation d'une telle clause reste valable entre les associés cependant, ils ne pourront pas s'en prévaloir dans leurs rapports avec les tiers. Ils

²³⁷Le directeur ou directeur général.

²³⁸La direction.

²³⁹En outre, par décision de l'assemblée générale, les fonctions de l'organe exécutif peuvent être transmises à une organisation commerciale ou à un commerçant par le biais d'une convention. En principe, l'assemblée générale élit l'organe exécutif et le révoque, mais, les statuts peuvent transmettre cette compétence au conseil des directeurs. Les relations entre la société et les membres de l'organe exécutif sont régies outre la présente loi par un contrat de travail signé par le président du conseil d'administration.

²⁴⁰B. BOULOC, *op. cit.* p.442.

pourront cependant poursuivre le gérant fautif pour obtenir réparation du préjudice subi de ce fait. Ils pourront aussi le révoquer sans exposer la société à une condamnation au paiement de dommages-intérêts²⁴¹.

En vue de renforcement des pouvoirs du gérant dans les SNC, le législateur a prévu la nullité, en cas d'absence d'unanimité des associés dans le cadre de la révocation des associés gérants²⁴². Cette exigence contribue véritablement à la stabilité dans l'exercice de la fonction du dirigeant²⁴³.

66. L'affirmation selon laquelle les pouvoirs des dirigeants de sociétés à risques illimités sont dépendants de l'objet social doit être nuancée²⁴⁴. Le problème ne se pose pas dans une société à risques limités, parce que les actes visés sont interdits par le législateur²⁴⁵ ou à défaut, soumis à l'autorisation préalable du conseil d'administration²⁴⁶. Il résulte aussi bien des articles 356²⁴⁷, 450²⁴⁸ et 507²⁴⁹ de l'AUSCGIE que les gérants, directeurs généraux et directeurs généraux adjoints, sauf dans le cas où ces fonctions sont occupées par une personne morale, ne peuvent contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, se faire consentir par elle un découvert en compte-courant ou autrement et faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements auprès des tiers. Les actes accomplis en violation de ces dispositions sont frappés de nullité²⁵⁰. Une telle sanction participe à la sécurité juridique dans les transactions.

2-L'affermissement assurant la sécurité juridique

67. L'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et du GIE n'a prévu aucun texte spécial interdisant ou limitant l'octroi de garanties par la société en nom collectif à son dirigeant ou à ses associés²⁵¹. Il se posera en droit uniforme de l'OHADA le problème que le droit français a eu à

²⁴¹ F. ANOUKAHA et autres, *OHADA Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, 2002, n°617, p.327.

²⁴² Article 282 AUSCGIE.

²⁴³ Il y a un changement de perspective dans les sociétés à risques illimités. Dans de telles sociétés, les pouvoirs des dirigeants sont contenus dans les limites étroites de l'objet social.

²⁴⁴ En effet, en droit français, bien que n'étant pas incluses dans l'objet social, certaines opérations peuvent néanmoins être valablement accomplies par les représentants de la société.

²⁴⁵ Art. L. 223-21, al. 1^{er}, C. com. (applicable à la société à responsabilité limitée); art. L. 225-43 et L. 225-91 C. com. (applicable à la société anonyme).

²⁴⁶ En revanche, il n'existe aucun texte spécial les interdisant ou les limitant dans les sociétés de personnes.

²⁴⁷ SARL.

²⁴⁸ SA avec CA.

²⁴⁹ SA avec administrateur général.

²⁵⁰ Toutefois une exception est prévue lorsque la société anonyme exploite un établissement de crédit. En ce cas, l'interdiction est levée lorsque la convention apparaît comme une opération courante de cette activité et qu'elle est conclue à des conditions normales.

²⁵¹ F. K. DECKON, *op. cit.* P.281.

résoudre²⁵². Si l'opération n'est pas prévue par l'objet statutaire, elle est frappée de nullité. Les auteurs se sont posés alors la question de savoir, s'il fallait déduire de l'absence d'interdiction que les sociétés de personnes sont libres d'utiliser leur crédit pour garantir les engagements personnels souscrits par leurs associés ou dirigeants. La réponse est négative puisque les limites naturelles de l'objet social et de l'intérêt social ont vocation à ressurgir et à faire obstacle à l'octroi d'une telle garantie²⁵³. Malgré la rigueur de la règle, la jurisprudence française valide l'opération dans deux cas. Le premier cas concerne la garantie consentie à l'unanimité des associés. Le second cas est l'existence d'une communauté d'intérêts entre la société garante et la personne garantie²⁵⁴. Si le renforcement de pouvoirs dépendant de l'objet social est visible par le régime de nullité, celui des pouvoirs indépendants de l'objet social l'est aussi.

B- La consolidation des pouvoirs indépendants de l'objet social.

L'organisation et le fonctionnement d'une société commerciale reposent sur un ensemble de règles auxquelles doivent se soumettre les dirigeants sociaux et les actionnaires ou associés, dans le but d'assurer la bonne marche de celle-ci. Le renforcement des pouvoirs indépendants de l'objet social participe à l'équilibre des compétences entre les organes (1). Mais le législateur semble être muet au sujet de la limite d'âge des dirigeants salariés dans l'espace OHADA (2).

1- La sanction équilibrant les pouvoirs des organes

68. En ce qui concerne les gérants de la SARL, l'article 326 de l'AUSCGIE dispose que : « *Le ou les gérants statutaires ou non sont révocables par décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales. Toute délibération prise en violation du présent alinéa est nulle* ». Suivant cette disposition, on peut noter que le législateur voudrait éviter des révocations fantaisistes ou arbitraires dans les SARL. Le non-respect des conditions de détermination de la rémunération du président directeur général, de nomination du directeur général adjoint, sont aussi des causes de nullité. Selon l'article 467, la nomination et condition de rémunération du Directeur général relève

²⁵²Ce problème s'est surtout posé à propos des sociétés civiles et des sociétés en nom collectif, lorsque leur gérant leur fait souscrire une garantie, et notamment un cautionnement ou une hypothèque, au bénéfice d'une autre personne, physique ou morale.

²⁵³H. HOVASSE, *Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social*, Dr. et patr. 2001. 76, F. K. DECKON, *op. cit.* p.281.

²⁵⁴La Cour de cassation française admet une autre catégorie d'actes, ceux qu'un dirigeant social peut accomplir « indépendamment de toute référence à l'objet social » (Com. 1^{er} oct. 1996, Bull. Joly 1997. 22, note P. LE CANNU). Le professeur P. LE CANNU (*op. cit.*, n° 231) explique cet arrêt par la différence entre la fin (l'objet) et les moyens (au moins les moyens courants, ici les effets de commerce). F. K. DECKON, *op. cit.* p.281.

de la compétence du conseil d'administration. L'alinéa 5, dispose : « *toute décision prise en violation du présent article est nulle* ». En effet, dans la société anonyme, la décision octroyant une rémunération au directeur général est une prérogative exclusive du conseil d'administration. Elle ne saurait être altérée ni par une stipulation des statuts, ni *a fortiori* une décision prise en assemblée générale²⁵⁵. Selon un auteur, nul n'a jamais contesté que l'exigence légale - « *le conseil d'administration détermine la rémunération du directeur général* » - impose non seulement que le principe même de la rémunération soit arrêté, mais aussi que le montant de celle-ci et les modalités de son paiement soient précisément fixés. À défaut, les sommes versées par la société à son directeur général le seraient illicitement²⁵⁶.

69. Par ailleurs, la loi requiert une autorisation²⁵⁷. C'est pourquoi, il a été jugé inefficace toute ratification *a posteriori* d'une décision prise par l'intéressé lui-même de s'allouer une rémunération au-delà de ce qui avait été décidé par une délibération expresse du conseil d'administration²⁵⁸. Sont alors logiquement inopérantes, en l'absence de décision régulière de l'organe d'administration, la promesse de porte-fort qui avait pu être faite au PDG concernant l'octroi d'un complément de retraite et la « *ratification implicite* » par le conseil d'administration de cet engagement²⁵⁹.

70. Selon l'alinéa 2 de l'article 470, de l'AUSCGIE, la compétence pour la nomination du Directeur général adjoint revient impérativement au conseil d'administration. Mais le législateur insiste en soulignant que cette initiative d'avoir un adjoint doit venir du Président directeur général. Autrement sans sa proposition d'avoir un adjoint, la nomination serait nulle. C'est ce qui ressort de l'esprit de l'alinéa 2 de l'article 470 susmentionné qui dispose : « *Toute nomination du directeur général adjoint intervenu en violation du présent article est nulle* ». Le législateur de l'OHADA a reconduit une règle ancienne. Il affirme que dans les sociétés à risques limités²⁶⁰, les pouvoirs du

²⁵⁵Cette règle cardinale est d'ailleurs curieusement inscrite au troisième alinéa d'un texte, dans la législation française. L'article L. 225-53 du code de commerce, qui traite aujourd'hui à titre principal du statut des directeurs généraux délégués ; c'est là une maladresse introduite par la loi NRE du 15 mai 2001, lorsque le principe de dissociation des fonctions direction générale/ présidence du conseil d'administration a été promu au rang de modèle. En conséquence, en droit français, la situation du directeur général, autrefois précisée à l'art. L. 225-53, fait désormais l'objet d'un traitement spécifique en particulier à l'art. L. 225-51-1 ; et ce, sans que le libellé du troisième alinéa de l'art. L. 225-53 n'ait été remanié.

²⁵⁶A. REYGROBELLET, « Le directeur général illicitement rémunéré mais abusivement révoqué » (note sous Com. 16 avril 2013) *Revue des sociétés* 2013, P.697.

²⁵⁷Notion postulant une décision *a priori* et exclusive de toute tolérance, V. B. THULLIER, *L'autorisation. Étude de droit privé*, LGDJ, 1995.

²⁵⁸Com. 15 déc. 1987, n° 86-13.479, Bull. civ. IV, n° 280.

²⁵⁹Com. 27 févr. 2001, n° 98-14.502, F-D, Bull. Joly 2001. 632, note M. STORCK ; Dr. sociétés mai 2001, comm. 85, obs. F.-X. Lucas et D. Vidal ; JCP E 2001. 896, n° 15, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

²⁶⁰Sociétés par actions et SARL.

dirigeant social sont indifférents à l'objet social. La règle est prévue par l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au GIE. L'article 122 AUSCGIE dispose que « *la société est engagée par les actes des organes de gestion, de direction et d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve* ». Cette disposition générale est reprise par alinéa 2 de l'article 329 de l'AUSCGIE, applicable à la société à responsabilité limitée et l'alinéa 4 de l'article 465 de l'AUSCGIE, applicable à la société anonyme. En rendant dans les sociétés à risques limités les pouvoirs des dirigeants sociaux indépendants de l'objet social, le législateur de l'OHADA n'a pas innové. Il a en la matière repris une règle ancienne en droit français exprimée par l'alinéa 5 de l'article 49,²⁶¹ (applicable à la société à responsabilité limitée). Il en est de même de l'alinéa 3 de l'article 113,²⁶² (applicable à la société anonyme) de la loi française du 24 juillet 1966 précitée. Cette loi a été modifiée par l'ordonnance n° 69-1176 du 20 décembre 1969 visant à harmoniser le droit français avec les exigences de l'ancienne Communauté européenne²⁶³. La règle tend notamment à protéger les tiers. Elle n'est efficace que si le dépassement d'objet est sanctionné. En ce sens, le régime applicable aux actes pris en violation de la règle, c'est-à-dire des actes pris en dépassement de l'objet social, est protecteur de la société anonyme²⁶⁴. En cas de mauvaise foi du cocontractant, la sanction des dépassements d'objet par le dirigeant social présente plusieurs faces en raison de la diversité des cas et des rapports juridiques. Ce peut être l'inopposabilité de l'acte à la société et aux associés, la nullité²⁶⁵, ou la responsabilité.

71. Paul Le CANNU n'approuve pas cette dernière sanction parce que, fait-il valoir, même s'ils sont associés, les représentants de la société n'agissent pas ici en tant que signataires du pacte social. Au contraire, ils agissent en tant que représentants de la personne morale issue de ce pacte²⁶⁶. Il ne

²⁶¹C. com., art. L. 223-18, al. 4.

²⁶²C. com., art. L. 225-56, al. 2.

²⁶³Ord. n° 69-1176 du 20 déc. 1969 modifiant la loi du 24 juill. 1966 sur les sociétés commerciales, JO 28 déc., p. 12679 ; D. 1970 Lég. 17.

²⁶⁴En cas de bonne foi du cocontractant, le contentieux relatif à l'application de ce système sera en règle générale interne à la société, le tiers étant par principe protégé. La société pourra, en revanche, reprocher à son dirigeant d'avoir accompli des actes en dépassement de son objet statutaire, et lui demander réparation de la violation des statuts ainsi commise, ou mettre en œuvre une procédure de révocation à son encontre.

²⁶⁵Lorsque l'acte relevait de la compétence légale d'un autre organe social.

²⁶⁶P. LE CANNU, *Droit des sociétés*, Paris, Montchrestien, 2003, 2^e éd., n° 229, cité par F. K. DECKON, *op. cit.* p.277.

paraît pas possible de recueillir l'adhésion unanime sur ce point²⁶⁷. Dans le premier cas, le problème juridique posé est de savoir si une pratique contraire aux statuts pouvait valoir modification de ceux-ci. En effet, après avoir admis dans un premier temps que la pratique contraire aux statuts vaut modification de ceux-ci, la première chambre civile de la Cour de cassation française est revenue sur cette position. Elle subordonne par conséquent la modification des statuts à un acte²⁶⁸. Dans le second cas, le problème juridique posé est de savoir si la cession de la totalité des actifs entraîne la dissolution de la société. La solution du juge est nuancée. Tout paraît fonction de la gravité de l'acte accompli par le dirigeant social. Le juge refuse ainsi de considérer, de manière générale, qu'une telle cession entraîne une dissolution de la société²⁶⁹. Par contre, une jurisprudence bien installée considère que certains actes particulièrement graves pour la société peuvent avoir un effet sur le contenu de l'objet, selon la rédaction de celui-ci. Autrement dit qu'ils équivalent à une modification des statuts²⁷⁰. Il en résulte que le gérant ou le président ne peut prendre seul une telle décision, si du moins l'objet social est étroit par rapport à l'acte accompli²⁷¹. Le pouvoir de l'assemblée générale extraordinaire étant affirmé par la loi, la jurisprudence décide qu'un acte modifiant les statuts, accompli par un dirigeant seul, n'engage pas la société à l'égard des tiers²⁷². La jurisprudence française est ferme en ce sens²⁷³. Certes, le régime de nullité ici renforce les pouvoirs des dirigeants dans le sens de la transparence, une des vertus pour la

²⁶⁷Il ne paraît pas non plus possible de la recueillir sur le point de savoir si les actes modifiant implicitement l'objet social devraient être sanctionnés, même si la jurisprudence française sanctionne résolument, par la nullité, de tels actes.
²⁶⁸Certes, les arrêts cités concernaient des sociétés civiles, soumises à l'article 1854 du code civil, qui exige, lorsque les décisions collectives ne sont pas prises en assemblée ou par une consultation écrite, qu'elles résultent « *du consentement de tous les associés exprimé dans un acte* ». Mais, rien n'empêche qu'une telle solution soit étendue à toutes les sociétés, peu important qu'elles soient civiles ou commerciales. Adhérer à cette thèse c'est s'aligner sur la position de DONDERO qui fait valoir que les arrêts convoqués peuvent être largement interprétés comme s'opposant à la modification implicite des statuts d'une société.

²⁶⁹V. par ex., pour une société civile de moyens dont la jurisprudence refuse la dissolution malgré le départ à la retraite de l'un des deux associés, Com. 15 sept. 2009, n° 08-15.267, D. 2009. 2280, obs. A. LIENHARD ; Rev. Sociétés 2010. 106, note I. Urbain-PARLEANI ; RTD com. 2010. 163, obs. M.-H. MONSERIE-BON, cité par F. K. DECKON, *op. cit.* p.278.

²⁷⁰Or, une telle modification ne peut être décidée que par les associés en assemblée générale extraordinaire (dans les sociétés par actions), ou en assemblée générale de l'article L. 223-30 du code de commerce pour les sociétés à responsabilité limitée de droit français.

²⁷¹Com. 18 oct. 1994, n° 92-21.485, Rev. Sociétés 1995. 284, note F. PASQUALINI et V. PASQUALINI-SALERNO ; RTD com. 1995. 141, obs. critique C. CHAMPAUD et D. DANET ; Defrénois 1994. 1547, art. 35954, n° 2, obs. H. HOVASSE ; Bull. Joly 1994. 1330, note B. SAINTOURENS, cité par François Kuassi DECKON, *op. cit.* p.278.

²⁷²Com. 12 janv. 1988, *Editions Rohart et compagnie c/ Boulanger*, Bull. civ. IV, p. 16 ; Rev. Sociétés 1988. 263, note Y. CHAPUT ; RTD civ. 1989. 304, obs. J. Mestre, cité par François Kuassi DECKON, *op. cit.* p.279.

²⁷³En dépit de cette restriction compréhensible, les pouvoirs du dirigeant de société à risques limités sont étendus. Ils débordent, en règle générale, l'objet social. Tel n'est pas le cas des pouvoirs du dirigeant de sociétés à risques illimités qui sont dépendants de l'objet social.

gouvernance d'entreprise. Cependant, la question de limite d'âge n'est pas abordée par le législateur.

2- L'absence de limitation d'âge pour les dirigeants

72. Il convient de relever qu'à la lecture combinée des articles 323 à 324²⁷⁴, 463 à 464²⁷⁵, 478²⁷⁶ et suivants de l'AUSCGIE, il semble que le législateur communautaire est muet sur la question de limite d'âge des dirigeants sociaux. La question peut paraître surprenante dans la mesure où le DG n'est pas un salarié ni fonctionnaire. Mais dans la pratique, le président-directeur général peut être lié à la société par un contrat de travail. En effet, sauf clause contraire des statuts, il peut conclure un contrat de travail avec la société si ce contrat correspond à un emploi effectif²⁷⁷. C'est dire que généralement, les gérants, les directeurs sont des salariés et des fonctionnaires pour les sociétés d'Etat. Dans ce contexte, il s'agit d'un aspect juridique très important en matière contractuelle susceptible d'une sanction en cas de violation. En principe, les statuts peuvent prévoir, la question de limite d'âge, pour l'exercice des fonctions de directions²⁷⁸. En droit commun, l'on peut envisager une présomption de limite d'âge. Or, cette présomption n'est pas évidente en droit des sociétés commerciales, suivant l'esprit de l'article 2 de l'AUSCGIE. Mais l'on peut supposer que le législateur aurait laissé cette question aux législations nationales des Etats membres.

73. Au Tchad, dans le secteur public, selon le statut de la fonction publique²⁷⁹, en son article 127, la limite d'âge pour la retraite est fixée à 60 ans, à l'exception des fonctionnaires de la catégorie A qui peuvent être admis à la retraite à 65 ans. Dans le secteur privé, la limite d'âge est à 60 ans révolus sans exception²⁸⁰. L'on peut noter qu'à la lumière de ces dispositions, toute nomination d'un Président Directeur Général, Administrateur Général intervenue en violation de la limite d'âge est nulle. Autrement, lorsque le Directeur atteint la limite d'âge, il est réputé démissionnaire d'office²⁸¹. Les actionnaires peuvent aménager dans les statuts l'administration de la société²⁸². Mais leur marge de manœuvre est étroite, car ils ne peuvent modifier l'équilibre des pouvoirs tel

²⁷⁴ Définissant le statut du gérant de SARL.

²⁷⁵ Déterminant le statut du PDG.

²⁷⁶ Fixant le statut du PCA.

²⁷⁷ C. A. W. NDIAYE, *op. cit.*, p.354.

²⁷⁸ F. BASDEVANT, A. CHARVERIAT et F. MONOD, *Le guide de l'administrateur de société anonyme*, 2^e éd. Litec. 2004, n°27, p.15.

²⁷⁹ Loi n°17-PR 2001 du 31 décembre 2001, portant statut de la fonction publique au Tchad.

²⁸⁰ Art. 1^{er} du décret n°1144/PR/PM/MFPT/DTSS/07 du 28 décembre 2007.

²⁸¹ F. BASDEVANT, A. CHARVERIAT et F. MONOD, *op. cit.* p.15.

²⁸² D. VELARDOCCIO-FLORES, *Les accords extrastatutaires entre associés*, thèse, Aix-en-Provence, 1992.

que le législateur l'a organisé²⁸³. On admet que le pacte social puisse décider que certains actes importants par leur nature ou leur montant soient soumis à l'autorisation préalable du conseil²⁸⁴. Cependant, aucune clause ne pourrait retirer au conseil son pouvoir général d'administration. Il apparaît une sanction garantissant la prépondérance de l'ordre public de direction. Subsidiairement, l'ordre public de protection est aussi sauvegardé.

SECTION II : LES NULLITÉS : UN MOYEN DE PRÉSERVATION DE L'ORDRE PUBLIC DE PROTECTION.

L'ordre public désigne une norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions²⁸⁵. L'ordre public de protection s'entend de l'ensemble des normes tendant à la sauvegarde d'un intérêt privé en raison de la valeur fondamentale qui s'y attache²⁸⁶. L'ambition d'assainissement du climat des affaires a conduit le législateur à encadrer la protection des tiers investisseurs directement (§ I) ou indirectement, par la réduction des risques de conflit d'intérêt (§ II).

PARAGRAPHE I : LA PROTECTION DIRECTE DES ÉPARGNANTS

Les épargnants sont des personnes physiques ou morales qui pratiquent l'épargne. Le régime de nullité permet de renforcer la protection des investisseurs, notamment les obligataires, qui sont les créanciers²⁸⁷ titulaires ou porteurs d'une obligation²⁸⁸, les titulaires des valeurs mobilières. La question est de savoir si le souci de la préservation de l'intérêt général par le législateur OHADA n'a pas porté atteinte aux intérêts particuliers. Selon un auteur, le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite²⁸⁹. En ce sens, il faut noter que le législateur a su concilier la préservation de l'intérêt général avec les intérêts particuliers. L'assainissement du climat des affaires par le législateur peut être une source de sécurité pour ces tiers qui traitent avec cette personne morale. C'est dans cette optique que l'appel public à l'épargne est encadré (A) dans la perspective d'une transparence (B).

²⁸³Cass. civ. 4 juin 1946, S. 1947.1.153, note BARBRY, JCP 1947. II. 3518, note BASTIAN, Journ. soc. 1946.374.

²⁸⁴Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *op. cit.*, n°164.

²⁸⁵Article 6 du code civil.

²⁸⁶G. CORNU, *op. cit.* p.721.

²⁸⁷Epargnants, emprunteurs.

²⁸⁸G. CORNU, *op. cit.* P.627.

²⁸⁹J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 1983, p.6.

A-La protection des épargnants par la limitation d'appel public à l'épargne

La protection des épargnants figure désormais au rang des priorités absolues du législateur. Il est vrai que les surprimes ont montré aux Etats-Unis qu'une commercialisation mal encadrée de produit financiers auprès des ménages était susceptible de déclencher un risque systématique. Or il va falloir retrouver la confiance des épargnants. Les épargnant son fortement protégés par l'interdiction faite aux sociétés non autorisées de faire appel public à l'épargne (1), mais aussi par l'interdiction aux titulaires de leurs titres de procéder à la cession par appel public à l'épargne (2).

1- L'interdiction aux sociétés non autorisées de faire appel public à l'épargne

74. Il ressort de l'alinéa 1^{er} de l'article 82 de l'AUSCGIE qu'« *il est interdit aux sociétés n'y ayant pas été autorisées par le présent Acte uniforme de faire publiquement appel à l'épargne* ». Toutes les sociétés commerciales ne peuvent pas faire appel public à l'épargne. Toute société exerçant dans le secteur informel est d'office éliminée. Seules, les sociétés par actions ayant rempli les critères exigés par le législateur sont autorisées. Autrement, l'appel public à l'épargne n'est pas possible dans une société fermée. Une société fermée, selon la jurisprudence américaine, c'est une société qui a un petit nombre d'actionnaires et dont la grande majorité des actionnaires participent à la direction et au management de cette dernière. Ces types de sociétés sont assimilables à des partenariats. En conséquence, les actionnaires doivent agir loyalement et de bonne foi les uns envers les autres²⁹⁰. L'interdiction d'appel public à l'épargne des sociétés fermées est fondée (a), mais une telle interdiction peut être surmontable (b).

a- Une interdiction fondée

75. Il faut noter que l'appel public à l'épargne est un mécanisme juridique qui donne la possibilité à la société d'être financée par des associés eux même ou par des tiers, sans qu'ils aient la qualité d'associé. Dans cette perspective, le propre d'un prêteur est en effet de vouloir récupérer la somme prêtée et on ne saurait l'en critiquer. Aléas sociaux ou non, il veut être assuré de rentrer dans ses fonds et est disposé, en contrepartie, à se contenter d'une rémunération forfaitaire et à renoncer à tout espoir de plus-values²⁹¹. C'est dire que le législateur doit lui garantir une certaine sécurité juridique dans son investissement. Le moyen essentiel de garantie pour cet investisseur peut être le capital social crédible. C'est pourquoi, l'opération d'appel public à l'épargne ne peut être possible pour les sociétés à risque illimité, dans la mesure où elles peuvent être constituées sans l'exigence

²⁹⁰ Donahue v. Rodd Electrotpe Co of New England, Inc., Supreme Judicial Court of Massachusetts, 328 N.E 2d 505 (1975).

²⁹¹ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.*, n°1252, p.532.

du capital social minimum. En ce qui concerne les sociétés à risque limité, quand bien même le capital social minimum est exigé, celles qui sont caractérisées par *l'intuitu personae*, comme la SARL sont également exclues de cette opération. L'interdiction s'appliquant à la société et non à ses associés. Rien ne s'oppose à ce que les sociétés procédant à une offre au public de titres financiers ou à l'admission de leurs actions aux négociations sur un marché réglementé soient associées d'une SAS²⁹². Il est vrai que la grande liberté statutaire qui caractérise la SAS s'accommoderait mal de la situation d'une société dont les actions seraient admises en bourse. La cotation nécessite une certaine standardisation des statuts et des mesures impératives avec des contrepois pour protéger les actionnaires²⁹³.

Toutefois, une telle interdiction peut être surmontable ou contournable dans la pratique.

b- Une interdiction contournable

76. La question se pose de savoir si l'interdiction de faire appel public à l'épargne aux sociétés non autorisées est absolue ou relative. Suivant l'esprit de l'article 2 et 82 de l'AUSCGIE, l'on peut souligner que cette interdiction est absolue. Une telle interprétation est peut être théoriquement justifiée. Cependant, quelle serait le sort d'une société n'ayant pas l'autorisation et qui aurait fait usage de cette technique pour se faire financer ? Conformément au dernier alinéa de l'article 82, une telle opération est susceptible d'une nullité. Cette sanction vise à protéger les épargnants qui risquent de ne pas être remboursés à l'échéance. Mais quelle serait l'utilité d'une telle sanction alors qu'il serait encore possible d'éviter cette sanction pour sauver l'activité économique ? L'article 247 permet de contourner la nullité pour sauver la situation contractuelle dans l'intérêt de tous. C'est dire que par le mécanisme de la régularisation, le législateur permet d'éviter une sanction automatique en vue de maintenir ou de sauver l'activité économique. En ce sens, une société non autorisée peut faire usage d'appel public à l'épargne, puis, elle peut régulariser sa situation juridique après cette opération pour être à l'abri de toute sanction qui est la nullité. Par ailleurs, une société comme la SAS peut procéder à certaine offre de titres financiers qui ne nécessitent pas l'établissement d'un prospectus. Il peut s'agir des offres des investisseurs qualifiés ou à un cercle restreint²⁹⁴. Il semble que cette possibilité de contourner l'interdiction ne serait pas possible en ce qui concerne les titres.

²⁹² A. CHARVERIAT et autres, *Sociétés commerciales*, éd. Francis LEFEBVRE 2017, n°60110, p.924.

²⁹³ J.-J. DAIGRE et B. FRANÇOISE, « La société par actions simplifiées : une société pouvant faire appel au marché ? », *Rev. des sociétés* 2010, p.12.

²⁹⁴ Article 81-1 b) de l'AUSCGIE.

2- L'interdiction aux titres des sociétés non autorisée de céder par appel public à l'épargne

77. Selon l'alinéa 2 du même article 82, « *il est également interdit à toute personne de procéder à la cession par appel public à l'épargne des titres d'une société n'étant pas autorisée à faire publiquement appel à l'épargne par le présent Acte uniforme* ». Le non-respect de ces interdictions est sanctionné par la nullité suivant l'alinéa 3. C'est dans cette optique qu'a été annulé l'acquisition, par des particuliers démarchés à domicile, des parts d'une société civile immobilière non autorisée à offrir ses titres au public. À l'issue de l'opération de démarchage, la société comprenait 130 associés dispersés géographiquement et qui ne se connaissaient pas, ce qui ne permettait pas de caractériser *l'intuitu personae* nécessaire dans ce type de société²⁹⁵. La Cour d'appel de Caen a ainsi débouté la société en conséquence, de sa demande en paiement des appels de fonds réclamés, aux acquéreurs. Il est vrai que cette décision concerne la société civile, mais elle peut être transposable aux sociétés commerciales. Il faut noter que la décision de la Cour est très édifiante, et peut être une source d'inspiration pour le juge de l'espace OHADA. Une telle sanction est une mesure de protections des épargnants qui risquent de s'engager sur un terrain très glissant.

L'interdiction étant restreinte aux actions, ordinaires ou de préférence, la SAS devrait donc pouvoir faire admettre d'autres titres de créances, des « *titres donnant ou pouvant donner accès au capital ou aux droits de vote* »²⁹⁶, dès lors que le titre primaire n'est pas lui-même une action. Mais n'y a-t-il pas, s'agissant de l'admission de titres donnant accès au capital de la SAS, un risque de contournement d'admettre des actions ? Il semble qu'une telle admission serait en contradiction avec la nature profonde de la SAS, conçue comme une société fermée, au capital de laquelle le public n'a pas vocation à entrer. Une telle admission devrait être exclue²⁹⁷.

Toutefois, il faut noter que cette interdiction n'est pas suffisante pour une protection efficace. L'information dans un esprit de la transparence serait meilleure pour la protection des investisseurs.

B- La protection par la transparence dans les opérations d'émission d'obligations

78. L'émission d'obligations est conditionnée par la libération intégrale du capital social souscrit d'une part, et l'autorisation relève de la compétence exclusive de l'assemblée d'actionnaires d'autre part. Suivant l'article 781, « *l'émission d'obligations est interdite aux sociétés dont le capital social n'est pas entièrement libéré* ». En effet, si tel n'était pas le cas, la société devrait

²⁹⁵ CA Caen 13 mai 2003, n°00-3418, RJDA 1/04 n°55.

²⁹⁶ Valeurs mobilières complexes, bon de souscription d'actions.

²⁹⁷ J-J. DAIGRE et B. FRANÇOISE, *op. cit.*, p.13.

s'adresser en premier lieu à ses actionnaires qui sont à l'origine de sa constitution avant de rechercher des fonds auprès des tiers. Cette situation s'apprécie à la date de l'émission des obligations. Mais si, après cette émission, il est procédé à une augmentation du capital en numéraire par émission d'actions libérée partiellement, toute nouvelle émission d'obligations n'est pas possible sans libération total desdites actions²⁹⁸. Il ressort de l'article 783 que « *l'assemblée générale des actionnaires a seule qualité pour décider ou autoriser l'émission d'obligations (...)* ». Le non-respect de cette exigence est sanctionné par la nullité, selon l'article 783-1. Une telle exigence peut se justifier, dans la mesure où l'émission d'obligations constitue, dans une certaine mesure, une charge pour les actionnaires. Ceux-ci doivent pouvoir exprimer leur volonté en connaissance de cause. L'obligation n'est pas un titre représentatif d'une quote-part du capital. Dès lors l'intervention de l'assemblée générale extraordinaire n'est pas exigée par la loi. L'expression de la volonté de l'assemblée générale d'actionnaires peut s'analyser en un engagement ferme et sans condition de garantir le remboursement des emprunts nonobstant les aléas. Compte tenu de la nature d'emprunt de l'émission d'obligations, les actionnaires ne jouissent d'aucun droit préférentiel de souscription. Cela est logique, car les obligataires ne risquent pas de venir un jour en concurrence avec eux pour la répartition du *boni* de liquidation ou de disputer leur influence dans les assemblées générales²⁹⁹. Les obligataires ne sont pas des associés. Curieusement, le législateur OHADA consacre la souscription préférentielle aux actionnaires. Suivant l'article 822-1 de l'AUSCGIE, « *les actionnaires d'une société émettent des valeurs mobilières donnant accès au capital ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription de ces valeurs mobilières.*

Ce droit est régi par les articles 573 à 587-2 et 593 à 597 ci-dessus.

Les décisions prises et les opérations réalisées en violation du présent article sont nulles »³⁰⁰.

²⁹⁸ A. FÉNÉON, *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*, LGDJ, 2015, p. 642.

²⁹⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.*, n°1256, p.533.

³⁰⁰ En droit français, en cas d'augmentation de capital, le droit préférentiel de souscription des actions peut être détaché des actions pour être négocié. Actuellement, ce droit est négociable pendant toute la durée de la souscription à l'augmentation de capital. Après parution d'un décret, il le sera pendant une durée égale à celle de l'exercice du droit de souscription par les actionnaires mais qui débutera avant l'ouverture de celle-ci et s'achèvera avant sa clôture.

L'information des actionnaires sur les modalités d'exercice et de négociation de leur droit préférentiel de souscription sera précisée par le décret (C. com. art. L 225-132, al. 3 modifié ; Ord. art. 13). La date d'entrée en vigueur de cette disposition sera fixée par le décret et au plus tard le 1^{er} octobre 2016 (Ord. art. 38).

Le délai accordé aux actionnaires pour l'exercice du droit de souscription ne peut pas être inférieur à cinq jours de bourse à dater de l'ouverture de la souscription (C. com. art. L 225-141, al. 1). Le décret devrait prévoir que la période de négociation des droits préférentiels de souscription débutera deux jours ouvrés avant la période de souscription des actions et s'achèvera deux jours ouvrés avant celle-ci. Bien que destinée à permettre aux sociétés offrant leurs titres au

La question de savoir si l'obligation d'information en faveur des tiers investisseurs n'est pas plus protectrice que l'interdiction de cette opération à certaines sociétés. Les sociétés qui diffusent leurs titres sont soumises à un régime de transparence. Elles doivent être des maisons de verre dans lesquelles rien n'est caché. De même que l'actionnaire, l'investisseur tiers doit avoir accès à l'information pertinente pour prendre ses décisions d'investissement. Cette philosophie trouve son origine dans la volonté de protéger le public. Elle se manifeste par des obligations spéciales d'information (1) mais aussi de façon permanente dès lors que les titres sont diffusés (2).

1- L'exigence d'obligation spéciale d'information

79. La protection du public par l'exigence d'un capital très important aux sociétés autorisées semble bien illusoire. La loi de 1966 ayant exigé un capital important avant de solliciter l'investissement du public n'a pas réussi. Finalement, le procédé de protection du public qui a paru le plus efficace est celui de l'information des investisseurs. La démarche part d'une idée simple. Par définition, on ne peut pas garantir que l'investisseur fera un bon placement. Le choix d'investir est toujours par nature risqué. Les pouvoirs publics ne peuvent donc pas supprimer le risque de l'investisseur. En revanche, ils peuvent le minimiser en s'assurant que le choix de l'investisseur sera un choix informé. L'objectif de la transparence est que les investisseurs aient à leur disposition toutes les informations nécessaires à leur choix. Restait à trouver les moyens de cette information. Et il est apparu que le droit commun était inadapté pour fournir l'information nécessaire (a). La particularité de cette information est qu'elle dépasse le cadre contractuel (b).

a- L'obligation justifiée par l'inadéquation des principes du droit civil

80. Lorsque l'on souscrit à un titre, on est en présence d'une cession ou d'un mécanisme qui s'en rapproche fortement. Selon le droit civil, c'est à l'acheteur de s'informer. Cependant, dans le contexte de l'acquisition de titres en bourse, ce principe civiliste fonctionne mal. En effet, on peut admettre qu'un investisseur très riche puisse consacrer une fraction de son argent à acheter les informations nécessaires à son choix. Il peut payer le coût que représente son information. Seulement, si on veut étendre les sources du financement et que l'on veut attirer vers le financement des entreprises l'épargne du plus grand nombre, cela n'est plus possible. Le coût d'information supporté par le petit investisseur serait prohibitif par rapport à ce que cela lui rapporterait. Le droit civil connaît un correctif puisque le vendeur est tenu d'informer l'acheteur soit sur le terrain d'une

public de connaître plus rapidement la nouvelle composition de leur capital, cette mesure s'appliquera aussi aux autres sociétés. <http://isal.org/reforme-du-droit-societes>

obligation d'information soit sur le terrain de la réticence dolosive. Ce manquement aux obligations d'information est susceptible de nullité virtuelle des opérations envisagées. Cependant, en matière boursière ces principes sont inadéquats. En effet, l'actionnaire vendeur n'a pas nécessairement lui-même les informations utiles. Le fait que le vendeur soit aussi ignorant que l'acheteur n'est pas de nature à protéger ce dernier³⁰¹. Autrement, une nullité virtuelle prononcée ne peut objectivement se justifier, eu égard à cette inadéquation. Les limites du droit commun ont entraîné l'apparition d'une législation de l'information fonctionnant sur un principe nouveau.

b- L'obligation d'information dépassant le cadre contractuel

81. Le principe qui fonde la législation relative à l'information dans les sociétés qui diffusent leurs titres est que toute personne détentrice d'information susceptible d'influer sur des décisions d'investissement doit les partager avec le public. Autrement dit, l'obligation d'information existe au bénéfice de personnes indéterminées et qui peuvent n'avoir aucun lien de droit avec le débiteur de l'obligation³⁰². Dans sa formulation d'origine, elle s'est traduite par le fait que la Cour de cassation française a considéré que les dirigeants de sociétés anonymes, devaient leurs obligations de mandataires non seulement à l'égard de leurs mandants c'est-à-dire les actionnaires mais aussi à l'égard des tiers. Le tiers à la société, comme un acheteur de titres, pouvaient engager la responsabilité des dirigeants si le dirigeant avait diffusé une information fausse. La particularité de cette législation est qu'elle passe par des obligations d'informations qui pèsent tantôt sur la société et/ou ses organes mais qui pèsent aussi tantôt sur les tiers³⁰³. Symétriquement, les bénéficiaires de cette transparence sont p  le-m  le les actionnaires, mais aussi les investisseurs tiers³⁰⁴. C'est dire que les défaillances aux obligations d'information par l'une des parties tenues sont susceptibles de nullité de l'opération entreprise. L'obligation d'information aux investisseurs ne doit pas être spontanée, mais permanente.

2- L'exigence d'information permanente aux tiers

82. Le principe de l'information est fixé par le législateur. Il passe par l'établissement d'un document d'information. Il faut souligner que l'objectif du législateur vise à renforcer la sécurité de l'investissement mais également, il s'agit d'une mesure ou technique d'attractivité des investisseurs vers le continent. Le développement économique harmonieux de la communauté

³⁰¹ P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial, Tome 2, les sociétés commerciales*, Economica 2011, n  1301, p.931.

³⁰² *Ibid*, n  1302, p.931.

³⁰³ Art. 86 et suivants de l'AUSCGIE

³⁰⁴ P. DIDIER et Ph. DIDIER, *op. cit.*, n  1302, p.932.

dépend de la sécurité juridique. Or, sans cette sécurité, le législateur perdra sa crédibilité vis-à-vis des investisseurs. Les épargnants méritent une protection par une disposition impérative et dont le non-respect doit faire l'objet d'une nullité. L'article 822-13 dispose : « *sauf stipulation contraire du contrat d'émission et hors le cas de dissolution anticipée ne résultant pas d'une fusion ou d'une scission, la société ne peut imposer aux titulaires de valeurs mobilières donnant accès à son capital le rachat ou le remboursement de leurs droits. Toute délibération contraire est nulle* ».

L'appel public à l'épargne vise la sollicitation de l'épargne d'un public anonyme, élargi et diversifié en vue du financement des entreprises³⁰⁵. C'est ainsi que la révision de l'AUSCGIE réalise un renforcement dans le sens de la protection des épargnants. Ce renforcement se manifeste d'une part, par la clarification de la finalité du document d'information et de l'affermissement de son contenu, et d'autre part, par la facilité de l'accès à l'information contenu dans le document d'information.

83. L'Acte uniforme du 17 avril 1997 ne comprenait aucune disposition expresse relative à la finalité du document d'information, laissant ainsi le soin aux règlements spécifiques des marchés financiers et à la doctrine de la déterminer³⁰⁶. Considérant le contexte sociologique de la plupart des Etats membres de l'OHADA où la culture financière n'est pas très élevée, une telle exigence est à saluer³⁰⁷. En ce qui concerne l'affermissement du contenu du document d'information, le nouveau Droit de l'appel public à l'épargne est marqué par l'amélioration de la protection des épargnants. Pour y parvenir, l'article 86-1 de l'AUSCGIE introduit dans le dispositif d'information des épargnants le résumé du document d'information. Il est question ici d'éviter que l'information tue l'information³⁰⁸. Il doit s'agir d'une forme standard, simple et compréhensible contenant des informations adéquates sur les valeurs mobilières concernées³⁰⁹.

Le législateur OHADA ne s'est pas contenté de clarifier la finalité du document d'information et d'affermir son contenu, il a également pris des mesures pouvant faciliter l'accès à l'information.

³⁰⁵ Il existe un risque sérieux d'excès des entreprises dont les épargnants pourraient faire les frais.

³⁰⁶ L'innovation, c'est que le législateur de l'OHADA adopte désormais une démarche pédagogique en indiquant explicitement aux investisseurs l'utilité fondamentale que ce document d'information est susceptible d'avoir sur leurs stratégies et leurs décisions d'investissement.

³⁰⁷ Par ailleurs, la clarification de la finalité du document d'information, indique aux émetteurs le sens ou la perspective dans laquelle il doit être établi, ce qui, d'une certaine manière amorce l'affermissement de son contenu.

³⁰⁸ A. SUNKAM KAMDEM, « La réforme de l'appel public à l'épargne dans l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique du 30 janvier 2014 », JURIDIS n°106, avril-juin 2016, P.78.

³⁰⁹ Une telle standardisation du résumé du document d'information permet d'assurer l'égalité de traitement des investisseurs sollicités en dont le niveau de maîtrise des opérations d'appel public à l'épargne est inégal.

En plus des modes classiques consacrés par l'ancien AUSCGIE, la réforme y ajoute des nouveaux, notamment : la mise en ligne sur le site internet de la bourse des valeurs où l'admission à la négociation est sollicitée ; la mise en ligne sur le site internet de l'autorité compétente de l'Etat partie du siège de l'émetteur si celle-ci a décidé d'offrir ce service³¹⁰. On observe une nette prise en compte des technologies nouvelles de l'information et de la communication dans la diffusion du document d'information, ce qui est de nature à faciliter l'accès des épargnants aux informations contenues dans ledit document, et partant, leur permettre de mieux assurer la protection de leurs intérêts³¹¹. Ces éléments analysés mettent en exergue le souci d'améliorer la gouvernance des sociétés dans l'espace OHADA. Le non-respect de ces exigences d'information sont des causes de nullité textuelle ou virtuelles selon les cas.

84. On peut néanmoins regretter que l'Acte uniforme de l'OHADA n'ait attaché aucun intérêt au rôle des salariés dans les sociétés. Toutes les questions relatives à l'actionnariat des salariés, à leur participation à la gestion, à l'intéressement aux résultats sont en effet absentes. Le niveau de développement socio-économique des pays concernés ne pourrait pas seul justifier ce choix législatif³¹². De même les dispositions de l'Acte uniforme consacrées aux valeurs mobilières paraissent insuffisantes. Les seules valeurs mobilières dont le régime est clairement défini sont les actions et les obligations³¹³. Les prêts participatifs sont mentionnés de façon incidente à l'article 822 qui prévoit la possibilité d'émettre d'autres valeurs mobilières représentatives de créances sur la société. Dans la perspective du développement futur des marchés de capitaux en Afrique centrale³¹⁴, de telles insuffisances pourraient constituer un véritable handicap³¹⁵.

Il importe de noter en outre que l'exigence d'intervention du commissaire aux comptes dans certaines opérations dans la vie sociétaire contribue à la protection des tiers par ricochet.

³¹⁰ Art. 93 du nouvel AUSCGIE

³¹¹ A. SUNKAM KAMDEM, *op. cit.* P.79.

³¹² H-D. MODI KOKO BEBEY, « La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Revue des sociétés* 2002 p.270.

³¹³ Suivant l'exemple de la loi française de 1966, l'article 744 alinéa 3 de l'Acte uniforme a interdit l'émission de parts bénéficiaires ou parts de fondateurs. Seules les formes classiques d'actions et d'obligations sont prévues. Les titres démembrés (certificats d'investissement) ou composés (obligations convertibles en actions ou échangeables contre des actions) ne sont pas mentionnés. Leur utilité pratique, notamment pour l'amélioration des fonds propres, est pourtant avérée. J.-P. BERTREL et M. JEANTIN, *Droit de l'ingénierie financière*, 1990, cité par H-D. MODI KOKO, *op. cit.* P.270.

³¹⁴ Il existe déjà une bourse des valeurs dans la sous-région de L'UEMOA (Union économique et monétaire de l'Afrique de l'Ouest) et la création de la Bourse dans la sous-région de la CEMAC (Afrique centrale) est annoncée.

³¹⁵ La réglementation spécifique des marchés financiers permettra peut-être d'y remédier en partie. Il faut surtout espérer que la pratique saura exploiter la « perche tendue » de l'article 822 pour offrir aux épargnants d'autres opportunités de placements et aux entreprises des sources de financement plus diversifiées.

Par ailleurs, les mesures permettant de réduire les risques de conflit d'intérêt participent implicitement à la protection.

PARAGRAPHE II : LA REDUCTION DES RISQUES DE CONFLIT D'INTÉRÊTS

85. La réduction des risques de conflit d'intérêts participe à la conservation du patrimoine sociale, gage des créanciers sociaux. Le mot « *différend* » assez peu employé dans le langage quotidien signifie « *dispute* » ou « *conflit* »³¹⁶ provoqué par une opposition d'intérêts entre deux ou plusieurs personnes³¹⁷. En droit financier, il s'agit d'un conflit entre la mission d'un agent public et ses intérêts privés, conflit susceptible d'influencer la manière dont il exerce ses fonctions. En d'autres termes, le conflit d'intérêt peut potentiellement remettre en cause la neutralité et l'impartialité avec lesquelles la personne doit accomplir sa mission du fait de ses intérêts personnels. C'est pourquoi, les conventions conclues entre une société et l'un de ses dirigeants présentent des dangers. On peut craindre, en effet que le cocontractant de la société n'abuse de sa position prépondérante pour obtenir des avantages injustifiés³¹⁸. Le conseil doit veiller à éviter ou à réduire ces risques de conflit. Dans cette perspective, l'exigence de l'autorisation préalable du conseil pour les conventions réglementées (A) et l'approbation des rémunérations de dirigeant (B) dont le non-respect est sanctionné par la nullité favorisent la protection des investisseurs en droit OHADA.

A- La nécessité d'autorisation préalable du conseil d'administration des conventions réglementées

86. Une convention réglementée est un accord entre une société et une personne de la direction de cette société qui demande l'approbation préalable d'un organe compétent. On peut toujours craindre des abus lorsqu'un associé ou un dirigeant, surtout qu'il est en position de force passe une convention avec la société³¹⁹. Le droit des sociétés réagit par l'exigence d'une autorisation préalable du conseil d'administration. La procédure des conventions règlementées vise à prévenir les situations de conflit d'intérêts entre la société et ses dirigeants ou principaux associés par le

³¹⁶ En droit judiciaire privé, une distinction est faite entre un « *différend* » et un « *litige* ». Le différend est une opposition de point ou d'intérêt entre deux ou plusieurs personnes. Ce différend deviendra un litige lors que le juge est saisi. Il semble que l'Acte uniforme relatif à la médiation ne fait pas cette distinction entre le différent et le litige. www.dictionnaire-juridique.com .

³¹⁷ www.dictionnaire-juridique.com .

³¹⁸ Y GUYON, *op. cit.* n°419, p.452.

³¹⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.* p.214, n°444.

biais d'un contrôle des organes sociaux. Selon l'article 438, les conventions réglementées sont soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration. En effet, les dirigeants³²⁰ sont en mesure, par leurs prérogatives, de causer des dommages à la société ou plus subtilement, d'imposer à celle-ci des affaires qui sont bonnes pour eux, mais mauvaises pour elle³²¹. Exemple : le directeur général achète un terrain pour son compte personnel et le revend immédiatement à la société pour un prix largement supérieur. Selon la doctrine, ces conventions qui ne sont ni libres ni interdites sont soumises à une procédure d'autorisation et de contrôle et ce, quel que soit leur objet³²². La sanction du non-respect de cette conditionnalité est la nullité. C'est dire que la nullité n'est prononcée que si la convention n'a pas été préalablement soumise à l'approbation du conseil d'administration³²³ ou si elle a été désapprouvée par le conseil³²⁴. En revanche, la nullité n'est pas encourue si la convention n'a pas été soumise à l'assemblée des actionnaires³²⁵. La Cour de cassation française a rendu un arrêt révélateur en ce sens, qui peut être une source d'inspiration pour le juge OHADA. La nullité d'une convention, intervenant entre une société et l'un de ses administrateurs ne peut être couverte que par le vote de l'assemblée générale des actionnaires, intervenant sur rapport spécial des commissaires aux comptes exposant les circonstances, en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie. Viole l'article 105 de la loi du 24 juillet 1966 l'arrêt qui retient qu'en l'espèce, la convention a été exécutée, et que l'assemblée générale de la société ayant délibéré sur l'exercice clos au cours duquel le contrat a été conclu. Mais qui a approuvé les comptes et bilan de l'exercice dans lesquels figuraient bien les redevances fixées par la convention³²⁶. La nullité pour défaut d'autorisation préalable n'est subordonnée qu'à la preuve des « *conséquences préjudiciables* » subies par la société. Le vote de l'assemblée ne peut éteindre l'action en responsabilité contre les dirigeants. Il faut ajouter qu'il n'éteint pas non plus l'action en nullité d'une convention non autorisée³²⁷. Les principes de *corporate governance* militent pour un renforcement du contrôle dans toutes les situations de conflit d'intérêts. C'est sans doute l'un des

³²⁰ Administrateurs, président, directeur général, administrateur général, directeurs généraux adjoints.

³²¹ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY *op. cit.* P.214, n°808, p.361.

³²² *Ibid.*, n°814, P.364.

³²³ Absence d'autorisation.

³²⁴ Refus d'autorisation.

³²⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.* p.367, n°823.

³²⁶ Cass. Civ. 1^{re} 6 oct. 1998, Revue de jurisprudence commerciale, mais 1999, p.221.

³²⁷ P. LE CANNU, note sous Cass. Civ. 1^{re} 6 oct. 1998, Revue de jurisprudence commerciale, mais 1999, p.224.

domaines où la compétence du conseil d'administration semble s'imposer³²⁸. Il en résulte une sanction garantissant le patrimoine social (1), mais qui semble controversée (2).

1- La sanction protégeant le patrimoine de la société

87. Le contrôle du conseil d'administration sur les engagements essentiels contractés est assuré par la prudence des tiers. Le refus des tiers prudents de traiter avec un dirigeant qui ne justifie pas cette autorisation assure pour les conventions les plus importantes le respect de pouvoirs du conseil d'administration plus efficacement³²⁹. Il ressort de l'alinéa 4 de l'article 440 que l'administrateur intéressé dans une convention réglementée ne participe pas au vote et sa voix est exclue pour le calcul du quorum. Une telle exclusion semble intéressante dans la mesure où elle permet d'éviter toute influence quelconque à la décision à prendre. Cependant, cette exclusion est critiquable, car portant atteinte à un droit fondamental d'associé. Selon la doctrine, l'associé est un citoyen de cette cité qu'est la société, d'où ses prérogatives politiques : « *tout associé a le droit de participer aux votes et aux décisions collectives* »³³⁰. Cette prérogative revêt deux formes, toutes deux d'ordre public³³¹. Dans cette optique, exclure un associé au vote, c'est lui priver de son droit fondamental, un des attributs essentiels de la qualité d'associé.

88. Toutefois, au regard de la maxime selon laquelle « *on ne peut être à la fois juge et partie* », l'exclusion de l'associé concerné par la convention réglementée au droit de vote se justifie pour des raisons d'objectivité. En revanche, lorsque la convention est conclue entre la SA et l'associé unique, l'on peut douter de l'exigence d'une autorisation préalable. Contrairement au SA pluripersonnelles, un rapport spécial sur la convention n'est plus nécessaire. L'approbation par l'associé unique de la convention conclue par lui-même n'est pas envisageable, puisqu'il ne participe pas au vote³³². L'article 505 exclut l'application des dispositions relatives aux conventions réglementées, lorsque l'administrateur général est en même temps actionnaire unique de la société. En effet dans un tel cas, la vérification et l'approbation de ces actes deviennent inutiles du fait de la confusion des intérêts³³³. Il en serait différemment dans les sociétés anonymes unipersonnelles dont l'administrateur général ne serait pas actionnaire. Dans ce cas, le contrôle et l'approbation des conventions réglementées demeurent indispensables.

³²⁸ P. LE CANNU, *op. cit.*, p.224.

³²⁹ R. BADINTER, *op. cit.* n°19, p.189.

³³⁰ Article 53, 4°) de l'AUSCGIE.

³³¹ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.* p.210, n°434

³³² B. MERCADAL, *Mémento Pratique*, *op. cit.*, n°98017, p.712.

³³³ A. FÉNÉON, *op. cit.*, n°103, p.40.

Mais au sujet des garanties octroyées en l'absence de délégation de pouvoir, la sanction n'est pas uniforme.

2- La sanction controversée des garanties sans délégation de pouvoirs

89. Il existe une controverse en raison du défaut d'uniformisation des sanctions tant par le législateur de l'OHADA que son homologue français sur la question. Ainsi, la jurisprudence française a-t-elle opté pour l'inopposabilité de l'acte à la société en l'absence d'autorisation alors qu'une partie de la doctrine en France et en droit OHADA optent pour la nullité absolue.

La position des législations OHADA et française alimente la controverse sur la sanction d'une sûreté octroyée en l'absence d'autorisation. Les deux législations n'ont pris aucune position tranchée sur la question. Tantôt le choix de la sanction est l'inopposabilité (a), tantôt c'est la nullité (b), engendrant une incohérence du régime (c).

a- Le choix implicite d'inopposabilité

90. Spécifiquement, le législateur de l'OHADA semble implicitement opter pour l'inopposabilité seulement dans le cas des sûretés octroyées par les dirigeants de la société anonyme avec administrateur général alors qu'il prévoit la nullité dans le cadre de la société anonyme avec conseil d'administration. Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 506 de l'AUSCGIE, « *les cautions, avals, garanties ou garantie à première demande donnés par l'administrateur général ou par l'administrateur général adjoint ne sont opposable à la société que s'ils ont été autorisés préalablement par l'assemblée générale, soit d'une manière générale, soit d'une manière spéciale* ». De cette disposition, on déduit que le législateur semble opter pour l'inopposabilité. Il s'agit de l'acte ou du droit dont une personne, notamment, la société en tant que personne morale, est fondée à ignorer ou à en faire écarter les effets. Cet acte est valable, les tiers, méconnaissent l'existence, les effets. Autrement, est valable mais le défaut d'autorisation préalable de l'assemblée générale rend l'acte inefficace vis-à-vis de la société. Par contre, le législateur opte aussi expressément pour la nullité.

b- Le choix express pour la nullité

91. L'alinéa 7 de l'article 449 de l'AUSCGIE révisé prescrit que « *les cautionnements, avals, garanties autonomes et autres garanties donnés, sans autorisation, pour des engagements pris par des tiers sont nuls* ». Tantôt le législateur opte pour la nullité sans préciser le type de nullité, tantôt pour l'inopposabilité. La solution traditionnelle retenue par la Cour de cassation française contre

l'octroi d'un cautionnement irrégulier est l'inopposabilité³³⁴. Mais les juridictions du fond notamment la Cour d'appel de Paris sont hésitantes en optant pour la nullité³³⁵ ou l'inopposabilité³³⁶ ou encore en envisageant simultanément les deux sanctions³³⁷. La Cour de Cassation a étendu la même sanction aux lettres d'intention irrégulièrement données dans un arrêt du 8 novembre 1994³³⁸. Cet arrêt était venu confirmer un arrêt antérieur de la Cour de Cassation française où elle avait estimé que « *la lettre litigieuse contenait une obligation de résultat dès lors qu'elle était de nature à rendre son auteur responsable des conséquences de la défaillance du débiteur. C'est à juste titre que la Cour d'appel en a déduit que cette lettre était constitutive d'une garantie et, après avoir relevé que le signataire de l'engagement n'y avait pas été autorisé par le conseil d'administration, a décidé qu'elle était inopposable à la société* »³³⁹. Cette sanction est alors applicable aux autres sûretés notamment l'aval et la garantie autonome dont l'octroi est soumis à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Elle vient renchérir le raisonnement selon lequel les dirigeants exercent, dans le cadre des sûretés octroyées aux tiers, des pouvoirs qui ne sont pas les siens mais plutôt ceux transférés par le conseil d'administration. Ainsi sans ce transfert, l'inopposabilité est encourue. Cette position de la Cour de Cassation est critiquée par une partie de la doctrine³⁴⁰ qui suggère plutôt la nullité pour une sûreté irrégulièrement consentie. Cette sanction est une alternative à l'inopposabilité dont les conséquences sont draconiennes pour les dirigeants et peut se retourner contre les intérêts de la société.

92. D'autre part, l'inopposabilité peut aller à l'encontre des intérêts de la société. En effet, l'inopposabilité empêche toute confirmation³⁴¹ de la sûreté irrégulièrement consentie. Or, étant

³³⁴ Cass. Com., 28 avril 1987, Bull. civ. IV, n°102; D.1988, 341, note D. GRILLET-PONTON; Rev. Sociétés 1987, p.436 note Y. GUYON.

³³⁵ CA Paris, 16 déc. 1986.

³³⁶ CA Paris 3^e ch. sect. A.

³³⁷ CA Paris 15^e ch. sect. B, 8 déc. 1995, Bull. Joly Sociétés, 01 mars 1996 n°3, p.199, note P. LE CANU.

³³⁸ Cass. Com. 8 nov. 1994, petites affiches, 23 juin 1995 n°75, p.18 note D. DJIBIRILA.

³³⁹ Cass. Com. 23 oct. 1990, Rev. Sociétés 1991 P.86 note Ph. DELEBECQUE. Selon les faits de l'espèce, la COMPAGNIE générale de banque Citibank (la Citibank) a accordé, avec le concours de la société Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises (la société CEPME), venant aux droits de la Caisse nationale des marchés de l'Etat, un crédit de mobilisation de la créance A la société Coopérative d'entreprise générale du midi (la société CEGM). En vue de permettre à celle-ci d'obtenir un renouvellement de crédit, la société de pavage et des asphaltes de Paris (la société SPAPA) a adressé aux créanciers de la CEGM une lettre d'intention. Cette dernière ayant déclaré la cessation de ses paiements, la Citibank et la société CEPME ont demandé à la SPAPA de lui payer certaines sommes.

³⁴⁰ R. MICHA-GOUDET, *l'inopposabilité des cautions, aval et garanties irrégulièrement donnés par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable*, JCP éd. E, 1998, P. 840 ; D. GRILLET-PONTON, note sous Cass. Com., 28 avril 1987, D. 1988, 341 ; J.-F. BARBIERI, JCP E 1989, II, n°15542 ; R. BAILLOD, Les lettres d'intention, RTD Com. 1992, p.563, n°26 et suiv.

³⁴¹ M. FALAISE, La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité), petite affiche, 27 août 1997, p. 5, n°24.

donné que ces sûretés sont généralement octroyées dans le cadre d'un groupe de société, elles sont des services que se rendent les sociétés du groupe. Et le législateur vise simplement à soumettre au contrôle les actes des dirigeants dans l'octroi des sûretés en prévoyant l'autorisation préalable du conseil d'administration. L'objectif n'est pas de priver la société d'un avantage qu'elle pourrait tirer d'une sûreté irrégulièrement octroyée. Au contraire, c'est pour empêcher les dirigeants de grever inconsidérément le patrimoine social par l'octroi de ces sûretés. Mais l'inopposabilité semble être en déphasage avec cet objectif. Puisqu'elle est un frein à la confirmation³⁴² d'un acte irrégulièrement donné. Cette controverse occasionne une incohérence du régime.

c- Le manque de cohérence dans le régime d'autorisation des garanties

93. Il apparaît que le régime d'autorisation des garanties manque de cohérence quant aux sanctions susceptibles de frapper les garanties irrégulièrement consenties. Son aménagement s'avère nécessaire. En raison des intérêts privés que le législateur entend protéger en instituant l'autorisation préalable, la nullité relative est la sanction judiciaire pour frapper les garanties fournies en violation de cette règle. Comme l'a souligné un auteur, le régime d'autorisation préalable est institué pour protéger la société³⁴³ contre les actes inconsidérés des dirigeants. Ce type de nullité peut être facilement couvert par une éventuelle ratification de l'acte irrégulier. Notamment, par une délibération de l'organe social dont l'autorisation avait fait défaut, en vue de lui faire perdre le vice qui l'entachait³⁴⁴. Il s'agit de définir une sanction identique pour tous les cas de défaut d'autorisation. Etant entendu que l'institution de l'autorisation préalable vise la protection de la société, les titulaires de l'action en annulation des actes issus de la violation de cette institution doivent être limités à la société, à ses membres et organes. Dès lors, le choix de la nullité relative répond mieux au contexte et semble instaurer une cohérence dans les sanctions applicables aux violations de l'autorisation préalable. L'adoption de ce type de nullité donne à la société la faculté de renoncer au droit d'agir en annulation d'une sûreté irrégulièrement consentie pour plutôt procéder à sa ratification. Autrement, il ressort de cette analyse que l'autorisation préalable du conseil permet de veiller à la préservation de l'ordre public économique de direction, une des fonctions classiques des nullités. Mais, cette autorisation préalable participe à la réduction

³⁴² Cass. Com. 17 nov. 1992 Rev. Sociétés 1993, p. 585, note Ph. DELEBECQUE ; Bull. joly Sociétés 1993, p.98, note Y. CHAPUT.

³⁴³ Ph. DELEBECQUE, note sous Cass. Com. 17 nov. Rev. Sociétés 1993, p.586, n°6.

³⁴⁴ M. A. FOLLY, « Le statut des dirigeants sociaux en droit OHADA », Thèse, Université de Montpellier 1 et Université de Lomé, 2014, n°208, p.110.

de risque de conflit d'intérêts, par conséquent, la nullité assure une nouvelle fonction, l'efficacité de la gouvernance d'entreprise. Il en est de même de l'exigence préalable d'approbation du Conseil d'Administration des rémunérations des dirigeants sociaux. Cette sanction nécessite l'uniformisation du régime pour de raison de cohérence. Dans la même vision, la rémunération des dirigeants sociaux doit faire l'objet d'approbation préalable par le conseil d'administration.

B- L'exigence d'approbation préalable des rémunérations des dirigeants sociaux

94. Suivant les articles 465, 474, 482, 490 de l'AUSCGIE, toutes les rémunérations des dirigeants³⁴⁵, doivent être approuvées par le conseil d'administration. Le mandataire social concerné ne prend pas part au vote. S'agit-il d'une convention réglementée ?

Pour la Cour de cassation française, la fixation de la rémunération ici n'entre pas dans le champ des conventions réglementées à raison de son caractère unilatéral, exclusif de toute convention³⁴⁶. Il s'agit d'une vue bien théorique des choses car en fait une véritable négociation s'instaure³⁴⁷. Selon la doctrine, la gouvernance vise à restaurer la confiance tant des actionnaires que du marché. Il existe un lien très fort entre gouvernance de qualité et valorisation de la société. L'objectif ultime des bonnes pratiques de gouvernance est de parvenir à une direction plus démocratique des sociétés anonymes. Cet objectif semblait indiquer au départ tout au moins, qu'il fallait redonner aux actionnaires un pouvoir effectif de décision et de contrôle. Il paraît désormais plus juste de considérer que l'objectif de toute bonne gouvernance sociale doit être la création de valeur pour le profit de tous. Un tel objectif suggère de renforcer la position et le rôle des dépositaires de l'intérêt social que sont les administrateurs réunis en conseil d'administration. Les intérêts des actionnaires n'en doivent pas moins être protégés. Il revient donc au conseil d'assurer les arbitrages entre différents intérêts, au nom de l'intérêt social et afin d'assurer la prospérité de la société³⁴⁸. C'est dans cette optique que se situe cette exigence de l'approbation préalable du conseil, sur les rémunérations des dirigeants. Il faut noter que le non-respect de cette exigence est sanctionné par la nullité.

95. La question de savoir si une rémunération dissimulée peut s'analyser en une rémunération non autorisée. Selon la Cour de cassation française, un tel acte peut être considéré comme une

³⁴⁵ Président directeur général, président du conseil d'administration, Directeur général, Directeur général adjoint.

³⁴⁶ Cass. Com. 3 mars 1987, Rev. Sociétés 1987, p.266, note Y. GUYON ; l'arrêt statue à propos d'un complément de retraite fondé sur le travail accompli par le bénéficiaire et la part qu'il avait prise dans le développement et la réussite exceptionnelle de l'entreprise.

³⁴⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.* p.335, n°744.

³⁴⁸ G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, n°2771, p.896.

rémunération non autorisée³⁴⁹. Dans un cas soumis à la Cour de cassation, les dirigeants de la société coopérative s'étaient attribués des primes prévues en plus de leurs salaires. Mais ces primes qui constituaient des compléments de rémunérations versés aux fonctionnaires mis à la disposition, figuraient dans les comptes annuels, au titre de la « *rémunération du personnel* ». Ces différentes sommes étaient mentionnées donc dans les comptes depuis plusieurs années, sans que les commissaires aux comptes aient formulé quelques critiques. Ce n'est qu'après la mise en place de ce mode de rémunération complémentaire, que certains membres du conseil d'administration ont décidé de réaliser un audit. Le dirigeant refusait tout examen des pièces comptables. Du fait que les comptes sociaux englobaient sans distinction les salaires du personnel du privé et les primes indues, la cour d'appel avait décidé que les actes antérieurs au 10 janvier 2008 ne pouvaient pas être prescrits. Le dirigeant poursuivi contestait cet arrêt. Pour lui, les sommes figuraient dans les comptes sociaux et n'avaient pas donné lieu à contestation. Il complète que le fait que les primes soient noyées dans la masse des rémunérations ne permet pas de caractériser une dissimulation. Ces critiques n'ont pas été retenues par la Cour de cassation. Les primes n'auraient pas dû être portées en comptabilité dans la rubrique des salaires, puisqu'il existait un compte intitulé « *primes et gratifications* » très faiblement alimentées. Or, il a été jugé que l'enregistrement en comptabilité d'une dépense sous fausse imputation caractérise une dissimulation³⁵⁰. Dès lors, la décision se trouve justifiée³⁵¹. Il conviendrait de noter que le conseil d'administration doit se montrer vigilant et contrôler les décisions prises par les dirigeants au regard des informations qui lui sont fournies. Faute de surveillance suffisante, des administrateurs trop passifs peuvent être considérés comme auteurs d'une faute de gestion, susceptible d'engager leur responsabilité³⁵². L'auto rémunération est évidemment dangereuse pour les finances de la société³⁵³. Il apparaît qu'une telle sanction participe à l'assainissement du climat des affaires dans l'espace OHADA.

³⁴⁹ Cass. com. 22 mai 2017, Rev. des sociétés 2017, p.591.

³⁵⁰ Cass. Crim. 14 mai 2003, Bull. Joly 2003, p.1043, note J.-P. BARBIERI ; Cass. Crim. 25 oct. 2006, Dalloz 2007, 1627, note C. MASCALA.

³⁵¹ B. BOULOC, « Rémunération non autorisée d'un dirigeant » (com.22 mai 2017), Rev. des sociétés 2017, p.594.

³⁵² J. HEINICH, « Défaut de vigilance du conseil d'administration et partage de responsabilité » (com. 26 avril 2017) Rev. des sociétés 2017, p.560.

³⁵³ P. LE CANNU, « SAS. Rémunération du président et conventions règlementées » (com. 4 nov.2014), RTD Com. 2015, 117 ; Dalloz 2014, 2297 ; Rev. des sociétés 2015, 108, note L. GODON.

96. En conclusion à ce chapitre 1^{er}, il faut noter que des limites à la liberté contractuelle sont posées à l'omnipotence de la volonté. Cette limitation se justifie par le souci majeur du législateur d'assainir le climat des affaires. À partir du XIX^e siècle le droit renonce à l'inspiration individualiste et libérale, le droit entre dans la phase de socialisation, le juriste se soucie du bien commun et du principe de la justice³⁵⁴. Autrement, des règles impératives sont venues s'appliquer aux SA et notamment à celle qui faisaient publiquement appel à l'épargne. Au fur et à mesure, les fondateurs peu scrupuleux abusaient de la liberté que leur avait reconnue le législateur. Le domaine de la liberté contractuelle se resserre, l'ordre public s'étend avec notamment de sanction³⁵⁵. La portée de l'ordre public consiste à déterminer la force plus ou moins contraignante que le législateur imprime aux règles impératives selon l'intérêt économique général ou particulier. La détermination des degrés du caractère impératif des règles résulte de la rédaction même des dispositions qui les contiennent³⁵⁶. Il ne fait aucun doute que les fonctions classiques des nullités sont assurées dans l'AUSCGIE.

Il conviendrait de noter par ailleurs que les personnes et les finances sont les deux éléments essentiels d'une société. L'efficacité d'une société est liée à la bonne santé de ces deux éléments³⁵⁷. C'est pourquoi, au-delà de cette fonction préventive, le législateur n'a pas perdu de vue sur les fonctions de garantie des relations contractuelles. La cohésion des personnes et la saine gestion au sein d'une société sont nécessaires pour son développement économique³⁵⁸.

³⁵⁴R. SACCO, *op. cit.*, p.746.

³⁵⁵Y. GUYON, « Liberté contractuelle et Droit des sociétés », p.2, [www.droit](http://www.droit.fr) .

³⁵⁶J. ISSA SAYEGH, *op. cit.* p.2.

³⁵⁷A. S. ADJITA, *op. cit.* p.48.

³⁵⁸J.-Cl. COVIAUX, « L'achat par une société de ses propres actions », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, 1978, P.194 et s., cité par A. S. ADJITA, *op. cit.* p.48.

CHAPITRE II

**DES NULLITÉS ASSAINISSANT LES
RELATIONS DANS LA SOCIÉTÉ**

97. Selon un auteur, la nullité demeure, en droit civil, la sanction normale car spécifique et première de l'invalidité du contrat³⁵⁹. Elle serait la « *sanction de référence* »³⁶⁰, la mesure qui, quoique « *la plus complexe* », est aussi « *la plus logique* ». La réforme intervenue en droit des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA, en matière de nullité vise à assainir les relations contractuelles. Si la sanction a pour fonction la prévention ou la garantie de la cohésion sociale, les nullités dans l'AUSCGIE participent à l'assainissement des relations collectives (section I) et à la sauvegarde des droits individuels d'associés (section II).

SECTION I : LA GARANTIE DU RESPECT DE RÉPARTITION DES COMPÉTENCES DANS LA SOCIÉTÉ

98. Les relations collectives sont assurées par la nullité dans l'AUSCGIE. Il s'agit des relations des organes de direction que celles des organes décisionnels, notamment les assemblées d'associés. Le conseil d'administration était seul maître de la gestion de la société³⁶¹. La loi de 1867 ne reconnaissait en ses dispositions d'origines, que le conseil d'administration³⁶². Il est chargé de veiller à la bonne marche de la société. Il est l'intermédiaire nécessaire entre l'assemblée, organe intermittent et la direction qui assure la permanence du pouvoir³⁶³. La présence d'un conseil d'administration est juridiquement nécessaire au fonctionnement régulier de la société anonyme, qui ne saurait donc être administrée par un président agissant seul, comme le fait le gérant d'une SARL³⁶⁴. L'une des fonctions de la nullité étant d'offrir une garantie à la mise en œuvre de la règle de droit, il apparaît que le nouvel AUSCGIE de 2014, par ladite sanction a amélioré les pouvoirs du conseil d'administration (§ I), tout en garantissant les pouvoirs des assemblées (§ II).

³⁵⁹ J. GHESTIN, *op. cit.*, n°2005, p.703.

³⁶⁰ A. BENABENT, *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, coll. Domat, 13^e éd. 2012, n°200, cité par J. GHESTIN, *op. cit.*, n°2005.

³⁶¹ R. BADINTER, « Les pouvoirs du président-directeur général de la société anonyme de type classique après la réforme du Droit des sociétés commerciales », *Dalloz* 1969 chron. 185.

³⁶² *Ibid*, p.185.

³⁶³ GOURLAY, *Le conseil d'administration de la société anonyme*, Paris, 1971, cité par Y. GUYON, *op. cit.*, n°330, p.352.

³⁶⁴ Civ. 4 juin 1946, *Sirey* 1947, 1, 153, note BARBRY; JCP 1947, II, 3518, note BASTIAN.

PARAGRAPHE I : LE RAFFERMISSEMENT DES POUVOIRS DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

99. Les fondateurs d'une « *société anonyme* » disposent pour l'administration de la société du choix entre deux modes d'organisation : d'une part, la gestion avec un administrateur général et, d'autre part, le "Conseil d'administration". La notion de conseil d'administration a fait son apparition assez tardivement dans la législation française. La loi du 24 juillet 1867 reconnaissait seulement³⁶⁵ l'existence d'« *un ou plusieurs mandataires révocables, salariés ou non, pris parmi les associés, et chargés d'administrer la société* ». C'est la loi du 16 novembre 1940³⁶⁶, corrigée, complétée par la loi du 4 mars 1943, qui a rendu obligatoire la collégialité des sociétés anonymes en instituant un conseil d'administration³⁶⁷. Cet organe est composé de trois membres au moins et de douze membres au plus³⁶⁸. Ce plafond étant lui-même sujet à modifications dans quelques cas particuliers. Le conseil d'administration est l'organe de réflexion et de décision de la personne morale. Toutefois, ce dernier s'est vu attribuer en outre la direction de la société « *sous sa responsabilité* ». Le régime actuel en droit français a été posé principalement par les dispositions des articles 89 à 117 de la loi du 24 juillet 1966, 151 et 152 de la même loi, 77 à 95 du décret d'application du 23 mars 1967³⁶⁹. Il semble que ce sont ces différentes lois qui ont inspiré du moins essentiellement, le législateur OHADA, pour la consécration du système de gestion des sociétés anonymes avec un conseil d'administration. Ce dernier est constitué par un collège d'actionnaires appelé "administrateurs". Ce sont des personnes physiques ou morales élues par l'assemblée des actionnaires. Le Conseil d'administration est un organe délibérant qui est dirigé par le Président du Conseil d'administration dénommé dans la pratique le "PDG"³⁷⁰ ou PCA³⁷¹. Il peut lui même être assisté par un ou plusieurs directeurs généraux³⁷². C'est le Président qui en propose la nomination au Conseil. Seules les sociétés importantes en sont pourvues³⁷³. L'analyse des sanctions inhérentes aux attributions du président du conseil d'administration (A) et des autres membres,

³⁶⁵ Art. 22.

³⁶⁶ DC 1941.1, commentaire Cordonnier.

³⁶⁷ Ph. DELEBECQUE et F-J. PANSIER, « Conseil d'administration », Répertoire de droit des sociétés Section 1, art.1 (actualisation janvier 2015).

³⁶⁸ Art. 1, a.

³⁶⁹ Auxquelles il convient d'ajouter les dispositions pénales de la loi, figurant dans le titre II.

³⁷⁰ Président Directeur Général.

³⁷¹ Président du Conseil d'Administration.

³⁷² www.dictionnaire-juridique.com.

³⁷³ La loi a créé les Directeurs généraux délégués qui sont nommés en accord avec le directeur général. Le conseil d'administration détermine l'étendue et la durée de leurs pouvoirs, ils disposent, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le directeur général.

administrateurs (B) permettra de montrer que le régime de nullité renforce les pouvoirs de ces administrateurs.

A- Le renforcement des pouvoirs individuels du Président du Conseil d'Administration

100. Il est fréquent en Droit des affaires de voir naître et s'affirmer, sous les besoins de la pratique, une institution que le législateur n'avait pas à l'origine prévu. Tel est le cas du président du conseil d'administration³⁷⁴. Il ressort de l'article 480 de l'AUSCGIE que le Président du conseil d'administration préside les réunions du conseil d'administration et les assemblées générales. Il doit veiller à ce que le conseil d'administration assume le contrôle de la gestion de la société confiée au directeur général. Le président du conseil d'administration opère les vérifications qu'il juge opportunes et peut se faire communiquer par le directeur général, qui y est tenu, tous les documents qu'il estime utiles à l'accomplissement de sa mission. Le président du conseil d'administration est tenu de communiquer à chaque administrateur ces documents et informations.

La question est de savoir, si tout acte tendant à faire obstacle à l'exercice de ces pouvoirs, du président du conseil d'administration est susceptible de la sanction. Suivant l'esprit de l'article 2 de l'AUSCGIE, les dispositions dudit Acte sont impératives, sauf dérogation expresse. Il apparaît que l'article 480 est une disposition impérative, et dont le non-respect doit être sanctionné par une nullité virtuelle. Une telle sanction s'inscrit dans la logique du renforcement des pouvoirs du président du conseil d'administration, dans l'exercice de ses missions. Il appartient par conséquent, au CA³⁷⁵ de désigner son PCA (1) et définir sa rémunération (2).

1- La compétence exclusive au conseil d'administration pour la désignation du PCA

101. Etant nommé par ses paires, notamment, les administrateurs, il ne peut être révoqué que par le conseil et non un autre organe³⁷⁶. Cette exigence de parallélisme de forme et de procédure renforce implicitement les pouvoirs du président du conseil d'administration. La cour d'appel d'Abidjan a rendu un arrêt en date du 23 février 2007, très édifiant en ces termes : « *Le Président du Conseil d'Administration étant désigné par le Conseil d'Administration, l'assemblée générale est incompétente pour le désigner. C'est donc en violation de sa compétence d'attribution que l'assemblée générale a désigné le nouveau Président du Conseil d'Administration.* »

³⁷⁴ R. BADINTER, *op. cit.*, n°2, p.185.

³⁷⁵ Conseil d'Administration.

³⁷⁶ Art.477 AUSCGIE.

L'assemblée générale est nulle d'une nullité absolue de même que le procès-verbal et les actes subséquents, dès lors qu'elle s'est tenue en violation des dispositions d'ordre public de l'AUSCGIE »³⁷⁷. A priori, l'arrêt semble ambigu. La nullité ici concerne la décision qui est prise par un organe incompétent. Non seulement cette décision obéit au parallélisme de forme et de procédure, mais elle tranche également un conflit de compétence entre les organes sociaux³⁷⁸. Selon un auteur, l'importance de la rémunération des dirigeants a, pour contrepartie, la précarité du statut des dirigeants des sociétés, révocables *ad nutum* dans la société anonyme de type classique³⁷⁹. Cette affirmation est discutable du moment où la rémunération du dirigeant n'est pas absolue. La preuve est qu'il existe des dirigeants non-salariés. Les rémunérations sont variables : jetons de présence³⁸⁰, rémunérations exceptionnelles³⁸¹, indemnité de fonction³⁸² remboursement des frais³⁸³, le salaire découlant du contrat de travail³⁸⁴. Il appartient au CA de les déterminer.

2- La compétence relative du CA pour la détermination de rémunération du PCA

102. Le conseil d'administration élit un président et détermine sa rémunération. Or, on trouve fréquemment la pratique suivante : le conseil délègue au comité de rémunération tous pouvoirs pour ce qui est de la rémunération du président, aux fins de fixer cette rémunération. Au surplus, aucun procès-verbal ultérieur ne porte approbation formelle du conseil sur le montant de cette rémunération, pas même un bref compte rendu des accords intervenus. Tant et si bien que le commissaire aux comptes ne dispose d'aucun élément juridique pour contrôler si les rémunérations servies sont régulières. En France, sous l'empire de l'article 40 de la loi de 1867, l'accord sur la rémunération des dirigeants par le conseil d'administration était une convention passée entre la société et un administrateur. Mais aujourd'hui, c'est un acte unilatéral et institutionnel. C'est le cas en droit OHADA³⁸⁵. Les comités peuvent-ils fixer la rémunération ? Il est logique que le comité

³⁷⁷ Arrêt civ. n° 152 du 23 février 2007, affaire Mme Touré BARAKISSA c/ Société Sotransya, Répertoire OHADA, 2006-2010, p.674.

³⁷⁸ Il s'agit ici notamment d'un conflit positif, par opposition au conflit négatif, c'est-à-dire lors ce que deux institutions ou organes se rejettent la compétence matérielle ou territoriale.

³⁷⁹ E. DE PONTAVICE, « La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la société anonyme », Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian, Tome 1, p.177. Pourtant, il existe une maxime d'Auguste Détour selon laquelle les dirigeants n'ont pas droit à la sécurité, cité par A. P. S. BADJI, Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé, Revue de l'ERSUMA n° 6, janv.2016, p.17.

³⁸⁰ Le juge français a estimé que c'est le conseil d'administration et non son Président qui est compétent pour accorder des jetons de présence, [CA Paris, 28 septembre 1990, D.1990, IR 269].

³⁸¹ Article 432 AUSCGIE.

³⁸² Article 431 AUSCGIE.

³⁸³ Article 432 alinéa 1.

³⁸⁴ V. article 515 AUSCGIE pour l'administrateur général.

³⁸⁵ Les articles 467 AUSCGIE pour le PDG, 474 pour le DG adjoint, et 482 pour le PCA, 490, pour le DG.

des rémunérations soit appelé à jouer un rôle important en déterminant la part variable de la rémunération des mandataires sociaux et en appréciant aussi l'ensemble des rémunérations et avantages perçus par les dirigeants et éventuellement les avantages en matière de retraite³⁸⁶. Seulement les avis des comités ne s'imposent pas au conseil d'administration. Cela est compréhensible, puisque c'est le conseil qui fixe la composition et les attributions des comités. Ces derniers exercent leur activité sous sa responsabilité³⁸⁷. La chambre commerciale de la Cour de cassation française a refusé de valider la procédure suivie qui avait consisté à faire fixer la rémunération par une Commission *ad hoc*³⁸⁸. Pour le juge, il appartenait au Conseil d'administration de se prononcer sur la question. Autrement, les modalités et le montant de la rémunération du PCA ou PDG sont fixés par le Conseil d'administration. Le cas échéant, les avantages en nature qui lui sont attribués sont fixés de la même manière que sa rémunération³⁸⁹. Le PDG ou le PCA ne peut ni fixer seul sa propre rémunération, ni la voir fixer par un « comité des rémunérations » qu'il aura désigné³⁹⁰. Selon la jurisprudence française, pouvant servir d'inspiration dans l'espace OHADA, « la rémunération allouée au président d'une société anonyme, notamment sous forme d'un complément de retraite, doit faire l'objet de délibération du Conseil d'administration sur son montant et ses modalités, la confirmation, par simple référence dans le procès-verbal de délibération, à une décision prise par deux administrateurs mandatés à cet effet, ne pouvant suppléer à sa propre décision »³⁹¹. Le conseil étant un organe collégial, le régime de nullité dans l'AUSCGIE participe aussi au renforcement de ses pouvoirs.

B- La préservation des pouvoirs collégiaux des administrateurs

103. Il est vrai qu'individuellement, un administrateur n'a pas de pouvoir, car, les pouvoirs sont toujours exercés de manière collégiale. C'est pourquoi, l'on ne peut parler que de la responsabilité collective des administrateurs, sauf dans l'hypothèse d'une immixtion dans la gestion³⁹². Toutefois, ce pouvoir collectif est renforcé d'une manière remarquable. Dorénavant, l'irrégularité dans la

³⁸⁶ A. P. S. BADJI, *op. cit.* p.18.

³⁸⁷ Article 437 AUSCGIE.

³⁸⁸ V. Chambre commerciale de la Cour de cassation, 4 juillet 1995, de la Fourrière c/ Aymard et société Banque Transatlantique, D. 1996, p.186, note J.-C HALLOUIN. Cet arrêt rendu le 4 juillet 1995 a été confirmé par un autre du 13 février 1996 (RJDA, juin 1996, n°801), cité par P. S.A. BADJI, in « Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé », Revue de l'ERSUMA n° 6, janv.2016, p.18.

³⁸⁹ C. A. W. NDIAYE, *op. cit.*, p. 354.

³⁹⁰ B. DONDERO et P. LE CANU, *op. cit.*, p.567.

³⁹¹ Cass. Com. 11 oct. 2005, n°02-13.520, Bull.2005 IV, n°210, p. 226.

³⁹² C'est le cas d'un dirigeant de fait.

convocation des administrateurs est sanctionnée par la nullité (1) ainsi que le non-respect de certaines exigences de délibération (2).

1- La sanction de l'irrégularité de convocation du conseil

104. Il y a irrégularité de convocation, lorsque les conditions requises ne sont pas respectées. Par exemple, le délai nécessaire, la communication de l'ordre du jour, le lieu de la réunion, exigés ne sont pas respectés. L'alinéa 4 de l'article 453 de l'AUSCGIE dispose que « *les délibérations du conseil d'administration sont nulles lorsque tous ses membres n'ont pas été régulièrement convoqués* ». Il faut noter que cette sanction permettrait de renforcer ou de protéger le principe d'égalité entre administrateurs et le droit de participation aux décisions collectives.

La Cour d'Appel de Lomé a rendu un arrêt très édifiant en date du 28 mai 2009 à ce sujet.

Dans cette affaire, la convocation d'un conseil d'administration a été signifiée au Togo à une société majoritaire du groupe pour être tenu le lendemain en Espagne. La société actionnaire majoritaire n'ayant pas fait le déplacement, a demandé la nullité des convocations ainsi que de ses délibérations. Le tribunal saisi a fait droit à la demande. La Cour d'Appel saisie ensuite rappelle que « *s'il est vrai que l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit de sociétés commerciales et du GIE stipule qu'on peut convoquer à tout moment un conseil d'administration, il n'en demeure pas moins vrai que convoquer une personne, c'est l'amener à se déplacer impérativement, ce qui suppose un déplacement. Doivent donc être annulées pour irrégularités, les délibérations du conseil d'administration ayant siégé et délibéré le lendemain de sa convocation* »³⁹³. Il s'agit du droit d'agir d'un actionnaire, tant à titre personnel qu'en qualité du représentant légal de la société, en nullité des décisions du conseil³⁹⁴. La cause de la nullité est le défaut de convocation et d'information d'un de ses membres. La convocation effectuée à dessein de manière à empêcher l'administrateur de participer à une réunion serait nulle comme frauduleuse ou abusive³⁹⁵. Selon un auteur, de la violation du droit à l'information des administrateurs, doublée avec la banalisation du délai de convocation qui inscrit leurs convocations dans l'irrégularité. Cette attitude les expose à une nullité virtuelle qui a justement contaminé les délibérations prises³⁹⁶. L'annulation des

³⁹³ Arrêt n° 089/09 du 28 mai 2009, SE2M-TOGO et SE3M-TOGO c/ société SDV TOGO, société SCOPAO SA, société Participaciones Ibero Internacionales, Répertoire OHADA, 2006-2010, p.675.

³⁹⁴ A. LIENHARD, « Intérêt à agir en nullité en cas de convocation frauduleuse du conseil d'administration et responsabilité civile du tiers pour violation d'un pacte d'actionnaire », Dalloz 2000, p.384.

³⁹⁵ Cass. Com 7 mai 1973, Bull. civ. IV, n°166.

³⁹⁶ M. A. FOLLY, note sous CA Lomé n°089 du 28 mai 2009, Revue Togolaise de droit des affaires et d'arbitrage, n°12 sept. 2015, p.63

délibérations du conseil d'administration à cause de l'irrégularité des convocations traduit la réalité des nullités en cascades³⁹⁷. Il faut souligner que cette décision s'inscrit dans la logique des deux autres décisions rendues par la cour d'appel d'Abidjan et le Tribunal régional Hors classe de Dakar en 2004, dans les affaires quasi-identiques. Par jugement n° 2301 du 27 octobre 2004, le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar a rendu une décision en ces termes : « *doit être déclaré nul, le conseil d'administration qui s'est tenu au domicile de l'un des administrateurs alors que ce dernier était en conflit ouvert avec l'un des trois administrateurs principaux* ». Il s'y ajoute que la convocation a été irrégulièrement faite puisque n'ayant pas permis, par son délai très court, d'informer son destinataire et de lui permettre de participer efficacement à la réunion³⁹⁸. Bien avant cette décision, la Cour d'Appel d'Abidjan s'est prononcée aussi sur une affaire similaire, dans un arrêt en date du 25 juin 2004. Selon la Cour d'Appel Abidjanaise, les délibérations du conseil d'administration doivent être annulées, le conseil n'ayant pu valablement délibérer dès lors que les membres dudit conseil ont été irrégulièrement convoqués. Il en est ainsi lorsque les convocations ont été servies seulement deux jours avant la réunion alors que les statuts prévoient cinq jours au moins³⁹⁹. La sanction des irrégularités de convocation permet de rappeler à l'ordre tous ceux qui ont cette charge de responsabilité, mais aussi de rendre plus crédibles les décisions éventuelles dans l'intérêt de la société. Autrement il s'agit d'une mesure qui participe à la transparence dans la gestion de la société.

Par contre, dans le respect du principe d'impérativité, « *la nullité d'un acte du conseil d'administration ne peut résulter que d'une disposition impérative de l'AUSCGIE, des textes régissant les contrats ou de la violation d'une clause des statuts* »⁴⁰⁰. Telle est la solution retenue par un arrêt de la CCJA, rendu le 29 mars 2018. En l'espèce, ayant été expulsé, le directeur général d'une société a quitté la Côte d'Ivoire le 9 février 2009. Le 10 février 2009, une réunion du conseil d'administration a mis fin à son mandat en excipant de l'impossibilité pour lui de remplir ses fonctions. Cette décision lui a été notifiée par courrier électronique. L'ex-directeur limogé a assigné la société en paiement de la somme de 1 000 000 000 de F CFA à titre de dommages intérêts en réparation de sa révocation qu'il estime abusive. Par jugement du 12 décembre 2013, le tribunal de

³⁹⁷ J. MOURY, « Les nullités en cascades en droit des sociétés », Rev. des sociétés 2013, p.599.

³⁹⁸ Affaire Bara TALL c/ Cheikh Oumar DIOUM et Youssou NDOUR, Répertoire OHADA 2006-2010, p.415.

³⁹⁹ Cour d'Appel d'Abidjan, arrêt n°688 du 25 juin 2004, Office Ivoirien des Chargeurs et autres c/ B.A et autres, Répertoire OHADA 2006-2010, p.415.

⁴⁰⁰ CCJA, 29 mars 2018, n°076/2018, www.actualitesdudroit.fr.

commerce d'Abidjan a fait partiellement droit à cette demande en condamnant la société à lui payer la somme de 200 000 000 de F CFA, avec une exécution provisoire à hauteur de 150 000 000 de F CFA. Sur appel de la société, la Cour d'Appel d'Abidjan a infirmé le jugement, et a statuer à nouveau en déboutant de l'ex-directeur de sa demande comme non fondée. Le pourvoi fut formé mais la CCJA a rejeté, car le moyen n'est pas fondé. Cette décision contribue à la protection du patrimoine de la société.

Il faut noter aussi que par ailleurs, le souci de la transparence permet d'éviter toute délibération susceptible d'abus de pouvoir.

2- La sanction de certains actes susceptibles d'abus de pouvoirs dans la délibération.

105. L'abus est l'usage excessif d'une prérogative. Il s'agit d'action consistant pour le titulaire d'un pouvoir, à sortir dans l'exercice qu'il en fait⁴⁰¹. Le conseil d'administration ne peut valablement délibérer que si la moitié au moins de ses membres est présente⁴⁰². Elle délibère suivant la règle de la majorité des membres présents. Dans cette perspective, le tribunal de grande instance d'Abidjan-Plateau a rendu un jugement clarifiant le 12 avril 2001. Selon cette instance, est irrégulier en la forme, et doit être déclaré nul de ce fait, le procès-verbal du conseil d'administration signé par un seul administrateur au nom des autres administrateurs. Un tel acte ne permettant pas de vérifier le nom et le nombre des administrateurs ayant demandé la convocation dudit conseil. Mais ne permet pas non plus de vérifier ceux prétendus présents et ayant participé à la réunion de cet organe. Le président du conseil d'administration révoqué doit donc être rétabli dans ses fonctions⁴⁰³. Constitue une cause de nullité, le non-respect des dispositions particulières relatives à l'opération d'augmentation du capital par apport en nature et /ou stipulation d'avantage particulier. En ce sens, il ressort de la lecture combinée de l'alinéa 2 de l'article 590 et de l'alinéa 3 de l'article 591 de l'AUSCGIE que les délibérations prises en l'absence du rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, tel que prévu à l'article 588 ci-dessus, sont nulles. Les délibérations peuvent être annulées dans le cas où le rapport ne contient pas toutes les indications prévues par le présent article et l'article 589. L'exécution forcée du devoir d'information incombant au président du conseil d'administration est envisageable. Il en est au tant de l'annulation de la délibération d'un conseil d'administration prise dans des conditions

⁴⁰¹ G. CORNU, *op. cit.*, p.5.

⁴⁰² Art.454 AUSCGIE.

⁴⁰³ TPI d'Abidjan-Plateau, jugement n°94 du 12 avril 2001 (1^{re} espèce) et Cour d'Appel d'Abidjan, arrêt n°1176 du 24 août 2001 (2^e espèce), Koffi Victor Bergson c/ Loteny Télécom, Répertoire OHADA 2006-2010, p.416.

d'information insuffisante, même si le demandeur a été entre-temps révoqué de ses fonctions d'administrateur. Selon Ernest RENAN tenait cet aphorisme pour le plus beau mot jamais dit, l'importance de la connaissance pour l'action en général a comme corollaire l'intérêt exceptionnel de l'information⁴⁰⁴. Le monde des entreprises n'échappe pas à cette vague⁴⁰⁵. La communication semble être le passage obligé de la performance⁴⁰⁶.

106. Parallèlement au développement de cette communication spontanée répondant à l'intérêt de l'entreprise, est apparue et s'est progressivement élargie une information obligatoire du personnel par l'intermédiaire des comités d'entreprise. L'information conçue et imposée par le législateur pour faire des salariés des « *citoyens à part entière de l'entreprise* »⁴⁰⁷. Puis le législateur s'est également intéressé aux autres partenaires, actuels ou potentiels, de l'entreprise : apporteurs de capitaux, épargnants, consommateurs. Leur information a été à son tour rendue obligatoire et strictement réglementée⁴⁰⁸. Il a fallu attendre les années 80 pour que le problème de l'information des administrateurs soit posé à l'état pur aux tribunaux. L'arrêt COÏNTREAU reconnaît aux administrateurs un devoir d'information préalable à la réunion du CA. La sanction appliquée à la méconnaissance de ce droit est la nullité de la délibération du conseil⁴⁰⁹. La méthode évoque davantage la découverte d'un principe d'ordre public virtuel sanctionné par la nullité virtuelle⁴¹⁰.

107. Puis ce fut l'affaire *Dennery*. Un administrateur, F. Dennery, dont l'arrêt d'appel⁴¹¹ nous apprend qu'il détient 23 % des actions de la société Dennery et qu'il réside à New York. Il demande à prendre connaissance au siège parisien de la société du procès-verbal d'une réunion du conseil d'administration à laquelle il n'a pas assisté et qui a fixé la rémunération du président. La société lui a refusé. L'administrateur, qui d'ailleurs ne va pas tarder à être révoqué, demande alors la

⁴⁰⁴La communication est devenue un des maîtres mots de notre époque, dans tous les domaines. Le degré de prolifération des médias plus ou moins spécialisés inciterait presque à parler d'un envahissement de la communication.

⁴⁰⁵On a saisi depuis longtemps l'utilité, pour la motivation des salariés et donc l'amélioration de la productivité, de la diffusion au sein du personnel des informations concernant la vie de l'entreprise. Dans tous les établissements d'une certaine dimension, la communication est aujourd'hui un des éléments importants de l'organisation du travail

⁴⁰⁶R. BAILLOD et J. DERRUPPE, « L'information des administrateurs de sociétés anonymes », RTD Com. 1990 p.1.

⁴⁰⁷V. en dernier lieu l'apport des lois du 28 oct. 1982, du 1^{er} mars 1984 et du 25 janv. 1985. Cf. not. A. Brunet et M. Germain, « L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes depuis les lois du 28 octobre 1982, du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985 », *Rev. Sociétés* 1985, p. 1 et s.

⁴⁰⁸Comme il existe un droit des actionnaires ou un droit des obligataires à l'information. Le silence des textes pourrait s'expliquer par l'inutilité d'une solution expresse : le problème de l'information des administrateurs ne se poserait pas en pratique, la communication s'établirait naturellement bien entre la direction générale et le conseil d'administration. Jusqu'en 1985, la quasi-absence de jurisprudence et la discrétion de la doctrine auraient pu accréditer cette vision des choses.

⁴⁰⁹M. AZAVANT, *op. cit.* p.448.

⁴¹⁰Cass.civ.4 déc. 1924, S.1931.I.49, note P. ESMIEN.

⁴¹¹Paris 26 févr 1986. *Bull. Joly Inf. soc.* 1986. p. 367.

condamnation de la société à lui remettre sous astreinte une copie du procès-verbal de la réunion en question. Satisfaction lui est donnée par le président du tribunal de commerce. Mais la Cour d'Appel, tout en déplorant que la société n'ait pas permis à l'administrateur de consulter le document litigieux au siège social, refuse de condamner la société à remettre à l'intéressé la copie sollicitée. Motif est qu'en l'absence de disposition expresse lui en faisant obligation, la société n'est pas tenue de délivrer à un administrateur la copie des procès-verbaux des délibérations du conseil d'administration. Ici encore intervient la censure de la Cour de Cassation⁴¹². Selon cette Cour, le président du conseil d'administration doit mettre les membres de celui-ci en mesure de recevoir les informations qui leur sont nécessaires. La cause est donc entendue. On peut à la suite de ces arrêts parler d'un véritable « *droit à l'information* » des administrateurs. L'affirmation de ce droit n'a rien de surprenant⁴¹³. En règle générale, la reconnaissance par la loi d'un droit à l'information suppose réunies deux conditions : d'abord, une certaine impossibilité, pour les bénéficiaires désignés, d'accéder par eux-mêmes à l'information⁴¹⁴. Ensuite, l'information n'est octroyée que si elle doit être utile : la fourniture d'information est destinée à éclairer ses bénéficiaires et à leur permettre d'exercer pleinement leurs prérogatives⁴¹⁵.

108. Certes, il résulte du principe de collégialité, caractéristique de l'administration de la société anonyme, que les administrateurs envisagés individuellement n'ont aucun pouvoir⁴¹⁶. Le fait que de nombreux conseils d'administration laissent décider la direction générale ou se bornent à entériner ses décisions dans ces domaines, ne doit pas conduire à mésestimer cette première fonction des administrateurs⁴¹⁷. Il apparaît que le conseil est désormais la pierre d'angle d'une bonne gouvernance ce dont témoignent notamment les nombreuses et importantes dispositions

⁴¹²Com. 1^{er} déc. 1987, note P. MORETTI, *Petites affiches* du 28 déc. 1987 ; note P. LE CANNU, *Rev. Sociétés* 1988. 237 s.

⁴¹³La loi organise au profit des organes de contrôle de la société anonyme, notamment les commissaires aux comptes, un droit étendu d'investigation.

⁴¹⁴C'est le cas par exemple des actionnaires, des obligataires, des salariés.

⁴¹⁵Ces deux éléments se retrouvent dans la situation particulière des administrateurs : en premier lieu, en ce qui concerne l'accès aux renseignements intéressant la société, le caractère périodique, intermittent, de l'activité du conseil d'administration constitue pour ses membres ordinaires, non dirigeants, un handicap incontestable par rapport au président dont l'activité est au contraire continue et qui assume la direction générale de la société ainsi que sa représentation dans les relations avec les tiers. En second lieu, l'utilité de l'information des administrateurs découle à l'évidence de leurs fonctions et de la responsabilité qui y est attachée. Ils ont tout d'abord un rôle à jouer dans la *gestion* de la société.

⁴¹⁶C'est le conseil qui se trouve investi par la loi des « pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société »

⁴¹⁷R. BAILLOD et J. DERRUPPE, *op. cit.* p.6.

concernant cet organe⁴¹⁸ en matière de nullité. Entre les administrateurs et le président du Conseil d'Administration, il se noue aujourd'hui des liens très étroits commandés par la nécessité de la régulation du pouvoir dans la société⁴¹⁹. Par ailleurs, les nullités participent à la garantie des pouvoirs d'assemblées dans l'AUSCGIE.

PARAGRAPHE II : LA GARANTIE DES POUVOIRS DES ASSEMBLÉES

109. D'une certaine façon, l'actionnaire est le pilier de la société anonyme. Il a contribué par son apport à constituer le mécanisme juridique perfectionné qui a été mis en place⁴²⁰.

La bonne gouvernance d'entreprise doit favoriser l'émergence d'entreprises efficaces, efficaces et durables qui contribuent au bien-être de la société en créant de la richesse, en générant des emplois. On s'attend à ce que ces entreprises reconnaissent et protègent les droits des parties prenantes via une approche inclusive reposant sur les idéaux démocratiques. Les actionnaires constituent un organe important. Ils méritent une protection exceptionnelle. Le législateur a renforcé leur pouvoir, par la nullité des actes de nature à porter atteintes à leur compétence (A). Dans la même vision, certains actes importants ne peuvent être accomplis sans l'avis du commissaire aux comptes (B).

A-La consolidation des pouvoirs des actionnaires.

110. Le principe de la hiérarchie des organes sociaux commande qu'aucun des organes ne dépouille de ses pouvoirs ou les abandonne au profit d'un autre⁴²¹. Dans cette perspective, on peut concevoir la gestion d'une société comme l'ensemble des actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social⁴²². Le renforcement des pouvoirs participe aussi, par ricochet, à la protection des actionnaires de manière générale (1). La sauvegarde des droits des actionnaires renforce également, indirectement leurs pouvoirs (2).

⁴¹⁸ V. MAGNIER et Y. PACLOT, « Le gouvernement d'entreprise en France, vingt ans après », in *Mélanges en l'honneur de Michel GERMAIN*, LGDJ éd.2015, p.497.

⁴¹⁹ A. SAKHO, « Modernisation et efficacité du droit OHADA des sociétés », *Mélanges à DOMINIQUE H.* p.7, www.afrilex.u-bordeaux4.fr.

⁴²⁰ G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.* n°2031, p.343.

⁴²¹ R. BADINTER, *op. cit.* n°5, p.186.

⁴²² *Ibid*, n°6, p.186.

1- La protection des pouvoirs d'actionnaires

111. Il faut rappeler que certains actes ou décisions nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social, tels l'approbation des comptes, l'augmentation du capital relèvent de la seule compétence des assemblées d'actionnaires⁴²³. Les actionnaires ont double qualité, notamment ils sont associés mais aussi épargnants. *Ipso facto*, ils sont protégés dans leur pouvoir relatif aux conventions réglementées d'une part (a), et pour les autres pouvoirs d'autre part (b).

a- La préservation des compétences relatives aux conventions réglementées

112. Selon l'alinéa 7 de l'article 449 de l'AUSCGIE, « *les cautionnements, avals, garanties autonomes et autres garanties donnés, sans autorisation, pour des engagements pris par des tiers sont nuls* ». La convention réglementée est une mécanique relativement sûre pour les intéressés. Mais le caractère très formaliste de cette institution peut aussi être critiqué par certains qui regrettent l'absence d'un système plus libéral articulant information sur le conflit d'intérêt et responsabilité éventuelle du dirigeant fautif⁴²⁴. Il s'agit d'une mesure protégeant non seulement le patrimoine social, mais aussi les intérêts des actionnaires, en tant qu'acteurs non négligeables de la société. Cette conditionnalité de l'autorisation préalable est une limite au pouvoir des dirigeants qui, parfois se permettent le luxe de saboter les pouvoirs des actionnaires dans la pratique. L'article 450 de l'AUSCGIE interdit expressément aux administrateurs, aux directeurs généraux et aux directeurs généraux adjoints ainsi qu'à ceux qui leur sont proches de contracter, des emprunts auprès de la société. Il leur est interdit de se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement. Il ne leur est pas permis aussi de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. Cette interdiction s'applique également aux représentants permanents des personnes morales, membres du conseil d'administration lorsqu'ils agissent à titre personnel. Dans cette optique, une convention conclue entre un dirigeant et la société avant son entrée en fonction peut être annulée pour fraude à la loi relative aux conventions réglementées. C'est ce que juge la Cour de cassation française dans un arrêt du 5 janvier 2016⁴²⁵, qui peut être une source d'inspiration supplémentaire pour le juge OHADA. Il faut dire que les circonstances de l'espèce étaient plutôt favorables. Un salarié d'une société devient directeur général par décision du conseil d'administration, puis de l'assemblée générale. Quelques jours avant ces décisions, un avenant à

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.* n°2202, p.468.

⁴²⁵ Dalloz 2016, 127; Rev. Sociétés 2016, 293, note D. SCHMIDT; RTD Civ. 2016, 346, obs. H. BARBIER ; RTD Com.2016, 141 obs. B. DONDERO.

son contrat de travail est signé avec la direction lui accordant une indemnité conséquente en cas de licenciement, sauf pour faute grave, force majeure ou faute lourde. Cet avenant est antidaté d'environ six mois et est dissimulé. À la suite d'une procédure de sauvegarde, la direction de la société change. L'intéressé est révoqué puis licencié. Il se prévaut alors de l'avenant, que la nouvelle direction découvre à cette occasion, et intente une action. Parallèlement, une action pénale pour faux est diligentée sur plainte de la société qui a permis d'établir la matérialité des faits et la réalité des intentions. L'appel interjeté par le dirigeant révoqué et licencié n'a pas prospéré. Le pourvoi est rejeté en ces termes « (...) *une convention intervenue entre une société et son dirigeant peut être annulée si elle est entachée de fraude pour avoir été conclue dans le dessein de l'exclure du champ d'application des conventions règlementées* (...) ». L'intérêt de l'arrêt est dans la sanction. Il s'agit bien évidemment de la nullité. Deux régimes sont envisageables. Celui de la fraude, avec la nullité absolue. Celui des conventions règlementées avec la nullité relative⁴²⁶. L'idée qui sous-tend l'arrêt susmentionné est que l'avenant au contrat de travail était lié à l'acquisition de la qualité de mandataire social, et qu'il aurait donc être soumis à la procédure applicable aux conventions règlementées. C'est à ce stade que l'invocation de la notion de fraude produit ses effets⁴²⁷. Le régime des conventions règlementées paraît s'appliquer, puisque le préjudice social est une condition de l'annulation d'une telle convention irrégulièrement conclue. Certes, cette exigence se rencontre parfois dans certains cas de fraude⁴²⁸.

113. Les conventions interdites comme les emprunts, découverts ou cautions et avals irrégulièrement consentis sont frappés de nullité absolue. Cette nullité peut être invoquée par tout intéressé et être opposable aux tiers. Il s'agit en effet, d'une nullité de protection visant les intérêts des actionnaires et des créanciers⁴²⁹. Le non-respect de modalité de vote par vidéoconférence ou autre moyen de communication est une cause de nullité conformément à l'alinéa 5 de l'article 454-1. Constituent aussi des causes de nullité obligatoires, le non-respect des conditions de détermination de la rémunération du président directeur général⁴³⁰, de nomination du directeur général adjoint⁴³¹. Est également sanctionné le non-respect des conditions d'attributions et

⁴²⁶ A. RABREAU, « Conventions règlementées » Dalloz 2016, p.2368.

⁴²⁷ B. DONDERO, « Champ d'application de la procédure des conventions règlementées : extension par la fraude et la cause », RTD Com. 2016, p.141.

⁴²⁸ J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil, Introduction générale, LDGJ, 4^e éd. 1994, n°819, p.809.

⁴²⁹ A. FÉNÉON, droit des sociétés en Afrique (OHADA), LGDJ, 2015, p.338.

⁴³⁰ Art. 467 alinéa 5 AUSCGIE.

⁴³¹ Art. 470 alinéa 2 AUSCGIE.

rémunération du président du conseil d'administration⁴³², de l'administrateur général⁴³³. Le non-respect des conditions du contrat de travail entre dirigeant et la société constitue une cause de nullité⁴³⁴. Ces causes de nullités permettent d'éviter l'arbitraire et la discrimination dans la prise de décision relative aux dirigeants et donc facilitent la transparence dans la gestion du patrimoine de la société.

114. Suivant l'article 499 de l'AUSCGIE, « *l'administrateur général peut être lié à la société par un contrat de travail à la condition que celui-ci corresponde à un emploi effectif.*

Le contrat de travail est soumis à l'autorisation préalable de l'assemblée générale. A défaut, le contrat de travail est nul ». Cette autorisation est la première phase du processus de contrôle de la convention. Depuis l'ordonnance française du 31 juillet 2014, le conseil d'administration doit motiver son autorisation « *en justifiant de l'intérêt de la convention pour la société* ». Une telle information qui s'ajoute au rapport du commissaire aux comptes devrait permettre aux actionnaires de se prononcer en connaissance de cause⁴³⁵.

b- Le réconfort des autres pouvoirs d'actionnaires

115. Selon l'article 522 de l'AUSCGIE, « *L'assemblée ne peut délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à son ordre du jour. Toute délibération prise en violation du présent alinéa est nulle* ».

En effet, la législation fait obligation aux dirigeants de mettre à la disposition des associés des documents de gestion ou de rapport de l'exercice deux semaines avant la tenue de l'assemblée générale. Par la même opportunité, les points à examiner doivent être communiqués aux associés. Le délai ainsi accordé pour examiner les points permet de se prononcer le jour « *J* » de manière objective, sérieuse, motivée sur la vie de la société. Autrement, la sanction en nullité des délibérations n'ayant pas été inscrites à l'ordre du jour est une sanction qui permet d'éviter toute délibération hâtive, sans réflexion, de nature à porter atteinte à la vie de la société. Il ressort de l'article 524 de l'AUSCGIE que l'ordre du jour de l'assemblée ne peut être modifié sur deuxième convocation ou, le cas échéant, pour les assemblées générales extraordinaires, sur troisième convocation. Toute délibération prise en violation du présent article est nulle. Cette sanction protège les associés.

⁴³² Art. 474 alinéa 3 AUSCGIE.

⁴³³ Art. 482 alinéa 5 AUSCGIE.

⁴³⁴ Art. 490 alinéa 5 AUSCGIE.

⁴³⁵ G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.* n°2204, p.471.

2- Le renforcement de pouvoir par la sauvegarde des droits d'actionnaires

La nullité participe à la sauvegarde des droits des anciens actionnaires (a), mais indirectement, la limitation des mandats d'administration est un moyen contribuant au dynamisme de la gestion (b).

a- La sauvegarde des droits des anciens actionnaires

116. L'augmentation de capital par apports extérieurs vise, pour l'essentiel, l'augmentation par émission d'actions nouvelles, qui peuvent être soit des actions en numéraire soit des actions d'apport. En cas d'émission d'actions en numéraire à la suite d'une augmentation de capital, le législateur, en vue de sauvegarder les droits des anciens actionnaires, leur accorde un droit préférentiel de souscription des actions émises⁴³⁶. Par droit de souscription préférentiel, il faut entendre le droit dont dispose les actionnaires proportionnellement au montant de leurs actions d'acquérir de nouvelles actions émises dans le cadre de l'augmentation du capital⁴³⁷. Le droit préférentiel de souscription a pour objet de dédommager les actionnaires au moment d'une augmentation de capital. Pour exercer leur droit préférentiel de souscription, les actionnaires disposent d'un délai de vingt jours à dater de l'ouverture de la souscription⁴³⁸. Ils peuvent toutefois y renoncer soit au profit d'autres personnes, soit en supprimant. N'ayant pas prévu la sanction de la nullité expresse en cas de non-respect de ce droit, deux sanctions peuvent être envisagées alternativement. Dans la perspective de l'esprit de l'article 2, l'on peut présumer que toute délibération contraire est réputée non écrite. Ou bien, en cas de violation de ce droit préférentiel, la nullité virtuelle est envisageable.

En ce qui concerne les souscriptions préférentielles, le législateur a prévu un encadrement strict. Le non-respect des dispositions relatives au droit préférentiel de souscription, le non-respect des dispositions relatives au prix d'émission et le non-respect des dispositions relatives à la renonciation individuelle au droit préférentiel de souscription sont des causes de nullité dans ces domaines⁴³⁹. Déclarer des mandats en cours pour les candidats administrateurs est une exigence dont le non-respect est sanctionné par la nullité.

⁴³⁶F. ANOUHAKA, « Les sociétés des personnes », in *Sociétés commerciales et GIE*, Bruxelles, éd. Bruylant, 2002, p.487.

⁴³⁷ Art. 573 AUSCGIE.

⁴³⁸ Art.577 AUSCGIE.

⁴³⁹ Art.557-1. Les délibérations prises en violation des articles 546, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, et 557 ci-dessus sont nulles.

b- La limitation de mandat, un moyen de dynamisme de gestion

117. Suivant l'article 523 de l'AUSCGIE, les candidats au poste d'administrateur sont tenus de faire savoir à l'assemblée générale les mandats sociaux qu'ils exercent ou ont exercé depuis 5 ans. La question de savoir quelle est l'utilité d'une telle limitation ?

A priori, cette limitation est un moyen qui permet de rendre dynamique l'administration ou la gestion de la société. La dynamique d'une institution comme la société est fonction de son organisation structurelle et fonctionnelle. Mais cette dynamique nécessite d'avoir des administrateurs actifs, disponibles, capables de veiller et de défendre l'intérêt social. La défense de l'intérêt social participe, dans une certaine mesure à la protection des actionnaires. La mission de l'administrateur exige qu'il participe aux réunions périodiques du conseil, le législateur a considéré qu'au-delà d'un certain nombre de mandats la mission ne pouvait pas être correctement accomplie. Outre le souci d'améliorer la disponibilité des administrateurs, le législateur a souhaité réagir contre les pratiques de concentration des mandats de nature à entraver leur indépendance⁴⁴⁰. Raisonnant dans la même vision, certains auteurs affirment que l'objectif des limitations applicables aux administrateurs est triple. Il s'agit d'assurer une certaine disponibilité des administrateurs pour qu'ils exercent effectivement leurs fonctions. Ceci permet d'éviter les recrutements croisés⁴⁴¹, d'endiguer le cumul des rémunérations⁴⁴². Cet objectif d'être efficace dans l'exercice des fonctions et d'assurer la transparence dans la gestion, l'une des exigences de la gouvernance d'entreprise. La détermination de ce plafond appelle deux précisions. D'une part, les mandats dans les sociétés étrangères ne sont pas pris en compte. D'autre part le plafond ne s'applique pas aux personnes morales, qui peuvent cumuler autant de postes d'administrateurs qu'elles le désirent. En revanche, les fonctions exercées à titre de représentant permanent entrent dans le décompte du plafond⁴⁴³. Autrement, cette limitation permet à l'assemblée d'actionnaire d'élire les administrateurs dont la dynamique dans l'exercice des fonctions serait présumée.

118. À la question de savoir si les actes de l'administrateur ayant dépassé le nombre de mandats seraient nuls, il semble que le législateur a curieusement résolu le problème en validant les actes ou délibérations. Mais en considérant ce dernier comme ayant tacitement démissionné de son

⁴⁴⁰M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.* n°680, p.308.

⁴⁴¹ X serait administrateur au conseil d'administration présidé par Y et Y serait administrateur au conseil d'administration présidé par X, le phénomène pouvant se répliquer avec d'autres personnes dans de nombreux conseils.

⁴⁴²P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 5^e éd. LGDJ, Paris, 2013, n°703, p.461.

⁴⁴³M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.* n°681, p.309.

dernier mandat. Il faut remarquer que même si le souci du législateur serait d'assurer la stabilité de la gestion sociétaire, On peut douter de la loyauté d'un tel administrateur. Selon la doctrine, l'obligation de loyauté doit servir de fondement à une responsabilité, voire à la nullité, en cas d'abus⁴⁴⁴. Plusieurs décisions récentes ont mis sur le devant de la scène la question des « *opportunités d'affaires* ». Bien connue, particulièrement du droit américain, où la jurisprudence a édicté des critères pour distinguer l'opportunité « *appartenant* » à la société de celle que le dirigeant peut librement appréhender. La cour de cassation considère que le dirigeant qui appréhende un marché ou un bien qu'il aurait dû faire attribuer à la société manque à son devoir de loyauté envers celle-ci⁴⁴⁵ ou envers les associés⁴⁴⁶. Il conviendrait de souligner également que l'exigence d'avis du commissaire aux comptes pour les décisions à prendre renforce les pouvoirs des assemblées.

B- Les nullités : un moyen de protection du système de contrôle externe de la société

119. En prenant la responsabilité d'encadrer l'organisation et le fonctionnement des sociétés commerciales, le législateur OHADA manifeste sa volonté de protéger la vie de la société⁴⁴⁷. Le législateur OHADA a prévu en amont, des mesures comme le redressement judiciaire, la possibilité de prévenir les dirigeants sociaux des dangers que la société encourt du fait de leur mauvaise gestion, notamment financière⁴⁴⁸. Mais la mission du commissaire aux comptes est avant tout une mesure préventive⁴⁴⁹ et de contrôle des dirigeants sociaux. Raison pour laquelle, la nullité des actes de la vie sociale sans avis du commissaire aux comptes est consacrée (1), ainsi que celle des actes exigeant un rapport spécial, pour les conventions règlementées (2).

1- La nullité des actes de la vie sociale pour défaut d'avis du commissaire aux comptes

120. L'objectif d'information est la ligne de force du droit des sociétés et le commissaire aux comptes est considéré comme un des acteurs essentiels de la réalisation de cet objectif. Pour le

⁴⁴⁴P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.* n°497, p.323.

⁴⁴⁵ Cass. Com. 15 nov. 2011 Dalloz 2011, 2865, obs. A. LIENHARD.

⁴⁴⁶Cass. Com.18 déc. 2012, Dalloz 2013, p.83, obs. A. LIENHARD.

⁴⁴⁷ Mais aussi les intérêts des personnes qui contribuent à son essor et l'environnement économique d'une manière générale. Il apparaît assez souvent pour des raisons diverses, que la société connaisse des difficultés, dont l'ampleur constitue selon les cas, un danger pouvant entraîner sa faillite ou des mesures de redressement judiciaire difficilement acceptables.

⁴⁴⁸ Cela se fait entre autres à travers la procédure d'alerte, qui se présente comme une mesure protectrice des intérêts aussi bien des actionnaires ou associés, des salariés et créanciers de l'entreprise, que de cette dernière elle-même.

⁴⁴⁹ F. M. SAWADOGO, *OHADA-Droit des entreprises en difficultés*, Coll. Droit Uniforme, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2002 ; E. M. KOUMBA, *Droit de l'OHADA : prévenir les difficultés des entreprises*, éd. L'Harmattan, 2013, n° 10, p. 21.

Professeur Alain VIANDIER, en examinant l'évolution de cette profession constatait que « *chemin faisant* », le commissariat aux comptes devenait un « *commissariat aux informations* »⁴⁵⁰. À la lumière l'alinéa 1^{er} de l'article 717-1, « *les délibérations des assemblées prises sans que les rapports devant être établis par un commissaire aux comptes conformément au présent Acte uniforme aient été soumis à l'assemblée générale sont nulles* ». Il s'agit là des causes de nullités pour le non-respect des avis ou rapport du commissaire aux comptes relatifs à la vérification des documents comptables⁴⁵¹. Il en est de même de la sincérité des comptes et concordances des états financiers⁴⁵², ainsi qu'à l'égalité entre actionnaires⁴⁵³. Selon la doctrine, l'utilité de l'organe de contrôle est indéniable, même si elle n'est pas évidente. En effet les actionnaires qui approuvent les comptes lors de l'assemblée générale ne sont pas en mesure de s'assurer que ceux-ci reflètent l'état des affaires sociales. Ils n'auraient habituellement ni le temps ni la compétence nécessaire pour le faire. De plus des vérifications individuelles répétées entravent le fonctionnement de la société et risqueraient de porter atteinte au secret des affaires⁴⁵⁴. Le commissaire aux comptes vérifie les états financiers de synthèse établis par les dirigeants. À ce rôle classique s'ajoute aujourd'hui le contrôle des informations comptables et financières que les dirigeants diffusent en cours d'exercice⁴⁵⁵. Aux termes de l'article 710 de l'AUSCGIE, le commissaire aux comptes doit vérifier que les états financiers de synthèse sont réguliers, sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé. Il doit vérifier également la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice. La sincérité précise la notion de régularité⁴⁵⁶ dans la mesure où elle correspond à l'application de bonne foi des procédures obligatoires⁴⁵⁷. Selon un auteur, le contrôle présente aussi un intérêt pour les dirigeants chargés d'établir les comptes de la société. Sans doute le commissaire est-il amené à dénoncer des irrégularités ou des inexactitudes, ce qui n'est jamais agréable pour les responsables de celle-ci. Cependant, la comptabilité devient un instrument de gestion. Le commissaire est en mesure de conseiller les dirigeants sur la meilleure

⁴⁵⁰ A. VIANDIER, « L'évolution du commissariat aux comptes », in Etudes ROBLOT, 1984, P.323, cité par Thierry GRANIER, « Le commissaire aux comptes dans les sociétés qui font appel public à l'épargne », in Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves GUYON, 2003, p.460.

⁴⁵¹ Article 712 AUSCGIE.

⁴⁵² Article 713 AUSCGIE.

⁴⁵³ Article 714 AUSCGIE.

⁴⁵⁴ Y. GUYON, *op. cit.* n°357, p.387.

⁴⁵⁵ Parlant du contrôle des états financiers, il faut dire que le contenu du contrôle diffère selon qu'il s'agit des états financiers de synthèse classiques ou des comptes consolidés ou combinés.

⁴⁵⁶ Par la régularité, il vérifie la conformité aux lois en générale et aux prescriptions réglementaires applicables à la comptabilité. La sincérité est donc l'expression claire de la situation sociale, sans déguisement ni détours.

⁴⁵⁷ R. NEMEDEU, *op. cit.* p. 552.

manière de tenir les comptes afin de mieux éclairer la marche de l'entreprise. Il peut aussi attirer leur attention sur des irrégularités d'ordre juridique. La présence de ce spécialiste est par conséquent une garantie pour les dirigeants inexpérimentés⁴⁵⁸. Le commissaire aux comptes doit aussi vérifier que les états financiers de synthèse donnent une « *image fidèle* » des résultats de l'exercice et de la situation de la société. L'expression « *image fidèle* », malgré son ambiguïté, signifie que les comptes doivent permettre de porter un jugement éclairé sur la situation et les résultats de l'entreprise, afin de faciliter les prises de décisions⁴⁵⁹.

121. Dans le cadre d'un groupe de sociétés, le législateur OHADA impose la présentation des comptes consolidés, c'est-à-dire un seul compte de résultats communs à toutes les entités⁴⁶⁰.

La présentation des comptes combinés est aussi obligatoire dès lors que l'on se trouve dans le cadre de la combinaison⁴⁶¹. Dans cette optique, le commissaire aux comptes doit contrôler les comptes annuels des unités entrant dans le périmètre de consolidation ou de combinaison. Mais il ne doit pas refaire les vérifications déjà opérées par les confrères ou par les professionnels chargés du contrôle des comptes. Il s'appuie sur les données que les travaux de ces derniers contiennent pour établir leur certification⁴⁶². Le commissaire aux comptes devra vérifier la sincérité et la concordance avec les comptes annuels⁴⁶³. Il doit vérifier les informations données dans les rapports de gestion⁴⁶⁴ établis par les dirigeants et dans les documents adressés aux associés sur la situation financière et les états financiers de synthèse⁴⁶⁵. Il convient de noter que le rapport de gestion constitue la principale source d'information des actionnaires⁴⁶⁶. Tout document destiné aux actionnaires dès lors qu'il émane des dirigeants, quel que soit le mode de communication, est concerné⁴⁶⁷. Autrement, le commissaire aux comptes ne participe ni à la tenue de comptabilité ni à la présentation et à l'établissement des comptes de l'entité contrôlée. Cela lui est même strictement interdit sous peine de sanction. Cela le placerait en effet en situation d'auto révision, puisqu'il

⁴⁵⁸ Y. GUYON, *op. cit.* P.388.

⁴⁵⁹ R. NEMEDEU, *op. cit.* p. 552.

⁴⁶⁰ Art. 74 AUDCIF.

⁴⁶¹ Art. 103 AUDCIF.

⁴⁶² R. NEMEDEU, *op. cit.* p. 554.

⁴⁶³ Eventuellement avec les comptes consolidés.

⁴⁶⁴ Eventuellement dans le rapport de gestion du groupe.

⁴⁶⁵ Art. 713 AUSCGIE.

⁴⁶⁶ La tâche de contrôle du commissaire aux comptes est ici d'une grande importance car elle doit s'étendre jusqu'aux annexes à ce rapport. Le commissaire aux comptes doit également vérifier que les documents envoyés aux actionnaires sur leur demande ont été rédigés conformément aux pièces comptables et financières utilisées.

⁴⁶⁷ R. NEMEDEU, *op. cit.* p. 555.

aurait à contrôler ce qu'il a contribué à élaborer, et affecterait son indépendance, laquelle est essentielle au maintien de la confiance dans les états financiers⁴⁶⁸.

122. S'agissant des informations données au cours d'assemblée générale⁴⁶⁹, cette hypothèse n'est pas envisagée par le droit OHADA. Toutefois, le commissaire aux comptes devra vérifier aussi leur sincérité et leur régularité⁴⁷⁰. Cela lui permettrait de faire connaître ses observations, celles-ci pouvant amener les dirigeants à apporter des modifications au montant net du chiffre d'affaires et le résultat courant avant impôt⁴⁷¹. Il faut aussi faire remarquer que le contrôle est utile pour les tiers, qui envisagent de traiter avec la société ou d'acquérir des titres qu'elle a émis. Ces personnes doivent connaître la situation de leur cocontractant. Elles ne peuvent se fier à un bilan et à des comptes, s'ils sont dressés par les dirigeants seuls. En revanche, le fait que ces documents aient été certifiés par le commissaire aux comptes confère une force probante plus considérable⁴⁷². Il apparaît ici que les actes courants de gestion des dirigeants nécessitant l'avis du commissaire aux comptes sont sanctionnés par la nullité en cas de violation de cette condition. De même, les actes ponctuels nécessitant l'avis du commissaire aux comptes ne peuvent échapper à cette nullité⁴⁷³.

2- L'exigence du rapport spécial du commissaire aux comptes pour les conventions règlementées

123. Il faut dire que le commissaire aux comptes se trouve au centre de tous les intérêts qui s'agrègent autour de la société commerciale⁴⁷⁴. Dans ce sens, le législateur met à sa disposition des moyens juridiques pouvant renforcer ou faciliter l'exercice de sa mission. Suivant l'alinéa 7 de l'article 440 de l'AUSCGIE, « *les délibérations portant approbation des conventions visées à l'article 438 ci-dessus sont nulles lorsqu'elles sont prises à défaut du rapport spécial du commissaire aux comptes. Elles peuvent être annulées dans le cas où le rapport spécial du*

⁴⁶⁸ A. ROBERT, « Dirigeants, experts comptables et commissaires aux comptes : Rôle et responsabilités concernant les comptes des entreprises », in Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE, Dalloz 2013, p.588.

⁴⁶⁹ Lors des interventions orales des dirigeants.

⁴⁷⁰ Il pourra faire des observations en séance s'il est en mesure de porter immédiatement une appréciation, avec demande d'inscription au procès-verbal. Il est préférable que les documents et renseignements lui soient préalablement communiqués.

⁴⁷¹ R. NEMEDEU, *op. cit.* p. 555.

⁴⁷² Y. GUYON, *op. cit.* p.388.

⁴⁷³ Le commissaire aux comptes a pour mission de certifier, dans un rapport, que les comptes sont réguliers, sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que la situation financière et du patrimoine de la personne ou de l'entité à la fin de cet exercice. Et c'est pour cela que le législateur lui a notamment donné le pouvoir d'opérer, à toute époque de l'année, toutes vérifications et tous contrôles qu'il juge opportun.

⁴⁷⁴ De ce fait, il peut contrôler les dirigeants tant au niveau des comptes sociaux que lors des différentes opérations ponctuant la vie sociale. Il peut aussi prendre des initiatives lorsqu'un péril imminent menace la survie de la société.

commissaire aux comptes ne contient pas les informations prévues au présent article ». Selon un auteur, le conseil doit accueillir le commissaire aux comptes lors des séances qui nécessitent son avis⁴⁷⁵. Par ailleurs, les délibérations relatives aux conventions règlementées prises en l'absence du rapport spécial du commissaire aux comptes⁴⁷⁶ sont aussi sanctionnées par la nullité⁴⁷⁷. En effet, lorsqu'il est convoqué à une assemblée générale extraordinaire, il présente un rapport spécial sur les points qui lui seront demandés⁴⁷⁸.

124. Toutefois, le commissaire aux comptes n'a pas de commentaires à ajouter, ni un avis ou attestation ou certification à faire valoir⁴⁷⁹. Le rapport spécial est ainsi le seul rapport dans lequel le commissaire ne donne pas son opinion, ne porte aucun jugement et n'en tire aucune conséquence⁴⁸⁰. C'est dire que l'avis du commissaire aux comptes permet de s'assurer de la crédibilité des conventions règlementées⁴⁸¹. C'est pourquoi, le non-respect des dispositions relatives à l'attribution gratuite d'action, à l'opération de réduction du capital social, aux modalités d'amortissement du capital social sont des causes de nullités obligatoires. Ici le législateur exige l'avis du commissaire aux comptes au préalable. Selon l'article 618-2, « *Les délibérations ou opérations prises ou réalisées en violation des articles 562, 563, 564, 565, 566 alinéa 2, 572, 573, 575, 576, 577, 579, 580, 586, 587, 588, 596, et 597 ci-dessus sont nulles.*

Les délibérations ou opérations prises ou réalisées en violation des dispositions des articles 567, 598 et 599 peuvent être annulées ». L'alinéa 3 de l'article 622 complète que « *Les délibérations prises en l'absence du rapport du commissaire aux apports prévus au présent article sont nulles* ».

Lors de la réduction, la décision sera prise sur la base du rapport spécial du commissaire aux comptes dans lequel il fera connaître son appréciation sur les causes et les conditions de la réduction

⁴⁷⁵Y. GUYON *op. cit.* n°335, p.357.

⁴⁷⁶ Article 501 al.2 AUSCGIE.

⁴⁷⁷ Abordant dans le même sens, l'article 503, alinéa 4 dispose : les délibérations portant approbation des conventions visées à l'article 438 ci-dessus sont nulles lorsqu'elles sont prises à défaut du rapport spécial du commissaire aux comptes.

⁴⁷⁸ Dans le rapport spécial, le commissaire aux comptes devra mentionner les modalités essentielles de ces conventions, notamment, l'indication des prix ou tarifs pratiqués, des ristournes ou commissions consenties, des délais de paiement accordés, des intérêts stipulés, des sûretés conférées, et le cas échéant toutes autres indications permettant aux actionnaires ou associés d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées.

⁴⁷⁹ Le commissaire aux comptes est tenu de présenter un rapport général et un rapport spécial sur les conventions règlementées à l'assemblée générale ordinaire.

⁴⁸⁰ R. NEMEDEU, *op. cit.* p. 562.

⁴⁸¹ Autrement, au cours de l'exercice, les dirigeants réalisent des opérations ponctuelles justifiées par les circonstances du moment. Elles peuvent être d'une importance considérable que la loi oblige le commissaire aux comptes à contrôler les conditions de leur réalisation. Il s'agirait soit des opérations financières, soit des opérations touchant à la structure de la société.

du capital⁴⁸². Toute délibération prise à défaut du rapport du commissaire aux comptes est nulle. L'Acte uniforme exige que le projet d'une telle opération lui soit communiqué 45 jours au moins avant la date de l'assemblée générale extraordinaire⁴⁸³. La portée de l'exigence d'un délai, spécial au sujet des documents proprement comptables, est liée à une considération d'ordre général⁴⁸⁴. Comme le remarque justement un auteur, « ce délai est accordé au commissaire aux comptes dans l'intérêt public, pour qu'il puisse donner un avis autorisé et en connaissance de cause sur les documents »⁴⁸⁵. L'alinéa 1^{er} de l'article 721 de l'AUSCGIE dispose : « *A défaut de convocation du commissaire aux comptes, l'assemblée est nulle seulement s'il doit présenter un rapport* ». Il est vrai que le commissaire aux comptes n'est pas un organe interne de la société. Néanmoins, le législateur permet, à titre exceptionnel qu'il puisse assister à l'assemblée juste pour exposer son avis pouvant éclairer les associés sur la décision à prendre, tout en s'abstenant de s'immiscer dans la gestion interne de la société.

125. Dans le sens du renforcement toujours des pouvoirs du commissaire aux comptes, l'alinéa 5 de l'article 822-5 dispose que « *les délibérations prises à défaut du rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, et du commissaire aux comptes prévus au présent article sont nulles. Ces délibérations peuvent être annulées dans le cas où le rapport ne contient pas toutes les indications prévues au présent article* ». Il s'agit du rapport permettant aux actionnaires de se prononcer sur l'émission des valeurs mobilières composées. Il faut également souligner que l'exercice de cette mission nécessite certaines garanties en la personne du commissaire aux comptes. Le droit OHADA en organisant le régime de nullité institue une véritable interdépendance des organes sociaux. Le législateur impose ainsi à ces derniers une coopération à laquelle ils ne se prêtent pas toujours de bonne grâce⁴⁸⁶. Par ailleurs, il faut noter que les droits individuels d'associés sont également protégés par la sanction qui est la nullité.

⁴⁸² Art.630 al.2 AUSCGIE.

⁴⁸³ Art.628 AUSCGIE.

⁴⁸⁴ J. HEMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, *Sociétés commerciales, Tome III*, Dalloz 1978, n°402, p.285.

⁴⁸⁵ E. DU PONTAVICE, Bull. cons. Nat. Commis., n°24, déc.1976, P.542, cité par J. HEMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, *op. cit.*, p.285.

⁴⁸⁶ Ph. BISSARA, « Interdépendance et coopération des organes sociaux de la société anonyme classique », Mélanges en l'honneur de Yves GUYON, Dalloz 2003, p.128.

SECTION II : LA SAUVEGARDE DES DROITS D'ASSOCIÉS

126. La liberté contractuelle, convient-il de le rappeler, constitue la première manifestation de l'autonomie de la volonté. Le postulat est connu : « *nul ne peut être engagé sans l'avoir voulu* » écrivait GOUNOT⁴⁸⁷. Il résulte de ce principe que « *le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »⁴⁸⁸. Autrement, c'est pour garantir l'ordre public sociétaire que le législateur est intervenu pour la limitation de cette liberté, compte tenu du caractère institutionnel de ladite société. La mondialisation de l'économie et le progrès des techniques ont pour conséquence que les associés peuvent de moins en moins souvent se satisfaire de l'adoption de modèles sociétaires préétablis. Ils se borneraient à choisir, sans pouvoir les modifier ou les adapter⁴⁸⁹. En effet, souligne un auteur : « *outre le fait de faciliter l'accumulation des capitaux, la société est considérée comme étant une technique d'organisation de l'entreprise ou une technique de gestion pouvant permettre, le cas échéant, la séparation de la propriété du pouvoir de direction ou de gestion et faciliter, le moment venu, la transmission de l'entreprise pour cause de mort ou même entre vifs* »⁴⁹⁰. Il ne faut pas oublier la protection de l'environnement économique qu'offrent ces règles dans le cadre de la mise en place sur le plan régional, d'une politique tendant à encourager les investissements tant nationaux qu'internationaux⁴⁹¹. « *Le rapport issu d'un contrat de société, avec la collaboration qui en résulte, implique une ingérence, un contrôle étroit et une faculté de critique dans la manière dont s'accomplissent les affaires communes, c'est-à-dire un pouvoir d'intrusion* »⁴⁹². Il est vrai que le souci majeur du législateur est de sauvegarder l'ordre public de direction. Mais, par la nullité, il a aussi protégé les droits des associés qu'il conviendrait d'examiner, suivant les pouvoirs ordinaires d'une part (§ I) et les pouvoirs extraordinaires d'autre part (§ II).

⁴⁸⁷ M. POUMAREDE, *Droit des obligations*, éd. Montchrestien, 2010, n°181, p.108.

⁴⁸⁸ Cons. Constit. Déc. 2002-465 DC, 13 janv. 2003 ; déc. n°2008-568 DC, 7 août 2008, Rec. Cons. constit. 2008, 352.

⁴⁸⁹ Y. GUYON, « Liberté contractuelle et Droit des sociétés », p.4, [www.droit](http://www.droit.fr).

⁴⁹⁰ F. M. SAWADO, *L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE : formation des formateurs magistrats module 1 et 2 du 22 juillet au 9 août 2002*, p. 5, http://biblio.ohada.org/greenstone/collect/dohada/index/assoc/HASHfe6f.dir/acte_commerciales-et-du-gie-formation-des-formateurs-magistrats-module1-2.pdf.

⁴⁹¹ Voir sur la question, H-D. MODI KOKO, « *La réforme du droit des affaires de l'Ohada au regard de la mondialisation de l'économie* », <http://www.institut-idef.org/La-reforme-du-droit-desaffaires>.

⁴⁹² E. THALLER, note sous Req, 3 mars 1903, Rec Dalloz 1904, I, 257.

PARAGRAPHE I : DANS LA PRISE DES DÉCISIONS ORDINAIRES

127. Les associés participent à la gestion de la société par la prise des décisions favorables au fonctionnement de celle-ci. Cette participation se matérialise par le droit de vote. Le vote peut être défini comme étant une action par laquelle un membre d'une assemblée délibérante ou un électeur participe au scrutin en exprimant son opinion selon la procédure prévue⁴⁹³. L'une des exigences de l'ordre public de protection consiste à ce que les associés de manière générale, aient la possibilité de participer effectivement et de voter aux assemblées générales des actionnaires. Ils doivent aussi être informés du règlement de ces assemblées, notamment des procédures de vote. Les nullités, en assurant leurs fonctions classiques, renforcent les droits fondamentaux. Par ricochet, la prévention des causes de nullité permet d'assurer la protection des prérogatives d'associés, notamment, le droit de vote (B) et le droit à l'information (A).

A- L'amélioration du droit à l'information

128. Organiser une information aussi complète que possible était indispensable à la fois pour éclairer le droit politique ou de contrôle de l'associé mais aussi pour attirer les capitaux dans l'entreprise⁴⁹⁴. L'information occupe une place majeure dans notre société en raison de l'impact qu'elle produit sur le comportement des individus. Elle est requise dans de nombreux domaines d'activités, notamment en matière contractuelle et sociétaire. C'est une « *source de contre-pouvoir* » selon un auteur⁴⁹⁵. Les autres droits des associés sont énoncés clairement par le législateur⁴⁹⁶. Cependant, le droit à l'information ne figure pas parmi les droits des associés affirmés par la jurisprudence et érigés en principe⁴⁹⁷. À ce stade, il serait douteux de parler du caractère fondamental du droit à l'information⁴⁹⁸. Néanmoins, il suffit de faire une lecture attentive

⁴⁹³G. CORNU, *op. cit.* p.973.

⁴⁹⁴I. URBAIN-PARLEANI et M. BOIZARD, « L'objectif d'information dans la loi du 24 juillet 1966 », *Revue société* 1996, P.449.

⁴⁹⁵M. TSHIBEDE L-D, *L'information des actionnaires, sources d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et de périmètre OHADA*, PUAM, 2009, cité par M. W. TSOPBEING, « L'information des associés, une exigence fondamentale du droit OHADA », *PENANT*, n°892, juillet-septembre 2015, p.295.

⁴⁹⁶ Art. 53, 751 AUSCGIE.

⁴⁹⁷ De nombreux principes non écrits relatifs aux droits des associés ont été dégagés par la jurisprudence : le principe d'égalité entre associés, le principe de la liberté de vote, le droit reconnu à chaque associé de rester dans la société.

⁴⁹⁸Le §131 AK1G en droit Allemand ne prévoit aucun droit à un compte rendu d'activité général pour les actionnaires, mais seulement un droit à l'information permettant un exercice adéquat du droit de vote (A. ALCOUFFE et Ch. KALWEIT, « Droits à l'information des actionnaires et actions sociales des associés en France et Allemagne. Considération de droit comparé en relation avec les directives américaines », *Revue International de droit économique* 2003/2, p.163).

des dispositions de l'AUSCGIE pour se convaincre de ce caractère fondamental⁴⁹⁹. En effet, comme toute exigence fondamentale, le droit à l'information des associés est une prérogative reconnue et garantie par le législateur⁵⁰⁰. C'est pourquoi, il existe des sanctions contre des comportements de nature à porter atteinte à l'égalité d'information entre associés. Dans cette perspective, l'irrégularité de la convocation à l'assemblée constitutive, s'analysant en une absence ou insuffisance d'information, peut être sanctionnée par la nullité (1), comme il en sera des autres manquements à l'information (2).

1- La nullité de l'irrégularité de la convocation de l'assemblée constitutive

129. Les SA seules sont concernées par l'exigence d'une assemblée constitutive. Celle-ci doit être convoquée à la diligence des fondateurs après l'établissement de la déclaration notariée de souscription et de versement de fond. La convocation est adressée à chaque souscripteur quinze jours au moins avant la date de l'assemblée⁵⁰¹. Lorsque l'assemblée générale a été irrégulièrement convoquée, elle encourt la nullité. Toutefois, l'action en nullité n'est pas recevable si tous les actionnaires étaient présents ou représentés. Il s'agit d'une nullité relative et, en conséquence, seul l'actionnaire lésé peut en demander le prononcé au juge compétent. Cette nullité peut cependant être couverte par la ratification formelle ou tacite de la délibération de l'assemblée constitutive par l'actionnaire lésé⁵⁰². Cette possibilité n'est pas évidente pour les autres informations.

2- La nullité des délibérations violant les droits à l'information d'associés

130. Les alinéas 5 de l'article 345, 7 de l'article 440⁵⁰³ et 4 de l'article 525⁵⁰⁴ consacrent la nullité des délibérations prises en violation du droit à l'information aux associés. Les sanctions de nullités constituent une garantie de l'exigence de ce droit fondamental. L'information des associés a une fonction essentielle dans la société commerciale. Elle permet aux associés d'avoir une meilleure connaissance de la situation financière de l'entreprise et de la gestion sociale, de contrôler leur

⁴⁹⁹ Par exemple, en exigent le rapport du commissaire aux comptes avant de se prononcer par approbation ou non, sur le rapport des dirigeants, on peut conclure la reconnaissance de ce droit à l'information. A la lumière de l'article 717-1, alinéa 1^{er}, « les délibérations des assemblées prises sans que les rapports devant être établis par un commissaire aux comptes conformément au présent Acte uniforme aient été soumis à l'assemblée générale sont nulles ».

⁵⁰⁰ En ce qui concerne les débiteurs de l'information, il faut dire que le devoir de l'information repose sur les dirigeants sociaux, notamment, les gérants, administrateur général, président directeur général, président du conseil d'administration et administrateur provisoire ou liquidateur.

⁵⁰¹ Art. 404 AUSCGIE.

⁵⁰² A. FÉNÉON, *op. cit.*, n°1613, p. 630.

⁵⁰³ « Les délibérations portant approbation des conventions visées à l'article 438 ci-dessus sont nulles lorsqu'elles sont prises à défaut du rapport spécial du commissaire aux comptes. Elles peuvent être annulées dans le cas où le rapport spécial du commissaire aux comptes ne contient pas les informations prévues au présent article ».

⁵⁰⁴ « Toute délibération de l'assemblée générale prise en violation du présent article peut être annulée ».

société et d'exercer efficacement leur droit de vote. L'étendue de l'information est surtout génératrice de conflits. Le conflit d'une part, entre l'intérêt des associés pour lesquels la société doit apparaître dans toute sa transparence. Le conflit d'autre part, avec la nécessité de protéger l'entreprise qui ne doit pas se révéler à la concurrence. C'est la classique réaction du secret des affaires⁵⁰⁵. L'information est organisée dans le respect du sacro-saint principe d'égalité qui a toujours existé. Egalité de l'information des actionnaires d'une part, égalité de l'information du public d'autre part⁵⁰⁶.

131. Mais si le droit de communication est le même pour tous, l'information des actionnaires ne reste-t-elle pas inégalitaire ? Selon la doctrine, une chose est de recevoir l'information, l'autre est de la comprendre. Inégalité entre les bénéficiaires de droit de l'information qui tient à l'aptitude des bénéficiaires à déceler parmi une somme de documents chiffrés, évolutifs, passés, présents, l'efficacité de la gestion des dirigeants. Les actionnaires ne devraient-ils pas tous être comptables et juristes ? La loi, malheureusement, ne distingue l'actionnaire averti et celui qui ne l'est pas⁵⁰⁷. C'est dire que l'information constitue une boussole qui oriente les associés dans l'exercice de leur pouvoir décisionnel⁵⁰⁸, qui s'exprime par le vote.

B- La garantie du droit de vote par la nullité

132. Il est un principe que les associés doivent avoir accès en temps opportun à des informations concernant la date, le lieu et l'ordre du jour, sur les décisions à prendre lors des assemblées générales. Les associés doivent participer aux nominations, élections et politiques de rémunération des dirigeants. Selon LE CANNU, le droit de participer aux décisions collectives est le droit politique de base, « *encore plus large que le droit de vote* »⁵⁰⁹. Les actionnaires doivent pouvoir exercer leur droit de vote personnellement ou *in absentia*. Les droits « *nés de l'affectio societatis consistent à permettre aux associés de participer aux assemblées ou aux consultations et d'y voter* »⁵¹⁰. En vue de rendre effective la préservation de l'ordre public de protection, le législateur

⁵⁰⁵GAVALDA, « Le secret des affaires », Mélanges SAVATIER, P.291, cité par Isabelle URBAIN-PARLEANI et Martine BOIZARD, *op. cit.* p.448.

⁵⁰⁶ J. MESTRE, « L'Egalité en droit privé, aspect du droit des sociétés », *Revue sociétés* 1985, p.399.

⁵⁰⁷ I. URBAIN-PARLEANI et M. BOIZARD, *op. cit.* p.456.

⁵⁰⁸ M. W. TSOPBEING, *op. cit.* p.317.

⁵⁰⁹ P. LE CANNU, « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives » in Mélanges Philippe MERLE, Paris Dalloz 2013, p.447-448.

⁵¹⁰ D. NZOUABETH, *Les litiges entre associés*, thèse de doctorat, Dakar UCAD 2005, n°229, p.91, cité par E.K.A. MONTCHO, « Les droits fondamentaux d'associés » in RTSJ, janv.-juin 2015, p.72.

communautaire a renforcé la protection de ce droit de vote des associés. Cette protection est inhérente à la participation effective aux décisions collective (1) et à l'expression de volonté (2).

1- La nullité de toute atteinte au droit de vote

133. Par la consécration des nullités textuelles obligatoires, le législateur sanctionne tout acte ou comportement susceptible de porter atteinte à ce droit fondamental. Le droit de participation aux décisions collectives recouvre assurément le droit d'être présent lors de prise de décision, ce qui revient à dire que les dirigeants ont le devoir de convoquer tous les associés⁵¹¹. Certes, le droit de vote a connu des aménagements en permettant la création d'actions de préférence « *avec ou sans droit de vote, assortie de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent* »⁵¹². Mais ces aménagements n'excluent pas la protection de ce droit fondamental. Il ressort de l'article 129-1 de l'AUSCGIE qu'« *Est nulle toute délibération ou décision prise en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions ou parts sociales* ». Cette disposition vise les causes de nullités relatives à la délibération ou décision prise en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions ou aux parts sociales. Ainsi, le fait de ne pas convoquer un associé à une assemblée générale ordinaire ou extraordinaire entraîne la nullité des délibérations de cette assemblée. À ce propos, la Cour d'Appel de Ouagadougou a rendu un arrêt très éclatant et édifiant⁵¹³. Pour cette cour d'appel, « *la qualité d'actionnaire ayant été reconnue à l'intimée, le défaut de convocation de cette dernière aux assemblées générales ordinaires ou extraordinaires vicie les décisions prises lors desdites assemblées. Sur le fondement des articles 125, 519, 552, 892 de l'AUSCGIE, c'est donc à bon droit que le premier juge a annulé les délibérations de ces assemblées générales et les actes et décisions subséquentes* »⁵¹⁴. Cette décision participe à la reconnaissance et la protection d'un droit cardinal consacré par le législateur communautaire. Le droit de vote est qualifié de « *droit fondamental de l'associé* ». Cependant, une partie de la doctrine est réticente vis-à-vis de cette notion en raison de ce que le droit des sociétés, de par son pragmatisme, est « *par essence (...) fort éloigné des préoccupations humanitaires* »⁵¹⁵. Pourtant, il est possible d'utiliser la notion de droits fondamentaux⁵¹⁶. Par une décision du 12 mai

⁵¹¹D. NZOUABETH, cité par E.K.A. MONTCHO *op. cit.*, p.78.

⁵¹² Art. 544 AUSCGIE.

⁵¹³ CA de Ouagadougou, ch. Com. Arrêt n°030 du 15 mai 2009, Société ATLANTIQUE Télécom c/ Société PLANOR AFRIQUE et Société TELECEL FASO, Ohadata J-10-213.

⁵¹⁴ Ohadata J-10-213.

⁵¹⁵ M. GERMAIN, « la renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in Mélanges F. TERRE, Paris Dalloz 1999, p.401.

⁵¹⁶ E. K. A. MONTCHO, « Les droits fondamentaux d'associés », RTSJ janv.-Juin 2015, p.67.

2016, la Cour de cassation française décide qu'est nulle, la clause qui prive un notaire des droits à la rémunération de ses apports, avant publication d'arrêté constatant son retrait⁵¹⁷. Le litige opposait une SCP⁵¹⁸ de notaire et l'un de ses associés retrayants qui, dans le courant de l'année 2016, avait procédé à la cession de ses parts à ses coassociés. Cette cession est faite sous condition suspensive de l'acceptation de son retrait par le garde des sceaux. L'acte de cession stipulait, en outre, qu'à compter de sa date, le cédant « *n'aurait plus droit aux recettes, ni aux bénéfices, ni à tout autre actif quelconque de la SCP* ». L'arrêté ministériel ayant constaté son retrait trois ans plus tard, le retrayant assigne la société en paiement de la quote-part de bénéfices attachés à ses parts sociales, réalisés avant cet arrêté. Il obtint gain de cause devant les juges du fond. Le pourvoi formé est rejeté. Sur le fondement de l'article 1131 du code civil, la Cour rappelle que l'obligation sans cause ne peut avoir d'effet. Elle décide par la suite que « *la cession de la participation d'un notaire à l'activité de la SCP dont il se retire ne peut constituer la contrepartie de la privation de la rémunération afférente à ses apports en capital* ». Il résulte que tout associé d'un office ministériel conserve de manière impérative, la rémunération afférente à ses apports en capital jusqu'à publication de l'arrêté ministériel constatant son retrait⁵¹⁹. La Cour ayant précisé que la rémunération dont il s'agit visait « *la quote-part dans les bénéfices distribués* »⁵²⁰. C'est dire que toute clause privative des droits aux bénéfices, en tant que droit fondamental, est nulle. C'est qui justifie aussi la nullité d'expression abusive du droit de vote.

2- La sanction d'expression abusive du droit de vote

134. L'article 130 renforce le principe d'égalité entre associés. Dans l'alinéa 1^{er} de l'article 130⁵²¹, le législateur sanctionne par la nullité, toutes décisions collectives constitutives d'un abus de majorité. Selon le vocabulaire juridique, l'abus est un usage excessif d'un droit. L'abus de la majorité s'entend par l'exercice de leur droit de vote par des associés majoritaires à une assemblée générale ou par des administrateurs à un conseil d'administration. Cela conduisant à une décision contraire à l'intérêt de la société mais destinée à favoriser, au détriment des autres associés, l'intérêt personnel (direct ou indirect, matériel ou moral) d'un ou plusieurs membres de cette majorité⁵²².

⁵¹⁷ Civ.1^{re} 12 mai 2016 Dalloz 2016, 1076 ; Rev. Sociétés 2016, 676, note B. SAINTOURENS ; RTD Civ. 2016, 614, obs. H. BARBIER.

⁵¹⁸ Société Civile Professionnelle.

⁵¹⁹ J.-C. HALLOUIN, « Associés et droits sociaux », Dalloz 2016, p. 2368.

⁵²⁰ Civ.1^{re} 9 juin 2011, Dalloz 2011, 1616, obs. A LIENHARD et 2140 chron. C. CRETON, 2523 note D. GALLOIS-COCHET.

⁵²¹ Article 130 al.1^{er} : « Les décisions collectives constitutives d'un abus de majorité sont nulles ».

⁵²² G. CORNU *op. cit.* p.7.

En effet, l'égalité entre associés est un droit fondamental au même titre que le droit de vote, puisqu'elle permet aux associés de se respecter mutuellement, en dépit de leur différence dans la détention des titres sociaux. Ce principe trouve son origine dans le droit naturel, et donc il s'agit d'un droit inaliénable et imprescriptible. Sa protection par le législateur est objectivement justifiée.

135. Mais la protection des prérogatives politiques tient aussi dans l'appréciation stricte des abus de vote⁵²³ et, en particulier, de l'abus de minorité⁵²⁴. Avec le nouvel AUSCGIE, on assiste à un renforcement des droits d'actionnaires minoritaires⁵²⁵. Mais ces derniers doivent aussi être responsables sinon on assisterait à une tyrannie des faibles⁵²⁶. La tyrannie repose ici sur un abus des droits⁵²⁷. La pratique montre que la question de l'abus de la minorité de blocage est le plus souvent posée à l'occasion d'une augmentation du capital social. Selon un auteur, la prise en considération de l'abus de minorité ne peut être qu'exceptionnelle. C'est du moins le souhait raisonnable que formule la plupart⁵²⁸.

136. La nullité est la sanction de principe du détournement du pouvoir⁵²⁹. Cependant, la spécificité que revêt l'acte juridique émis par la minorité se reporte inévitablement sur la sanction du détournement de pouvoir qu'il réalise. Cette spécificité résulte du fait que l'acte juridique émis par la minorité n'entraîne pas l'adoption d'une résolution sociale mais au contraire son rejet. La nullité est une sanction adéquate et efficace lorsque l'attitude du titulaire d'un pouvoir permet l'adoption d'une décision positive, susceptible d'exécution⁵³⁰. La nullité permettra d'effacer le processus décisionnel, cet effacement ayant pour conséquence d'éviter les effets d'un comportement abusif et de la décision illicite qui en résulte. La seule sanction véritablement adéquate et efficace est l'adoption, malgré l'opposition minoritaire, de la décision rejetée abusivement. C'est sur le fondement d'une telle considération qu'un certain nombre d'auteurs ont préconisé d'adopter, sous le contrôle judiciaire la résolution à laquelle la minorité s'est opposée⁵³¹. Quelques décisions de

⁵²³ Art.130 AUSCGIE.

⁵²⁴ E.K.A. MONTCHO, *op. cit.* p.73.

⁵²⁵ Expertise de gestion dans les SA, il n'y a plus de minimum pour participer aux AGO.

⁵²⁶ BADJI (P. S. A.), *op. cit.* p.121, n°102.

⁵²⁷ A. CONSTANTIN, « La tyrannie des faibles », in Mélanges en l'honneur de Yves GUYON, Dalloz 2003, p. 214.

⁵²⁸ M. CABRILLAC, « De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité » in Mélanges offerts à André COLOMER, Litec, Paris 1993, n°2, p.110.

⁵²⁹ F. GAILLARD, « Le pouvoir en droit privé », *Economica*, p.109, cité par A. CONSTANTIN, *op. cit.*, p.228.

⁵³⁰ A. CONSTANTIN, *op. cit.*, p.228.

⁵³¹ A. DALSACE, D. 1957 p.610, n°3 ; N. LESOURD, « L'annulation pour abus de droit des délibérations d'assemblée générales », RTD Com. 1962, p.7 ; J. MESTRE, « Réflexion sur le rôle du juge », RJ com 1985, p.87.

juridictions du fond se sont également prononcées en ce sens, et ont considéré qu'un jugement peut valoir validation des résolutions dont le vote est empêché⁵³².

137. Une importante controverse est cependant apparue sur la question, une partie de la doctrine estimant impossible que le juge puisse de la sorte se substituer aux organes sociaux compétents⁵³³. L'intervention du législateur consacrant la sanction serait une solution à cette controverse. Le législateur de l'OHADA a consacré non seulement l'abus de minorité, mais l'abus d'égalité. L'AUSCGIE modifie l'article 131 relatif à l'abus de minorité pour y introduire un abus d'égalité. Cet abus qui vise en particulier la *joint-venture* dans lesquelles les participants à l'entreprise commune sont actionnaires de la société qui « abrite » la *joint-venture* à 50% chacun⁵³⁴. Il faut retenir que le droit de vote et le droit à l'information sont droits cardinaux qui méritent une protection. Bien que la nomination des administrateurs appartienne à l'assemblée générale ordinaire, de même que l'approbation des conventions réglementées, l'assemblée générale extraordinaire peut procéder à la révocation et au remplacement des administrateurs⁵³⁵ ou se prononcer sur une convention réglementée⁵³⁶. L'exercice du droit de vote permet la prise des décisions ordinaires mais aussi extraordinaires.

PARAGRAPHE II : DANS LA PRISE DES DÉCISIONS EXTRAORDINAIRES

Il s'agit des décisions qui sont hors de l'ordinaire, c'est-à-dire qui sont qualifiées d'exceptionnelles et exigeant la modification des textes de base, notamment, les statuts. Ici, le législateur est exigeant et sanctionne par la nullité le non-respect de l'unanimité dans certains cas (A), le non-respect de quorum exigé et autres (B).

⁵³² T. com. Point-à-Pitre, 9 janv.1987, Rev. Sociétés 1987, p.285, obs. Y. GUYON ; Lyon 22 juin 1987, RTD com.1988, p.70, n°1 obs. Y. REINHARD ; Pau 21 juin 1991, Rev. Sociétés 1992, p.46, note MERLE.

⁵³³ P. LE CANNU, « L'abus de minorité », Bull. Joly 1986, p.434 ; F. TERRÉ, Débat, in « La loi de la majorité », RJ com. n° spécial 1991, p.95.

⁵³⁴ Cette prise en considération répond aux situations dans lesquelles, alors qu'il n'y a que deux actionnaires détenant chacun 50% du capital de la société (et ce quelle que soit sa forme : SARL, SA, SAS) et 50% des droits de vote, certaines décisions de la vie des sociétés ne peuvent être prises. En effet, un désaccord entre les deux actionnaires paralyse la prise de décision, la majorité de 50% plus une voix ne pouvant être obtenue : BADJI (P. S. A.), *op. cit.*, p.121.

⁵³⁵ CA Rennes, 25 fév.1972, JCP 1972-II-17220, note SYNVET ; Rev. Sociétés 1974-101, note M.-A. COUDERT.

⁵³⁶ Cass. Com. 13 juin 1967, RTD Com. 1957, p.1088, n°10 obs. HOUIN.

A-La nullité des actes pour non-respect du principe d'unanimité.

L'engagement à une responsabilité illimitée des associés doit être décidé à l'unanimité sous peine de nullité (1). En cas de difficulté, l'intervention du juge est nécessaire (2).

1- La nullité d'engagement augmenté sans unanimité du consentement d'associés

138. La conception de Hans KELSEN, qui voit l'ordre juridique comme un système à marche successive offre une vision raffinée de symétrie entre règle étatique et règle individuelle. Le pouvoir de créer la norme privée a un nom : autonomie. Cette expression se rapporte, littéralement, à la situation de celui à qui il appartient d'établir les règles qui le concernent. On ne connaît pas de système de droit où il n'existerait aucune autonomie des sujets. L'instrument de l'autonomie est l'acte. Qui veut le respect de la personne humaine veut l'autonomie. Il la veut à la condition que l'exercice de l'autonomie ne nuise pas aux tiers . La première raison de la protection de l'autonomie se trouve dans la fonction sociale que remplit la volonté individuelle. Le respect de l'autonomie a un sens, car il n'est pas autre chose que le respect de la volonté individuelle⁵³⁷. C'est pourquoi, en cas de restructuration de la société, le législateur renforce la protection des associés à l'égard des tiers contre la responsabilité illimitée. Il est un principe que la loi de la majorité est la philosophie du droit des sociétés⁵³⁸. Mais en ce qui concerne la transformation de la société à risque limité à une société à risque illimité, cette loi de majorité cède la place au principe d'unanimité. L'absence d'unanimité de consentement des associés pour la transformation d'une société dans laquelle leur responsabilité est limitée à leurs apports en une société dans laquelle leur responsabilité serait illimitée est sanctionnée par la nullité. Cette sanction a son fondement aux alinéas 3 *in fine* de l'article 181⁵³⁹, 4 de l'article 187-1⁵⁴⁰ et à l'article 197⁵⁴¹ de l'AUSCGIE. Cette sanction qui est la nullité tient en échec les risques d'abus des associés majoritaires qui ont tendance à s'imposer dans certaines circonstances pour leur intérêt égoïste au nom du principe de la démocratie sociétaire. Le contrat est valable que si les parties ont eu la volonté de s'engager. Celui qui exprime la volonté à un engagement illimité doit avoir l'intelligence nécessaire pour comprendre et donc pour vouloir. Cette volonté doit être sincère⁵⁴². Il s'agit d'une mesure s'inscrivant dans la logique du principe de l'autonomie de la volonté. Un engagement à une responsabilité illimitée doit avoir un effet

⁵³⁷R. SACCO, « Liberté contractuelle, volonté contractuelle », RIDC, 4. 2007, p.744.

⁵³⁸Y. GUYON, *op. cit.*, n° 443, P.483.

⁵³⁹« Les délibérations prises en violation des dispositions du présent alinéa sont nulles ».

⁵⁴⁰« A défaut d'approbation expresse des associés, mentionnée au procès-verbal, la transformation est nulle ».

⁵⁴¹Alinéa 1^{er} *in fine* « La nullité des délibérations y relatives est soumise aux mêmes règles ».

⁵⁴²J. MESTRE et D. VELARDOCHIO, *Lamy sociétés commerciales*, éd. Lamy SA, 2006, n°142, p.62.

directement sur le patrimoine de l'associé. Pour ce faire, l'exigence de son consentement express est justifiée. Mais l'on peut s'interroger sur cette exigence d'unanimité lors que la restructuration est nécessaire et que la minorité impose sa volonté de blocage.

2- Une nullité surmontable

139. La question de savoir que faut-il faire, si la restructuration apparaît nécessaire pour dynamiser la société et que l'unanimité n'est pas obtenue. On serait encore ici, peut-être, dans une situation d'abus de la minorité. Les minoritaires peuvent ainsi empêcher que le quorum requis ne soit atteint ou l'unanimité ne soit réalisée. Or, cet abus n'est pas sanctionné par la nullité. Dans cette situation, deux hypothèses sont possibles pour sortir de la crise. Soit, il conviendrait d'initier l'exclusion amiable ou judiciaire des associés qui sont contre la transformation, par le rachat de leurs titres. Soit, l'on procède par le mécanisme de la désignation d'un représentant *ad hoc*, nommé par le juge pour voter en lieu et place des associés usant de l'abus. Il est offert au juge un choix suffisamment large de mesures susceptibles de sanctionner de manière adéquate et efficace le comportement illicite des minoritaires. Il n'est pas nécessaire que celui-ci en vienne à se substituer aux organes sociaux légalement compétents. L'efficacité de la répression de la tyrannie minoritaire paraît résider, dans la faculté réelle dont dispose le juge de choisir la sanction la plus adéquate⁵⁴³.

Suivant l'esprit de l'article 131 de l'AUSCGIE, il semble que le législateur communautaire est favorable pour cette option⁵⁴⁴. Il est nécessaire que le législateur puisse revoir les conditions de l'abus de minorité ou d'égalité, car on a l'impression que ceux-ci ne s'imaginent que lors de l'exercice du droit de vote. Et que dire de l'associé égalitaire qui, sachant que son absence à une assemblée, constitue un blocage ne s'y présente pas. Manifestement, il n'y a guère exercice du droit de vote⁵⁴⁵. Une telle absence peut aussi influencer sur le quorum exigé pour une délibération.

B- La nullité pour non-respect de quorum exigé

140. La période de liquidation est fortement encadrée par le renforcement des droits des associés. C'est pourquoi, les délibérations et opérations prises ou réalisées en violation des dispositions des articles 206, 211, alinéa 1^{er}, 213, 214, et 215⁵⁴⁶ sont nulles. Il s'agit notamment, du non-respect des

⁵⁴³ A. CONSTANTIN *op. cit.*, p.234.

⁵⁴⁴ La position du législateur OHADA n'est pas différente de celle de son homologue français.

⁵⁴⁵ BADJI (P. S. A.), *op. cit.*, p.126.

⁵⁴⁶ Article 215-1 « Les délibérations et opérations prises ou réalisées en violation des dispositions des articles 206, 211, alinéa 1^{er}, 213, 214, et 215 ci-dessus sont nulles ».

conditions de quorum et de majorité en vue de la nomination du ou des liquidateurs, du non-respect des conditions de révocation et remplacement d'un liquidateur, de l'absence de consentement unanime des associés dans certains cas, en vue de la cession de tout ou partie des actifs à une personne ayant eu, dans cette société la qualité d'associé en nom, de commandité, de gérant, d'administrateur, d'administrateur général, de directeur général ou autre dirigeant social ou de commissaire aux comptes, de la cession de tout ou partie de l'actif de la société au liquidateur, à ses employés, ses conjoints, ascendants ou descendants, et le non-respect des conditions de quorum et de majorité en vue de l'autorisation de la cession globale de l'actif ou de l'apport de l'actif.

Dans cette optique, la participation à la désignation d'un dirigeant est conditionnée par la qualité d'associé. Cette qualité nécessite dans certaines sociétés, l'agrément de tous les associés.

Le juge français a rendu une décision intéressante en ce sens, dans le cadre d'une société civile⁵⁴⁷. En effet, après le décès d'un associé d'une société civile immobilière, ses héritiers ont participé à une assemblée et voté la désignation d'un nouveau gérant, alors qu'ils n'avaient pas été agréés par les autres associés dans les conditions prévues par les statuts. Un associé a alors demandé en justice l'annulation de l'assemblée générale et de la nomination du gérant. La cour d'appel a accueilli cette demande. Les motifs étant que les statuts de la société prévoient qu'en cas de décès d'un associé, la société continue entre les associés survivants et les héritiers de l'associé décédé. La condition est qu'ils soient agréés comme associés par la collectivité des associés survivants dans les mêmes conditions qu'en cas de cession à des tiers. Qu'à défaut d'agrément obtenu dans les conditions prévues par les statuts, ils ne sont pas associés de la SCI⁵⁴⁸. Qu'ayant cependant pris part à l'assemblée générale et à l'élection du gérant de la SCI, il en résulte que l'assemblée générale qui s'est tenue irrégulièrement doit être déclarée nulle. Comme doit l'être par conséquent la désignation du gérant. Devant la Cour de Cassation saisi d'un pourvoi, la société civile faisait essentiellement grief à la Cour d'Appel. La société lui reproche, d'une part, de ne pas avoir recherché si l'irrégularité alléguée constituait la violation d'une disposition impérative du titre IX du code civil français ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. D'autre part, elle lui reproche d'avoir méconnu le moyen soulevé par la SCI selon lequel la décision de l'assemblée générale était régulière dès lors que, la majorité requise pour la désignation du gérant étant atteinte. La troisième chambre civile de la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi et confirme la nullité de l'assemblée générale tenue

⁵⁴⁷Civ. 3^e, 8 juillet 2015, n° 13-27.248, P+B, *SCI du Musée c/ H.*, D. 2015. 1537.

⁵⁴⁸ Société Civile Immobilière.

irrégulièrement ainsi que la désignation du gérant, en jugeant que : *« il résulte de l'article 1844 du code civil que seuls les associés ont le droit de participer aux décisions collectives de la société ; qu'ayant relevé que les héritiers de Charles X., qui n'avaient pas obtenu d'agrément dans les conditions prévues par les statuts, ne pouvaient se prévaloir d'un agrément tacite et n'étaient pas associés de la SCI, avaient cependant pris part à l'assemblée générale et à l'élection des gérants, la cour d'appel, qui, sans être tenue de procéder à des recherches ou de répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, en a exactement déduit que l'assemblée générale qui s'était tenue irrégulièrement devait être déclarée nulle, comme la désignation de M. Marc X. en qualité de gérant, a légalement justifié sa décision »*. La nullité de l'Assemblée Générale⁵⁴⁹ est ainsi prononcée en raison de sa contrariété à l'alinéa 1^{er} de l'article 1844, du code civil. La Cour rappelle le caractère impératif au sens de l'alinéa 3 de l'article 1844-10 du même code. Il est vrai que cette décision édifiante du juge français ne s'impose pas au juge OHADA. Néanmoins, il conviendrait de noter que cet éclairage peut servir d'inspiration au juge de l'espace OHADA, lorsqu'il serait en présence d'un litige relativement identique. Le régime de nullité en droit OHADA non seulement favorise des pouvoirs ordinaires et extraordinaires de l'assemblée des associés, mais également ceux des pouvoirs spécifiques, c'est-à-dire propres à chaque type de société.

Il apparaît dans cette analyse que le régime des nullités, issu de la réforme du droit des sociétés commerciales de l'espace OHADA, renforce véritablement les pouvoirs des associés. C'est dire aussi que l'équilibre des pouvoirs permet d'assurer la transparence dans la gestion sociale. Il s'agit bien d'une sanction équilibrant les pouvoirs dans la gestion interne de la société commerciale, gage d'un développement harmonieux.

⁵⁴⁹ Assemblée Générale.

141. Pour conclure noter chapitre 2^e, il conviendrait de remarquer qu'au-delà de sa fonction de faciliter l'effectivité de la règle du droit, la nullité vise à préserver les droits d'associés, tout en renforçant de manière équilibré les pouvoirs des organes dirigeants et d'assemblée. Dans cette vision, en plus de sa mission générale de vérification des comptes, le commissaire aux comptes a des obligations spécifiques de caractère essentiellement juridique. C'est ainsi qu'il doit s'assurer que chaque organe social assume régulièrement ses fonctions dans le respect des textes. Il a également la tâche délicate de s'assurer que le principe d'égalité entre associés est respecté⁵⁵⁰. Selon RIPERT, la société anonyme a été « *le merveilleux instrument du capitalisme moderne* » et, après lui, le Professeur CHAMPAUD a démontré de façon décisive « *le pouvoir de concentration de la société par actions* »⁵⁵¹. La gouvernance d'entreprise est un système par lequel les sociétés sont dirigées et contrôlées. Une recherche du meilleur équilibre possible des pouvoirs dans l'entreprise, ou une organisation des relations dirigeants-actionnaires au sein d'une société. Il conviendrait de souligner qu'à la lumière de l'analyse de ce chapitre, la sanction des nullités dans l'AUSCGIE favorise la gouvernance. Cette sanction participe à la transparence dans la gestion et l'équilibre des pouvoirs entre les acteurs de l'activité économique.

⁵⁵⁰Ph. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz 14^e éd.2010, n°513, p.617.

⁵⁵¹*Ibid*, n°249, p.287.

142. Il ressort de cette étude du premier titre de cette première partie, que les nullités assurent leurs fonctions classiques consistant à prévenir, à sauvegarder l'ordre public de direction de manière prépondérante, mais également, les sanctions de nullités préservent l'ordre public de protection. Les lois d'ordre public se multiplient et, surtout, la notion d'ordre public se modifie substantiellement. Jadis, on l'a dit, cette notion avait pour objectif la défense de l'individu, c'est-à-dire la liberté et de la propriété individuelle. L'interventionnisme s'est manifesté aussi, et dans un domaine encore plus large, au plan proprement économique⁵⁵². Il s'agit d'une sanction prenant en compte le souci de l'efficacité de la police économique. Il conviendrait de veiller aux principes fondamentaux de l'ordre social, répondant à des besoins primordiaux du corps social⁵⁵³. Les nouvelles fonctions de la sanction des nullités sont à souligner à la lumière de la participation de ladite sanction à l'efficacité de la gouvernance dans l'espace OHADA. Directement inspirée des idées sur le gouvernement d'entreprise, il faut noter que la nullité tend à un meilleur équilibre des pouvoirs en redéfinissant respectivement ceux du conseil d'administration, de son président, et du directeur général. Mais aussi en permettant la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général de la société et en limitant les cumuls de mandat⁵⁵⁴. Dans ce sens, il conviendrait de remarquer que les nullités dans l'AUSCGIE favorisent la transparence, renforcent les pouvoirs des actionnaires. Elles participent à la clarification des fonctions du conseil d'administration et facilitent la réduction de risque de conflit d'intérêt dans la société au travers l'encadrement rigoureux des conventions règlementées.

Cependant, la consécration générale de nullités textuelles semble constituer un virus, susceptible de faire échapper à la sanction, certaines causes non discutables de nullité.

⁵⁵²B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 2 Contrat*, 4^e éd. Litec, 1993, p.10.

⁵⁵³G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 10^e éd. Montchrestien, Paris 2001, n°340, p.145.

⁵⁵⁴Ph. MERLE, *op. cit.*, p.286.

TITRE II

**DES DEFINITIONS DIVERGENTES
DES CAUSES DE NULLITÉS**

143. L'article 242 du nouvel Acte Uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dispose que : « *la nullité d'une société ne peut résulter que d'une disposition du présent Acte Uniforme la prévoyant expressément ou, sous réserve des dispositions de l'alinéa suivant, des textes régissant la nullité des contrats. [...]* ». Ledit article ne fait plus référence à la nullité des actes, décisions ou délibérations des organes sociaux modifiant les statuts. Les dispositions y relatives sont désormais énoncées dans un article distinct, à savoir l'article 243 de l'Acte Uniforme OHADA susvisé. L'article 243 de l'Acte Uniforme prévoit désormais les causes de nullité des actes, décisions ou délibérations entraînant une modification statutaire. Il s'agit des décisions des Assemblées Générales Extraordinaires, compétentes pour modifier les statuts, ou de tous autres organes de direction ayant reçu pouvoirs de l'Assemblée Générale Extraordinaire⁵⁵⁵.

Il ressort de cet article 243 que la nullité des actes, décisions ou délibérations susvisés « *ne peut résulter que : d'une disposition de l'Acte Uniforme la prévoyant expressément ; des textes régissant la nullité des contrats en général ; ou de la violation d'une clause des statuts jugée essentielle par la juridiction compétente* ». La première de ces causes de nullité est identique à celle évoquée précédemment, s'agissant de la nullité des sociétés. Pour ce qui est de la troisième cause, elle constitue une réelle innovation. La cause de nullité est laissée à l'appréciation souveraine des juridictions compétentes. Celles-ci pourront désormais invoquer la violation d'une clause statutaire qu'elles jugeront essentielle, pour prononcer la nullité d'un acte social modifiant les statuts. Par « *textes régissant la nullité des contrats* », il convient d'entendre : d'une part, les conditions générales de validité des contrats que sont le consentement, la capacité, l'objet et la cause ; d'autre part, les conditions spéciales que sont notamment le nombre d'associés, les règles relatives aux apports, etc. En ce qui concerne cette cause de nullité, il convient d'effectuer une distinction en fonction de chaque type de société, dans la mesure où ces règles n'ont pas toujours pour effet d'entraîner la nullité de la société. En effet, tel que mentionné ci-dessus, l'alinéa 3 de l'article 242 prévoit que la nullité d'une société à responsabilité limitée ou d'une société par actions ne peut être prononcée pour vice de consentement ou incapacité. Cependant, si l'incapacité atteint tous les associés fondateurs, la nullité est admissible. Ainsi, l'article 245 de l'Acte Uniforme OHADA prévoit expressément que, dans les sociétés en commandite simple ou en nom collectif, l'accomplissement

⁵⁵⁵ Cas notamment du pouvoir donné au Conseil d'Administration par l'Assemblée Générale en vue de la réalisation d'une opération d'augmentation du capital.

des formalités de publicité est requis, à peine de nullité de la société. L'option du législateur communautaire paraît intéressante dans la mesure où elle consiste à l'évitement, sinon, à la réduction des causes de nullités en droit des sociétés dans l'espace OHADA.

144. Cependant, il importe de se poser la question de savoir si le législateur a pris le soin de prévoir toutes les causes de nullité de société, ou bien, voudrait-il juste interdire que d'autres causes plausibles puissent entraîner la nullité de sociétés. Autrement, en matière de nullité de société, le pouvoir du juge se résume-t-il, en un simple constat sans un effort d'analyse ou d'appréciation ?

Selon Jean-Louis BERGEL, face aux innovations constantes de la pratique doublées de la complexité galopante des échanges commerciaux, « *le droit ne cesse d'évoluer dans un monde qui change. Les juristes travaillent (...) pour traiter des réalités de la vie et des relations humaines, politiques, économiques et sociales qui ne cessent de se développer et de se transformer...* »⁵⁵⁶.

Dans cette optique, le choix du législateur ne risque pas de freiner l'évolution ou a-t-il mesuré toutes les conséquences inhérentes à cette option eu égard à l'évolution perpétuelle de la société ?

Selon JAPIOT, la nullité semble donc être la sanction la mieux adaptée aux prohibitions de la loi en matière d'acte juridique. Elle est la plus naturelle, la plus adéquate au but de la loi, parce que, suivant l'expression romaine, elle lui donne maximum de perfection⁵⁵⁷.

145. De façon générale, la sanction se définit différemment selon qu'on l'envisage dans son sens strict de punition ou plus largement comme un moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit. Dans sa conception intermédiaire, on désigne par-là « *toute mesure même réparatrice justifiée par la violation d'une obligation* »⁵⁵⁸. La sanction juridique correspond de manière plus précise à « *toute mesure prononcée en réaction à la violation d'une norme* » que cette norme soit d'origine contractuelle ou légale⁵⁵⁹. La nullité répond parfaitement à cette définition où deux éléments sont exigés, la violation d'une norme et la réaction à cette violation. La nullité est une sanction « *réactionnelle* »⁵⁶⁰. Dans cette optique, il apparaît que le choix des nullités textuelles n'est pas de nature à faciliter la réalisation des buts de la règle juridique par la sanction. Le caractère textuel des nullités semble restreindre les pouvoirs du juge, dans l'appréciation objective des causes

⁵⁵⁶ J-L BERGEL, « À la recherche des concepts émergents en droit », Recueil Dalloz 2012, P.1567, cité par J. DIFFO TCHUNKAM, in « La dématérialisation au service de l'attractivité économique du droit ohada : enjeux économiques et défis sécuritaires », *De l'esprit du droit Africain*, Mélanges en l'honneur de Paul-Gérard POUGOUE, CREDIJ, 2014, p.225.

⁵⁵⁷ R. JAPIOT, *op. cit.* p.41.

⁵⁵⁸ G. CORNU, *op. cit.* p.844.

⁵⁵⁹ J. GHESTIN, *op. cit.* p.708.

⁵⁶⁰ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 1963, n°10.

de nullité, alors qu'il est impossible pour le législateur, de clarifier toutes les causes de nullité, ni de prévoir toutes les causes de nullité (chapitre I). En outre, le législateur fait expressément référence au prorata de la participation au capital social pour l'exercice des prérogatives d'associés. À la lumière des exigences de l'article 2 de l'AUSCGIE, il apparaît une incohérence relativement à l'égalité entre associés. Autrement, cette référence au capital social ne permet pas à l'apporteur en industrie de faire preuve de ses prérogatives d'associé. Il en résulte une rupture d'égalité susceptible d'échapper à la nullité (chapitre II).

CHAPITRE I

**LA LIMITATION LACUNAIRE DES
CAUSES DES NULLITÉS**

146. L'option du législateur communautaire étant le recul des nullités dans l'espace OHADA, il conviendrait de s'interroger sur certaines imprécisions résultant de ses propres termes d'une part, et celles dues à son silence d'autre part. En optant pour les causes textuelles des nullités des sociétés commerciales, on aurait cru que le législateur avait tout prévu. Mais il semble qu'il utilise dans l'AUSCGIE tantôt des termes imprécis nécessitant une clarification, tantôt il garde un silence pour des situations dans lesquelles, il aurait pu se prononcer. Ne pouvant prévoir toutes les causes de nullités, le choix de nullité textuelle a pour conséquence, la survie d'une zone d'imprécision des causes de nullités (section I). Mais aussi, on note une certaine difficulté d'appréhension des autres causes de nullité (section II).

SECTION I : LA SURVIE D'UNE ZONE FLOUE DES CAUSES DE NULLITÉS

L'on ne doit pas oublier que si une société commerciale existe, c'est pour exercer une activité économique, donc pour conduire une entreprise⁵⁶¹. L'effectivité de cette activité nécessite des sanctions adéquates. Le législateur a consacré les actes interdits à côté des clauses réputées non écrites. Certains actes interdits sont expressément nuls. D'autres ne sont pas nuls.. En outre, il est curieux de remarquer que la violation des règles pénales n'est pas expressément sanctionnée par la nullité. Ces imprécisions engendrent des analyses controversées du régime des clauses interdites (§ I). Des sanctions pénales prévues ne sont pas expressément renforcées par la nullité. Cette absence de précision donne occasion à des interprétations controversées en jurisprudence (§ II).

PARAGRAPHE I : L'ANALYSE CONTROVERSÉE DU RÉGIME DES CLAUSES INTERDITES

147. Au cours des dernières décennies, de nombreux auteurs ont proposé des théories alternatives du contrat qui ont pour point commun de substituer à la volonté des parties une certaine forme de « *bien commun* »⁵⁶², qu'il s'agisse de « *conciliation du juste et de l'utile* »⁵⁶³, de « *contrat*

⁵⁶¹ A. SAKHO, *op. cit.*, p.5.

⁵⁶² P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 7-9.

⁵⁶³ J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, vol. 2, *Le contrat : formation*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, pp. 178-214.

relationnel »⁵⁶⁴, de « *solidarisme contractuel* »⁵⁶⁵ ou de « *moralité contractuelle* »⁵⁶⁶. C'est dans cette perspective que le législateur est intervenu pour interdire l'insertion de certaines clauses dans le contrat. Suivant l'article 778 de l'AUSCGIE, « *l'amortissement des actions par voie de tirage au sort est interdit nonobstant toutes dispositions législatives, réglementaires ou contractuelles contraires* ». L'article 782, dispose également que « *l'émission d'obligation à lots est interdite* ». Ces interdictions peuvent avoir pour fondement, soit la sécurisation de l'ordre public et aux bonnes mœurs, soit la protection des parties vulnérables ou non professionnels dans un contrat complexe⁵⁶⁷. Il faut noter que le législateur a consacré au moins 14 articles dans l'AUSCGIE aux actes interdits⁵⁶⁸. Le législateur sanctionne expressément par la nullité⁵⁶⁹ certains actes interdits et il est muet pour les autres. La difficulté ici réside dans le régime des clauses ou actes interdits pour lesquels le législateur est imprécis. Ces actes sont-ils assujettis au régime des nullités ou de l'inexistence ?

La doctrine n'est pas précise sur cette question. Certains auteurs affirment tantôt que ces actes interdits sont nuls (A), tantôt ils sont inexistantes (B).

A. L'assujettissement ou le rapprochement des actes interdits au régime de la nullité

148. Les actes interdits sont, par principe, inefficaces, de même, les actes nuls sont inefficaces. En ce sens, les actes interdits peuvent être assimilés aux clauses interdites, considérées comme abusives qui sont donc prosrites de fait des conditions générales proposées par un professionnel à des consommateurs⁵⁷⁰. Une clause est dite abusive lorsqu'elle confère un avantage excessif à l'une des parties au contrat qui, du fait de sa puissance économique, se trouve en mesure de l'imposer à

⁵⁶⁴ J-G. BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société : étude socio juridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1998.

⁵⁶⁵ A. BELANGER et G. TABI TABI, « Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement », (2006) 47 C. de D. 429.

⁵⁶⁶ L. ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 R.D. McGill 903.

⁵⁶⁷ Dans les contrats établis entre un professionnel (entreprise) et un non-professionnel (consommateur), les clauses doivent être claires et compréhensibles et ne doivent pas être abusives ni interdites. De telles clauses créent au détriment du non-professionnel un déséquilibre significatif entre ses droits et ses obligations, susceptible d'être sanctionné.

⁵⁶⁸ Notamment, les articles 40, 58, 82, 135 al.2, 458 al.3, 507 al 1^{er}, 639 al.1^{er}, 642, 744 al.5, 760, 778, 781, 782, 853-16.

⁵⁶⁹ Articles 40 (74-1), 82, 507 al. 1^{er}, 642.

⁵⁷⁰ Les clauses interdites sont considérées comme abusives de manière irréfutable, ce qui signifie que le professionnel n'a pas le choix, il ne peut prouver leur caractère non abusif et doit obligatoirement les retirer de ses conditions générales de vente. À défaut, il peut être astreint par un juge à supprimer ces clauses.

l'autre⁵⁷¹. Il ressort de l'article 58 de l'AUSCGIE que « *Les sociétés par actions émettent des titres négociables. L'émission de ces titres est interdite pour les sociétés autres que celles visées au premier alinéa du présent article* ». La nullité consiste dans une inefficacité de l'acte, qui vient sanctionner l'absence de l'une de ses conditions de validité⁵⁷². Suivant l'esprit des articles 242 et 243 de l'AUSCGIE, la nullité de la société ou des actes de nature à modifier les statuts ne se présume pas. Par « *disposition expressément prévue par l'Acte Uniforme* », il faut entendre que la nullité de la société ne peut se présumer et/ou découler de l'interprétation d'une disposition équivoque ou ambiguë. Il faut reconnaître qu'en dehors de son rôle répressif, la nullité peut jouer un rôle préventif, en décourageant les parties de passer un acte dont la nullité pourrait par la suite être invoquée⁵⁷³. Suivant l'article 642, « *est interdite la prise en nantissement par la société de ses propres actions, directement ou par l'intermédiaire d'une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société* ».

La question est de savoir si cette interdiction peut s'analyser en une nullité.

Il semble que les actes interdits sont considérés comme des clauses abusives⁵⁷⁴. L'allocation de dommages-intérêts sanctionne l'acte illicite⁵⁷⁵, si son exécution a produit un dommage ou un tort envers une personne⁵⁷⁶. Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, sont abusives⁵⁷⁷ les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat⁵⁷⁸. Les clauses abusives⁵⁷⁹ sont réputées non écrites⁵⁸⁰. Une bonne règle se reconnaît à la qualité des sanctions qui

⁵⁷¹ P. LERAT et J-L. SOURIOUX, *Dictionnaire juridique, terminologie du contrat*, PUF 1994, p.45.

⁵⁷² Le problème de la nullité ne se pose qu'en ce qui concerne les actes juridiques, c'est-à-dire les manifestations de volonté en vue de produire des effets de droit.

⁵⁷³ A. PONSARD et P. BLONDEL, « Nullité », *Encyclopédie Dalloz* 1973, p.1.

⁵⁷⁴ L'adjectif "illicite" caractérise un acte qui est produit par la Loi ou par une disposition réglementaire. L'acte illicite est contraire à l'ordre public. L'interdiction de réaliser un acte ou de se placer ou de se maintenir dans une situation déterminée, n'est pas nécessairement sanctionnée par le droit pénal.

⁵⁷⁵ Le caractère illicite d'un acte fait généralement l'objet d'une sanction civile telle que l'inefficacité, l'annulation, l'inopposabilité.

⁵⁷⁶ www.dictionnairejuridique.com.

⁵⁷⁷ Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéa de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de déséquilibrer les obligations entre les parties.

⁵⁷⁸ Article L132-1 (*Loi n° 95-96 du 1 février 1995 art. 1, annexe Journal Officiel du 2 février 1995*).

⁵⁷⁹ Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre.

⁵⁸⁰ L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert.

en assument l'efficacité. De ce point de vue, la technique législative des clauses réputées non écrites est tout à fait remarquable⁵⁸¹.

149. La distinction entre la clause nulle et la clause interdite a également un enjeu en matière de prescription. La clause réputée non écrite n'est soumise à aucune prescription. Il est donc possible de faire constater à tout instant son caractère non écrit. Cette action est imprescriptible, à la différence de l'action en nullité, soumise à des délais de prescription. Ce qui, par conséquent, justifie la difficulté d'assimilation des actes interdits à la nullité.

150. Cependant, si l'on peut se permettre d'analyser les clauses interdites selon la pensée du législateur communautaire européen, il serait possible d'assimiler les actes interdits à la nullité.

L'article 81 du traité instituant la Communauté européenne, dispose, dans son paragraphe 2 : « *les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit* ». Il faut noter que le législateur européen ici fait preuve d'une clarification intéressante pour éviter toute extrapolation éventuelle dans l'interprétation de la loi. En optant pour un raisonnement par analogie à une législation communautaire européenne, il conviendrait d'assimiler les actes interdits aux « *nullités de plein droit* ».

151. Néanmoins, dans le respect de l'esprit de l'article 2 de l'AUSCGIE, il n'est pas évident pour le juge de se permettre une telle interprétation. C'est dire qu'il importerait que le législateur fasse davantage d'effort pour clarifier ses termes restant ambigus⁵⁸². Toutefois, la position du législateur européen peut inspirer le juge de l'espace OHADA. Auquel cas, on peut aisément l'assimiler à l'inexistence.

B. L'assimilation possible de l'acte interdit à une cause d'inexistence de l'acte juridique

152. En plus des nullités, le législateur OHADA consacre les actes dits réputés non écrits, qui, selon la doctrine, sont considérés comme des actes inexistant⁵⁸³. La clause réputée non écrite est considérée comme n'ayant pas d'existence⁵⁸⁴. L'inexistence est la situation d'un acte juridique dépourvu d'un élément constitutif essentiel⁵⁸⁵ ou d'un acte administratif n'est pris effectivement

Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses. Les dispositions du présent article sont d'ordre public.

⁵⁸¹J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », Dalloz 1993, p.59.

⁵⁸²À moins que ce dernier décide volontairement de créer une catégorie de sanction à côté du régime de nullité.

⁵⁸³christopher.boinet@parislex.fr.

⁵⁸⁴Rapp.n°1739 fait au nom de la commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale déposé le 29 janv. 2014.

⁵⁸⁵Comme le prix dans une vente.

ou entaché d'irrégularité⁵⁸⁶. Comme elle est censée n'avoir jamais existé concrètement, une clause réputée non écrite devra être supprimée du contrat en question⁵⁸⁷. Selon la doctrine, les actes réputés non écrits relèvent du régime des actes inexistants. C'est dire que même inscrites dans les statuts, de telles clauses sont censées ne pas exister⁵⁸⁸. Or, il se trouve que les effets des actes inexistants se différencient de ceux des actes nuls. À côté de ce concept, le législateur OHADA a consacré également les clauses ou actes interdits. Il ressort de l'alinéa 5 de l'article 744 de l'AUSCIE, que « *l'émission de parts bénéficiaires ou de parts de fondateur est interdite* ». Le concept d'interdiction employé par le législateur peut-il s'entendre de l'inexistence ?

L'inexistence se présente comme une inefficacité d'un caractère très particulier, greffée sur la théorie des nullités⁵⁸⁹. L'inexistence n'a pas une origine très lointaine. Les auteurs employaient vis-à-vis de certaines inefficacités, comme celles sanctionnant le défaut d'accord de volontés dans les contrats, des expressions si énergiques et vigoureuses, qu'on peut se demander s'ils n'entrevoient pas déjà quelque chose de plus grave que la nullité absolue⁵⁹⁰. Née immédiatement après le Code Napoléon, attribuée à ZACHARIAE, elle⁵⁹¹ a été défendue au XIX^e siècle, tolérée par JAPIOT dans le cadre du renouvellement de la théorie des nullités. Puis elle est reniée au XX^e siècle. Les auteurs la qualifient aujourd'hui facilement "d'inutile et compliquée", sans pour autant que la période contemporaine soit exempte d'un mouvement d'attirance-répulsion au regard de ses effets⁵⁹². Autrement, à l'apparition du code civil, l'expression même de l'inexistence n'y figure pas. Mais les commentateurs firent rapidement intervenir cette notion, et, pour la première fois,

⁵⁸⁶ P. LERAT et J.-L. SOURIOUX, *op. cit.* p.106.

⁵⁸⁷ Sa suppression sera sans conséquence sur la validité du contrat dans son ensemble, lequel continuera à régir les rapports des parties au contrat.

⁵⁸⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.* p.93, n°202.

⁵⁸⁹ Manifestant son opposition radicale à l'impôt que Louis XIV entendait prélever sur les diocèses, le Pape Innocent XI écrivit au Roi de France : "*C'est pourquoi, de par l'autorité que Nous tenons du Dieu Tout-Puissant, Nous réprouvons, annulons et cassons tout ce qui s'est fait dans cette Assemblée au sujet de la régale, et avec tout ce qui s'en est suivi et qui pourra s'ensuivre à l'avenir, et Nous le déclarons sans effet et non avenu ; bien que tout cela, étant manifestement nul de soi-même, n'aurait pas besoin de cassation*". Le charme emphatique de la langue du grand siècle ne pourrait permettre au juriste de tirer de la fin de cette citation une définition de l'inexistence. Mais incontestablement, la chose y est

⁵⁹⁰ G. COHENDI, « des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public », RTD Civ. 1914, P.36.

⁵⁹¹ Comme l'inopposabilité, l'inexistence est une notion juridique au régime incertain, comme la caducité, mais pour des raisons différentes, l'inexistence est une sanction mal-aimée de la doctrine.

⁵⁹² En 1965, Henri MAZEAUD, dans un ouvrage d'exercices pratiques à l'attention des étudiants en droit, y consacrait encore deux thèmes sur quarante. On ne lui connaît guère aujourd'hui de partisans, à l'exception notable des professeurs MALAURIE et AYNES.

semble-t-il, en matière de mariage⁵⁹³. L'acte devrait être déclaré nul⁵⁹⁴. Or, en matière de mariage, il est un principe, qui, s'il est aujourd'hui fortement ébranlé⁵⁹⁵, possédait jadis toute son autorité : c'est qu'aucune nullité ne peut être reconnue, en dehors de celles établies par la loi, « *pas de nullité sans texte* », tel est l'adage⁵⁹⁶. Née en droit du mariage, tentée en droit des contrats en même temps qu'elle disparaissait du mariage. Elle a finalement fait fortune ailleurs, en droit public⁵⁹⁷ et en procédure⁵⁹⁸. Ainsi que l'écrivent élégamment, à dix ans d'intervalle, deux auteurs, précisément en droit administratif et en procédure civile, l'inexistence traverse la jurisprudence "*en un filet mince, mais jamais tari*"⁵⁹⁹. D'où l'utilité de la notion d'inexistence que la doctrine qualifie, avec une nuance péjorative, de "fonctionnelle" en raison de son application résiduelle et toujours inattendue⁶⁰⁰.

153. Le droit administratif, qui consacre l'inexistence dans le cadre du contentieux de la légalité surtout depuis l'après-guerre, offre des cas typiques d'inexistence matérielle, au sens strict⁶⁰¹. A été également jugée comme matériellement inexistantes une décision d'un Conseil municipal portant une date à laquelle ce dernier ne s'était pas réuni. Ou encore des décisions implicites dont

⁵⁹³Dans le même temps, la jurisprudence a consacré l'inexistence de manière épisodique, mais néanmoins constante et récente, avec un pic remarquable à la Belle Epoque.

⁵⁹⁴G. COHENDI, *op. cit.*, P.36.

⁵⁹⁵Que l'on suppose un mariage contracté entre deux personnes de même sexe ; il n'est pas concevable qu'une pareille union produise quelque effet juridique.

⁵⁹⁶C'est en droit du mariage que la notion d'inexistence est née. Suivant les propos rapportés par PLANIOL et RIPERT, le Premier Consul serait intervenu dans la discussion au Conseil d'Etat de l'article 146 du Code civil pour affirmer : "*il ne faut pas mêler ensemble les cas où le mariage n'existe pas, et ceux où il peut être cassé (...). Il n'y a pas de mariage si on a écrit que la femme a dit oui alors qu'elle a dit non ; si la femme ayant dit oui, prétend ensuite avoir été forcée, il y a mariage, mais il peut être annulé*". MM. MAZEAUD, qui citent également la première partie de la phrase, contestent la portée du propos et fondent les premiers commentaires du Code civil explicitant la notion d'inexistence sur un malentendu. Bonaparte aurait seulement voulu opposer le défaut de consentement aux vices du consentement, et non une prétendue inexistence à de réelles nullités. La majorité des auteurs classiques est dans ce sens, précisant même que Tronchet et Réal "s'opposèrent" au Premier Consul.

De l'aveu même des successeurs de JAPIOT et de GAUDEMET, une théorie générale des nullités serait impossible à construire, non seulement en raison de la quantité de règles de droit positif à envisager, mais également parce que le critère ne peut expliquer, comme clé de lecture unique, la totalité des choix d'un législateur opportunément pragmatique en la matière depuis 1804. En 1914, ses défenseurs lui cherchaient déjà un autre fondement que le troisième degré de nullité, pressentant une autre logique, plus factuelle.

⁵⁹⁷Tous les droits publics : administratifs français, international public et communautaire institutionnel.

⁵⁹⁸Toutes les procédures : civile et pénale.

⁵⁹⁹L'ensemble de ces matières a contribué à forger la notion et le régime de l'inexistence que le droit commun des contrats peine à reconnaître, en raison d'une ouverture suffisante du régime renouvelé des nullités, dans la plupart des cas. La plupart, mais pas tous.

⁶⁰⁰Pour autant, les auteurs ne contestent pas la réalité de la notion. Ils se bornent à considérer, en se référant au régime juridique plus qu'aux effets, qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où il n'y a pas d'intérêt à distinguer. Retenons cependant que l'autonomie des causes d'inexistence n'est pas remise en question.

⁶⁰¹Par un arrêt du 26 janvier 1951, le Conseil d'Etat a déclaré inexistant un acte administratif dont aucune trace n'avait pu être retrouvée dans les archives de l'Administration, un acte en quelque sorte imaginaire.

les conditions de formation n'étaient pas réunies⁶⁰². Autrement, l'inexistence est la sanction recommandée par certains auteurs pour les sociétés reconnues fictives, qui ne pourraient pas être sanctionnées par la nullité⁶⁰³. Ce choix étant le « *complément d'une lacune de la loi* »⁶⁰⁴.

Si la clause interdite s'analyse en une sanction rendant inefficace l'acte, elle peut s'assimiler à l'inexistence, du moment où elle ne peut être soumise à la prescription comme les nullités.

Par ailleurs, il faut relever que le législateur n'a pas été clair sur les actes dont il sanctionne pénalement, mais sans les renforcer expressément par la nullité.

PARAGRAPHE II : L'ANALYSE CONTROVERSÉE DE LA SANCTION PÉNALE SANS NULLITÉ EXPRESSE

154. On se rend compte que le droit pénal OHADA qui se borne à incriminer des comportements renvoie à des textes préexistants ou à créer⁶⁰⁵. Par la méthode du renvoi législatif, l'OHADA a transféré aux Etats le soin de trouver des sanctions aux incriminations contenues dans les Actes uniformes. C'est ce que Jacques BORE appelle « *une mobilisation du droit national au service du droit communautaire* »⁶⁰⁶. La territorialité de la loi pénale donne compétence au juge répressif dès lorsqu'une infraction est commise sur le territoire national, et ce quelle que soit la nationalité des auteurs ou des victimes. Ce principe est posé en matière pénale par l'alinéa 1^{er} de l'article 6 du Code Pénal du Tchad, issu de la loi n°001/PR/2017. Selon cette disposition, « *la loi pénale s'applique à tout fait constitutif d'infraction commis sur le territoire national* »⁶⁰⁷. Le législateur OHADA, dans le souci du respect au principe de la territorialité en matière pénale, donne compétence à chaque Etat membre de légiférer sur les infractions susceptibles d'être commises en droit des sociétés commerciales. Certains pays ont répondu à cette obligation d'ordre public, en adoptant des lois pénales avant la réforme de 2014. Il s'agit notamment du Sénégal par la loi de

⁶⁰²En procédure civile, MM. Vincent et GUINCHARD réservent précisément l'inexistence aux cas d'inexistence matérielle.

⁶⁰³ M. JEANTIN, note Dalloz 1978, p.89.

⁶⁰⁴S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, LGDJ 2002, n°1010.

⁶⁰⁵ N. DIOUF, *Droit pénal des affaires*, in Formation des formateurs magistrats, Droit pénal des affaires et contentieux maritime du 26 janvier au 6 février 2009.

⁶⁰⁶ J. BORÉ, « *La difficile rencontre du droit pénal et du droit communautaire* », Mélanges en l'honneur d'André VITU, Droit pénal contemporain, Cujas, 1989, p.25-49.

⁶⁰⁷ Article 6 alinéa 1^{er} de la loi n°001/PR/2017 du 8 mai 2017 portant Code Pénal.

1998⁶⁰⁸, puis révisée en 2018⁶⁰⁹, du Cameroun en 2003⁶¹⁰, de la République Centrafricaine en 2010⁶¹¹, le Bénin en 2011⁶¹², puis révisée en 2018⁶¹³ et le Congo en 2013⁶¹⁴. D'autres sont intervenus après la réforme, parmi lesquels, la Côte-d'Ivoire semble, pour l'instant, le dernier en adoptant sa loi pénale en novembre 2017⁶¹⁵. Cette situation comporte des difficultés liées à la mise en œuvre des règles de fond⁶¹⁶ et de forme entraînant ainsi l'apparition de « *paradis pénaux*⁶¹⁷ ». Le législateur consacre les sanctions pénales sans les renforcer par les nullités, au point où l'on peut se demander si ces sanctions pénales emportent *ipso facto* la nullité. La jurisprudence semble tantôt favorable à l'assimilation à la nullité (A), tantôt refuse cette assimilation (B).

A- L'admission de la nullité de l'acte en renforcement de la sanction pénale

155. Dans une certaine mesure, l'on peut souligner que les dispositions relatives à la sanction pénale peuvent être naturellement renforcées par les nullités virtuelles. Or, il se trouve que suivant l'esprit de l'article 242 de l'AUSCGIE, les actes de constitution de la société et les actes modifiant les statuts échappent à la nullité virtuelle. En ce sens, il conviendrait de faire remarquer que le fait de ne pas expressément renforcer les sanctions pénales par les nullités constitue une difficulté. Le cumul de la sanction pénale et de la sanction civile, notamment, de la nullité peut néanmoins toujours se justifier. Quand seule cette double peine permet une remise en cause de la situation illicite sans préjudice excessif pour les tiers, la société ou les actionnaires, par rapport au trouble à l'intérêt général résultant de l'infraction. La sanction pénale pourrait, sinon, être exclusive d'une sanction civile. Ce qui devrait être le cas lorsque la nullité s'avère inopportune, inefficace, disproportionnée, sans objet, qu'une sanction s'y substitue ou que le respect de la force obligatoire du texte est incompatible avec une autre norme⁶¹⁸. Si une obligation violée est sanctionnée

⁶⁰⁸Loi 98-22 du 26 mars 1998.

⁶⁰⁹ Par exemple, pour les infractions relatives à la constitution de la société, les articles 29 à 30 de la Loi n°2018 / 13 du 27 avril 2018 relative à la répression des infractions prévues par les actes uniformes adoptés en application du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

⁶¹⁰ Loi 2003/008 du 10 juillet 2003.

⁶¹¹ Loi n° 10.001 du 6 janvier 2010.

⁶¹² Loi 2011-20 du 12 octobre 2011.

⁶¹³ Loi n° 2018-16 du 28 décembre 2018 portant code pénal en République du Bénin.

⁶¹⁴ Loi 12-2013 du 28 juin 2013.

⁶¹⁵ Loi 2017-727 du 9 novembre 2017.

⁶¹⁶ Éclatement de l'élément légal et atteinte au principe de l'égalité.

⁶¹⁷ Ouvrage collectif OHADA, *Sociétés commerciales et GIE*, collection « Droit uniforme africain », pp.236-237.

⁶¹⁸F. BARRIERE, « Ordre public et impérativité, observation en droit pénal des sociétés anonymes », Rev. Stés 2007, p.713.

pénalement, on aurait pu se demander si la sanction pénale était assimilable à une nullité expresse. Si la sanction pénale caractérise l'ordre public, la violation duquel est sanctionnée, la nullité ne serait-elle pas corollaire indissociable de la sanction pénale formellement exprimée ? Cette question a le mérite puisque la nullité de la société, des actes ou délibérations modifiant les statuts doit être expresse en ce sens⁶¹⁹.

La Cour d'appel de Montpellier avait considéré que tout acte ayant pour cause ou pour objet un fait réprimé par la loi pénale est entaché de nullité⁶²⁰. Dans la même vision, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation française en date du 27 janvier 1998⁶²¹, au visa de l'article 6 du code civil, décida qu'une personne frappée d'une interdiction de gérer une société⁶²², ne pouvait valablement introduire une action en justice. Ce qui justifie la cassation de l'arrêt d'appel qui avait conclu à la validité des actes accomplis. La violation incriminée n'exposant son auteur qu'à une sanction pénale. Ainsi, la Cour de Cassation conclut que la violation d'un texte sanctionné pénalement peut entraîner une nullité. Le prononcé de la nullité n'était pas évident. Premièrement, la sanction pénale pouvait sembler être une sanction suffisante. Deuxièmement, la nullité vient quant à elle porter atteinte à la protection des tiers créanciers de la société. Néanmoins, cette décision prend le parti de prononcer la nullité, avec comme justification la violation du texte sanctionné pénalement qui est contraire à l'ordre public⁶²³. À première vue, toute violation d'une disposition pénale par un acte ou une délibération sociale⁶²⁴, en ce qu'elle viole l'ordre public, pourrait justifier une nullité. Autrement, cette jurisprudence semble favorable à la nullité des actes sanctionnés pénalement. Cette option, convient-il de le souligner, respecte le principe d'impérativité consacré par l'article 2. Mais la jurisprudence de 2000 semble démontrer le contraire.

⁶¹⁹ La raison du refus des nullités virtuelles pour ce type d'acte peut s'expliquer par le souci de protection des tiers, des associés et de la société elle-même.

⁶²⁰ C.A. Montpellier, 7 janv. 1980, 1^{re} Ch., Lacour ès qual. c/ Caisse de crédit agricole mutuel du midi, Rev. Sociétés 1980, 737 note Ch. MOULY (Au cas particulier, le gérant d'une SARL avait souscrit pour la société dont il était le mandataire social un engagement de garantir sur les biens sociaux le remboursement de sommes dont il était à titre personnel redevable pour des causes totalement étrangères à l'objet social).

⁶²¹ Bull. Joly 1998, 367 ; LPA, 8 juill. 1998, p.27, note L. GROSCLAUDE.

⁶²² Laquelle est sanctionnée pénalement.

⁶²³ F. BARRIERE, *op. cit.* p.721.

⁶²⁴ Modifiant les statuts ou pas.

B -Le refus ou la difficulté de la nullité de l'acte pénalement sanctionnée en l'absence de disposition légale expresse

156. Il ressort de l'article 475 du Code Pénal tchadien, issue de la loi n°001/PR/2017, du 8 mai 2017⁶²⁵, que « *tout fait, pour les fondateurs, le président directeur général, le directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint d'une société anonyme d'émettre des action avant l'immatriculation ou à n'importe quelle époque lorsque l'immatriculation est obtenue par fraude ou que la société est irrégulièrement constituée, est puni d'un emprisonnement de un (1) à cinq (5) ans et d'une amende de 1 000 000 à 10 000 000 de francs* ». Le législateur, par cette disposition met en garde les fondateurs et les dirigeants de la SA, contre les risques d'émission des actions avant l'immatriculation et en cas d'immatriculation irrégulière ou frauduleuse. Il faut noter que les irrégularités de constitution de la société sont expressément sanctionnées par la nullité. Cependant, le législateur OHADA n'a pas textuellement prévue la nullité pour fraude. Dans cette hypothèse de fraude, il se pose une difficulté de la nullité de l'acte pénalement sanctionné.

Dans un autre arrêt français, il a été décidé⁶²⁶ que, si le défaut de communication du projet de réduction du capital⁶²⁷ aux commissaires aux comptes dans un certain délai avant l'assemblée est sanctionné pénalement, il n'entraîne pas pour autant la nullité de la délibération de l'assemblée⁶²⁸. Il ne fait pas de doute que l'obligation de communication est impérative. Elle n'est toutefois pas sujette à nullité au titre d'une disposition expresse en ce sens. Sans doute aurait-on pu arguer qu'implicitement la sanction pénale sous-entend la nullité, mais pas qu'elle fut explicitement manifestée ou formellement exprimée⁶²⁹. La nullité aurait pu être alors recherchée, comme ceci sera détaillé plus tard, sur le terrain de la violation d'une « *disposition des lois que régit la nullité des contrats* », autre cause de nullité de décisions modifiant les statuts. Si le législateur impose, pour toute violation de dispositions impératives, la nullité, alors la sanction pénale attachée à la violation d'une norme - reflétant son caractère impératif devrait nécessairement l'entraîner. En doit OHADA, l'article 630 prévoit expressément que le défaut de communication du projet au commissaire aux comptes est sanctionné par la nullité « (...) *Toute délibération prise à défaut du*

⁶²⁵ Les articles 475 à 497 sont relatifs à la sanction pénale en droit des sociétés commerciales.

⁶²⁶ Paris, 21 mars 2000, Bull. Joly 2000. 960, note P. LE CANNU ; Rev. Sociétés 2000. 387, obs. Y. GUYON ; RTD com. 2000. 659, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET.

⁶²⁷ Laquelle entraîne nécessairement une modification des statuts et rend alors nécessaire une violation d'une disposition expresse du livre II, C. com., pour qu'une nullité soit invoquée sur le fondement de ce code.

⁶²⁸ Faute de disposition légale expresse le prévoyant.

⁶²⁹ F. BARRIERE, *op cit.* p.718.

rapport du commissaire aux comptes est nulle ». Il faut remarquer que cette sanction intervient relativement tard.

157. À l'inverse, si la nullité n'est pas prononcée lors d'une violation⁶³⁰ d'une règle sanctionnée pénalement, alors il pourrait être soutenu que c'est davantage la violation d'une disposition d'ordre public, et non pas simplement impérative, qui aurait dû être visée. La jurisprudence ne se prononce pas dans le sens d'une nullité automatique en présence d'une sanction pénale. Elle laisse penser - à première vue -, qu'en effet, la terminologie de nullité pour violation d'une disposition « *impérative* » n'est pas parfaitement adéquate. Par exemple, les participations réciproques sont en principe interdites, donc la violation sanctionnée pénalement⁶³¹. Or, une cour d'appel, qui prononça la nullité de telles participations au motif qu'elles étaient prohibées « *par une loi d'ordre public* », a vu sa décision cassée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation française, le 3 janvier 1996⁶³². Ce refus de prononcer la nullité se comprend eu égard à la faculté de régularisation offerte par le législateur. Ces actions sont privées de droits de vote et la personne possédant une fraction interdite doit l'aliéner. Cette obligation de régularisation permet d'éviter de sanctionner l'accord par une nullité.

Il semble que la jurisprudence OHADA serait favorable à ce refus de prononcer la nullité de la société nonobstant la violation d'une règle pénalement sanctionnée. Dans un arrêt de la CCJA du 14 juillet 2016 elle semble indifférente à la nullité d'une société constituée avec un fonds provenant d'un enrichissement illicite⁶³³. Il est vrai que dans cette affaire, le litige soumis à l'appréciation du juge de la CCJA est relatif à la compétence *materiae* pour la violation d'une règle pénalement sanctionnée par la loi nationale. Au-delà de cette question de compétence, il se pose implicitement une question de la sanction d'une société constituée avec un fonds que le juge Sénégalais qualifie d'enrichissement illicite. Il faut observer que l'origine illicite de ces fonds peut être une cause de nullité, dès lors que l'illicéité est pénalement sanctionnée. La cohérence aurait voulu que le respect de l'esprit d'impérativité puisse justifier la nullité d'une telle société dont l'origine du capital est illicite. Curieusement, le juge de l'OHADA a évité une telle sanction, en respectant rigoureusement l'article 242 de l'AUSCGIE, qui interdit expressément la nullité virtuelle de la société.

⁶³⁰Par un acte ne modifiant pas les statuts.

⁶³¹F. BARRIERE, *op cit.* p.718.

⁶³²JCP E 1996. II. 808, note H. HOVASSE ; Bull. Joly 1996. 285, note A. COURET ; RJDA 1996/4, n° 512.

⁶³³ Arrêt n°143/2016 du 14 juillet 2016, aff. IBRAHIMA Aboukhalil c/ Etat du Sénégal et le ministère public et autres, <https://legiafrica.com> .

Cette position du juge de l'OHADA est discutable. Le fait de qualifier l'origine du capital d'un enrichissement illicite n'est-il pas suffisant pour envisager la nullité de ladite société ?

Selon le vocabulaire juridique, c'est qui est illicite est contraire à la loi, contraire à l'ordre public. Plus généralement encore, contraire au Droit, frauduleux. Dans cette optique, si l'illicéité peut être assimilable à la fraude, la nullité de cette société constituée avec de fonds d'origine illicite est envisageable. La sanction des fraudes opérées par d'habiles montages contractuels demeure donc justement une préoccupation de la Cour de Cassation, dont l'attention est notamment attirée, aujourd'hui comme hier⁶³⁴, par la concomitance de cessions portant sur le même objet⁶³⁵.

Il conviendrait de souligner par ailleurs que l'une des fonctions du droit pénal est l'expression des valeurs essentielles de la société. Le droit pénal ne se réduit pas seulement à sa fonction répressive. Même les infractions du droit pénal technique, qui consistent en la simple violation d'une réglementation en matière économique ou sociale, ont une valeur expressive en ce qu'elles témoignent de l'importance accordée par le législateur des dispositions concernées⁶³⁶. En outre, le droit pénal a aussi une fonction protectrice de la société, par le biais de la protection de l'ordre public et des bonnes mœurs. Il serait incohérent que le juge soit indifférent à un acte qui porte atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs, pour ne sanctionner que son auteur.

158. Toutefois, selon un auteur, la sanction pénale relative à l'interdiction des participations croisées ne serait justifiée qu'en cas de défaut de régularisation de celle-ci. La participation interdite n'étant pas sanctionnée par la nullité, cet auteur en déduit que la sanction pénale ne sera pas applicable. À l'inverse, on aurait pu se demander si ce n'est pas la sanction pénale qui aurait pu entraîner une nullité, ne s'appliquant pas eu égard à la régularisation qui viendrait en quelque sorte s'y substituer. La nullité pourrait être considérée comme inapplicable au vu de la régularisation déjà imposée⁶³⁷. En fait, la logique de la précision voudrait que les sanctions pénales soient renforcées par les nullités et il serait souhaitable de combler cette insuffisance. Autrement, il faut souligner que la nullité virtuelle des actes s'impose pour toute violation de la règle pénalement sanctionnée. Les lois pénales ont un rôle particulier. Quand le législateur fait d'une certaine convention une

⁶³⁴ Com. 27 juin 1989, *D.* 1990.314, note J. Bonnard, *Bull. Joly*, 1989.815, note Ph. LE CANNU.

⁶³⁵ J. MESTRE, « La fraude corrompt tout, même les contrats », *RTD Civ.*1997, p.652.

⁶³⁶ F. DESPORTES et F. LEGUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica 11^e éd. 2004, n°50, p.25.

⁶³⁷ F. BARRIERE, *op cit.* p.718.

infraction pénale, cette convention doit, par le fait même, être considérée comme contraire à l'ordre public. La sanction civile de la nullité s'ajoutera aux sanctions pénales⁶³⁸.

Il résulte que l'intervention du législateur est nécessaire pour l'appréhension de certaines causes de nullité.

SECTION II : LA DIFFICULTÉ D'APPRÉHENSION DE CERTAINES CAUSES DE NULLITÉS

Selon la théorie moderne, les causes de nullités sont classées en fonction de l'intérêt protégé. La nullité peut être absolue ou relative, selon que la sanction vise la sauvegarde de l'ordre public de direction ou de protection. Dans cette perspective, le vice du consentement est sanctionné par la nullité relative. Cependant, il faut noter que ce critère de l'intérêt protégé ne permet pas d'appréhender l'absence de consentement ou de cause comme étant des causes de nullité (§ I). Il faut noter par ailleurs que la fictivité de la société comme cause de nullité est controversée (§ II).

PARAGRAPHE I : LES CAUSES DE NULLITÉS RELATIVEMENT INCERTAINES

Certaines causes de nullité ne sont pas conformes avec la théorie moderne. Il s'agit notamment de l'absence de consentement ou de la cause (A). Le système de nullité textuelle semble discutable, par exemple, dans l'hypothèse de la théorie des actes indivisibles ou de celle de nullité en cascade (B).

A- L'inadaptation de la théorie moderne

159. Le contrat est la source normale de l'obligation. L'individu ne peut être lié que par sa volonté, par un accord avec une personne. Le code civil affirme la liberté contractuelle, c'est-à-dire la liberté pour les personnes de passer des contrats et de faire naître ainsi les obligations. Il s'agit des obligations qu'elles veulent. Notamment, sous réserve des conditions de validité, tenant au consentement, à la capacité, à l'objet et à la cause de la convention, qui ne doivent pas être contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁶³⁹.

⁶³⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens, les obligations*, PUF éd. 2004, n°985, p.2038.

⁶³⁹ F. TERRÉ, *op. cit.* p.73.

Sur le plan philosophique, on part d'un postulat qui est celui de la liberté des individus : en principe, personne ne doit rien à personne. Certaines obligations existent, certes, en vue de maintenir la cohésion de la société, de l'Etat, mais cela reste et doit rester exceptionnel⁶⁴⁰.

Liberté contractuelle et consensualisme sont tous deux en relation avec l'autonomie de la volonté, principe philosophique selon lequel la volonté humaine constituerait à elle-même sa propre loi⁶⁴¹.

160. Sur le plan économique, l'autonomie de la volonté est le meilleur moyen d'assurer la prospérité générale. L'intérêt personnel est le moteur essentiel de la vie économique. Pour s'exprimer, s'épanouir, la volonté d'entreprendre doit être libérée de toute entrave. Toute contrainte étatique, sur le plan économique, serait néfaste. Le libre jeu des volontés particulières assure le maximum de production⁶⁴².

La question est de savoir si l'absence de consentement ou le vice du consentement ont la même valeur, c'est-à-dire, si le vice du consentement est sanctionné par l'ordre public de protection, qu'en est-il de l'absence de consentement ? En outre une autre difficulté peut résulter de la sanction de l'absence de cause à la lumière du critère de l'intérêt protégé.

La sanction civile se présente comme un complément utile pour parfaire l'ordonnancement sociétaire. Elle œuvre à la consolidation de l'édifice sociétaire⁶⁴³. Dans cette logique, il apparaît une insatisfaction de la sanction en cas d'absence d'élément essentiel à la formation du contrat, tel que le consentement (1) ou la cause (2) à la lumière du critère de l'intérêt protégé.

1- L'inadéquation au critère de l'intérêt protégé en cas d'absence de consentement

161. Il ressort de l'article 315 de l'AUSCGIE que « *L'associé ou les associés doivent tous intervenir à l'acte instituant la société, en personne ou par mandataire justifiant d'un pouvoir spécial. A défaut, la société est nulle* ». La liberté est ici limitée par l'exigence d'intervention personnelle de l'associé. Cette exigence a pour but de garantir l'effectivité du consentement de chaque associé. Les associés ou leurs mandataires doivent apposer leur signature sur les statuts. L'absence d'intervention personnelle est sanctionnée par la nullité. Autrement, si la volonté est une faculté, elle est aussi un acte. On parle alors de volition, laquelle désigne aussi bien l'action de vouloir que son résultat⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.* p.4.

⁶⁴¹Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 3^e éd. Defrénois 2007, n°455, p.235.

⁶⁴²B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.* p.5.

⁶⁴³M. AZAVANT, *op. cit.* p.445.

⁶⁴⁴A. POSEZ, *op. cit.* n°117, p.208.

La question est de savoir si cette nullité pour absence de consentement peut se justifier par le critère de l'intérêt protégé. Pour que l'acte soit valide, il faut donc que la partie qui s'oblige ait donné son consentement. Si la partie concernée n'a pas donné son consentement, l'acte n'est pas valide. Alors, est-il inexistant ? Tantôt, on analyse l'absence de consentement en une cause de nullité absolue, tantôt l'absence du consentement est une cause de l'inexistence.

L'article 58 du projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA dispose : « *il n'y a point de consentement lorsque les volontés ne se sont pas rencontrées sur les éléments essentiels du contrat* ». Selon cette disposition, la rencontre des volontés est une condition *sine qua non* de l'existence du consentement. Autrement, le défaut de rencontre des volontés a pour conséquence l'absence de consentement. Dans ce sens, il conviendrait de souligner que l'absence de consentement est une cause d'inexistence. Pour une partie de la doctrine et de la jurisprudence, la sanction du contrat conclu par un représentant dépourvu de pouvoir est très discutée. Elle ne trouve à s'appliquer que dans les cas où la théorie de l'apparence n'a pas vocation à jouer son rôle correcteur. L'absence du consentement n'est que l'autre face de cette médaille puisque, par hypothèse, celui qui n'a pas donné mandat n'a pas réellement consenti à l'acte : il n'est qu'un faux, un soi-disant un pseudo- représentant⁶⁴⁵.

Classiquement, la jurisprudence s'est prononcée en faveur de la nullité absolue voire de l'inopposabilité de l'acte irrégulier, notamment pour échapper à la prescription de l'article 1304 du code civil. Le rejet de la courte prescription de la nullité relative explique ainsi la décision rendue le 15 avril 1980 par la 3^e chambre civile de la Cour de cassation française⁶⁴⁶. Il s'agissait en l'espèce d'un bail passé par l'intermédiaire d'un représentant qui n'avait pas respecté les termes du mandat donné. Une clause que le propriétaire entendait expressément éviter⁶⁴⁷ avait été insérée dans la convention. Poursuivi en exécution de cette clause, il a fait valoir la nullité de l'acte pour défaut de consentement, défense à laquelle, son adversaire a opposé la prescription de l'article 1304. La nullité du contrat de bail a cependant été admise par la Cour de Cassation. Le défaut de consentement du bailleur à une clause essentielle frappait l'acte de nullité absolue échappant à la prescription de cinq ans de l'article 1304 du code civil⁶⁴⁸. Il semble que les rédacteurs du projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, se seraient inspirés de

⁶⁴⁵ A. BENABENT, Droit civil, *les obligations*, n°207, cité par J. GHESTIN, *op. cit.*, p.846.

⁶⁴⁶ Cass. Civ. 3^e, 15 avril 1980, Bull. civ. III, n°73.

⁶⁴⁷ Le remboursement des réparations faites.

⁶⁴⁸ J. GHESTIN, *op. cit.*, p.849.

cette jurisprudence, pour consacrer l'absence du consentement comme cause de nullité absolue. Il ressort de l'article 59 que « *l'absence du consentement entache la convention de nullité absolue* ».

162. Il y a lieu de relever une contradiction entre cet article 59 et l'article 58 cités *supra* et une incohérence entre l'article 59 et 143 alinéa 1^{er} dudit projet de texte uniforme. Il faut rappeler que la nullité est une sanction d'une irrégularité de fond ou de forme de la constitution d'un acte juridique. L'article 58 dit que le consentement n'existe pas en l'absence de rencontre des volontés. Dans ce sens, comment comprendre qu'un consentement inexistant puisse faire l'objet d'une nullité ? Il faut souligner une incohérence, par ailleurs entre les articles 59 et l'alinéa 1^{er} de l'article 143. Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 143, « *la nullité est absolue ou d'ordre public lorsque la règle violée est destinée à la sauvegarde de l'intérêt général* ». Dans cette optique, il convient de s'interroger sur la question de savoir, en quoi la sanction de l'absence du consentement participe-t-elle à la sauvegarde de l'intérêt général ?

Un arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation française le 28 mai 1982⁶⁴⁹ illustre également ce phénomène. En l'espèce, une mineure, émancipée au moment de la vente par sa mère d'immeubles dépendant de la succession de son père, contestait la validité de cette vente aliénation à laquelle elle n'avait pas été partie, sa mère n'ayant pu, à raison de l'émancipation, la représenter valablement. Les acquéreurs pour faire obstacle à son action intentée seize ans après la conclusion de la vente se prévalaient de la prescription décennale de l'article 1304 du code civil⁶⁵⁰. Pour accueillir l'action de la demanderesse l'assemblée plénière a censuré l'arrêt de la Cour d'Appel en retenant que « *l'action par laquelle le propriétaire indivis d'un bien prétend faire déclarer inopposable à son égard aliénation consentie par une personne qui n'avait pas qualité pour le représenter n'est pas celle qui se prescrit par le délai de l'article 1304 du code civil* ». L'assemblée plénière a utilisé la notion d'inopposabilité, « *voile juridique de l'inexistence* », pour écarter la prescription de l'action. Elle a repris ainsi la formule déjà utilisée dans la même affaire par la première chambre⁶⁵¹. Plus récemment, cette solution a été reprise par la Cour de cassation à propos d'une cession des droits sociaux. Elle a estimé que l'inexistence du contrat peut résulter « *du défaut de pouvoir du représentant du cédant, qui est sanctionné par l'inopposabilité ne pouvant être invoquée que par le cédant lui-même* »⁶⁵². Si ce bien, objet de la vente sanctionné par

⁶⁴⁹ Cass. Ass. Plén. 28 mai 1982, Dalloz 1983, 117, concl. Av .gén.

⁶⁵⁰ Dans sa rédaction antérieure à la réforme de 1968, encore applicable.

⁶⁵¹ Civ. 1^{re}, 23 nov. 1976, Bull. civ. I, n°361.

⁶⁵² Cass. Civ. 3^e, 6 oct. 2004, Rev. des Stés 2005, 152 obs. B. SAINTOURENS.

l'inopposabilité a fait l'objet d'un apport à une société commerciales, il semble que la sanction serait la même protéger le patrimoine de la demanderesse.

163. En revanche, une partie de la doctrine moderne et de la jurisprudence a évolué et se prononce en faveur d'une nullité relative au motif que l'intérêt général n'est pas en cause, mais seulement l'intérêt particulier des parties au contrat. Alors que pour certains auteurs, le contrat auquel une partie n'a pas pu donner un véritable consentement à cause d'une déficience mentale paraît être atteint d'inexistence⁶⁵³. Des auteurs et des juges affirment qu'un type particulier d'erreur peut rendre le contrat inexistant. Il s'agit de l'erreur-obstacle, qui empêche la rencontre des volontés. L'erreur-obstacle n'est pas expressément consacrée par le projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, mais elle découle implicitement de l'article 58. Cette erreur porte soit sur la nature du contrat, exemple, la société croit acheter la maison pour y exercer ses activités, le propriétaire croit la donner en bail. Ici, il n'y a ni vente ni bail, car les volontés ne s'étant pas rencontrées, il n'y a pas de contrat⁶⁵⁴. L'erreur-obstacle peut concerner le contrat de société à sa constitution ou dans son fonctionnement. C'est l'hypothèse d'une personne qui fait un apport en jouissance de son immeuble à la société, alors que la société estime recevoir un apport en pleine propriété. Il peut s'agir soit d'une erreur sur l'identité de l'objet. Exemple, la société croit acheter l'appartement du rez-de-chaussée, le propriétaire croit vendre le 6^e étage. Chacune des parties ayant envisagé une chose différente, il n'y a rien de concordant donc pas de contrat⁶⁵⁵, soit encore sur la cause de l'obligation. C'est justement dans la même perspective que le juge PIGEON a affirmé dans l'arrêt *Agricultural chemicals* de la Cour Suprême du Canada⁶⁵⁶. L'erreur-obstacle étant un malentendu fondamental, on serait tenté de considérer qu'il n'y a pas seulement vice du consentement, mais absence totale de consentement. Et on devrait en déduire que ce défaut de consentement devrait être sanctionné par la nullité absolue, sinon par l'inexistence du contrat. C'est en ce sens que se prononçait la doctrine classique et la jurisprudence. Il apparaît ici une confusion entre la nullité absolue et l'inexistence. La nullité absolue étant fondée sur la sauvegarde de l'intérêt général et sanctionnant un acte existant qui a de vice, ne peut se confondre à l'inexistence de l'acte.

⁶⁵³P-G. JOBIN, « L'inexistence dans le droit commun des contrats », in les cahiers de droit, (1974) 15 C de D 173, p.176, www.erudit.org.

⁶⁵⁴ Cass. Civ. 4 janv. 1949, Dalloz 1949, p.135.

⁶⁵⁵ Civ. 1^{re} 28 nov. 1973, Dalloz 1975, p.21, note RODIERE.

⁶⁵⁶ P-G. JOBIN, *op. cit.* p.177.

164. Selon un auteur, le sujet de droit constitué et pourvu d'une conscience juridique suffisante est susceptible d'exprimer une volonté juridiquement efficace. Mais précisément, il échouera ici à le faire : la volonté manquera à présent par sa teneur plutôt que par son auteur, par son objet plutôt que par son sujet⁶⁵⁷. Suivant le vocabulaire juridique, il convient de rappeler que la nullité est la sanction encourue par un acte juridique entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond, qui consiste dans l'anéantissement de l'acte⁶⁵⁸. En appliquant l'erreur-obstacle sans l'ombre de doute, le juge PIGEON, à l'instar des juges français, consacre la règle de l'inexistence du contrat affecté d'une erreur quant à son objet ainsi que deux effets de l'inexistence, la non nécessité de demander la nullité du contrat inexistant et la nature extracontractuelle des relations qu'il crée⁶⁵⁹. Selon la doctrine, la Cour de cassation utilise parfois cette notion lorsqu'un élément essentiel du contrat fait défaut, comme l'absence totale de consentement⁶⁶⁰, dans la mesure où le recours à la notion d'inexistence permet d'échapper à la prescription de l'action en nullité⁶⁶¹. On pourrait arguer que l'acte est inexistant mais invalide, ce qui présenterait l'avantage de la cohérence. Ainsi l'article 1108 du code civil viserait bien les conditions de validité qu'il faut distinguer des conditions de constitution⁶⁶². Le projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA consacre en son article 56 les conditions de validité du contrat⁶⁶³. Cette disposition a une particularité, l'exigence du pouvoir d'agir du représentant lorsque la convention est conclue pour le compte d'autrui. Il convient de noter que le projet de texte uniforme a clairement fait une distinction, en consacrant la condition d'existence du consentement à l'article 58 et les vices du consentement aux articles 63 et suivants. Conformément à l'article 58 du projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espèce OHADA, il est clair que l'absence de consentement est une cause de l'inexistence.

⁶⁵⁷ A. POSEZ, *op. cit.* n°111, p.197.

⁶⁵⁸ G. CORNU, *op. cit.*, p.696.

⁶⁵⁹ P-G. JOBIN, *op. cit.* p.178.

⁶⁶⁰ Com. 30 nov. 1983, Bull. civ. IV, n°333 ; Civ. 1^{re}, 5 mars 1991, D.1993, 508, note COLLET.

⁶⁶¹ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, les obligations*, 12^e éd. Sirey, 2010, n° 981, p.346.

⁶⁶² D.SADI, *op. cit.* n°169, p.227.

⁶⁶³ « Les conditions nécessaires à la validité d'une convention sont les suivantes :

- le consentement des parties contractantes ;
- leur capacité de contracter ;
- un objet qui forme la matière de l'engagement ;
- une cause justifiant l'engagement ;
- le pouvoir d'agir du représentant (...) »

Il conviendrait de souligner qu'à l'exception de l'article 11 de la directive du 9 mars 1968⁶⁶⁴ en droit européen, qui dispose à propos des sociétés commerciales de capitaux, « *qu'en dehors des cas de nullité, les sociétés ne sont pas soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité* », c'est la quasi-absence de la consécration expresse de l'inexistence en droit positif qui serait la cause de la confusion de la jurisprudence qui tantôt sanctionne l'absence du consentement par la nullité absolue, tantôt par la nullité relative.

Dans les arrêts du 8 juillet 1966⁶⁶⁵ et du 1^{er} février 1995⁶⁶⁶, l'absence du consentement est traitée comme une cause de nullité absolue, dans l'esprit de la théorie classique favorable à la gravité de l'acte. Par contre, dans les arrêts du 26 juin 2013⁶⁶⁷ et du 18 novembre 2019⁶⁶⁸, l'absence de consentement est traitée en tant que la cause de nullité relative, dans le respect de la théorie moderne de JAPIO inhérente à l'intérêt protégé. Il conviendrait de faire remarquer que cette position de la jurisprudence consistant à traiter l'absence du consentement comme cause de nullité de l'acte est critiquable. Les nullités sont limitées dans le temps alors que l'inexistence est imprescriptible. Catégoriser l'absence de consentement comme cause de nullité ne favorise pas la protection du sujet de droit n'ayant jamais exprimé sa volonté.

Cette même analyse conviendrait à la sanction de l'absence de cause.

2- La non-conformité du critère de l'intérêt protégé en cas d'absence de cause

165. L'alinéa 2 de l'article 115 du projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, dispose « *la cause est le motif pour lequel une partie s'oblige* ». Depuis plusieurs siècles déjà, les philosophes ont tenté de systématiser les différents sens auxquels se rapporte la notion de la cause. ARISTOTE distingue par exemple la cause formelle de la cause matérielle, la cause efficiente de la cause finale. Pour Saint Thomas d'AQUIN, la cause peut être directe ou indirecte, univoque ou équivoque⁶⁶⁹. Selon un auteur, la cause efficiente est « *définie comme le fait générateur d'un effet, par exemple une formalité qui fait naître un contrat* »⁶⁷⁰. En

⁶⁶⁴ Directive CEE n° 68-151 du 9 mars 1968, JOCE du 14 mars 1968, L. 65.

⁶⁶⁵ CA Paris, Gaz. Pal. 1967. 1. 33.

⁶⁶⁶ Civ. 3^e, RDI 1996, 79, obs. J. C. GROSLIERE et C. SAINT-ALARY-HOUIN ; RTD civ. 1995, 879, obs. J. MESTRE ;

⁶⁶⁷ Civ. 3^e, D.2013. 1682 ; chron.2544, A. PIC ; D.2014. 630, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; AJDA. 2014. 471, obs. F. COHET.

⁶⁶⁸ www.actu.dalloz-etudiant.fr.

⁶⁶⁹ J. DJOGBENOU, « La cause dans les contrats conclus sur le fondement des actes uniformes de l'OHADA », revue béninoise des sciences juridiques et administratives, n°20 & 21, année 2008 – 2009, p.58.

⁶⁷⁰ J. ROCHFELD, in « Répertoire de droit civil », Dalloz, Tome 3, Paris 2005, V. « Cause », n°7.

revanche, la « *cause finale* » incarnerait « *l'idée d'un objectif à atteindre* »⁶⁷¹. La cause est saisie comme un instrument de police contractuelle⁶⁷². En droit OHADA, le juge est toujours en embuscade, afin d'assurer la police de la morale et celle de l'intérêt général dans l'espace contractuel⁶⁷³.

Mais il se pose le problème de la nature de la sanction de la cause. En matière de la cession des titres, le débat sur la nullité absolue ou relative pour le prix indéterminé ou vil, a perdu en partie son intérêt avec l'uniformisation des délais de prescriptions. Il ne conserve de portée que pour la détermination des personnes ayant qualité à agir et l'éventuelle ratification de l'acte⁶⁷⁴. Compte tenu du caractère absolu de la nullité, la ratification ou la confirmation de la cession litigieuse est impossible⁶⁷⁵. L'absence de prix interdit à l'acquéreur d'établir la réalité de la cession en se fondant sur la possession. L'article 2279 du code civil (en vigueur au Tchad), aux termes duquel, en fait de meuble, possession vaut titre, ne s'applique pas aux valeurs mobilières dématérialisées dont la transmission obéit à un régime particulier⁶⁷⁶. Lorsque le demandeur en nullité n'est pas partie à la cession, il ne peut pas être déduit de sa présence lors de la signature de la cession son adhésion à cet acte et sa renonciation à en contester ultérieurement la validité⁶⁷⁷.

166. Selon une partie de la doctrine, l'absence de cause est une situation qui intéresse à la fois les intérêts particuliers et l'intérêt général. La simple affirmation que la nullité serait « *protectrice du seul intérêt particulier de l'un des cocontractants* », malgré sa pertinence, ne paraît pas ici tout à fait suffisante⁶⁷⁸. Un acte qui dès sa conclusion, ne remplit pas sa fonction sociale essentielle d'échange ne pourrait être sanctionné par les pouvoirs publics. Il serait conforme à l'intérêt général de lui refuser toute efficacité juridique⁶⁷⁹. M. ATIAS observe en ce sens que « *le droit français n'admet pas qu'un tel engagement soit doté d'un effet quelconque ; il ne peut être consacré en justice* ».

⁶⁷¹ *Ibid.*

⁶⁷² J. DJOGBENOU, *op. cit.* p.64.

⁶⁷³ *Ibid.*, P.101.

⁶⁷⁴ B. MERCADAL, *Cessions des parts et actions*, Mémento Expert Francis LEFEBVRE 2009-2010, n°37382, p.451.

⁶⁷⁵ Cass. 1^{re} civ. 17 déc. 1959, Cotel c/ Le Chêne, Dalloz 1960, p.294 ; Cass. Com. 30 nov. 1983, Bibie c/ SA Elf France, Bull. civ. IV n°333.

⁶⁷⁶ CA Paris 5 juillet 1990, Desjardins c/ Desjardins, Navis Droit des affaires et, sur pourvoi, Cass 1^{re} civ. 16 nov. 1992, n°1130, RJDA 12/92 n°1138.

⁶⁷⁷ Cass. 1^{re} 4 août 1952, Gaillard c/ Gaillard, Bull. Civ. I, n°260.

⁶⁷⁸ J. GHESTIN, *op. cit.*, p.855.

⁶⁷⁹ J. MAURY, *Rép. Civ. Dalloz*, V, Cause, 1970, n°167.

167. Les partisans de la nullité relative en cas d'absence de cause se fondent sur la théorie de l'intérêt protégé pour justifier leur opinion. Appelant à l'unité de la jurisprudence à propos de l'absence de la cause, ces mêmes auteurs s'appuient sur l'auteur de cette théorie, à savoir JAPIOT, pour démontrer toute la logique de son critère d'intérêt⁶⁸⁰. Mais l'idée demeure, très classique d'un contrat auquel manquerait un élément essentiel et qui, pour cette raison, devrait être soumis au régime le plus rigoureux⁶⁸¹. Pourtant, c'est dès le postulat que leur raisonnement souffre d'une contradiction. JAPIOT a largement contribué à l'émancipation de la théorie dite moderne en développant la nécessité de ne plus s'attacher à la gravité du vice mais à l'intérêt que la loi a en vue de protéger. Pour autant, JAPIOT, en appliquant le critère de l'intérêt protégé, classe l'absence de cause, parmi les cas de nullités absolues⁶⁸². À ce titre, l'auteur parle de nullités naturelles, dont la matérialité exclut qu'on puisse se référer à l'intérêt protégé car les règles en question ne sont pas, par nature, protectrice d'intérêts. Il faudrait alors cesser de se référer à JAPIOT pour justifier les solutions de la première chambre civile qui appliquent le critère de l'intérêt⁶⁸³. Par exemple, un père croyant son fils unique mort dans une guerre, fait donation d'une part importante de sa fortune à une fondation. Quelques années plus tard, le fils réapparaît. Il faut noter que l'erreur porte sur l'existence de la raison déterminante ayant amené les parties à contracter. Cette erreur ne peut être considérée comme ayant déterminé le contrat⁶⁸⁴. Le projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA en son article 56 dit clairement que la convention doit avoir une cause qui justifie l'engagement. La cause est un élément essentiel qui doit exister pour la validité de la convention. Autrement dit, si la nullité pour absence de cause est absolue, ce n'est pas parce qu'il est nécessaire de protéger la fonction économique du contrat. Ce n'est pas parce que le critère de l'intérêt l'exige. La raison tient dans le caractère naturel de cette nullité. C'est ici le second point de la thèse de JAPIOT qui prévaut et selon lequel, il faut prendre en compte « *le but* » d'une part, et « *le milieu* » d'autre part. Or, ce second point a été édulcoré par les auteurs

⁶⁸⁰ D. SADI, *op. cit.* n°108, p.159

⁶⁸¹ Cass. Civ. 3^e, 2 déc. 1992, JCPN 1993, II, 195. Nullité absolue pour absence de prix réel et sérieux de la vente moyennant rente viagère conclue en l'absence d'aléa.

⁶⁸² R. JAPIOT, *op. cit.* p. 602-603: « Nous rencontrons ici les nullités sanctionnant certaines règles qui, à la différence de toutes autres, ne sont pas à considérer comme des règles protectrices [...]. S'il y a inefficacité dans ces hypothèses, c'est seulement parce qu'il est matériellement impossible qu'il en soit autrement [...]. De même, on considère qu'il est nécessaire ou naturel de reconnaître l'inefficacité des actes dont l'objet ou la cause font entièrement défaut, ou sont d'une importance trop minime pour entrer en ligne de compte [...]. Si l'assurance contractée après la réalisation du sinistre et la destruction de la chose assurée est nulle en principe, c'est que l'assurance ne se comprend pas sans un risque ».

⁶⁸³ D. SADI, *op. cit.*, p.160.

⁶⁸⁴ Req. 7 juill. 1931, Dalloz 1931, p. 445.

contemporains. Le milieu dans lequel se trouve la nullité est celui d'un état naturel de l'acte qu'on ne peut pas nier, ni exclure. Face à cette matérialité, les juges devraient se rattacher à la nullité absolue, en tant que nullité naturelle. Si la jurisprudence varie sur le point de l'absence de cause, c'est sans doute en raison de la conception difficile de la notion de « *milieu* », peu expliquée par JAPIOT dans sa thèse, et qui demeure assez floue⁶⁸⁵. Puisqu'aucun intérêt ne s'attache à ce type de nullité, il faut prendre en compte le milieu de fait et la considération objective et matérielle que l'acte ne peut pas exister. Il n'y a pas ici de but de la nullité, car le législateur n'a aucun objectif, il subit ces situations plus qu'il ne les désire⁶⁸⁶.

168. Comme l'expliquent Georges RIPERT et Jean BOULANGER, on peut assimiler l'inexistence de la cause de l'obligation à l'erreur sur cette cause quand le preneur contracte et s'engage à payer un loyer alors que l'immeuble loué à son insu, se consume dans les flammes, on peut tout aussi bien soutenir que son obligation n'a pas de cause. L'intérêt de cette observation est considérable, parce que l'erreur sur la cause constitue une forme de l'erreur-obstacle, application privilégiée de la théorie de l'inexistence⁶⁸⁷. Cependant, il faut souligner que le projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, a son alinéa 1^{er} de l'article 116 dispose que « *l'absence de cause est sanctionnée par la nullité relative de la convention* ». L'absence de cause n'est pas une cause d'inexistence, ni de nullité absolue selon ce projet de texte uniforme. Cette position peut se justifier par la théorie de l'intérêt protégé néanmoins, il faut noter qu'elle ne tranche pas définitivement les débats sur la sanction de l'absence de la cause. C'est l'une des difficultés d'adéquation du système de nullité textuelle avec le droit des contrats.

B- L'adéquation avec le droit des contrats

Il s'agit d'examiner le risque de contradiction textuelle consécutive au vice du consentement ou d'incapacité comme cause de nullité dans les sociétés à risque limité (1) et l'incidence des clauses indivisibles sur le système de nullité (2).

⁶⁸⁵D. SADI, *op. cit.*, P.160.

⁶⁸⁶R. JAPIOT, *op. cit.* p. 606.

⁶⁸⁷P-G. JOBIN, *op. cit.* p.176.

1- Risque de contradiction textuelle ou une exception de certaines causes de nullité des sociétés à risque limité

169. À la lecture combinée des articles 74-1 relatif aux causes de nullité, pour le non-respect de l'interdiction au mineur et aux époux d'être associés en nom⁶⁸⁸, de l'interdiction, de l'incapacité et de l'incompatibilité à la qualité d'associé à certaines personnes⁶⁸⁹, de la licéité d'objet⁶⁹⁰, l'obligation de faire et de réaliser l'apport⁶⁹¹ et l'alinéa 3 de l'article 242 exigeant le vice de consentement ou l'incapacité à tous les associés pour qu'il y ait nullité de la société à risque limité, il conviendrait de relever une certaine contradiction textuelle. En effet, d'un côté le législateur dit que le vice du consentement ou l'incapacité constituent des causes de nullité de la société et de l'autre côté, le législateur exige que le vice ou l'incapacité puisse atteindre tous les associés dans les sociétés à risque limité pour qu'il y ait nullité de la société. Il apparaît une contradiction à la lettre de textes.

170. Le consentement est l'expression de la volonté de la partie qui s'oblige comme le dit l'article 1108 du code civil⁶⁹². Il peut y avoir un consentement des deux parties. Le Code Civil ne traite en fait qu'un des sens du mot consentement, en acceptant un consentement unilatéral de part et d'autre. Le Code n'aborde pas la rencontre des volontés créée par une manifestation commune des contractants⁶⁹³. La dualité du fondement de l'intégrité du consentement explique le fait que les vices du consentement ne soient pas admis en toute hypothèse, quelle que soit la partie concernée. Admettre que la liberté fait tout avec la rencontre des volontés peut être un facteur très insécurisant en termes de sécurité juridique⁶⁹⁴. L'article 1108 du code civil⁶⁹⁵ exige que chaque cocontractant ait la capacité de contracter.

⁶⁸⁸ Les articles 8 et 9 de l'AUSCGIE ;

⁶⁸⁹ Article 7 de l'AUSCGIE.

⁶⁹⁰ Article 20 de l'AUSCGIE.

⁶⁹¹ Article 37 de l'AUSCGIE.

⁶⁹² « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

- le consentement de la partie qui s'oblige ;
- sa capacité de contracter ;
- un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;
- une cause licite dans l'obligation ».

⁶⁹³ Le consentement qui produit le contrat n'engage que s'il est libre et éclairé. Il doit avoir été donné en parfaite connaissance de cause, c'est-à-dire qu'il doit être exempt de vices et il doit aussi être entaché d'une certaine moralité (la règle morale des obligations). Le principe du consensualisme reste dominant et suffit à former le contrat en règle générale.

⁶⁹⁴ Il faut que les parties puissent se dire qu'elles seront protégées

⁶⁹⁵ Qui fixe quatre conditions de validité du contrat.

Les articles 1123 et suivants qui traitent de la capacité des personnes à contracter ne traitent que de façon incomplète le droit des capacités. La capacité c'est l'aptitude à contracter. Cette aptitude doit être distinguée du pouvoir de contracter. Le pouvoir est une notion différente qui ne figure pas dans le code civil mais cette notion a été introduite par des lois postérieures au code civil. Le pouvoir de contracter est une habilitation à conclure le contrat. C'est quelque chose de distinct de l'aptitude à contracter et ce pouvoir vient parfois limiter la possibilité de conclure un contrat ou au contraire étendre la possibilité de conclure un contrat. Par exemple, le pouvoir de contracter est toujours légal⁶⁹⁶. Dans ce sens, l'exigence du consentement exempte de vice et de la capacité semble fondamentale et que la violation constitue une cause de nullité de la société conformément à l'article 74-1 de l'AUSCGIE.

171. Néanmoins, il faut souligner que selon l'esprit du texte, l'alinéa 3 de l'article 242 de l'AUSCGIE fait montre une exception à la règle fixée par l'article 74-1 de l'AUSCGIE. Dans cette vision, il y a lieu de parler de la complémentarité textuelle suivant l'esprit du législateur.

Cette exception peut se justifier par la possibilité offerte par le législateur pour la transformation de la société pluripersonnelle en société unipersonnelle⁶⁹⁷.

Pour le législateur OHADA, suivant l'alinéa 3 de l'article 242, « *Dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité d'un associé à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs* ». Cette disposition s'inscrit dans la logique du législateur visant à la réduction des causes de nullité. Cette vision est intéressante dans la mesure où elle contribue davantage à la réduction des causes de nullité, tout en assurant la stabilité et à la continuité de l'activité commerciale.

172. Il apparaît que de l'exception de la nullité du contrat de société en cas de vice du consentement ou d'incapacité dans les sociétés à risques limités s'inscrit dans la démarche de la complémentarité de la restriction des causes de nullité en droit des sociétés commerciales.

Toutefois, il conviendrait de remarquer que relativement aux effets des actes juridiques, le système de nullité textuelle se trouve limité.

⁶⁹⁶Lorsqu'il existe, il est toujours consacré par le législateur.

⁶⁹⁷ Article 60 de l'AUSCGIE.

2- L'incidence des clauses indivisibles sur la nullité des actes juridiques

173. L'article 242 de l'AUSCGIE retenant la nullité textuelle de la société dispose que cette nullité peut résulter de l'acte uniforme ou des textes régissant la nullité des contrats. Le législateur fait-il référence uniquement aux dispositions du code civil relatives aux contrats ou veut-il faire allusion à la théorie générale en intégrant les principes généraux du droit ? En l'absence d'une distinction expresse, il est possible d'envisager une référence à la théorie générale des contrats. Cependant, il faut noter qu'une telle affirmation est discutable. Le vocabulaire juridique définit le texte comme l'ensemble des sources du droit écrit⁶⁹⁸. Le droit écrit s'entend de l'ensemble des règles de droit explicitement édictées par les autorités qualifiées à cet effet⁶⁹⁹. Il peut s'agir des lois et règlements.⁷⁰⁰ En ce sens, le texte dont parle le législateur est l'ensemble des règles du droit écrit. À la lecture combinée des articles 2, 242 et 243 de l'AUSCGIE, l'on peut se poser la question de savoir si la nullité des actes par contamination est possible, à la lumière de la théorie des actes indivisibles. Selon le Vocabulaire juridique de G. CORNU, l'indivisibilité est « *l'état de ce qui ne peut être divisé sous un rapport donné (spécialement de ce qui ne peut être admis ou fourni en partie) et qui doit être considéré ou payé globalement comme un tout même (s'il s'agit d'une dette) par les héritiers du débiteur* ». Cette définition large permet d'appréhender l'ensemble des applications de la notion en droit positif. *Extrication labyrinthi dividui et individui* : l'indivisibilité a toujours joui d'une réputation de complexité⁷⁰¹. DUMOULIN proposait au lecteur pas moins de dix clefs et trois fils pour le guider dans ce labyrinthe⁷⁰². L'imprécision de la notion d'indivisibilité apparaît même dans les tentatives de définition les plus autorisées, « *état de ce qui ne peut être divisé soit matériellement, soit intellectuellement sous un rapport envisagé* »⁷⁰³. Des auteurs contemporains ont relevé que l'indivisibilité est une notion « *malléable* »⁷⁰⁴ ou « *protéiforme* »⁷⁰⁵. Il s'agit d'examiner si le principe de l'indivisibilité n'a pas une influence sur la sanction des actes juridiques en droit des sociétés commerciales.

⁶⁹⁸ G. CORNU, *op. cit.*, p. 1024.

⁶⁹⁹ *Ibid*, p. 376.

⁷⁰⁰ Par opposition à la coutume dans une certaine mesure.

⁷⁰¹ S. PIQUET « L'indivisibilité des actes », Dalloz 1996, p.141.

⁷⁰² Edition complète des *Œuvres de Dumoulin* de 1681, III, p. 89, cité par M. PLANIOL, G. RIPERT, *Droit civil français*, t. 7, *Obligations*, par P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, LGDJ, 2^e éd., 1954, n° 1098.

⁷⁰³ *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. CORNU, PUF, 4^e éd., 1994.

⁷⁰⁴ J. CARBONNIER, obs. *RTD civ.* 1950, p. 69, n° 2.

⁷⁰⁵ A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 1992, n° 163.

174. La nullité textuelle de la société est un système intéressant dans la mesure où il permet d'assurer la stabilité de l'activité sociétaire par la réduction des causes de nullités. Cependant, si l'une des finalités de la règle du droit est de résoudre le problème des hommes en société, il se pose la difficulté d'appréciation des nullités textuelles, suivant le principe de l'indivisibilité des actes. En droit privé, sans vouloir prétendre à l'exhaustivité, il suffit d'indiquer l'indivisibilité de l'état des personnes⁷⁰⁶, du patrimoine, des servitudes, des hypothèques⁷⁰⁷. En droit judiciaire privé, on peut relever l'indivisibilité de l'objet du litige⁷⁰⁸, laquelle permet d'étendre l'effet dévolutif de l'appel au-delà des chefs du jugement critiqués⁷⁰⁹. La richesse et la multitude des applications de l'indivisibilité a conduit la doctrine à relever son caractère « malléable »⁷¹⁰ ou encore à dénoncer ses « abus »⁷¹¹.

175. Il conviendrait d'examiner les difficultés susceptibles de naître du fait du système de nullité textuelle, suivant les manifestations de l'indivisibilité en droit des obligations⁷¹². Le lien existant entre plusieurs clauses d'un même acte juridique est pris en compte pour déterminer l'étendue de la nullité. Il permet de savoir si la nullité affectant une clause de l'acte rejaillit ou non sur l'ensemble de celui-ci. Autrement dit, si la nullité est totale ou partielle. Le code civil⁷¹³ n'envisage la question de l'étendue de la nullité que sous l'angle des conditions impossibles, illicites ou immorales. Le code civil prévoit, à cet égard, aux articles 900⁷¹⁴ et 1172⁷¹⁵, des règles différentes selon que l'acte concerné est à titre gratuit ou à titre onéreux. Faisant œuvre d'interprétation, la jurisprudence française a non seulement étendu ces dispositions à toutes les clauses d'un acte juridique, mais a

⁷⁰⁶Une personne ne pouvant avoir à la fois deux états différents et ne pouvant se contenter de réclamer certains attributs de son état à l'exclusion des autres.

⁷⁰⁷C. civ., art. 2114.

⁷⁰⁸C. pr. civ., art. 562, al. 2 (France)

⁷⁰⁹Contrairement au principe selon lequel il n'est dévolu qu'autant qu'il est appelé. On peut également citer, en droit processuel, la notion de connexité existant entre plusieurs demandes, l'indivisibilité n'étant alors qu'une connexité poussée au plus haut degré, et qui joue dans l'intérêt d'une bonne justice à la fois comme condition de recevabilité des demandes incidentes, de jonction d'instances pendantes devant le même tribunal ou de renvoi judiciaire à une autre juridiction

⁷¹⁰J. CARBONNIER, obs. RTD civ. 1950. 69, n° 2 ; A. PONSARD, note JCP 1958. II. 10835.

⁷¹¹J. BOULANGER, « Usages et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », RTD civ. 1950. 1.

⁷¹²À ce titre, le code civil ne traite que de l'indivisibilité de l'obligation aux articles 1217 à 1225 ainsi qu'à l'article 1244. L'obligation indivisible est celle qui ne peut être exécutée qu'en entier. Pour autant, rien n'empêche théoriquement de reconnaître un lien d'indivisibilité entre plusieurs obligations ou plusieurs clauses d'un même acte juridique, voire entre plusieurs actes juridiques distincts.

⁷¹³Rappelons qu'il s'agit bien du code civil Français de 1958 applicable au Tchad, par l'Acte législatif n°1 portant constitution du 31 mars 1959, et par la Loi constitutionnelle n° 2/62 du 16 avril 1962.

⁷¹⁴« Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois et aux mœurs, seront réputées non écrites ».

⁷¹⁵« Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend ».

surtout dégagé un régime unique applicable aux deux catégories d'actes. La nullité affectant une clause déterminée s'étend à l'ensemble de l'acte dans lequel elle est insérée lorsqu'elle en constitue « *la clause ou la condition impulsive et déterminante* ». La nullité est partielle ou totale selon que la clause entachée de nullité peut être ou non, dans l'intention des parties, détachée de l'ensemble sans en affecter la substance⁷¹⁶. Le critère de la cause ou de la condition impulsive et déterminante apparaît alors comme une application du critère de l'indivisibilité subjective résultant de l'intention des parties. Comme en témoignent certains arrêts faisant référence à des clauses « *intimement liées entre elles* »⁷¹⁷. Lorsque les clauses sont indivisibles, la nullité d'une clause affecte l'ensemble de ces clauses. Cet arrêt français de la première chambre du 2 juillet 1958, est applicable dans l'espace OHADA, car intervenant avant les indépendances. Il faut souligner qu'il aurait inspiré le législateur communautaire, qui dans son projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, l'a expressément consacré. Il ressort de l'article 246 dudit projet uniforme que « *lorsque l'un des contrats interdépendants est atteint de nullité, les parties aux autres contrats des mêmes ensemble peuvent se prévaloir de la caducité de leurs conventions* ». L'indivisibilité apparaît alors comme un moyen de diffusion de l'anéantissement des contrats de sorte que lorsqu'un contrat est annulé et qu'il était indivisiblement lié à un autre, c'est l'ensemble qui disparaît⁷¹⁸. En prenant appui sur la notion d'indivision des actes juridiques⁷¹⁹, il conviendrait d'affirmer que l'anéantissement d'une des conventions peut entraîner l'annulation de la totalité des contrats présentant un lien entre eux. L'ensemble des contrats doit tendre vers une opération unique⁷²⁰. Cette prise en compte de la finalité économique de l'ensemble contractuel fait penser à la cause qui a parfois été utilisée afin d'expliquer les liens d'interdépendances entre plusieurs contrats⁷²¹. En vertu de l'approche souple, il conviendrait de considérer que de la création d'un ensemble

⁷¹⁶ Com. 13 nov. 1963, Bull. civ. III, n° 474 ; Civ. 3^e, 11 juill. 1968, JCP 1969. II. 15942, note J.-Ph. LEVY ; 13 févr. 1969, D. 1969, somm. 109 ; 22 oct. 1970, JCP 1971. II. 16636 bis, note J.-Ph. LEVY ; 24 juin 1971, D. 1971, somm. 131, JCP 1972. II. 17191, note J. GHESTIN ; Com. 27 mars 1990, Bull. civ. IV, n° 93, RTD civ. 1991. 112, obs. J. MESTRE, Defrénois 1991, art. 35041, note J. HONORAT, D. 1991. 289, note F.-X. TESTU.

⁷¹⁷ Civ. 1^{re}, 2 juill. 1958, Bull. civ. I, n° 352 : « Lorsque dans l'intention des parties, toutes les stipulations d'un contrat sont intimement liées entre elles et que les unes sont la cause déterminante des autres, la nullité des clauses illicites invalide les clauses licites ».

⁷¹⁸ Ph. REIGNÉ, « La résolution pour inexécution au sein des groupes de contrats », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, 1997, PUAM, p. 151 ; F. ARHAB, « Les conséquences de la nullité ou de la résolution d'un contrat au sein des groupes de contrats », RRJ 1991. 1. 167 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », JCP 1989. I. 3397.

⁷¹⁹ J. MOURY, « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », RTD Civ. 1994, p.255.

⁷²⁰ D. NZOUABETH, *op. cit.*, p.333.

⁷²¹ J. GHESTIN, *La formation du contrat*, LGDJ 2^e éd. 1988, n°890, p.1026.

contractuel fait naître un lien d'indivisibilité entre les contrats, de sorte qu'ils seraient interdépendants. En raison de cette interdépendance, le sort des uns serait alors lié au sort des autres. Dans deux décisions rendues le 17 mai 2013, la chambre mixte de la Cour de cassation a estimé que « *les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants* » de sorte « *sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance* »⁷²². Dans cette perspective, plusieurs sanctions, notamment les nullités ont été envisagées en cas de reconnaissance d'une indivisibilité contractuelle : telle a été la solution retenue dans un arrêt du 18 juin 1991, la chambre commerciale ayant validé la décision d'une cour d'appel pour avoir « *souverainement estimé que les commandes émanant de cette société, bien que passées distinctement en deux lots, n'en étaient pas moins, au su de la société BP Conseils, déterminée par des considération globales de coûts et, comme telles, indivisibles ; que, par ces seuls motifs, elle a pu décider que l'importante majoration sur le dernier lot, remettait en cause les considérations communes sur le prix total et justifiait une annulation des deux commandes* »⁷²³. Dans le même sens, la cour de cassation rappelle dans un arrêt du 4 juillet 2018 que l'anéantissement de l'un quelconque des contrats compris dans cet ensemble entraîne la caducité des autres⁷²⁴. Il faut souligner que les hauts magistrats semblent reconnaître une automaticité de la sanction outrepassant certaines considérations procédurales⁷²⁵. La cour de cassation ajoute de manière inédite qu'il n'est pas exigé que le prononcé de l'anéantissement préalable de l'un des contrats et celui de la caducité des autres aient lieu au cours d'une seule et même instance pour que celle-ci produise ses effets. Dans cette perspective, l'acte constitutif d'une société ou des délibérations modifiant les statuts de société, se trouvant dans un ensemble contractuel est susceptible de nullité ou de caducité indépendamment des causes textuelles selon l'esprit des articles 242 et 243 de l'AUSCGIE. Néanmoins, l'indivisibilité subjective peut se heurter ici comme ailleurs aux exigences d'impérativité⁷²⁶.

Il semble que cette même exigence de l'esprit d'impérativité impacte la jurisprudence qui retient tantôt la fictivité comme cause de nullité, tantôt comme cause de l'inexistence.

⁷²² www.cassation.fr Ch.mixte, 17 mai 2013.

⁷²³ www.cassation.fr Com. 18 juin 1991.

⁷²⁴ www.actualitesdudroit.fr .

⁷²⁵ V. Cass. Com. 12 juillet 2017, n°15-23.552 et Cass. Com. 12 juillet 2017 n°15-27.703, www.cassation.fr .

⁷²⁶ La clause entachée de nullité est alors simplement réputée non écrite, l'acte étant maintenu pour le surplus, en dépit de la volonté contraire des parties, lorsque la nullité totale conduit à priver d'efficacité la sanction de la règle violée. À titre d'exemple, en droit français, sont réputées non écrites par la loi les clauses abusives insérées dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs (C. consom., art. L. 132-1)

PARAGRAPHE II : LA FICTIVITÉ DE LA SOCIÉTÉ, UNE CAUSE NULLITÉ OU DE L'INEXISTENCE

La question se pose de savoir si une société fictive peut être une cause la nullité ou une cause de l'inexistence. La jurisprudence et la doctrine ne sont pas unanimes sur cette question. Les unes optent pour l'inexistence (A) et les autres optent pour la nullité de la société fictive (B).

A- La fictivité de la société, cause de l'inexistence de l'acte constitutif

176. Selon le vocabulaire juridique, la fictivité est le caractère de ce qui est fictif, se dit notamment d'une société qui n'existe qu'en apparence, sur le papier, en ce qu'elle ne correspond, dans la réalité, à aucune activité sociale propre⁷²⁷. Un courant traditionnel avait tendance à déclarer la société fictive inexistante⁷²⁸. S'appuyant sur une décision de la troisième chambre civile de la Cour de cassation⁷²⁹, certains auteurs ont avancé que la fictivité ne devait pas être sanctionnée par la nullité mais par l'inexistence, exclusive de prescription⁷³⁰.

Par inexistence, il faut entendre le défaut d'existence d'un acte juridique. Se dit parfois de l'état de l'acte qui, n'ayant jamais pu se former, n'a même pas à être annulé ou dont la non-existence peut être reconnue même dans de cas où la nullité ne pourrait être déclarée⁷³¹. Autant la théorie de l'inexistence présente un faible intérêt face à la théorie rigide des nullités en droit civil, autant elle en récupère face à la théorie très édulcorée des nullités de sociétés. La force destructrice de l'idée d'inexistence est considérable et offre beaucoup d'attraits depuis que les cas d'ouverture de l'action en nullité se sont raréfiés et sont d'effet étroitement limité⁷³². On sait en effet combien la nullité en matière de société échappe au régime général des nullités puisqu'elle ne rétroagit pas, elle n'est qu'une dissolution. Une sanction aussi douce est-elle opportune en l'absence d'*affectio societatis* ? L'inexistence existe. Elle doit être conceptuellement réservée aux sociétés qui n'ont jamais existé, faute par exemple du consentement des associés⁷³³.

⁷²⁷ G. CORNU, *op. cit.*, p.458.

⁷²⁸ Cass. Com. 11 avril 1927, D. 1929, 1, 25, note PIC ; Req., 14 avril 1930, J. soc. 1931, 408 ; 9 fév. 1932, Rev. soc. 1932, 275 ; Cass. Com. 3 mars 1958, Rev. soc. 1960, 30, note AUTESSERRE ; Rouen 6 juin 1973, Rev. soc. 1974, 740, note SORTAIS ; Cass. Civ.3^e 20 janv.1974, Rev. soc.1976, 671, note GASTAUD ; Cass. Civ. 26 fév.1981, Gaz.pal.1981, 2, 669, note A P S COMP.

⁷²⁹ Cass. 3^e civ. 22 juin 1976, D.1977, 619, note DIENER.

⁷³⁰ Cass.1^{er} civ. 23 mai 1977, D.1978, 89, note M. JEANTIN

⁷³¹ G. CORNU, *op. cit.*, p.547.

⁷³² A. MARTIN-SERF « Sociétés fictives et frauduleuses », J-cl. Stés, 1991, Vol.I fasc 7 ter n°106

⁷³³ Com.7 déc.1993, Rev. des sociétés 1994, p.462, note Y. CHARTIER.

177. Une partie de la jurisprudence utilise donc la théorie de l'inexistence comme une force d'appoint pour obtenir certains effets dont la nullité est amputée. L'emploi de la notion d'inexistence autorise l'admission de la rétroactivité⁷³⁴. La théorie de l'inexistence aboutit à produire paradoxalement les effets de la théorie classique des nullités puisque selon la formule consacrée, les parties sont remises dans l'état où elles étaient avant l'acte. Autrement, la théorie de l'inexistence permet d'expliquer le retour du bien apporté dans le patrimoine du débiteur⁷³⁵.

Elle entraîne une autre conséquence importante. La sanction d'inexistence permet de surmonter des difficultés concernant la régularisation et la prescription qui sont des aspects importants en matière de nullité⁷³⁶. On voit mal comment régulariser le vice originel constitué par le défaut d'*affectio societatis* à moins que la régularisation signifierait création de l'acte. On peut supprimer un vice qui affecte une société véritable, mais ne pas donner vie à une société juridiquement inexistante. Il en résulte que la fictivité est une cause de l'inexistence.

Mais curieusement, cette sanction d'inexistence de la société fictive n'a pas séduit la chambre commerciale et une partie de la doctrine, qui ont opté pour la nullité.

B- La fictivité de la société, cause de la nullité

178. Rejetant la position de la chambre civile, la chambre commerciale de la Cour de cassation française, dans un arrêt du 16 juin 1992 a indiqué qu' « une société fictive est une société nulle et non inexistante ». Elle en a déduit que conformément à l'article 1844-16 de l'ancien code civil français, sa nullité est inopposable aux tiers de bonne foi : en l'occurrence, l'administration fiscale lui ayant notifié un redressement⁷³⁷. Une partie de la doctrine fonde la fictivité sur le défaut de l'un des éléments constitutifs de la société dont « l'*affectio societatis* »⁷³⁸. CONSTANTIN admet que la fictivité peut provenir non seulement du défaut d'un élément du contrat de société mais aussi de l'abus de la personnalité morale⁷³⁹. Par contre, ROUAST-BERTIER trouve que l'assimilation du défaut d'*affectio societatis* à la fictivité d'une société conduirait logiquement à qualifier de fictive

⁷³⁴ A. MARTIN-SERF, *op. cit.* n°107.

⁷³⁵ B. LECOURT, « Société fictive et fraude paulienne », *Rev. des sociétés* 2014, p.572.

⁷³⁶ A. MARTIN-SERF, *op. cit.* n°109.

⁷³⁷ JCP E 1992, pan. n°1025 ; CA Paris, 2^e ch A 1^{er} déc 1992, D 1993 IR 55.

⁷³⁸ F. DERRIDA, « À propos de l'extension des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire », *Mélanges M. CABRILLAC*, Litec 1999, p.688 ; Ph. MERLE, *Droit commercial*, Dalloz 2003, p.59 ; J. CALAIS-AULOY, « Société fictive », *Rép. Sociétés* 1971, p.1, cités par M. A. FOLY, *op. cit.* p.85.

⁷³⁹ A. CONSTANTIN, note sous Cass. Com. 22 juin 1999, *Rev. des Sociétés* 1999, p.826, n°1.

toutes les sociétés qui sont filiales à presque 100 % d'une société mère⁷⁴⁰. La société fictive est sanctionnée par la nullité selon la chambre commerciale dans un arrêt d'espèce du 22 juin 1999. Les faits sont évocateurs de l'intention de la société mère à constituer une société de pure façade afin d'atteindre un but. En 1992, la société de droit russe Baltic shipping company Ltd (Baltic) a souhaité financer la construction d'un navire, le Kovrov, au moyen d'un crédit que lui accorderait la banque allemande Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW). Cette dernière a cependant subordonné son concours à la constitution à son profit d'une hypothèque maritime sur le navire. La législation de l'ex-Union soviétique ne connaissant pas cette sûreté, la société Baltic eut l'idée de constituer une filiale de droit chypriote, la société Balticy shipping company Ltd (Balticy), laquelle a consenti à la société KfW une hypothèque de premier rang sur la Kovrov en garantie du contrat de prêt, puis a loué le navire à la société Baltic aux termes d'un contrat d'affrètement coque-nue, les sommes perçues de l'affrèteur lui permettaient de rembourser l'établissement bancaire. Saisie la Cour de cassation casse partiellement l'arrêt de la Cour d'appel de Papeete en affirmant qu'une société fictive est une société nulle et non inexistante, et la nullité s'opère sans rétroactivité. Il s'agit de mettre fin à cette simulation qui camoufle l'absence de vie réelle de la société⁷⁴¹. Elle évite de déclarer inexistante la société. Cet arrêt rappelle qu'en matière de société, la nullité formelle ou fondamentale de l'être sociétaire n'entraîne pas la disparition totale et rétroactive. La théorie des sociétés de fait en est un exemple. La subtilité juridique vient au secours de la morale la plus élémentaire⁷⁴². Si certains auteurs ont pu douter de la portée de l'arrêt Lumale du 16 juin 1992, le présent arrêt du 22 juin 1999 ne laisse plus aucune place à l'incertitude. La chambre commerciale entend définitivement bannir la notion d'inexistence des sociétés⁷⁴³. La nullité de la société est la meilleure des sanctions en l'espèce puisque l'inexistence eût permis à cette société fantôme d'échapper aisément à ses obligations⁷⁴⁴. La solution s'imposait d'autant plus qu'il s'agissait d'une société de capitaux et que le droit communautaire ne laisse, en l'occurrence, aucune place à l'inexistence⁷⁴⁵. Cette orientation ne pouvait que se traduire par l'éviction de l'inexistence. Il s'agit de la sanction de l'existence simulée d'un contrat de société auquel il manque un élément

⁷⁴⁰ P. ROUAST-BERTIER, « Société fictive et simulation », *Rev. des sociétés* 1993, p. 725.

⁷⁴¹ M. A. FOLY, *op. cit.* p.97.

⁷⁴² Cl. CHAMPAUD, « Fictivité de la société n'ayant d'autre objet que de consentir une hypothèque maritime », *RTD Com.* 1999, 875.

⁷⁴³ A. CONSTANTIN, *op. cit.* p.833.

⁷⁴⁴ Y. LEINHARD, « Une société fictive est une société nulle et non inexistante », *RTD Com.* 1999, p.903.

⁷⁴⁵ P. LE CANNU, « Inexistence ou nullité des sociétés fictives », *Bull. Joly* 1992, 875.

essentiel à sa formation, *l'affectio societatis*⁷⁴⁶. La solution semble respecter l'esprit de l'article 11 de la directive n°68/151 du 9 mars 1968, refusant expressément toute efficacité destructrice à la théorie de l'inexistence. Elle est aussi cohérente avec l'article 142 du projet de texte uniforme portant droit générale des obligations dans l'espace OHADA, qui dispose que « *la convention qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nulle* ». Cette option de la nullité semble favorable aux tiers, notamment les créanciers sociaux, compte tenu des effets non rétroactifs de la nullité de la société. Dans son arrêt du 3 décembre 2013, qui ne s'impose pas mais pouvant servir d'inspiration, la chambre civile approuve les juges du fond d'avoir considéré que la SCI avait été créée dans le seul but de frauder les droits des créanciers notamment ceux de la banque et que par conséquent elle était fictive. Dans cette affaire, les membres de la société ne présentaient pas les caractéristiques de la qualité d'associé. Leur volonté de se comporter comme associé, et donc *l'affectio societatis* faisait défaut. La société était manipulée par le seul débiteur, son fils n'étant qu'un « *homme de paille* ». Difficile d'ailleurs de prouver l'existence d'*affectio societatis* chez un enfant de 7 ans⁷⁴⁷. L'absence de cet élément est la cause de la nullité de la société⁷⁴⁸.

179. Cette nullité de la société fictive semble discutable. Il est indéniable que la présence de *l'affectio societatis* est indispensable à la qualification de contrat de société. L'exigence étant posée non seulement au moment de la conclusion du contrat mais encore se perpétuant tout au long de son existence. En ce sens, *l'affectio societatis* se distingue fondamentalement du consentement au contrat de société⁷⁴⁹. Or, il s'agit ici de démontrer l'existence ou l'inexistence d'un élément fondamental d'un acte juridique. L'absence d'un tel élément doit être sanctionnée par l'inexistence. On ne peut dès lors regretter que la décision de la Cour de cassation perpétue l'ambiguïté sur ce point.

180. Relativement aux effets de la nullité, le raisonnement de la Cour de cassation paraît contestable. La Cour précise que l'annulation de la société fictive a eu pour conséquence que « *le*

⁷⁴⁶ A. CONSTANTIN, *op. cit.* p.834.

⁷⁴⁷ Civ. 3^e 18 déc. 2007, RJDA 4/2008, n°367 : SCI créée par deux enfants et leur père qui était condamné au paiement d'une somme importante.

⁷⁴⁸ Dans un arrêt Franck du 19 février 2002, la Cour de cassation a estimé (com.19 fév.2002) que la fictivité d'une société soumise à une procédure collective devait être sanctionnée par l'extension de ladite procédure au véritable maître de l'affaire. Autrement, la fictivité est inopposable aux créanciers, en ce sens que ses associés ne sauraient se prévaloir d'une quelconque nullité du contrat de société. Rien n'empêche, dès lors, que la procédure collective soit étendue au véritable maître de l'affaire.

⁷⁴⁹ M. JEANTIN, note sous cass. civ.1^{re} 23 mai 1977, D.1978, 89.

bien acquis devait retourner dans le patrimoine de M. Henri x ». Or, l'annulation d'une société n'est pas rétroactive.

En tout état de cause, il semble que c'est l'option de l'inexistence qui serait avantageuse pour les créanciers personnels, qui ne souhaiteraient pas être concurrencés par les créanciers sociaux.

Il ressort de cette analyse la coexistence de deux sanctions applicables à la fictivité de la société, suivant les circonstances. Le dualisme de la sanction de fictivité paraît intéressant car il offre une possibilité d'option aux titulaires de l'action.

181. En conclusion au chapitre 1^{er} du titre II de la première partie, il faut remarquer que la survie d'une zone floue des causes de nullité occasionnant une certaine incohérence et inadéquation dans l'appréhension desdites causes de nullité dans l'AUSCGIE.

Parlant de l'incohérence, il faut souligner que la fictivité de la société, les actes interdits sont tantôt des causes des nullités, tantôt des causes de l'inexistence. La sanction de la violation des règles pénales n'est pas systématiquement renforcée par la sanction des nullités. Il faut par ailleurs relever que le système des nullités textuelles peut être neutralisé par la théorie de l'indivision, en cas de contrat successive formant un ensemble indivisible.

Relativement à l'inadéquation, il conviendrait de noter que l'absence de consentement et l'absence de cause, constituent des causes de l'inexistence et non des causes de nullité.

182. Selon un auteur, le statut de droit commun du droit civil qui confère à la sanction civile sa vocation générale et son rôle de modèle explique sa présence en droit des sociétés. Cette branche du droit utilise des qualifications génériques, des notions et des mécanismes éprouvés – le contrat, la responsabilité – pour lesquels le droit civil a depuis longtemps organisé la sanction. Il est aisé de comprendre que cet ensemble de technique et de concepts est un réservoir indispensable dans lequel le droit spécial vient puiser⁷⁵⁰. Et puisque la substance et l'efficacité du droit dépend de la sanction, le système de nullité dans l'AUSCGIE semble partiellement lacunaire, il conviendrait de revoir son domaine d'application.

Aussi, conviendrait-il d'examiner si le principe d'égalité prôné par le législateur est vérifiable par le régime de nullité dans l'AUSCGIE.

⁷⁵⁰ M. AZAVANT, *op. cit.* p.444.

CHAPITRE II

**UNE CLARIFICATION INSUFFISANTE
DES CAUSES DES NULLITÉS**

183. La variété des acteurs au sein d'une société assure une certaine émulation nécessaire à son fonctionnement⁷⁵¹. Puisqu'ils sont les parties au contrat de société, ils en tirent des pouvoirs tout au long de la vie de la société issus notamment des droits à l'information et de voter, qui sont eux-mêmes intimement liés. L'on peut ajouter d'autres droits inhérents à leur qualité⁷⁵². De fait, le contrat de société est tout à la fois un contrat soumis aux règles de droit commun et en même temps un contrat spécial⁷⁵³. C'est la raison pour laquelle les questions de capacité à contracter sont adaptées dans ce cas précis et ne répondent pas totalement au droit commun⁷⁵⁴.

L'alinéa premier de l'article 4 dispose que « *la société commerciale est créée par deux (2) ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent acte uniforme* ». L'article 19 ajoutant « *toute société a un objet qui est constitué par l'activité qu'elle entreprend et qui doit être déterminée et décrite dans les statuts* ». Tous les éléments de *l'affectio societatis* s'y retrouvent bien⁷⁵⁵. *L'affectio societatis* apparaît le plus souvent comme une « volonté des associés de collaborer ensemble sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune »⁷⁵⁶. La rupture de l'égalité pouvant donc être sanctionnée⁷⁵⁷. *L'affectio societatis* constitue une véritable sécurité juridique pour les associés⁷⁵⁸. Autrement, la rupture d'égalité entre associés porte atteinte à *l'affectio societatis*, à l'exemple de la mésentente.

⁷⁵¹ En règle générale s'y trouvent les dirigeants sociaux, les salariés, mais surtout les associés, qui sont à l'origine même de la société.

⁷⁵² Pour se voir accorder ces droits, les associés doivent répondre à certaines conditions. Ils doivent, par exemple, avoir la capacité de contracter, conformément au droit commun des contrats. Cette disposition exclut évidemment les mineurs du contrat de société mais uniquement lorsque la forme de celle-ci est commerciale. À l'inverse, ils peuvent être partie à un contrat de société civile en se faisant représenter par leur tuteur.

⁷⁵³ Ainsi sont-ils également liés par *l'affectio societatis*, qui désigne leur but commun de collaboration effective au sein de l'entreprise, c'est-à-dire la volonté de s'associer, de façon égale et dans leur intérêt commun. Il est admis que le principe est prévu par les articles 4 et 5 de l'AUSCGIE qui ne le nomment pas expressément.

⁷⁵⁴ Pour autant, les règles conditionnant l'existence du contrat de société et, avec lui, la vie des associés au sein de la société sont nombreuses.

⁷⁵⁵ C'est, entre autres, en vertu de la poursuite de leur intérêt commun que les associés disposent de leurs droits politiques. Divisés en deux droits distincts, le droit à l'information et le droit de voter, les droits politiques sont tout particulièrement liés même si leur articulation peut se voir adapter dans certains cas en fonction du type de société.

⁷⁵⁶ Ph. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Paris Dalloz, 13^e éd. 2009, p.72, cité par M. ADAMOU, « La notion d'affectio societatis en droit des sociétés commerciales (OHADA), RTSJ ; n°0003, juillet-décembre 2012, p. 77.

⁷⁵⁷ Trib. Rég. De Thiès, réf. 2 décembre 1999 : Kazem Moussa Sharara c/ Jacky Adan, inédit.

⁷⁵⁸ M. ADAMOU, « La notion d'affectio societatis en droit des sociétés commerciales (OHADA), RTSJ ; n°0003, juillet-décembre 2012, p. 77.

Il n'en demeure pas moins que le droit de voter ne peut s'exercer pleinement qu'à la condition que le droit à l'information soit scrupuleusement respecté et qu'il soit effectif⁷⁵⁹.

Le début des années 2000 a été marqué par de nombreux scandales financiers. À ce titre, il conviendrait de citer la retentissante affaire ENRON, où l'ensemble des parties prenantes⁷⁶⁰ ont été touchées par sa faillite⁷⁶¹. Il est alors apparu indispensable de mettre en application les principes de bonne gouvernance d'entreprise mais aussi de les repenser. Cela n'a pas été sans effet sur le fonctionnement des sociétés⁷⁶². Si leur expression collective est généralement assurée par le biais d'assemblées, leurs droits individuels sont plus nombreux et relèvent de trois catégories: les droits politiques, financiers⁷⁶³ et patrimoniaux⁷⁶⁴.

184. En droit commun, l'exigence d'égalité est affirmée de manière générale dans l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 suivant lequel « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit* ». L'associé est citoyen de cette cité qu'est la société, c'est pourquoi il dispose de prérogatives politiques⁷⁶⁵. Ainsi, les trois principaux droits politiques sont : le droit d'information, le droit de vote, le droit de participer aux décisions collectives. Autrement, le droit fondamental de l'associé, la raison d'être de son appartenance à la société est de profiter soit des bénéfices qu'elle partage soit des économies qu'elle permet de réaliser⁷⁶⁶. Le principe d'égalité entre associés a son origine dans les principes généraux des droits⁷⁶⁷. Suivant l'article 129-1 de l'AUSCGIE, « *est nulle toute délibération ou décision prise en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions ou parts sociales* ». Mais, il semble que certaines dispositions de l'AUSCGIE révisé n'ont pas été cohérentes dans cette vision, en ce qui concerne les prérogatives d'associé en industrie. De ce fait, mettant du scepticisme sur la

⁷⁵⁹ Cependant, alors que le droit à l'information est intangible, le droit de vote est plus fragile et peut très bien être aménagé, voire supprimé, ou encore être soumis à convention.

⁷⁶⁰ Salariés, partenaires, associés.

⁷⁶¹ En France, cela a donné lieu à une intervention législative à travers la loi NRE 15 mai 2001 relayée par du droit mou développé dans le rapport AFEP/MEDEF d'octobre 2003.

⁷⁶² En effet, l'un des axes majeurs de réflexion et d'action a été de redonner sa place à l'associé. Si bien qu'il nous apparaît opportun de faire aujourd'hui 'un état des lieux' s'agissant de leurs droits ainsi que de leurs obligations.

⁷⁶³ Dits aussi pécuniaires.

⁷⁶⁴ En contrepartie de leurs apports, les associés reçoivent des parts sociales ou des actions, selon la forme sociale, qui vont intégrer leur patrimoine personnel. La détention de ces titres confère à l'associé divers droits.

⁷⁶⁵ La participation de l'associé aux affaires sociales trouve plusieurs expressions fondamentales au sein du droit des sociétés, il s'agit ici de droits qui permettent aux associés d'une part, de contrôler leur investissement dans la société, d'autre part de prendre part à la vie sociale.

⁷⁶⁶ Cette prérogative essentielle s'accompagne d'autres droits, qui viennent en quelque sorte la renforcer.

⁷⁶⁷ Puis consacrés par la quasi-totalité des constitutions des pays membres de l'OHADA, ne fait pas de doute sur sa valeur constitutionnelle. Dans cette optique, les prérogatives d'associé sont déterminées suivant ce principe d'égalité. Par conséquent, le non-respect dudit principe doit être sanctionné par la nullité.

gouvernance d'entreprise que semble assurer le régime des nullités en droit des sociétés. Il en résulte une incohérence textuelle, engendrant l'oubli de certains associés dans les droits politiques (section I) et à l'information (section II).

SECTION I : LES CAUSES DES NULLITÉS INHÉRENTES AUX DROITS POLITIQUES DE CERTAINS ASSOCIÉS NON-PREVUES EXPRESSÉMENT

185. Depuis la Grèce antique⁷⁶⁸, l'égalité est considérée comme un impératif majeur dans les systèmes démocratiques⁷⁶⁹. MONTESQUIEU n'affirmait-il pas que « *l'amour de la démocratie est celui de l'égalité ?* »⁷⁷⁰. Dans cette optique, un régime de gouvernement d'entreprise doit garantir la diffusion en temps opportun d'informations exactes sur tous les sujets significatifs concernant l'entreprise⁷⁷¹. Mais il semble que dans l'AUSCGIE, il apparait une incohérence textuelle favorisant une rupture d'égalité, donc une atteinte implicite à *l'affectio societatis*, en excluant le titulaire de parts en industrie de la prérogative de nomination du dirigeant (§ I) et au quorum délibératif (§ II).

PARAGRAPHE I : L'EXCLUSION DE LA PARTICIPATION À LA NOMINATION OU RÉMUNÉRATION DU DIRIGEANT

186. Il s'agit avant tout des mesures collectivement arrêtées dans le cadre des assemblées générales, ainsi que des conseils d'administration et dont les travaux sont presque toujours entourés d'un certain formalisme⁷⁷². Mais l'annulation de ces décisions sera cependant plus rare, en raison des conditions moins formelles dans lesquelles elles sont prises⁷⁷³. Le non-respect des dispositions

⁷⁶⁸ G. CORNU, « les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », in Travaux de l'association H. CAPITANT, t XIV, 1961-1962, éd. Dalloz 1965, P.87, cité par Momath NDIAYE, « L'inégalité entre associés », thèse 2017, Sorbonne, p.1.

⁷⁶⁹ A. FOUCHARD, « L'égalité dans la cité grecque », cahier de philosophie juridique et politique 1985, n°8, P.33, cité par Momath NDIAYE, *op cit*, p.1.

⁷⁷⁰ MONTESQUIEU, « L'esprit des lois », 1748, 1^{re} partie livre v chapitre III, cité par Momath NDIAYE, *op cit*, p.1.

⁷⁷¹ Notamment la situation financière, les résultats, l'actionnariat et le gouvernement de cette entreprise.

⁷⁷² Les décisions prises par des individus ayant à eux seuls la qualité d'organe social, comme les gérants de sociétés en nom collectif, de SARL ou de sociétés en commandite, peuvent également être concernés, encore que leurs conditions de validité soient par la force des choses moins complexes, puisque les questions de quorum et de majorité ne se posent alors évidemment pas.

⁷⁷³ Inversement, ne sont certainement pas des actes et délibérations au sens de l'article 360, alinéa 2, les accords que les associés sont amenés à passer personnellement entre eux au sujet de la société, tels que les conventions de vote ou les pactes de préférence. Toutefois, la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 (D. 1994.91). De même, ne saurait être annulée sur la base de l'alinéa 2 de l'article 360, une réunion informelle de conseil d'administration ayant donné lieu à rédaction d'un procès-verbal, mais à laquelle aucune résolution n'a été prise (Cass. com. 24 avr. 1990, Bull. Joly 1990.532).

statutaires est sanctionné par la nullité de la délibération prise par l'assemblée générale⁷⁷⁴. Les règles de convocation, d'ordre du jour, d'information, de quorum, de vote dépendent pour l'essentiel du contrat et en application de l'article 1134 du code civil, la violation de ces mesures emporte nullité⁷⁷⁵. Le lien ainsi opéré entre l'origine de la norme et les causes de nullité s'est trouvé très largement distendu pour les sociétés par actions simplifiées. Les statuts fixent notamment les conditions dans lesquelles la société est dirigée et déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient. La convention devient une source fondamentale d'organisation de la personne morale. Le titulaire de part en industrie semble être exclu de la décision de nomination (A) et de la rémunération du gérant (B).

A-Le refus à la participation de décision nommant le gérant

187. Suivant l'article 323, dans son alinéa 1^{er}, « *la société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques, associées ou non* ». Il ressort de cet alinéa qu'une personne morale ne peut être désignée comme gérant⁷⁷⁶. C'est dire que la loi exige que le gérant soit une personne physique. Bien qu'il n'ait pas la qualité de commerçant, il ne doit pas être frappé d'une interdiction d'exercer une activité commerciale⁷⁷⁷. Selon les alinéas 2 et 3, « *...elles sont nommées par les associés dans les statuts ou dans un acte postérieur. Dans le second cas, à moins qu'une clause des statuts n'exige une majorité supérieure, la décision est prise à une majorité des associés représentant plus de la moitié du capital* ». Les associés étant des citoyens dans cette cité qui est la société, ils sont tenus au respect des règles de la majorité pour la désignation de leur dirigeant. Mais il y a lieu de faire remarquer que la référence au capital social pour la détermination de cette majorité semble porter atteinte aux prérogatives de l'associé en industrie. Ce dernier n'a pas de participation au capital et comme des salariés bénéficiant gratuitement des titres sans participation préalable au capital. Il s'agit d'une atteinte au droit fondamental de l'associé qui échappe à la nullité. Et pourtant, il faut rappeler que l'ordre public a notamment pour objectif la protection des

⁷⁷⁴ La solution s'impose au sein de groupements contractuels. Ainsi, les fondateurs d'association disposent d'une liberté quasi totale d'organisation du groupement. Ils déterminent les compétences de l'assemblée et les conditions dans lesquelles celle-ci se prononce.

⁷⁷⁵ D. RANDOUX, « La nullité d'une délibération irrégulière est indépendante de l'absence d'incidence de l'irrégularité », Note sous Cour de cassation (1^{re} civ.), 27 juin 2000 *René Jardin c/ Association syndicale (ASL) « Les demeures du Golf »*, Revue des sociétés 2001, p.105.

⁷⁷⁶ Les associés ne peuvent pas non plus, au lieu de gérant, désigner un président directeur général ou un directeur général. Ces appellations étant réservées aux dirigeants des SA.

⁷⁷⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.* P.563, n°1331.

associés, souvent isolés face aux fondateurs ou dirigeants⁷⁷⁸. En effet, la fundamentalité provient par exemple de ce que *l'affectio societatis* se traduit par une exigence d'égalité qui justifie « *l'attribution aux associés de droits de même nature et donc l'absence de lien de subordination* »⁷⁷⁹. La fundamentalité du droit est invoquée « *pour justifier la prépondérance ou la prééminence d'un droit face à ce qui pourrait le compromettre* ». En toute logique, cette méthode aboutit à la nullité d'actes ou délibérations portant atteinte aux droits fondamentaux. Sanction normalement attachée à la violation d'une règle impérative⁷⁸⁰. Cette atteinte semble être visible également dans le mécanisme de la décision relative à la rémunération du dirigeant.

B -L'exclusion de la décision inhérente à la rémunération du dirigeant

188. La rémunération est la contrepartie du travail fourni. Il s'agit donc d'un élément essentiel du contrat de travail⁷⁸¹. La notion de rémunération est définie de façon distincte en droit de la sécurité sociale et en droit du travail. En droit de la sécurité sociale⁷⁸², la notion de rémunération est appréhendée par référence à l'assiette de cotisations sociales⁷⁸³. Le code du travail considère que, « *[...] Par rémunération il faut entendre le salaire de base ou minimum et tous les autres avantages, payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier*⁷⁸⁴ ». Ces éléments permettent de déduire que la notion de rémunération renvoie à une acceptation plus large que celle de salaire.

À la lumière de l'alinéa 1^{er} de l'article 278, « *sauf clause contraire des statuts, la rémunération des gérants est fixée par les associés, à la majorité en nombre et en capital des associés* ». La double majorité paraît intéressante dans la mesure où elle permet d'éviter des rémunérations fantaisistes ou subjectives. Pour garantir l'impérativité de cette disposition, le législateur la renforce par une nullité obligatoire en cas de violation en ces termes : « *les délibération prise en violation du présent*

⁷⁷⁸ E.K.A. MONTCHO, *op. cit.*, p.69.

⁷⁷⁹ P. SERLOOTEN, « *L'affectio societatis*, une notion à revisiter », in *Aspects actuels du droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de Yves GUYON, Dalloz, Paris 2003, p.1012.

⁷⁸⁰ E.K.A. MONTCHO, *op. cit.*, p.70.

⁷⁸¹ V. les articles 246 à 256 du code de travail au Tchad.

⁷⁸² La loi N° 7/66 du 04 mars 1966 portant code de travail et de la prévoyance sociale au Tchad, notamment en son livre III, titre II

⁷⁸³ Dans un sens général, l'assiette est la base matérielle sur laquelle porte un droit et qui concourt à délimiter concrètement celui-ci. En matière de sécurité sociale, l'assiette peut s'entendre de l'ensemble des gains et rémunérations perçus par l'assuré, c'est-à-dire le salarié. Toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail sont considérées comme rémunération selon l'article 310 du livre III.

⁷⁸⁴ Art.246 al.2 de la loi n°38/PR/96 du 11 décembre 1996 portant code du travail au Tchad.

*article ou, le cas échéant, des clauses dérogatoires prévues dans les statuts sont nulles »*⁷⁸⁵. Le gérant associé peut-il participer au vote ?

La question est controversée. Tout dépend de savoir si la détermination de la rémunération constitue ou non une convention règlementée. Si oui, le gérant ne peut pas participer au vote. Si l'on considère à l'inverse que la fixation de la rémunération n'est pas une convention, le gérant associé peut voter⁷⁸⁶. C'est cette dernière solution, comme en matière de SA, qui a les faveurs de la jurisprudence française⁷⁸⁷. Lorsque le gérant est associé majoritaire, sa participation au vote est révélatrice d'un conflit d'intérêt⁷⁸⁸.

Cependant, l'on peut douter de l'efficacité d'une telle disposition du moment où elle est susceptible de déséquilibrer le principe d'égalité entre associés. En effet, l'exigence de la majorité en nombre paraît objective. Mais, celle de la majorité en capital est discutable, car, avec la présence du titulaire des parts en industrie et du salarié bénéficiaire des titres sans contribution aux apports, la référence au capital social constitue une exclusion implicite de ces catégories d'associés et donc influence négativement le principe d'égalité entre associés. Cette référence au capital social engendre aussi d'autres conséquences négatives qu'il conviendrait d'analyser.

PARAGRAPHE II : LA MÉCONNAISSANCE DE LA PRÉROGATIVE D'ASSOCIÉ EN INDUSTRIE RELATIVE AU QUORUM DÉLIBÉRATIF

189. Il est un principe que chaque associé dispose d'un nombre de voix égal à celui des parts sociales qu'il possède. Ce principe d'égalité est d'ordre public. Il n'est donc pas possible de créer des parts sociales à droits de vote multiples ou des parts sociales sans droit de vote⁷⁸⁹. Un régime de gouvernement d'entreprise doit assurer un traitement équitable de tous les associés, y compris les associés minoritaires et étrangers. Tout associé doit avoir la possibilité d'obtenir la réparation effective de toute violation de ses droits. Il semble que les alinéas 3 de l'article 288, et 3 de l'article 306 de l'AUSCGIE méconnaissent ces prérogatives d'associés.

Il résulte de l'article 129-1 de l'AUSCGIE que : « *est nulle toute délibération ou décision prise en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions ou parts sociales* ». Il

⁷⁸⁵ Art. 278. al.3.

⁷⁸⁶ M. COZIAN, A.VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.* P.566, n°1339.

⁷⁸⁷ Cass. Com. 4 mai 2010, JCP E 2010, 1993, n°3 obs. Fl. DEBOISSY et G. WICKER.

⁷⁸⁸ Lequel peut alors être réglé par la technique curative du contrôle de l'abus de la majorité.

⁷⁸⁹ M. COZIAN, A.VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.* P.574, n°1356.

résulte de cette disposition l'impossibilité pour le titulaire de part en industrie de participer à la décision modifiant les statuts (A), ni saisir le juge pour la désignation d'un mandataire pouvant convoquer l'assemblée générale en période de liquidation (B).

A -L'inacceptation à la décision relative à la modification des statuts

190. Il ressort de l'article 305 de l'AUSC GIE que « *les modifications des statuts sont décidées avec le consentement de tous les associés commandités et la majorité en nombre et en capital des associés commanditaires.*

*Toute délibération prise en violation du présent article est nulle »*⁷⁹⁰. Alors que dans l'Acte Uniforme de 1997, les modifications irrégulières des statuts étaient réputées non écrites, celui de 2014 a substitué à cette sanction celle de la nullité de la délibération. Dans les SARL, le législateur exige dans l'article 358 de l'AUSC GIE, la majorité qualifiée de $\frac{3}{4}$ du capital pour valider la modification des statuts, ce qui paraît encore plus sévère que celle des SCS⁷⁹¹. À la lecture combinée de ces dispositions, la référence est toujours faite au capital social. C'est dire que le législateur demeure dans sa logique de marginalisation du titulaire des parts en industrie, pourtant, il est pour la préservation ou la protection du principe d'égalité entre associés. Malheureusement, ce déséquilibre égalitaire n'est pas sanctionné par la nullité, alors qu'elle porte atteinte à l'affectio societatis, élément fondamental à la constitution et au fonctionnement de la société.

En outre, la référence à la participation au capital comme critère d'initiative de l'assemblée générale par un associé, en cas de défaillance du liquidateur à la clôture, n'est pas favorable à l'apporteur en industrie.

B –La non-admission à la décision relative à l'AG en période de la liquidation

191. Lorsque sa mission est achevée, le liquidateur convoque les associés pour présenter le compte final de la liquidation. Si ce dernier omet de convoquer l'assemblée de clôture, tout associé peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de procéder à la convocation⁷⁹². Selon

⁷⁹⁰ Les associés doivent avoir le droit d'être suffisamment informés et de participer aux décisions concernant des changements fondamentaux pour la société notamment, toute modification des statuts de la société ou de tout autre document analogue régissant la société ; toute autorisation d'émission de nouvelles actions ; toute opération à caractère exceptionnel, notamment le transfert de tous ou quasiment tous les actifs se traduisant dans les faits par la cession de la société.

⁷⁹¹ Société en Commandite Simple.

⁷⁹² M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.* P. 285, n°620.

l'article 233 de l'AUSCGIE, en période de liquidation, le liquidateur à l'obligation de convoquer les associés et leur rendre compte de sa gestion. Il s'agit ici d'une exigence impérative suivant l'esprit de l'article 2 de l'AUSCGIE. En cette période de liquidation toujours, lorsque la délibération entraîne modification des statuts, elle est prise dans les mêmes conditions prévues par le présent Acte uniforme, pour chaque forme de société⁷⁹³. Il conviendrait de faire remarquer que la référence est toujours faite au capital social, en ce qui concerne le prorata de la participation aux décisions à prendre, pour les sociétés à risque limité. En ce sens, le titulaire des parts en industrie est encore lésé dans son droit fondamental. Or, le droit de participation est un droit fondamental et d'ordre public. La législation OHADA l'énonce clairement en ces termes : "*tout associé a le droit de participer aux décisions collectives*". L'interprétation de cette disposition a fait l'objet de nombreux débats en doctrine et la Cour de Cassation française, elle-même n'a pas toujours eu une position constante dans la mesure où elle ne précise ni le sens ni le contenu du droit de participer aux décisions collectives. À première vue, le droit de participer est lié au droit de vote.

SECTION II : LES CAUSES DE NULLITÉS RELATIVES AUX DROITS À L'INFORMATION DE CERTAINS ASSOCIÉS NON-CONSACRÉES.

Il faut noter que le législateur a implicitement privé le titulaire des parts en industrie de ses prérogatives en matière de contrôle de la société (§ I). Cette privation porte atteinte au droit d'information de l'associé (§ II)

PARAGRAPHE I : LA PRIVATION D'UN DROIT DE CONTRÔLE

192. La bonne et régulière information des associés est un préalable indispensable à l'adoption des décisions collectives et donc au bon fonctionnement de la société. Curieusement, certains associés sont oubliés dans leur droit à cette prérogative, qui est un droit fondamental, sans sanctionner par une nullité expresse. Il s'agit ici d'examiner les incohérences issues de la méconnaissance des prérogatives du titulaire des parts en industrie, à l'initiative de convoquer l'assemblée générale (A) et à l'expertise de gestion (B).

⁷⁹³ Art.235. 4) alinéa 3 AUSCGIE.

A- Le rejet à l'initiative de la tenue d'une AGO

193. La tenue d'une assemblée générale ordinaire est intéressante. Elle permet aux associés et aux dirigeants d'être ensemble, une fois au moins par année pour échanger, apprécier ou évaluer les activités ou la performance de la société⁷⁹⁴. Cette prérogative, selon l'alinéa 3 de l'article 302, peut être mise en œuvre soit par un associé commandité, soit par un quart en nombre et en capital des associés commandités⁷⁹⁵. Dans l'ensemble les droits des associés sont comparables à ceux des actionnaires dans une SA, qu'il s'agisse des droits politiques des droits financiers ou, sous d'importantes réserves, des droit patrimoniaux⁷⁹⁶. Les droits fondamentaux étant par essence des droits subjectifs, c'est d'abord à leurs titulaires qu'ils s'adressent. Les droits fondamentaux permettent d'assurer la protection des prérogatives de l'associé⁷⁹⁷. Pour l'essentiel, l'associé a des prérogatives individuelles et son influence dans la société est proportionnée, théoriquement, à la fraction de capital qu'il détient⁷⁹⁸. Il s'agit d'une exigence d'ordre public. Il faut rappeler que l'ordre public a pour objectif la protection des associés, souvent isolés des fondateurs ou des dirigeants. La loi garantit aux associés des droits *minima* qui ne sauraient être remis en cause par « *l'infra droit des sociétés* »⁷⁹⁹.

194. Cependant, l'œuvre du législateur ne peut échapper aux critiques dans la mesure où elle comporte des insuffisances. En effet, la référence au capital social pour la détermination du quantum minimum nécessaire pour la convocation de l'assemblée générale défavorise le titulaire des parts en industrie, puisque sa contribution ne participe pas au capital. Il s'agit encore d'un critère fragilisant l'égalité entre associé, qui échappe curieusement à la nullité⁸⁰⁰.

⁷⁹⁴ C'est dans cette perspective que le législateur communautaire consacre objectivement en faveur des associées le droit de convoquer l'assemblée générale ordinaire.

⁷⁹⁵ Cette volonté du législateur est encourageante en ce sens qu'elle permet de combler les manquements des dirigeants qui n'auraient pas pris l'initiative de convoquer les associés en assemblée générale.

⁷⁹⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.* P.573, n°1353

⁷⁹⁷ E.K.A. MONTCHO, *op. cit.*, p.72.

⁷⁹⁸ B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », RTD.com 1987, p.489, cité par E.K.A. MONTCHO, *op. cit.* p.72.

⁷⁹⁹ F.K. DECKON, *op. cit.* p.469.

⁸⁰⁰ Quand bien même, l'égalité est un principe fondamental en droit.

B- L'exclusion à l'expertise de gestion

195. L'expertise de gestion répond au souci premier de garantir une information fiable aux associés. Elle était inconnue dans les législations antérieures des Etats membres de l'OHADA⁸⁰¹. Cette mesure qui sort du cadre traditionnel de l'information des associés s'intègre dans une procédure judiciaire⁸⁰². Un associé non satisfait des réponses du dirigeant et qui dispose des « *présomptions d'irrégularités ou d'atteintes à l'intérêt social* » peut emprunter la voie tracée par l'article 159 de l'Acte Uniforme⁸⁰³. L'Acte Uniforme est donc allé plus loin que la loi française du 24 juillet 1966 qui a inspiré ses rédacteurs⁸⁰⁴. Mais, à l'instar du texte de droit français, l'article 159 ne donne aucune définition de l'acte de gestion susceptible de donner lieu à une expertise. Il faut aussi relever que le recours à l'expertise de gestion présente toujours un risque d'immixtion du juge dans la gestion des sociétés⁸⁰⁵. La difficulté ici est que la référence au capital social ne permet pas au titulaire de parts en industrie de se prévaloir de ce droit à l'expertise de gestion. Il s'agit d'un mécanisme de renforcement de contrôle mais aussi d'information, dont le titulaire des parts en industrie semble être privé.

196. Il ressort de l'article 159 de l'AUSCGIE qu'un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital peuvent soit individuellement, soit en se groupant, demander en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion⁸⁰⁶. Les contours de cette notion demeurent imprécis⁸⁰⁷. En règle générale, le prononcé d'une expertise de gestion suppose que le ou les demandeurs ne bénéficient pas d'informations

⁸⁰¹ L'information des associés, qu'elle se réalise par le biais de la communication des documents sociaux ou par les réponses des dirigeants aux questions écrites des associés, ou enfin par le recours à une expertise judiciaire, constitue désormais un important facteur de sécurité dans le droit uniforme africain.

Autrement, si les actionnaires ou les associés, quelle que soit la forme de la société, s'estiment insuffisamment informés sur la situation de celle-ci, et ce, en dépit des rapports de gestion, des comptes sociaux et le cas échéant des rapports des commissaires aux comptes, ou des questions qu'ils peuvent poser en vertu des dispositions des articles 157 et 158, une expertise de gestion peut alors être demandée sur le fondement des articles 159 et 160 de l'AUSCGIE.

⁸⁰² H.-D. B. MODI KOKO, « La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Revue des sociétés* 2002 p.260.

⁸⁰³ E.K.A. MONTCHO, *op. cit.* p.76.

⁸⁰⁴ Il faut d'ailleurs rappeler que la mesure qui ne s'appliquait initialement qu'à la société anonyme a été étendue à la société à responsabilité limitée en 1984.

⁸⁰⁵ Voir G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, 17^e éd. (LGDJ) par M. Germain et L. Vogel, n° 1746 et s.

⁸⁰⁶ Lorsque des suspicions de mauvaise gestion de la société pèsent sur les mandataires sociaux, la mise de certaines informations à la disposition des associés peut contribuer à apaiser les tensions. C'est fort de cela que le législateur OHADA a institué l'expertise de gestion. Bien que l'AUSCGIE ne l'ait pas prévu, la possibilité de recourir également à une expertise préventive ne semble pas exclue.

⁸⁰⁷ P.S. A. BADJI, *op. cit.* P.153, n°149.

suffisantes sur les opérations concernées⁸⁰⁸. L'expertise de gestion est l'une des innovations apportées par l'OHADA au droit des sociétés en Afrique⁸⁰⁹. Elle vise à garantir une information fiable des associés minoritaires et à assurer de manière générale une participation efficace des associés dans la gestion de leurs affaires. L'expertise de gestion consiste en « *une évaluation qualitative de la gestion sociale puisqu'elle permet l'obtention de rapport sur des opérations de gestion susceptibles de porter atteinte aux intérêts des associés et à ceux de la société* »⁸¹⁰. L'article 159 de l'AUSCGIE permet en effet aux associés minoritaires de demander qu'un expert soit désigné si une opération de gestion paraît critiquable ou contestable. Ceci aux fins de présenter un rapport sur ladite opération de gestion⁸¹¹. Cette disposition ne prévoyant pas expressément la compétence du juge des référés pour décider d'une telle mesure⁸¹². Il a été jugé que celui-ci ne pouvait être saisi qu'en cas d'urgence prévu par le code national de procédure civile⁸¹³.

197. Il ne s'agit pas en soit d'une procédure d'urgence ; cependant, elle le devient lorsque le retard dans la décision à intervenir risque de mettre en péril les intérêts des associés ou de la société, ce qui rend alors le juge de référé compétent⁸¹⁴. Cette demande, dite d'expertise de gestion, ne peut concerner les opérations relevant de la compétence de l'assemblée⁸¹⁵. Les associés de la SARL peuvent également demander en référé la nomination d'un administrateur judiciaire lorsque des difficultés temporaires empêchent le fonctionnement normal de la société et menacent de mettre

⁸⁰⁸ E. SCHLUMBERGER, note sous Cass. Com. 10 déc.2013, Rev. Des soc, oct. 2014, p.566, cité par E.K.A. MONTCHO *op. cit.* p.76.

⁸⁰⁹ Sur l'expertise de gestion en droit OHADA, v. A. FOKO, « L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace OHADA », in AKAM AKAM A. (dir.), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, L'Harmattan, 2009, p. 141 à 180 ; B. MEUKE, « De l'expertise en droit des sociétés OHADA », in *Jurifis Info*, n° 4 juillet/août 2009, p. 10 et s. Pour des études sur la notion en droit français, v. Y. GUYON, « Les nouveaux aspects de l'expertise de gestion », *JCP (éd E)*, 1985, n°14593 ; P. LE CANNU, « Eléments de réflexion sur la nature de l'expertise judiciaire de gestion », *Bull. Joly* 1988, p. 553 et s. ; A-S. MAIGRETMATHIOT, *L'expertise dans les sociétés commerciales*, thèse, Rennes, 2003 ; TOUYERASPAULZE D'IVOY B., *L'expertise en droit des sociétés*, Thèse, Lille, 1993. 1055 VOUDWE BAKREO, *op. cit.*, n° 105.

⁸¹⁰ B. MEUKE, « De l'expertise en droit des sociétés OHADA », *www.ohada.com*, p. 11.

⁸¹¹ Le rapport de l'expert est adressé au demandeur et aux organes de gestion, de direction ou d'administration ainsi qu'au commissaire aux comptes. L'expertise de gestion est une technique d'information générale à toutes les formes de sociétés.

⁸¹² La seule condition requise expressément par l'article 159 de l'AUSCGIE est que la demande émane d'un ou de plusieurs associés représentant au moins 10% du capital social.

⁸¹³ TPI Yaoundé, Ord. réf. n° 494/0 du 6 fév. 2001, Ndjoudjui Thaddée c/ Continental Business Machines SA.

⁸¹⁴ En ce sens, l'art. 257 du code sénégalais : tribunal hors classe de Dakar, Ordonnance de référé n° 901 du 9 août 1999, Hassane Yacine c/ Société Nattes Industrie. Ohada J-02-198.

⁸¹⁵ Il faut savoir que la jurisprudence avait déclaré irrecevable la demande d'expertise de gestion d'un associé égalitaire suite à des désaccords entre deux associés. En revanche, une demande d'expertise judiciaire a été déclarée recevable, parce que le coassocié gérant ne rendait pas de compte de sa gestion (CA Pau 13 décembre 2005, bull. Joly 2006,601).

gravement en péril les intérêts sociaux⁸¹⁶. Un régime de gouvernement d'entreprise, faut-il le rappeler, doit garantir la diffusion en temps opportun d'informations exactes sur tous les sujets significatifs concernant l'entreprise, notamment la situation financière, les résultats, l'actionnariat et le gouvernement de cette entreprise. Le contrôle de gestion permet d'atteindre cet objectif.

198. L'expertise préventive ou expertise *in futurum* est une procédure d'instruction destinée à obtenir des preuves en vue d'une éventuelle action en justice⁸¹⁷. En droit OHADA, l'expertise *in futurum* n'est pas prévue par l'AUSCGIE, mais découle implicitement des dispositions du droit interne de certains pays membres⁸¹⁸. Au Cameroun par exemple, elle est déduite de l'article 116 du Code de procédure civile et commerciale qui énonce « *qu'un ou plusieurs experts peuvent être désignés avant le cours d'une contestation afin d'établir la preuve de certains faits et actes* »⁸¹⁹. Elle peut être exercée dans toutes les formes de sociétés et par tout intéressé. L'expertise préventive complète l'expertise de gestion. En ce sens, à défaut de remplir les conditions de la mise en œuvre d'une expertise de gestion, les associés ne détenant pas le dixième du capital pourront recourir à l'expertise préventive⁸²⁰.

PARAGRAPHE II : L'ATTEINTE AU DROIT À L'INFORMATION

199. L'information des associés ne figure pas parmi les droits attachés aux titres sociaux⁸²¹. Pourtant, un examen attentif des textes permet de voir que l'information des associés est une exigence reconnue et garantie. Ou bien, tout simplement, une exigence fondamentale du droit des

⁸¹⁶ Par ailleurs, et comme le précise l'article 145 du NCPC, tout associé peut demander au président du tribunal de commerce une mesure d'instruction afin d'établir, avant tout procès la preuve dont pourrait dépendre la solution d'un litige, dans le cadre de cet instruction *in futurum*, le magistrat pourra désigner un expert chargé de remplir cette mission dès lors qu'il constatera que ces mesures sont nécessaires à la protection des droits de l'associé qui les a sollicitées.

⁸¹⁷ Elle consiste pour une personne de se prémunir des preuves qu'elle pourra utiliser lors d'un procès éventuel. Il s'agit donc d'un procédé permettant à son demandeur d'obtenir certaines informations des dirigeants sociaux en prélude à un procès.

⁸¹⁸ De plus en plus, on parle d'alerte professionnelle ou éthique. Cette alerte professionnelle ou éthique permet aux salariés de dénoncer les malversations financières et les irrégularités comptables dont ils auraient connaissance.

⁸¹⁹ V. également l'article 167 du Code de procédure civile, commerciale et sociale du Mali. En France, cette procédure découle de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile.

⁸²⁰ Le contrôle de gestion est « *un système de pilotage mis en œuvre par un responsable dans son champ d'attribution en vue d'améliorer le rapport entre les moyens engagés - y compris les ressources humaines - et soit l'activité développée, soit les résultats obtenus dans le cadre déterminé par une démarche stratégique préalable ayant fixé des orientations.* »

Il permet d'assurer, tout à la fois, le pilotage des services sur la base d'objectifs et d'engagements de service et la connaissance des coûts, des activités et des résultats. » www.performance-publique.budget.gouv.fr .

⁸²¹ Parts sociales, actions.

sociétés commerciales OHADA communes à toutes les formes de sociétés commerciales⁸²². Il faut alors s'interroger sur le fonctionnement des droits politiques⁸²³ qui, s'ils sont fondamentaux, peuvent se réduire parfois à un seul droit, celui à l'information. Quel est alors son intérêt s'il ne peut plus déboucher sur le droit de vote ? Le droit à l'information des associés au sein d'une même société ne semble pas pouvoir souffrir d'exceptions⁸²⁴. Le lien entre droit à l'information et droit de vote se retrouve constamment dans toutes ses dispositions, aussi bien dans la reconnaissance du droit à l'information (A) que dans ses garanties (B).

A- La privation d'un droit reconnu

200. La multiplication des travaux de recherche relativement à l'information⁸²⁵ dans les contrats en général⁸²⁶ et spécifiquement à celle des associés⁸²⁷ traduit la vitalité et l'importance de la place qu'elle occupe dans ces domaines. En droit des sociétés, l'information oriente notamment les associés dans l'exercice de leur droit de vote et dans le contrôle de la gestion de leur société⁸²⁸. C'est une « *source de contre-pouvoir* » selon un auteur⁸²⁹. Cependant, en l'absence de garantie, l'information des associés pourrait en effet subir des atteintes émanant notamment des associés

⁸²² M. W. TSOPBEING, « L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés ohada ? », *Revue de l'ERSUMA*, n°6 2016, p.225.

⁸²³ Il ne faut pas perdre de vue que les droits politiques ne sont pas les seuls accordés à l'associé et certaine forme de sociétés, notamment celles par actions, accueillent aisément les associés qui poursuivraient un but sensiblement différent. Ainsi, si les droits politiques de l'associé sont pour une part intangible et qu'ils sont d'ordre public.

⁸²⁴ D'une part, il résulte de la nécessité que le consentement au contrat de société soit éclairé, en plus d'être libre, nécessité qui continue à courir même après la signature du contrat. D'autre part, une bonne information conditionne la prise de décision réservée par le droit de vote.

⁸²⁵ L'information occupe une place majeure dans notre société en raison de l'impact qu'elle produit sur le comportement des individus. Elle est requise dans de nombreux domaines d'activités, notamment en matière contractuelle et sociétaire.

⁸²⁶ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1992 ; DE JUGLART M., « L'obligation de renseignements dans les contrats », *RTD Civ.*, 1945, p. 1.

⁸²⁷ L. D. MUKA TSHIBENDE, *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre O.H.A.D.A.*, Préface de Jacques Mestre, P.U.A.M., 2009, cité par M. W. TSOPBEING, « L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés ohada ? », *Revue de l'ERSUMA*, n°6 2016, P.227.

⁸²⁸ De nombreux principes non écrits relatifs aux droits des associés ont été dégagés par la jurisprudence : le principe d'égalité entre associés, le principe de la liberté de vote, le droit reconnu à chaque associé de rester dans la société. Sur ce point voir notamment, MONSALLIER M.-Ch., *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Paris, LGDJ, Bibl. de droit privé, T. 303, p. 362 et s., n° 881 et s, cité par M. W. TSOPBEING, « L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés ohada ? », *Revue de l'ERSUMA*, n°6 2016, P.227.

⁸²⁹ L. D. MUKA TSHIBENDE, *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre O.H.A.D.A.*, *op. cit.*

eux-mêmes⁸³⁰ et des mandataires sociaux⁸³¹. Autrement dit, l'information des associés constitue-elle une exigence reconnue et protégée par le législateur OHADA ?

Une lecture attentive de l'AUSCGIE révèle que le nombre de dispositions générales et spéciales consacrées, même de manière indirecte, à l'information des associés est important. Ces normes de l'AUSCGIE traitant de l'information des associés doivent être complétées par de nombreuses autres règles émanant des textes particuliers⁸³². L'examen de tous ces textes révèle que l'information des associés est requise dans toutes les formes de sociétés⁸³³ et à différentes étapes de la vie sociale. Le législateur a pris soin de définir le contenu et les différents procédés d'information, les sanctions en cas de leur violation, ainsi que les débiteurs de l'information⁸³⁴. C'est fort de tout ce qui précède qu'il est intéressant de penser que l'information des associés constitue désormais, une exigence fondamentale du droit des sociétés commune à toutes les formes de sociétés commerciales. En effet, comme toute exigence fondamentale, l'information des associés est une donnée reconnue⁸³⁵. Le droit à l'information des associés est présent à différentes étapes de la vie de la société. De façon générale, pour chaque type de société le législateur a énoncé des règles à minima que les statuts peuvent adapter pour consolider les droits réservés aux associés. Force est de constater que la référence au capital social fragilise ce droit à l'information vis-à-vis du titulaire des parts en industrie, tout en échappant à la nullité, alors qu'il s'agit d'un droit garanti.

B-Le refus d'un droit garanti

201. L'information des associés a une fonction essentielle dans les sociétés commerciales. Elle permet aux associés d'avoir une meilleure connaissance de la situation financière de l'entreprise et de la gestion sociale. Elle permet de contrôler la société. L'information permet aux associés

⁸³⁰ Ils pourraient, aux cas où les dispositions relatives à l'information seraient supplétives, restreindre ou supprimer le droit à l'information de certains associés à travers les clauses statutaires.

⁸³¹ Cette inquiétude conduit à s'interroger sur la valeur attribuée à l'information des associés par le législateur OHADA.

⁸³² En plus de l'AUSCGIE, le droit à l'information des associés peut découler de textes spéciaux auxquels sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier. Pour les sociétés faisant appel public à l'épargne, on peut citer la loi n°99/015 du 22 décembre 1999 portant création et organisation d'un marché financier (notamment les articles 12, 32, 35, 38).

⁸³³ Le droit à l'information des associés n'a pas cependant la même intensité en fonction de la forme sociale. Il est plus accentué dans les SA que dans les sociétés par intérêts.

⁸³⁴ En ce qui concerne les débiteurs de l'information, il faut dire que le devoir d'informer les associés repose sur les dirigeants sociaux (gérant, directeur général, président directeur général, administrateur général, président du conseil d'administration). Il peut même s'agir de dirigeant de société en crise tel que l'administrateur provisoire (v. par exemple l'article 160-6 de l'AUSCGIE) ou le liquidateur (v. par exemple l'article 217 de l'AUSCGIE).

⁸³⁵ L'information des associés telle qu'une exigence reconnue par le législateur est marquée par la mise en place d'un cadre de l'information, accompagné des procédés y afférents.

d'exercer efficacement leur droit de vote⁸³⁶. L'information des associés constitue une boussole qui oriente les associés dans l'exercice de leur pouvoir décisionnel, « *une donnée incontournable dans la gestion des relations sociales* »⁸³⁷. Conscient du rôle que joue l'information des associés dans la vie des sociétés commerciales, le législateur OHADA a aménagé d'importantes garanties pour la rendre effective⁸³⁸. Le droit d'intervention dans les affaires sociales serait alors le second élément de la notion d'associé. Il engloberait le droit pour l'associé de demander des comptes aux dirigeants sociaux et de participer à la détermination des objectifs sociaux⁸³⁹. Le rapport issu d'un contrat de société, avec la collaboration qui en résulte, implique une ingérence, un contrôle étroit et une faculté de critique dans la manière dont s'accomplissent les affaires communes, c'est-à-dire un pouvoir d'intrusion⁸⁴⁰. Il s'agit bien d'un droit strictement garanti dont le non-respect engendre la nullité. Cependant, la référence au prorata de la participation au capital social exigée par le législateur, comme critère de bénéfice de ce droit, ne profite pas au titulaire des parts en industrie.

⁸³⁶ Ainsi la Chambre commerciale de la Cour de cassation française a-t-elle refusé de qualifier d'abusif le vote d'un minoritaire rejetant une augmentation de capital destinée à éviter la dissolution de la société au motif que les actionnaires devant se prononcer sur une telle augmentation « doivent disposer des informations leur permettant de se prononcer en connaissance de cause sur les motifs, l'importance et l'utilité de cette opération au regard des perspectives d'avenir de la société et qu'en l'absence d'une telle information, ils ne commettent pas d'abus en refusant d'adopter la résolution proposée » (Cass. Com. 20 mars 2007, *D.* 2007, AJ, p. 952, obs. LIENHARD ; *Id.* 2008, Pan., p. 384, obs. HALLOUIN et LAMZEROLLES ; cité par M. W. TSOPBEING, « L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés ohada ? », *Revue de l'ERSUMA*, n°6 2016, p.247.

⁸³⁷ R. NJEUFACK TEMGWA, « La règle de la majorité dans le droit des sociétés commerciales OHADA », in *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques*, T. 10, PUA, 2006, p. 84, cité par Marcel Williams TSOPBEING, « L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés ohada ? », *Revue de l'ERSUMA*, n°6 2016, p.247.

⁸³⁸ LE CANNU P., « Effectivité et ineffectivité du droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt, Liber amicorum*, Paris, éditions Joly 2005, p. 337 et s., cité par M. W. TSOPBEING, « L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés ohada ? », *Revue de l'ERSUMA*, n°6 2016, p.247.

⁸³⁹ V. D. SCHMIDT « Les droits de la minorité dans la société anonyme » ; thèse Paris, 1970.

⁸⁴⁰ V. E. THALLER, *note sous Req, 3 mars 1903, Rec Dalloz 1904, I, 257.*

202. En guise de conclusion au chapitre 2^e du titre II, de la première partie, il faut retenir que la législation OHADA sur le régime de nullité comporte quelques imperfections, notamment une clarification inachevée des causes de nullité. Ces imperfections peuvent être corrigées par le juge par le biais de son pouvoir d'interprétation de la loi. Mais la difficulté est que le législateur a fixé des limites très sévères que le juge ne peut franchir, à la lumière de l'option des nullités textuelles. Or, la règle *pas de nullité sans texte* n'a plus aujourd'hui le rôle cardinal qui fut le sien. Le déclin de son influence sur le régime de la nullité des actes de procédure est à cet égard révélateur⁸⁴¹. L'application de la règle pas de nullité sans texte suppose une loi sans lacunes dans laquelle toutes les irrégularités ont été prévues, ce qui était loin d'être le cas en 1806. Pourtant, il a paru contestable de priver de sanction certains vices graves comme il en est le cas pour des actes de procédure dont le législateur aurait certainement prévu la nullité s'il y avait songé⁸⁴². Aussi la jurisprudence a-t-elle décidé de distinguer entre les formalités substantielles ou essentielles⁸⁴³ et les formalités secondaires ou accessoires, la règle pas de nullité sans texte ne devant jouer qu'à l'égard des secondes. Lorsqu'ils ont repris dans son ensemble le problème législatif de la nullité des actes de procédure, les rédacteurs du nouveau code de procédure civile ont consacré cette solution à l'alinéa 1^{er} de l'article 114, du code de procédure civile. Il en résulte qu'« *aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'en est pas expressément prévue par la loi, sauf en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public* ». Si bien que le caractère textuel de la nullité n'a plus rien de systématique⁸⁴⁴, la condition capitale du prononcé de la nullité étant désormais que le vice de forme fasse grief (article 114 alinéa 2 Code de Procédure Civile français). Il importe de souligner que, dans tous les domaines où, la règle *pas de nullité sans texte* intervient en limitant les possibilités d'annulation, la théorie de l'inexistence s'est épanouie. Elle a resurgi pour servir de soupape de sûreté à son extrême rigueur. Pour une flexibilité du droit en vue d'une gouvernance d'entreprise efficace, il conviendrait au législateur d'améliorer davantage l'AUSCGIE pour mieux répondre aux aspirations des investisseurs ou des opérateurs économiques. Pour attirer, il serait souhaitable de disposer des normes bien clarifiées, mais encore avoir l'habileté de bien prévoir l'avenir. Une norme juridique a de l'avenir que si elle est souple ou flexible. Une

⁸⁴¹ E. PUTMAN, Rép. Proc. Civ. Dalloz Ve Nullité, 1994, n°5 et s, n°14 et s, n°100 et s.

⁸⁴² J. GHESTIN, *op. cit.*, p.718.

⁸⁴³ La Cour de cassation a précisé que « le caractère substantiel est attaché dans un acte de procédure à ce qui tient à sa raison d'être et lui est indispensable pour remplir son objet » : Cass. Civ..3mars 1955, JCP 1955 II, 8654.

⁸⁴⁴ J. GHESTIN, *op. cit.*, p.718.

autre difficulté semble s'annoncer par le fait que le législateur ne puisse tout prévoir, mais a eu le courage ou pris le risque d'opter pour les nullités textuelles. La nullité est la sanction venant frapper les conventions qui n'auraient pas été légalement formées au sens de l'article 1134 du code civil⁸⁴⁵. Pour autant, elle n'est pas elle-même soumise à un principe de légalité puisqu'il est de principe que la nullité n'est pas exclue du seul fait qu'aucun texte ne le prévoit⁸⁴⁶.

203. La sécurité collective vise à réaliser la paix. Elle est l'absence d'emploi de la force physique, de la violence. Mais la paix du droit est une paix simplement relative : en effet, le droit n'exclut pas de façon absolue l'usage de la force. C'est-à-dire l'exercice de la contrainte physique par des hommes, contre d'autres hommes. Le droit n'est pas un ordre sans contrainte. Il établit un ordre et règlement de la contrainte et en tant qu'ordre de contrainte, il est – selon la courbe de son évolution – un ordre de sécurité, un ordre de paix⁸⁴⁷. Les actes de contraintes institués par l'ordre juridique apparaissent comme une réaction à la conduite d'êtres humains tenue pour socialement nuisible. Il s'agit de la réaction qui a pour fonction d'éviter cette conduite⁸⁴⁸. La sanction est la conséquence de l'acte illicite. L'acte illicite est une condition de la sanction⁸⁴⁹. Cette sanction peut être applicable aux personnes physiques ou aux personnes morales comme la société commerciale. Mais encore faut-il que cette sanction soit flexible.

⁸⁴⁵ M. MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée contrat », RDC 2006, p.674.

⁸⁴⁶ J. GHESTIN, *op. cit.*, n°2011, p.710.

⁸⁴⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ 1999, p.46.

⁸⁴⁸ Prévention individuelle et prévention générale.

⁸⁴⁹ H. KELSEN, *op. cit.* p.47.

204. Il ressort de l'analyse du titre II que la préoccupation du législateur est le recul des nullités dans l'AUSCGIE, mais l'option de la nullité textuelle est très rigoureuse. Elle ne permet pas à la nullité d'atteindre ses finalités. L'existence d'un ordre public « *virtuel* » a été admise quand on a cessé de considérer que ses contours ne pouvait être définis que par la loi seule et qu'il extrait dans l'office du juge de rechercher si « *des intérêts essentiels de la société sont impliqués* » dans la disposition méconnue⁸⁵⁰. La reconnaissance d'ordre public judiciaire est aujourd'hui bien établie⁸⁵¹. Puisqu'il est impossible au législateur de tout prévoir, et pour une flexibilité des nullités, il serait souhaitable qu'il puisse repréciser encore sa pensée en renforçant sa clarification. Une certaine souplesse dans la mise en œuvre dépendra de cette amélioration. Auquel cas, il conviendrait de retenir selon la doctrine qu'en droit positif, il ne fait aucun doute que la nullité soit la sanction appropriée des interdictions édictées par le législateur, même s'il ne l'a pas prévue⁸⁵². Parce que, il faut encore rappeler, la nullité a pour objet de rétablir la légalité dans la mesure exigée par le but de la règle transgressée. Il résulte de cette approche que la nature, le régime et éventuellement l'étendue de la nullité sont directement fonction de la finalité poursuivie par la règle méconnue⁸⁵³. Selon KELSEN, les normes juridiques se caractérisent par la sanction et celle-ci par la contrainte⁸⁵⁴. À première vue, la force du droit éclate dans la diversité des sanctions qu'il peut mettre en œuvre. Il est des sanctions préventives⁸⁵⁵. D'autres sont réparatrice, notamment les sanctions civiles⁸⁵⁶. En ce sens, les nullités assurent à la fois une fonction préventive et réparatrice. La fonction préventive, qui tend à éviter pour le futur de nouvelles transgressions de la norme⁸⁵⁷. C'est dire que la sanction permet d'assurer efficacement l'effectivité de la règle de droit. Dans cette optique, il faut noter que les nullités dans l'AUSCGIE permettent à la sanction d'assurer partiellement ses fonctions traditionnelles de l'effectivité de la police économique, en limitant et en encadrant la liberté contractuelle, dans la perspective de la protection de l'ordre public sociétaire.

⁸⁵⁰ J. GHESTIN, *op. cit.* p.715.

⁸⁵¹ C. BRUNETTI-POUS, « La conformité des actes juridiques à l'ordre public », in Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD, Litec 2007, p.103, cité par GHESTIN (Jacques), *op. cit.* p.716.

⁸⁵² J. GHESTIN, *op. cit.* p.724.

⁸⁵³ F. TERRÉ, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, éd. 2013, n°88, p.107.

⁸⁵⁴ Ch.-A. MORAND, « La sanction », Travaux CETEL, n°36 mars 1990, p.4.

⁸⁵⁵ Le président du tribunal ordonne le huis clos pour prévenir des troubles à l'audience.

⁸⁵⁶ D'autres sont répressives : ainsi les sanctions pénales (emprisonnement, amende).

⁸⁵⁷ Ch.-A. MORAND, *op. cit.*, p.12.

205. Cependant, il conviendrait également de faire remarquer que cette sanction semble être infectée par un virus, l'empêchant d'assurer efficacement ses fonctions. L'option général des nullités textuelles, l'usage de certains termes flous et l'imprécision de certains termes du législateur ne sont pas de nature à faciliter cette sanction. Pourtant, il est impossible pour le législateur de tout prévoir, et de tout clarifier les causes de nullité. Il en résulte une présence des causes de nullités évidentes qui échappent au législateur communautaire. Or, la nullité apparaît comme la sanction inhérente à l'ordre public lorsque celui-ci interdit certains comportements, certaines conventions ou certaines clauses contractuelles qu'il condamne. Elle est le remède le plus évident et le plus efficace puisque « aucune autre sanction que la suppression ne peut mieux faire respecter la règle de droit lorsque celle-ci est prohibitive ». Ce n'est que de manière exceptionnelle que le législateur a recours à d'autres formes de sanction⁸⁵⁸. Il importerait de consacrer le domaine des nullités textuelles pour les formalités non substantielles, à l'instar de la procédure civile afin de permettre à cette sanction d'assurer objectivement ses fonctions. Par ailleurs, la mise en œuvre de cette sanction semble relativement lacunaire.

⁸⁵⁸ J. GHESTIN, *op. cit.*, n°2023, p.723.

206. Il résulte de l'analyse de cette partie que les nullités assurent la police économique, en sauvegardant l'ordre public de direction, tout en préservant l'ordre public de protection. Les pouvoirs des organes sociaux sont substantiellement renforcés et équilibrés par les nullités. Les droits de certains associés sont garantis. Toutefois, l'applicabilité du principe demeure discutable. Le législateur en privilégiant les nullités textuelles n'a pas envisagé toutes les causes de nullités. Certains actes de même nature sont tantôt nuls, tantôt inexistantes. Il apparaît une incohérence textuelle dans l'AUSCGIE.

Cette situation d'incohérence constitue une difficulté pour une mise en œuvre efficace de la nullité.

DEUXIÈME PARTIE
L'EFFICACITÉ RELATIVE DES NULLITÉS
EN DROIT DES SOCIÉTÉS
COMMERCIALES

207. L'internationalisation des marchés et l'intensification des rapprochements conduisent à terme à une globalisation du droit⁸⁵⁹. Le droit de l'OHADA est fille de la globalisation et peut donc être considéré comme un droit de la globalisation⁸⁶⁰. Il est indéniable que notre planète enregistre actuellement un vaste mouvement de mondialisation de l'économie et du droit. En même temps, se maintient et se développe une dynamique de régionalisation des normes juridiques qui soutient ou tente de limiter le phénomène de globalisation. Les deux processus de la mondialisation du droit sont l'universalisation des droits de l'homme et la globalisation de l'économie⁸⁶¹. Dans cette optique, la protection des investissements et de l'environnement économique est une question, qui revient sans cesse au sein des Etats membres de la communauté. La récente réforme de l'Acte Uniforme témoigne, de l'importance que le législateur OHADA accorde à la mise en place, d'un cadre juridique favorable aux investissements. Mais aussi à la protection des intérêts des divers acteurs qui participent au fonctionnement des sociétés commerciales⁸⁶².

208. Selon PORTALIS⁸⁶³, les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites. Qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation. Parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir. Qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux ; qu'en corrigeant un abus. Il faut encore voir les dangers de la correction même. Qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative. Qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer. Que l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles. Enfin, il n'appartient de proposer des changements qu'à ceux qui sont assez heureusement nés pour pénétrer

⁸⁵⁹ L. VOGEL, « Introduction », in *La globalisation du droit des affaires : mythe ou réalité ?* LGDJ 2001/2, Collection « Droit Global Law », p.1, cité par P. S. A. BADJI, *op. cit.* p.17, n°1.

⁸⁶⁰ Sur la distinction entre droit de la mondialisation et mondialisation du droit, Voir L. ZAKI, « Mondialisation et droit », Dalloz 2007, p.2712.

⁸⁶¹ M-D MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », Dalloz 1993, p.43.

⁸⁶² Voir dans ce sens « Droit des sociétés commerciales OHADA rénové. Un atout pour les investissements en Afrique » in *Droit et Patrimoine*, n° 239 – septembre 2014.

⁸⁶³ Extrait de discours présenté le 1^{er} pluviôse an IX, www.ledroitcriminel.fr.

d'un coup de génie et par une sorte d'illumination soudaine, toute la constitution d'un État⁸⁶⁴. Dans cette optique, l'auteur est clair, il précise que « *l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière* »⁸⁶⁵. En ce sens, il semble que la clarification intéressante opérée par le législateur, favorise la souplesse de la sanction des nullités. C'est un souci majeur de ce dernier. Il en résulte une option protectrice des intérêts économiques (titre I). Par ailleurs, le fonctionnement de la nullité n'est pas évident dans une certaine mesure, du moment où quelques imperfections apparaissent dans l'applicabilité des nullités, à cause du principe d'impérativité. C'est dire que, cette innovation n'est pas à l'abri de toute critique, à la lumière de l'analyse qui suivra (titre II).

⁸⁶⁴J. E. M. PORTALIS, Discours préliminaire sur le projet de code civil, www.ledroitcriminel.fr .

⁸⁶⁵ *Ibid.*

TITRE I

**LA PRIMAUTÉ DE LA PROTECTION
DES INTÉRÊTS ÉCONOMIQUES**

209. le commerce aide les pays à promouvoir leurs objectifs sociaux et environnementaux ainsi que leurs objectifs de développement. Le commerce élargit la diffusion des biens et services. La réalisation de ces objectifs exige que l'activité économique soit protégée par le législateur. Le recours au juge pour sanctionner les actes inhérents aux activités économiques reste exceptionnel. C'est dire que le législateur OHADA semble faire le choix de la nullité judiciaire. Il n'admet la nullité conventionnelle qu'implicitement (chapitre II). On sait que de longue main le droit des sociétés s'est efforcé de maîtriser la nullité. Le constat d'un reflux de cette sanction et d'un infléchissement de ses effets civils est classique⁸⁶⁶. Déjà en 1680, le Parlement de Paris refusait de prononcer la nullité des sociétés non publiées comme l'exigeait pourtant l'ordonnance de 1675, parce qu'il estimait cette sanction inadaptée⁸⁶⁷. La jurisprudence également fait des efforts pour limiter les effets de la nullité. Et spécialement la création de la notion de société créée de fait permet d'éviter d'avoir à anéantir l'exécution que le contrat avait déjà reçue⁸⁶⁸. Ces techniques révèlent l'inadéquation des règles civiles. Parce que le droit civil n'avait à proposer pour sanction des irrégularités des actes juridiques qu'une nullité intégrale et rétroactive. Alors que le droit des sociétés est intéressé à préserver l'existence et le fonctionnement de l'être social. Le droit spécial s'est installé dans une logique de rupture avec le droit commun. Là se situe la raison d'être de la politique d'évitement et de limitation des nullités. La faveur pour les clauses réputées non écrites et la régularisation. Le souci de ne pas perturber la vie sociale en laissant planer sur les dirigeants une menace longue a conduit le droit des sociétés à enfermer les actions en responsabilité dans un délai abrégé. Adossé à ses spécificités, le droit des sociétés s'est progressivement détaché du droit commun. Il en est résulté une législation précise et impérative dont l'esprit s'éloigne du libéralisme civil. C'est pourquoi, le maintien des activités économiques est une des préoccupations majeures du législateur ayant justifié la régularisation des nullités (Chapitre I).

⁸⁶⁶N. X. CHANH, La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juill. 1966, D. 1968, chron. 27 ; J. P. LEGROS, Sur la nullité des décisions de sociétés, Rev. Sociétés 1991, 275 ; J. HONORAT, articles préc.

⁸⁶⁷P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, *L'entreprise en société*, 3^e éd. 1999, Thémis, PUF, p. 185.

⁸⁶⁸L'expression société créée de fait apparaît dans un arrêt de la Cour de Paris le 8 avr. 1825 : P. DIDIER, préc., p. 186.

CHAPITRE I
L'ÉVITEMENT DES NULLITÉS PAR LA
RÉGULARISATION

210. Les sociétés commerciales de droit OHADA ont essentiellement pour vocation, de propulser le développement économique des Etats parties appelés à s'insérer, inévitablement, dans le mouvement de globalisation et, de libéralisation des échanges. Dans l'optique de leur permettre de jouer facilement ce rôle, le législateur a mis sur pied un ensemble de règles relativement cohérent pour la constitution et le fonctionnement desdites sociétés. C'est dans cette perspective aussi que le désir de protéger les personnes morales explique un régime qui raréfie les causes de nullité, durcit les conditions d'exercice de l'action et en adoucit les effets. Pour le professeur Yves GUYON, « *l'ordre public sociétaire est assez souvent un tigre de papier qui n'effraye que les naïfs* »⁸⁶⁹. Emmanuel DU PONTAVICE, quant à lui, tenait la nullité des sociétés pour un « *épouvantail qui ne réussit pratiquement jamais* »⁸⁷⁰. Ces formules s'appliquent bien davantage aux nullités de société qu'aux actes et délibérations d'organes sociaux. C'est dans cette vision que le législateur OHADA a opté pour un évitement de nullité en mettant l'accent impérativement sur la régularisation.

211. La régularisation est dérivée de régulariser. Du latin « *regularis* » : qui sert de règle, de « *regula* », qui veut dire règle. Il s'agit, en un sens générique, d'une action de rendre un acte ou une situation conforme à la règle. Plus spécifiquement, action de purger un acte ou une situation du vice formel qui l'entache en réparant celui-ci par une initiative positive qui consiste en la suppression de l'imperfection qui l'affecte, ou en l'accomplissement de la formalité adéquate (immatriculation, complément d'information, mentions apportées à un acte, versement d'une somme d'argent, fourniture de caution, tenue d'une assemblée, etc)⁸⁷¹. La régularisation s'analyse en une réparation de l'acte. Il s'agit de la mise en conformité d'un acte juridique avec une norme pour prévenir un risque de nullité⁸⁷².

212. L'Acte uniforme multiplie les possibilités de régularisation en poursuivant un objectif clair : réduire, si possible, à tout prix les risques de la nullité de la société. Des délais sont accordés aux associés, voire à toute personne intéressée, pour extirper le risque de nullité. À son niveau, le tribunal saisi peut aussi, même d'office, prendre des initiatives en ordonnant des mesures permettant de purger les causes de nullité. La régularisation apparaît comme un moyen de

⁸⁶⁹ Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés*, 5^e éd. n° 10, cité par P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, n°377, p. 238.

⁸⁷⁰ RJ com. 1987, 100.

⁸⁷¹ G. CORNU, *op. cit.* p.792.

⁸⁷² P. LERAT et J-L. SOURIOUX, *Dictionnaire juridique, terminologie du contrat*, PUF 1994, p.158.

sauvetage de la société dans l'intérêt de tous les acteurs (section I). Cette option paraît intéressante dans la mesure où elle contribue à la protection de l'activité économique. Mais, dans une analyse contractuelle de la société, il semble que cette option compromet véritablement la liberté contractuelle (section II).

SECTION I : LA RÉGULARISATION, MOYEN DE SAUVETAGE DE LA SOCIÉTÉ

213. En droit commun, seules les nullités relatives peuvent être réparées par le biais d'une confirmation de l'acte nul par la personne protégée. En droit des sociétés, l'impossibilité de réparation est exceptionnelle⁸⁷³. En effet, protéger la société, c'est favoriser l'activité de l'entreprise. Et c'est dans cette perspective que se situe l'esprit de la régularisation. Il s'agit d'une validation de l'acte entaché d'une cause de nullité : elle se manifeste par une réparation qui consiste à apporter à l'acte l'élément de validité qui lui manquait. L'acheteur peut régulariser la cession en payant le complément du juste prix. Pour que l'acte soit régularisé, la régularisation doit entièrement couvrir le vice. Au départ, seule la nullité sanctionnait l'irrégularité. Désormais il est possible de sauver la société et ce, à la demande de tout intéressé. Une telle possibilité est, dit-on, une contrepartie au domaine restreint des nullités⁸⁷⁴. Dans cette optique, l'article 157 du projet de texte uniforme dispose ; « *lorsque la loi l'autorise, la régularisation restitue son plein effet à un autre acte par la suppression de l'imperfection ou par l'accomplissement de la formalité requise* ». Il conviendrait de garantir l'intérêt économiquement supérieur, quand c'est nécessaire, par la régularisation, qui serait très favorable que de laisser écrouler cet édifice. Certains prétendent que l'intérêt social serait l'intérêt de l'entreprise c'est-à-dire qu'il engloberait l'intérêt des associés, des salariés, des créanciers voire de l'Etat⁸⁷⁵. La régularisation serait intéressante pour les acteurs économiques, notamment les associés ou la personne morale (§ I) mais aussi, les tiers (§ II).

PARAGRAPHE I : LA GARANTIE DES INTÉRÊTS DIRECTS

214. En principe, toutes les obligations qu'aurait dû générer le contrat de société tombent avec le prononcé de la nullité, mais la régularisation permet de garantir les intérêts de la société et des associés. En droit commun, la régularisation n'est pas admise de manière générale. La

⁸⁷³ J. MESTRE et D. VELANRDOCCHIO, *Lamy sociétés commerciales*, éd. Lamy SA 2006, n° 2590, p.1167.

⁸⁷⁴ B. BOULOC, *op. cit.* p.441.

⁸⁷⁵ B. TEYSSIE, « L'intérêt de l'entreprise, aspect de droit du travail », Dalloz 2004, P.1080 ; R. SAVATIER, Dalloz 1997, p.87.

régularisation porte en effet atteinte au principe selon lequel la validité d'un acte s'apprécie au jour de sa conclusion⁸⁷⁶. Comme la bonne foi ou l'intérêt de la famille, l'intérêt social est un impératif de conduite, une règle déontologique et même morale qui impose de respecter un intérêt supérieur à son intérêt personnel. Alors même que la politique générale à envisager dans l'entreprise est fonction de l'intérêt social, on peut constater que le législateur africain ne donne aucune définition de la notion. La notion d'intérêt social n'apparaît dans la loi que de façon détournée, notamment à propos des pouvoirs des dirigeants⁸⁷⁷. Il s'agit d'un concept qui a été forgé par la jurisprudence au gré des besoins, ce qui explique que ses applications soient pour l'essentiel identifiées quand sa notion reste incertaine. Les organes sociaux doivent agir dans l'intérêt de la société, de même que les contrats doivent être exécutés de bonne foi ou encore que les époux doivent respecter l'intérêt de la famille. En ce sens, l'intérêt social est un standard, un guide qui impose d'agir dans le respect des éléments fondamentaux de la société. C'est un impératif de conduite, en clair la boussole qui indique la marche à suivre⁸⁷⁸. Mais que faut-il entendre de l'intérêt social ? En la matière, les querelles doctrinales fleurissent⁸⁷⁹. Elles ne sont pas gratuites. En cas de crise, les sanctions, leur objet et plus encore les conditions qui les déterminent, varieront selon que la vision que l'on a de l'intérêt social procède d'une conception contractuelle, institutionnelle. Ou encore, la vision est inspirée de la doctrine de l'entreprise. Alors que la nullité fait écrouler la personne morale avec toutes ses conséquences, l'option de la régularisation permet de garantir les intérêts de la société (A) et ceux des associés (B).

A- La protection des intérêts de la société

215. Pour le Professeur GHESTIN qui adopte une conception plus large, la régularisation⁸⁸⁰ consiste à apporter « *l'élément objectif ou subjectif qui faisait défaut à l'acte initial* ». Cet auteur retient en conséquence une autre conception de la confirmation qu'il limite à la renonciation à invoquer la nullité sans idées de réparation. Dès lors, la réparation, qu'elle porte sur un élément objectif ou subjectif, ne peut plus chevaucher le domaine de la confirmation. C'est dire que la

⁸⁷⁶ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, 2^e éd., Sirey T.1, 1988, n°226.

⁸⁷⁷ Article 121 et suivants de l'AUSCGIE.

⁸⁷⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, p.239, n°490.

⁸⁷⁹ A. CONSTATIN, « L'intérêt social : quel intérêt ? », Mélanges B. MERCADAL, éd. F. LEFEBVRE, 2002, p.315.

⁸⁸⁰ Il emploie l'expression de confirmation.

régularisation participe à la préservation de l'intérêt social, alors que la nullité conduit à la destruction de cet intérêt social.

216. L'intérêt social indique le sens dans lequel doit se déployer l'activité sociale⁸⁸¹. On peut se demander ce qui le différencie du but de la société, tel qu'il est défini par l'article 4 de l'AUSCGIE. L'intérêt propre d'une entité peut s'entendre soit de l'intérêt de la personne morale, soit de celui de l'entreprise. L'évitement de la nullité par la régularisation contribue à sauver le patrimoine social (1), voire les intérêts de la personne morale (2).

1-La préservation du patrimoine social par la régularisation

217. La nullité produit des effets perturbateurs pour l'activité sociale. Elle peut porter atteinte au patrimoine social, alors que la régularisation serait favorable au maintien de ce patrimoine.

Selon Yves GUYON, toute société dotée de la personnalité morale a un patrimoine propre. Ce patrimoine est cependant distinct du patrimoine de chacun des associés. Si le patrimoine de la société est distinct de celui de ses membres, il ne doit pas *a fortiori* se confondre avec celui des dirigeants puisque ceux-ci n'ont pas nécessairement la qualité d'associés⁸⁸². Il existe un mur entre les actifs de la société et les passifs des associés, mur que les associés et leurs créanciers ne peuvent jamais franchir⁸⁸³. Cette règle ne se retrouve pleinement que dans les sociétés à risques limités. En effet, l'indépendance patrimoniale oblige les dirigeants à séparer leur patrimoine personnel du patrimoine de la société. Le législateur a pris d'assez nombreuses précautions pour assurer cette séparation. À titre d'illustration, certaines conventions qui peuvent être conclues entre un dirigeant et la société sont règlementées⁸⁸⁴. En vue d'assurer cette indépendance, toute convention passée entre la société et l'un de ses dirigeants est soumise obligatoirement à l'autorisation préalable du conseil d'administration ; avis doit en être donné aux commissaires aux comptes qui présentent un rapport à l'assemblée générale et l'assemblée statue sur ce rapport. Il convient de noter que d'autres conventions sont interdites⁸⁸⁵. Certains contrats sont interdits parce qu'ils présentent des inconvénients graves par leur nature même⁸⁸⁶ en ce sens qu'ils risquent d'affecter le patrimoine social, seul gage des tiers. En outre, le législateur a incriminé l'abus des biens sociaux pour mieux

⁸⁸¹ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales, Tome 1*, V.2, par Michel GERMAIN, LGDJ, 19 éd. 2009, p. 46.

⁸⁸² Yves GUYON, *La personnalité morale des sociétés*, JC. Société, 1997, V.1, fasc.28-15.

⁸⁸³ P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial, tome 2, Les sociétés commerciales*, Economica 2011, n°41, p.36.

⁸⁸⁴ SARL : article 350 et suivants ; SA : articles 438, 502 et suivants.

⁸⁸⁵ SARL : articles 357 et suivants ; SA : articles 450, 507.

⁸⁸⁶ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T.1, 15^e éd. Par Michel GERMAIN, LGDJ, Paris 1993, n°1279 et suivants.

protéger le patrimoine social, en faveur des tiers. La répression d'abus des biens sociaux doit permettre, sans restreindre les pouvoirs de gestion des dirigeants, de sanctionner leurs actes, faits juridiques ou conventions légalement formées, réelles ou simulées portant atteinte au patrimoine social et fait dans leur intérêt personnel⁸⁸⁷. La nullité de la société risque certes d'incendier ce patrimoine, gage des créanciers sociaux. En raison de la gravité exceptionnelle que revêt l'annulation d'une société, la tendance certaine de la législation est de diminuer le nombre⁸⁸⁸ ou de l'éviter. Dans cette perspective, la régularisation consistant à redonner vie à cette personne morale protège certainement ce patrimoine social, éventuellement, les intérêts de la personne morale.

2-Les intérêts de la personne morale protégés par la régularisation

218. Pour M. DUPEYRON, la régularisation est une validation objective de l'acte irrégulier. Il peut s'agir de l'accomplissement d'une formalité, du versement d'un complément de prix, d'une autorisation. En revanche, le vice de nature subjective ne peut pas faire l'objet d'une régularisation car la volonté de l'auteur de l'acte irrégulier doit être réitérée⁸⁸⁹. Il ne s'agit plus de régularisation mais de confirmation au sens donné à cette notion par la doctrine classique. L'auteur de l'acte manifeste à la fois son intention de réparer le vice de l'acte et de ne pas se prévaloir de la nullité⁸⁹⁰. Cette réparation participe à la préservation de l'intérêt de la personne morale, contrairement à la nullité qui vise la disparition de cet intérêt de la personne morale.

219. Dans sa conception institutionnelle, l'intérêt social ne se confond pas avec l'intérêt égoïste des associés, encore moins avec l'intérêt personnel des dirigeants. La société a un intérêt propre qui transcende celui des associés. En fin de compte, il s'agit de l'intérêt propre de la société en tant que personne morale. Mais également en tant que communauté dans laquelle associés et dirigeants ne sauraient agir en négligeant l'intérêt commun et supérieur qui les domine. Cette conception est peut-être moins éloignée de la conception contractuelle. Car elle revient en fait à souligner que la liberté des associés ou des dirigeants, n'est pas entière mais assujettie au respect du pacte social, de l'ordre public et des engagements contractés vis-à-vis des tiers⁸⁹¹. La distinction réside alors dans le principe selon lequel « *la société est une personne morale indépendante de la masse des*

⁸⁸⁷ R. FELD, « L'abus des biens sociaux », Droit et patrimoine 1995, n°31, P.29.

⁸⁸⁸ F. ANOUKAHA et autres, *op. cit.*, n°182, p.114.

⁸⁸⁹ M. DUPEYRON, « La régularisation des actes nuls », préface P. HEBRAUD, LGDJ, 1973, p.109, n°145.

⁸⁹⁰ J-P. LEGROS, *op. cit.*, p.17.

⁸⁹¹ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, p.240.

personnes physiques qui la compose »⁸⁹². L'article 891 de l'AUSCGIE punit les actes contraires à l'intérêt social. Cette référence est également visée par l'alinéa 2 de l'article 130 et l'alinéa 2 de l'article 131 relatifs aux abus de majorité et de minorité pour lesquels l'intérêt social est assimilé à celui des associés sans exclure pour autant celui de la société en tant que personne morale⁸⁹³. Dans ce sens, la poursuite d'un intérêt égoïste en méconnaissant l'intérêt social peut être bien sanctionnée au fond sur le terrain purement procédural. Notamment, en appréciant les conditions de recevabilité de l'action en justice⁸⁹⁴.

219. Cependant, dans la conception inspirée de la doctrine de l'entreprise, l'intérêt social ne saurait être confiné au seul intérêt de la société. Il englobe l'intérêt de l'entreprise qui est la réalité économique, humaine et financière à laquelle la société sert d'enveloppe juridique⁸⁹⁵.

Il s'agit toujours de reconnaître un intérêt propre à la personne morale avec cette fois une approche plus économique. S'il est vrai que la société est le plus souvent une technique d'organisation de l'entreprise, il n'en reste pas moins que cette dernière est une chose dont la société, en tant qu'exploitante, est propriétaire⁸⁹⁶. La considération de l'intérêt de l'entreprise n'est dès lors qu'une façon imagée de dire que la gestion de la société doit être développée dans le respect des contraintes inhérentes à l'entreprise. Pour DESPAX, l'intérêt social serait l'intérêt de l'entreprise qui transcende l'intérêt des actionnaires, qui constitue la limite des sacrifices des actionnaires ou des salariés. Cet intérêt qui donne le fondement et l'étendue de l'intervention du juge dans l'appréciation des décisions financières. De même, PAILLUSSEAU précise que l'intérêt social ne serait rien d'autre que l'intérêt de l'entreprise et qu'il tendrait à assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise⁸⁹⁷. Il en découle que l'intérêt de l'entreprise ne protège pas seulement les intérêts catégoriels mais également la société elle-même par sa pérennité, sa stabilité, son fonctionnement.

⁸⁹² J-M. VERDIER, in M-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ 1998 n°762-318.

⁸⁹³ E.K.A. MONTCHO, *op. cit.* p.73.

⁸⁹⁴ Ch. HANNOUN, *op. cit.* p.230.

⁸⁹⁵ Cette conception est défendue par l'école dite de Rennes, voir notamment J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », JCP. E, 1995, I, p.488.

⁸⁹⁶ L'entreprise peut être définie comme un ensemble cohérent de moyens humains et matériels regroupés, quelle que soit la forme juridique de ce regroupement, en vue de l'exercice d'une activité régulière participant à la production ou à la circulation des richesses, autrement dit une activité économique. Toute entreprise n'est pas exploitée sous forme sociétaire. L'intérêt de la forme sociétaire par rapport à celle de l'entreprise individuelle est d'ordre juridique, financier et fiscal.

⁸⁹⁷ J. PAILLUSSEAU, « La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise », Paris, Sirey, 1967 ; de même auteur, « Les fondements du droit moderne des sociétés », JCP E, 1993, n°14193, p. 165.

Ce qui semble logique puisque la protection des intérêts catégoriels nécessite la protection de la source de ces différents intérêts⁸⁹⁸.

Pour identifier cet intérêt, le dirigeant de l'entreprise occupe une position stratégique d'arbitre. Puisque ses fonctions lui donnent une connaissance large de la stratégie à long terme. Cette aspiration repose sur la foi que la gestion à long terme dans l'intérêt général apporte la prospérité. Cette gestion aligne les intérêts opposés des diverses parties prenantes⁸⁹⁹.

220. Toutefois, selon certains auteurs, notamment LE CANNU et DONDERO, en ce qui concerne l'intérêt social, il n'est pas certain, ni même souhaitable, que l'intérêt de la personne morale s'identifie, au moins à court terme, à celui de tous les associés. Tous les associés n'ont pas forcément une conception vertueuse de leurs droits. Certains peuvent vouloir sortir au plus vite de la société un maximum de richesse, au détriment des autres parties prenantes⁹⁰⁰. Surtout qu'en s'associant, les associés ne poursuivent pas véritablement le but de l'enrichissement de la société, mais celui de leur propre enrichissement⁹⁰¹. La régularisation de la nullité participe à la sauvegarde des intérêts des associés qui n'est pas nécessairement celui de la personne morale.

B- La préservation des intérêts des associés

221. L'acte régularisé est valable et s'impose *erga omnes*⁹⁰². La régularisation éteint le droit de demander la nullité pour tous ceux qui en étaient titulaires⁹⁰³. Si la régularisation peut s'analyser en une réparation de l'acte, il faut noter que la doctrine s'accorde sur la notion. Cette réparation permet de protéger l'intérêt commun des associés, tandis que la nullité serait la destruction ou l'élimination de cet intérêt commun (2). Par ailleurs, tandis que la nullité risque d'exposer les associés à une responsabilité indéfinie, la régularisation occasionnant le maintien de la personne morale les couvre (1).

1-L'évitement de la responsabilité indéfinie des associés

222. L'anéantissement de la société constitue un danger pour les associés qui seront exposés à une éventuelle responsabilité indéfinie, puisque la personne morale faisant écran disparaît.

⁸⁹⁸ B.Y. MEUKE, « De l'intérêt social dans l'AUSCGIE », ohadata D.06-24, p.5.

⁸⁹⁹ D. SCHMIDT, « La société et l'entreprise », Dalloz 2017, 2380.

⁹⁰⁰ Salariés, clients, créanciers.

⁹⁰¹ P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, éd. Précis Dalloz 2003, n°359, p.273.

⁹⁰² À l'égard de tous.

⁹⁰³ www.cravatedenotaire.com.

Lors ce que la société est dotée de la personnalité juridique, elle constitue un sujet de droit autonome opposable aux tiers. De même que les habitants d'une maison de verre sont visibles tout en étant protégées des agressions extérieures, de même les associés sont connus, mais les tiers doivent traiter avec la société. Telle est l'opacité ou la cape d'invisibilité pour emprunter à l'univers de Harry PORTER⁹⁰⁴. Cette « *invisibilité* » a pour corollaire la limitation de leur responsabilité proportionnellement aux apports. Cette entité juridique les protège. La nullité effacera naturellement cette opacité et les exposera à une responsabilité illimitée. Par contre, la régularisation permet d'éviter ce risque d'une responsabilité indéfinie mais aussi de préserver les intérêts des associés.

2-La préservation des intérêts communs des associés

223. La nullité peut mettre fin aux intérêts des associés, alors que la régularisation occasionne leur maintien. Dans la conception contractuelle, selon la doctrine⁹⁰⁵, l'intérêt social correspond à l'intérêt commun des associés en matière d'acte juridique. La notion d'intérêt renvoie aux parties à l'acte, en l'occurrence aux associés. L'intérêt commun est l'intérêt de chacun des associés, identique pour tous, tel qu'il est défini dans l'acte de société. C'est un intérêt personnel mais objectivé par son inscription dans le pacte social. Il se définit par référence à la cause du contrat de société, à savoir l'enrichissement de l'ensemble des parties contractantes par la réalisation de l'objet social. Et parce qu'il est le même pour tous, ce à quoi correspond le principe d'égalité, l'intérêt social ne saurait être réduit aux aspirations égoïstes de certains associés, qu'ils soient minoritaires, majoritaires ou égalitaires⁹⁰⁶. D'autres estiment que l'intérêt social devrait s'entendre comme l'intérêt des associés qui attendent une création de richesses et une optimisation de la valeur des titres⁹⁰⁷. En se basant sur les articles 1832 et 1833 du code civil, SCHMIDT considère ainsi que la société ne serait pas constituée en vue de satisfaire un autre intérêt que celui des associés, qui ont seuls, vocation à partager entre eux le bénéfice social⁹⁰⁸.

224. Cependant, il importe de s'interroger sur la question de savoir si le juste partage entre les bénéfices (de droit ou de fait) et les plus-values, entre le court terme et le long terme, est arbitré

⁹⁰⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°206, p.97.

⁹⁰⁵ *Ibid*, p.239, n°491.

⁹⁰⁶ Par ailleurs, dans la mesure où tous les associés sont d'accord, ils sont libres de décider du sort de la société, par exemple en décidant sa dissolution alors même qu'elle serait économiquement viable, mais dans le respect de l'ordre public et des engagements souscrits à l'égard des tiers, notamment les salariés ou créanciers.

⁹⁰⁷ D. MARTIN, « L'intérêt des actionnaires se confond-t-il avec l'intérêt social ? », Mélanges D. SCHMIDT, éd. Joly 2005, p.359.

⁹⁰⁸ D. SCHMIDT, « De l'intérêt social », RDB 1995, n°50, p.130.

par l'intérêt commun des associés. C'est très douteux. L'admettre met la gestion entre les mains imprévisibles et réticentes du juge⁹⁰⁹. S'il départage difficilement les conflits entre associés, l'intérêt commun peut en revanche départager moins malaisément les conflits entre associés et dirigeants⁹¹⁰.

225. La nullité constitue un risque majeur pour les contractants. Elle est en effet vécue par le droit contemporain certes comme un mal nécessaire, mais également comme une sanction trop radicale. Généralement, il semble que la nullité est inadaptée aux besoins des parties et susceptible de favoriser des comportements opportunistes⁹¹¹. Elle est perçue comme un facteur d'instabilité économique et de désordre le législateur l'admet comme une exception⁹¹². C'est en ce sens que se justifie la régularisation des actes irréguliers.

Parce que le sauvetage de la société est un enjeu capital, il faut intervenir avant qu'il ne soit trop tard. Il semble que l'intérêt social serait la justification ou le fondement de cet évitement de nullité. Selon Cl. DUCOULOUX-FAVARD, « *la notion d'intérêt commun est propre aux sociétés de personnes et non aux sociétés de capitaux* »⁹¹³, dans la mesure où les associés de la société de personnes seraient titulaires d'une part d'intérêt. Dans son article 122 (1) a), la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* précise que les administrateurs et les dirigeants doivent agir avec intégrité et de bonne foi « (...) *au mieux des intérêts de la société* ». À l'instar du droit français, l'intérêt social est évoqué pour guider la conduite des administrateurs sans qu'aucune définition précise ne lui soit apportée. Le rapport du groupe de travail constitué par le Gouvernement fédéral en 1967 pour rédiger la législation canadienne⁹¹⁴ fait état que ses auteurs ont préféré ne pas se prononcer sur le sens à donner à l'expression « *meilleur intérêt de la société* ». Ils ont souhaité laisser aux tribunaux le soin de l'interpréter et de la faire évoluer : « *Aucune tentative n'a été faite pour préciser la notion des « meilleurs intérêts de la corporation », (...) nous endossons les vues du professeur Gower (...) à l'effet que « on the whole (...) it is probably better to leave the law to develop in the hands of the judges » et de laisser, d'une part aux administrateurs la libre décision*

⁹⁰⁹ P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, n°279, p. 185.

⁹¹⁰ Toutefois, les choses sont rarement aussi simples. Les dirigeants trouvent en effet leur légitimité dans leur nomination à la majorité ; sauf dérive proprement égoïste, ils agissent donc dans une perspective souhaitée par leur « base électorale ». Ce n'est plus de l'intérêt commun qu'il est question, mais de l'intérêt des uns contre l'intérêt des autres.

⁹¹¹ N. PICOD, « Le déclin de l'exception de nullité à l'époque contemporaine », *RTD Com.* 2014, p.510.

⁹¹² J. MESTRE et B. FAGES, « De quelques limites au jeu de la nullité », *RTD Civ.* 2000, p.568.

⁹¹³ Cl. DUCOULOUX-FAVARD, « Actionnariat et pouvoir », *Dalloz* 1995, *Chr.*178.

⁹¹⁴ Le rapport fut soumis en 1971, « Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes », 2 Vol., Ottawa, Information Canada, 1971.

de prendre en considération les facteurs qu'ils considèrent importants dans la détermination de la politique de la corporation, et d'autre part aux tribunaux la possibilité d'échapper aux contraintes décrites bien charitablement comme « anachroniques » et qui se sont développées dans les cours de justice anglaises »⁹¹⁵. La réponse traditionnelle du droit canadien consistait en une prédominance de l'intérêt des actionnaires⁹¹⁶. La construction juridique canadienne suivait en cela la position américaine comme l'illustre les propos du Professeur PALMER : « (...) « [La] compagnie » signifie les actionnaires, aucun intérêt extérieur à ceux des actionnaires ne peut être considéré légitimement par les dirigeants »⁹¹⁷. Venant en contradiction avec les principes énoncés dans des décisions antérieures⁹¹⁸, l'approche du juge EVERSLED exprimée dans le fameux arrêt *Ardene Cinemas*⁹¹⁹ ramène nettement l'intérêt de la société commerciale à celui des actionnaires et augure de ce qui sera l'attitude canadienne par la suite. Dans cette affaire, le magistrat relève que : « (...) la phrase « la compagnie dans son ensemble » ne signifie pas que la société est une entité commerciale distincte de ses membres : cela signifie que ses membres en constituent le corps ». Lors de prises de contrôle par la voie d'offres publiques d'acquisition, la jurisprudence canadienne (influencée par l'arrêt américain *Revlon*)⁹²⁰ considère que le devoir de loyauté des administrateurs de la société⁹²¹, consiste à maximiser la valeur des titres à court terme pour le bénéfice des actionnaires⁹²². Il apparaît que dans la conception canadienne, l'intérêt social s'entend de l'intérêt des actionnaires.

⁹¹⁵ *Ibid*, note 118, Vol. 1 au n°241.

⁹¹⁶ S. ROUSSEAU et R. CRETE, *Droit des sociétés par actions : Principes fondamentaux*, 2ème éd., Thémis, 2008, spéc. p.399 et s., n°871 et s.

⁹¹⁷ E. E. PALMER, « Directors' Powers and Duties », dans *Etudes sur le droit canadien des compagnies*, J. S. ZIEGEL éd., Vol. 1, Toronto, Butterworths, 1967, spéc. p.371. Egalement : Sir Francis Beaufort Palmer and Geoffrey Morse, « Palmer's Company Law », 25ème éd., Vol. 1, Londres, Sweet & Maxwell, spéc. n°6.001 [feuilles mobiles].

⁹¹⁸ *Salomon c. A. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.).

⁹¹⁹ *Greenhalgh c. Ardene Cinemas* (1950), [1951] 1 Ch. 286, p.291 (C.A.).

⁹²⁰ C. C. Nicholls, « Mergers, Acquisitions and Other Changes of Corporate Control », Toronto, Irwin Law, 2007, spéc. p.187 et s. ; S. H. Halperin and R. A. Vaux, « The Role of The Target's Directors in Unsolicited Controlled Transactions », dans *Queen's Annual Business Law Symposium, Critical Issues in Mergers and Acquisitions : Domestic and International Views*, 1999, p.109.

⁹²¹ Quand le changement n'est pas imminent, les administrateurs doivent agir dans l'intérêt de la société dans son ensemble, la maximisation de la valeur à court terme pour les actionnaires n'étant qu'un élément de ce devoir (*Benson c. Third Canadian Investment Trust Ltd.*, (1993) 14 O.R. (3d) 493 (S.C.)).

⁹²² *BCE Inc.* (Arrangement relative à), (2008) QCCS 905 CANLII ; *Ventas Inc. c. Sunrise Senior Living Real Estate Investment Trust*, (2007) ONCA 2005 ; *Re Sterling Centrecorp Inc.*, 2007 CANLII 32675 (ON S.C.) ; *Casurina Limited Partnership c. Rio Algom Ltd.*, [2004] O.J. No. 177. Plus ancien : *CW Shareholdings Inc. c. WIC Western International Communications Ltd.*, (1998) 38 B.L.R. (2d) 196 (Ont.Ct. Gen. Div.) ; *Pente Investment Management Ltd. c. Schneider Corp.*, [1998] O.J. N°2036 (Gen. Div.) ; (1998) 42 O.R. (3d) 177 (C.A.).

La justification de la régularisation sur le fondement de l'intérêt commun des associés est à relativiser, dès lors que la société n'est pas une société des personnes. Il ressort de cette analyse que la justification de la régularisation de la nullité vise la protection des intérêts directs, notamment ceux de la société, des associés. Toutefois, par ricochet, cette régularisation protège aussi les créanciers de la société.

PARAGRAPHE II : LA PRÉSERVATION DES INTÉRÊTS DES TIERS

226. La loi ne fait rarement allusion à l'intérêt social pour les pouvoirs des dirigeants, pour la définition du contrôle ou pour l'abus des biens sociaux. Mais la jurisprudence est amenée à étendre sa portée à d'autres situations. Il s'agit par exemple de la nomination d'un administrateur provisoire, d'un expert de gestion, abus de majorité ou de minorité. Les auteurs se partagent sur sa signification exacte. Certains limitent l'intérêt social à l'intérêt des associés qui n'attendent qu'un accroissement de la valeur de leurs titres. Tandis que d'autres l'étendent au-delà de l'intérêt des associés à l'intérêt des partenaires de la société, notamment, salariés, fournisseurs, créanciers, clients. En ce sens, il faut noter que l'évitement des nullités par la régularisation participe à la préservation des intérêts des créanciers privilégiés (A) et autres créanciers sociaux (B).

A- La régularisation, une source des recettes indiscutable pour l'administration fiscale

227. Le droit des sociétés entretient avec le droit des nullités des rapports par moment répulsifs. Cette aversion vise au premier chef l'annulation des sociétés elles-mêmes. En effet, lorsque la survie du bâtiment est menacée, il vaut mieux œuvrer pour le maintenir à flot plutôt que se résigner à son naufrage. Et l'on comprend, au vu des nombreux inconvénients engendrés par la nullité de ce contrat, tout particulièrement dans l'ordre économique et social⁹²³. Suivant cette logique, la régularisation semble profitable à l'administration fiscale. L'Etat a besoin des ressources pour faire fonctionner les services publics au bénéfice des citoyens.

Il résulte de la définition de la société qu'elle est constituée pour réaliser de bénéfices. Le fonctionnement de la société est générateur de bénéfices que le droit fiscal va imposer chez chaque société. Sans oublier de tenir compte du fait que certaines sociétés peuvent être réunies en un groupe de sociétés⁹²⁴. C'est dire que l'activité commerciale des sociétés et le nombre d'actes

⁹²³ J.-J. ANSAULT, « Le contrôle de l'intérêt à agir en nullité de délibérations sociales », *Rev. des sociétés* 2012, p.7.

⁹²⁴ P. SERLOOTEN, *op. cit.*, n°359, p.273.

juridiques auxquels donnent lieu la constitution et le fonctionnement ont incité le droit fiscal à trouver dans les sociétés des sources impressionnantes de recettes.

Le droit fiscal imposera les bénéfices de la société, du groupe, ceux distribués aux associés, la rémunération des dirigeants ainsi que la participation des salariés.

La nullité est une sanction qui consiste à anéantir un acte juridique qui ne remplit pas les conditions de validité. Cette sanction fait disparaître l'acte. Les effets d'une telle sanction peuvent porter atteinte aux intérêts de l'administration fiscale. Conformément aux principes généraux en vigueur en matière d'enregistrement, l'annulation du contrat de société est susceptible de motiver la restitution des droits perçus lors de la constitution⁹²⁵. Cette règle trouve à s'appliquer en cas d'annulation légale ou judiciaire résultant d'un jugement ou d'un arrêt ayant force de chose jugée⁹²⁶. Cependant, la régularisation est un mécanisme qui permet d'éviter cette restitution, mais aussi une source de recettes considérable pour l'administration fiscale. Certaines sociétés commerciales ont une image opaque, du moment que le droit fiscal accepte toutes les conséquences de la personnalité morale et notamment le rigorisme de la double imposition de la société et des associés. Il s'agit des sociétés commerciales relevant de l'impôt sur les sociétés⁹²⁷. Le régime de l'impôt sur les sociétés s'applique essentiellement aux SARL et SA. Quel que soit l'objet de la société qu'il soit commercial ou civil, le bénéfice imposable est évalué selon les règles propres aux bénéfices industriels et commerciaux. C'est un cas remarquable où la forme dicte le régime fiscal⁹²⁸. Le critère de ces sociétés opaques réside dans la responsabilité limitée des associés. Ces sociétés sont dotées de la pleine personnalité juridique et fiscale. Elles sont de véritables contribuables à part entière, soumises à l'impôt spécifique (I S)⁹²⁹. La double imposition résulte du fait que les bénéfices sociaux sont taxés une première fois au niveau de la société et une seconde fois s'ils sont distribués au niveau des associés. D'autres sociétés commerciales dites semi transparentes sur le plan fiscal, sont celles dans lesquelles les bénéfices sont imposés non pas en leurs noms, mais aux noms des associés⁹³⁰. La personnalité de la société importe dès lors moins que celle des associés. Ce sont les associés qui paieront directement l'impôt à raison de leur

⁹²⁵ J. MESTRE et D. VELANRDOCCHIO, *op. cit.* n°2603, p.1172.

⁹²⁶ Art.1961 CGI Français.

⁹²⁷ Art.129 Code Général des Impôts du Tchad.

⁹²⁸ M. COZIAN, *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec éd. 1994, n°1101, p.260.

⁹²⁹ Art 130, 134 et 143 du C G I. du Tchad ; art. 144, 145 et suivants du CGI du Bénin. Toutefois, les sociétés relevant de droit de l'impôt sur le revenu peuvent opter pour l'impôt sur les sociétés (art. 145.1 du CGI du Bénin).

⁹³⁰ Soit à l'impôt sur les sociétés lorsque les associés sont des personnes morales, soit à l'impôt sur les revenus lorsque les associés sont des personnes physiques.

participation dans les bénéfices, que ces bénéfices soient distribués ou qu'ils soient mis en réserve. C'est une exception au principe selon lequel un revenu n'est imposable que dans la mesure où il est disponible. Ici, il y a une certaine transparence de la société puisque les associés sont imposés directement comme s'ils avaient coopéré dans un groupement non doté de la personnalité morale. C'est dire que la fiscalité n'est pas neutre. Le poids de l'impôt varie parfois dans des proportions considérables, selon que l'on adopte telle ou telle structure juridique ou tel ou tel mécanisme sociétaire⁹³¹.

Salariés et non-salariés sont taxés à l'impôt sur le revenu selon un même barème progressif⁹³². Face aux cessions de tiers, le fisc est à l'affût avec son fusil à deux coups. Dès que ça bouge, il tire : un coup pour le vendeur, un coup pour l'acheteur. Le vendeur est imposé à raison de la plus-value qu'il réalise. C'est à l'égard de l'acheteur que les discriminations sont les plus criantes. Les cessions de titres sont soumises à la formalité de l'enregistrement avec paiement d'un droit à la charge du cessionnaire⁹³³. Le taux varie selon que la cession porte sur des parts sociales, des actions ou des titres de sociétés à prépondérance immobilière.

228. Depuis l'institution de l'impôt de solidarité sur la fortune en France, on assiste à une multiplication des apports en usufruit. Selon l'article 885 du code général français des impôts, les biens ou droits grevés d'un usufruit sont en principe compris dans le patrimoine de l'usufruitier pour leur valeur en pleine propriété. Or, l'ISF⁹³⁴ étant dû par les personnes physiques et non par les personnes morales, la société usufruitière échappe à l'impôt. Quant à l'associé, les titres reçus en contrepartie de l'apport en usufruit peuvent être exonérés en tant que bien professionnels, si du moins les conditions de l'exonération sont réunies⁹³⁵.

229. Relativement au régime fiscal de groupe de sociétés, le conseil constitutionnel juge contraire à la constitution certains traitements. Le conseil constitutionnel a été saisi le 10 juillet 2017 par le Conseil d'Etat (CE) d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cette question est relative à la conformité aux droits et libertés, au sujet de l'article 235 *ter* ZCA du CGI dans sa rédaction de 2015. Faisant application de sa jurisprudence constante selon les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le conseil constitutionnel relève une différence de

⁹³¹ M. COZIAN, et A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.* n°32, p.22..

⁹³² *Ibid*, n°39, p.24.

⁹³³ *Ibid*, n°40, p.24.

⁹³⁴ Impôt de Solidarité sur la Fortune.

⁹³⁵ M. COZIAN, et A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.* n°153, p.74.

traitement entre sociétés mères. Même si les dividendes qu'elles redistribuent proviennent ou non de filiales établies dans un Etat membre de l'Union européenne autre que la France. Or, ces sociétés se trouvent dans la même situation, qui consiste à imposer tous les montants distribués, indépendamment de leur localisation d'origine y compris ceux du régime « mère-filles » du droit de l'Union européenne. En l'absence d'une différence de situation, seul un motif d'intérêt général aurait pu justifier la différence de traitement. Mais en instituant la contribution en cause, le législateur a poursuivi un objectif de rendement budgétaire. Le conseil constitutionnel juge qu'un tel objectif ne constitue pas, en lui-même, une raison d'intérêt général de nature à justifier pareille différence de traitement⁹³⁶. Il en résulte une méconnaissance des principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques. Il juge donc contraire à la constitution le premier alinéa du paragraphe I de l'article 235 *ter* ZCA du CGI dans sa rédaction résultant de la loi des finances rectificative pour 2015. En réalité, il semble que le conseil constitutionnel a posé la première pierre d'une jurisprudence nouvelle, mettant en œuvre de façon audacieuse le principe d'égalité, un an avant cette décision⁹³⁷. Le raisonnement a consisté à scruter la volonté du législateur. Si l'égalité a été voulue entre les situations internes et les situations européennes, l'inégalité devient condamnable. La situation fiscale était évidemment troublante. L'inégalité était visible. Mais le droit de l'Union était impuissant⁹³⁸. Cette décision soulève des espoirs légitimes du moment où elle condamne les discriminations à rebours qui sont fréquentes.

Il s'agit d'une décision édifiante pouvant inspirer les juges de l'espace OHADA dans la perspective de la protection des droits et libertés des citoyens. En tout état de cause, la régularisation permet à la personne morale de générer de ressources qui seront profitables à l'administration fiscale. Cependant, le législateur semble être muet au sujet du régime fiscal d'apport en industrie⁹³⁹.

⁹³⁶ Conseil consti. 06-10-2017, n°2017-660 QPC, Dalloz 2017, 1973.

⁹³⁷ Conseil consti. 3 fév. 2016, Rev. des sociétés 2016, p.388.

⁹³⁸ G. PARLEANI, « Le conseil constitutionnel censure une « discrimination à rebours » contenue dans le régime fiscal des sociétés mères-filles », Rev. des sociétés 2016, p.390.

⁹³⁹ Pour l'administration fiscale française, « *l'apport en industrie – en vertu d'une jurisprudence constante – est passible du droit fixe dès lors qu'il est rémunéré par une part des bénéfices sociaux et qu'il représente une valeur particulière susceptible d'estimation* » (Doc. Adm. 7 H 2213, n° 7). Selon la doctrine, notamment S. SCHILLER et P.-L. PERIN, les actions attribuées en contrepartie de l'apport en industrie ne pourront entraîner aucune plus-value en raison de leurs caractères inaliénable et intransmissible (S. SCHILLER et P. PERIN, *op. cit.* n°12, p.67).

Mais il faut observer que la nature des apports en industrie, ou de certains d'entre eux, soulève des interrogations. Ainsi, les apports purs et simples sont ceux qui ont un certain caractère aléatoire : l'apport en industrie se traduisant par des actions incessibles, il pourrait être qualifié de non aléatoire, car son titulaire est privé du bénéfice des éventuelles plus-values de son titre. Par ailleurs, s'ils portent sur une clientèle, ce qui peut être le cas d'un apport en notoriété commerciale ou d'un travail réalisé dans le cadre d'une fonction commerciale, on peut se poser la question de l'application de l'article 809, 1-3° du Code Général des Impôts français.

230. Il apparaît que l'Etat est un « associé » obligé, et encombrant⁹⁴⁰, puisqu'il a vocation à appréhender une partie des bénéfices réalisés par la société, après avoir perçu de sommes importantes à la constitution des sociétés. La nullité, avec ses effets parfois néfastes, serait un obstacle, du moment où cette sanction risque de faire écrouler ce contribuable remarquable. L'évitement d'une telle sanction est intéressant pour l'administration fiscale.

En plus, la régularisation permet à l'Etat de percevoir de l'impôt sur les revenus des personnes physiques comme les salariés et autres, qui sont également bénéficiaires de cette technique juridique.

B- la sauvegarde des intérêts des autres tiers

231. L'intérêt social guide la politique suivie par la société, notamment en matière de décision d'investissement, de distribution de dividendes ou d'absorption d'une autre entreprise. L'intérêt social a également des incidences sur le marché, celui-ci devant être en mesure de connaître l'objectif poursuivi par la firme afin de permettre des décisions efficaces. L'intérêt social anime la gouvernance des entreprises et détermine l'étendue des missions du conseil d'administration. Il apparaît comme un outil d'intégration indispensable de ce nouveau paradigme qu'est le développement durable. Dans cette démarche, l'emploi est sécurisé (1), et le climat de collaboration avec les autres créanciers sociaux est favorable par le mécanisme de la régularisation (2).

1- La stabilité de l'emploi

232. Les salariés sont des créanciers et devraient être traités, *a priori*, pas comme les autres créanciers de l'entreprise. Mais il ne peut en être ainsi pour deux raisons. D'une part, les salariés font partie de l'entreprise et constituent une de ses composantes indissociables. L'élément humain, à côté de l'élément économique, l'activité. D'autre part, le salaire est une source dont la nature alimentaire est d'autant plus forte que son niveau est faible, surtout en Afrique⁹⁴¹. Ces raisons font que le traitement des travailleurs ne peut être absolument identique à celui des autres créanciers⁹⁴². La participation de l'élément humain à la constitution et à la vie de la société implique son information, voire sa consultation sur les questions vitales pour elle. Dans cette optique, il faut noter que la régularisation des nullités favorise la sécurité de l'emploi. Par ailleurs elle est un moyen

⁹⁴⁰ M. COZIAN, et A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.* n°46, p.26.

⁹⁴¹ J. ISSA SAYEGH, « Le sort des travailleurs dans l'entreprise en difficulté de droit ohada », www.ohada.com .

⁹⁴² Notamment, fournisseurs des biens, de service ou de crédit qui ont accordé leur confiance à l'entreprise.

de garantie des revenus salariaux. Ce qui constitue des idées fortes qui préoccupent le législateur communautaire, dans son choix d'évitement de nullité.

Selon l'article 48 du code du travail tchadien, « *le contrat de travail est un contrat par lequel une personne, dénommée employeur s'engage à fournir un emploi à une personne physique dénommée travailleur, qui lui est juridiquement subordonnée dans l'exécution du travail et qui accepte d'exécuter sa prestation moyennant une rémunération appelée salaire* ». Il s'agit d'un contrat synallagmatique qui met des obligations à la charge des deux parties. Dans le cadre de cette étude, ce sont surtout les engagements pris par une société en sa qualité d'employeur qui nous intéressent. Comme toute obligation, celles qui découlent pour la société du contrat de travail conclu avec un salarié lui impose un assujettissement au respect de leur exécution. En effet, les engagements pris par la société au moment de la conclusion d'un contrat de travail confèrent au salarié concerné des droits de créances⁹⁴³. Ces derniers contraignent la société à adopter un comportement favorisant leur exécution selon l'analyse dualiste de l'obligation.

233. Toutefois, la société peut, pour différentes raisons, faire l'objet d'une sanction en nullité ultérieurement à la naissance de ses obligations et pouvant bien leur porter atteinte. La nullité ne doit pas offrir à la société une occasion de remettre en cause l'exécution des droits de créances des salariés détenus à son encontre. La régularisation de la nullité instituée par le législateur OHADA apparaît ici comme une technique d'évitement de cette crise. Autrement, elle permet d'assurer la continuité des contrats de travail, et par ricochet, de garantir les revenus salariaux.

Suivant cette vision, il importe d'assurer un traitement conséquent pour motiver le travailleur. Ce traitement participe à la stabilité de l'emploi. Evidemment, il faut noter que la régularisation en lieu et place de la nullité contribue à cette stabilité de l'emploi. La nullité de la société ou des actes modifiant substantiellement les statuts, est une sanction susceptible d'engendrer la rupture du contrat de travail, cause de la fin de revenus salariaux. Par contre, la régularisation de la nullité permet de garantir les revenus salariaux du travailleur. Outre les salariés, il faut souligner que la régularisation des actes, décisions ou de la société serait aussi favorable aux autres créanciers sociaux.

⁹⁴³ S.B. SOUMANA, *La protection des droits des créanciers dans les opérations de restructuration*, Thèse Université de Bordeaux, 2015, n°139, p.101.

2- La protection des autres créanciers

234. Sanction de la violation d'une règle se rapportant à la formation d'un acte, la nullité se traduit par sa disparition de l'ordre juridique. En application du « *principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé* »⁹⁴⁴, il ne peut ressortir aucun effet de l'acte annulé : *quod nullum est, nullum producit effectum*⁹⁴⁵. Des tels effets ne sont pas profitables aux créanciers sociaux.

Pour éviter que la nullité des actes, des délibérations ou de la société débitrice ne porte atteinte à certains droits des créanciers, la régularisation est une offre de mesure de protection spécifique. Cette offre est intéressante aux catégories de créanciers non protégés par un titre particulier. Le fondement de cette protection est la force obligatoire des engagements de la société débitrice qui lui interdit de mettre en péril leur exécution.

Les fournisseurs, investisseurs, obligataires et autres sont bien protégés par la régularisation de la nullité. Titulaires d'une sureté ou non, créanciers privilégiés ou non, tous ont intérêt à la régularisation de la société, au lieu de la nullité qui serait une sanction dévastatrice de leur intérêt. Lorsqu'une sûreté est donnée, par exemple, en garantie de la dette de la société, une nullité ultérieure peut toutefois remettre en cause la protection qu'elle offre au créancier. Les investisseurs attendent des intérêts importants échelonnés sur le temps. La nullité de la société provoquera un manque à gagner ou une perte. Autrement, les annulations sont catastrophiques pour les associés et les tiers de bonne fois, surtout que la société ayant fonctionné. On compromettrait la sécurité dans les relations juridiques en remettant en cause les actes qu'elle a conclus⁹⁴⁶. La régularisation évite la pérennisation de sociétés qui, tout en étant constituées de manière irrégulière, n'en sont pas pour autant susceptibles d'être annulées⁹⁴⁷.

235. La pérennité de la société, en vue de la préservation des intérêts catégoriels, dans la vision de la protection de l'activité économique, constitue la préoccupation majeure du législateur. Contrairement à la nullité qui est une sanction susceptible de faire disparaître la personne morale avec tout son patrimoine, le législateur est favorable à la régularisation. Elle produit un effet majeur. Dans l'immédiat, elle fait éteindre l'action en nullité et évidemment pour l'avenir, l'impossibilité d'invoquer une cause de nullité qui n'existe plus⁹⁴⁸. Comme le souligne Paul LE

⁹⁴⁴ Civ. 1^{re} 15 mai 2001, Dalloz 2001, 3086 obs. J. PENNEAU ; RTD Civ. 2001, 699, obs. N. MOLFESSIS.

⁹⁴⁵ J. MOURY, « Les nullités « en cascade » en droit des sociétés », Rev. des sociétés 2013, 599.

⁹⁴⁶ Y. GUYON, *op. cit.* n°154, p.161.

⁹⁴⁷ *Ibid*, n°159, p.167.

⁹⁴⁸ J. MESTRE et D. VELARDOCHIO *op. cit.* n°2592, p.1168.

CANNU, « *la défense du droit [...] ne doit pas aboutir à créer des situations encore plus préjudiciables* »⁹⁴⁹. La régularisation contribue au meilleur fonctionnement de la société et à sa pérennité, non seulement lors ce que la survie de celle-ci sera menacée par des actions en nullité, mais aussi et surtout en facilitant la gestion sociale.

236. L'application de la nullité comme sanction n'est pas sans embûche. L'on peut déplorer que cela porte atteinte à la sécurité juridique des usagers du droit⁹⁵⁰. La société n'est pas un contrat comme les autres et elle draine des intérêts considérables. Si l'on admettait l'application stricte de la nullité cela poserait de nombreux problèmes⁹⁵¹. La régularisation permet d'éviter cette atteinte qui risque d'être très lourde de conséquences. La régularisation peut constituer aussi une opération lourde à mener. Il faut accomplir toutes les diligences nécessaires pour parfaire l'acte ou la délibération litigieuse. Il convient d'être particulièrement attentif à la compétence respective des organes appelés à intervenir. Mais aussi, il faut veiller à la régularité de leur intervention⁹⁵². Si la régularisation est intervenue, elle couvre la nullité de la société⁹⁵³. Il conviendrait de noter que la régularisation s'inscrit dans la logique du « *favor contractus* ». La faveur pour le contrat apparaît comme l'un des principes fondamentaux du commerce international⁹⁵⁴. Dans une économie largement mondialisée, le législateur de l'OHADA ne pouvait que se montrer réceptif des règles du commerce international. La nullité recule donc, mais ne se rend pas pour autant.

Néanmoins, dans une certaine mesure, il faut noter que la régularisation semble entraver la liberté aussi bien du juge que celle des associés.

⁹⁴⁹ P. LE CANNU, « La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés », in Mélanges BEZARD, Montchrestien 2002, p.113.

⁹⁵⁰ A. CHAVÉRIAT, « De quelques difficultés relatives à la nullité d'une décision sociale irrégulière », Rev. des sociétés 2010, p.212.

⁹⁵¹ A. DIEYE, Régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA, 4^e éd. 2014, Cabinet Aziz Dièye, n°60, p.82.

⁹⁵² A. CHAVÉRIAT, *op. cit.* p.220.

⁹⁵³ A. FÉNÉON, *op. cit.* n°1622, p.633.

⁹⁵⁴ P. NGUIHIE KANTE, « La notion de manquement essentiel dans le droit de la vente commerciale de l'OHADA » in Recueil d'Etude sur l'OHADA et l'UEMOA, PUAM, vol.1, 2010, p.235.

SECTION II : LA RÉGULARISATION DES CAUSES DE NULLITÉ, UNE LIBERTÉ RELATIVEMENT COMPROMISE

237. Le législateur fait interdiction à la juridiction saisie, de prononcer la nullité moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance. Elle peut d'office, fixer un délai de régularisation pour couvrir la nullité⁹⁵⁵. Elle accordera, par exemple, un délai pour convoquer l'assemblée générale, si cela s'avère nécessaire en vue de la prise d'une décision. Si, en définitive, la décision n'est pas prise, ladite juridiction statuera à la demande de la partie la plus diligente. De même, pour promouvoir la régularisation, l'article 248 de l'Acte uniforme prévoit que lorsque la cause de nullité de la société ou de ses actes, décisions et délibérations réside dans l'incapacité ou un vice du consentement d'un associé, « *toute personne y ayant un intérêt peut mettre en demeure l'associé incapable ou dont le consentement a été vicié de régulariser ou d'agir en nullité dans un délai de six (6) mois à peine de forclusion* »⁹⁵⁶. Mais la question se pose de savoir si la régularisation est absolue ou relative. La réponse à cette question soulève une autre question relative à la liberté du juge de fixer d'office un délai pour la régularisation (§ 1).

238. Dans une hypothèse où la nullité est encore la sanction retenue en droit français, une psychose de la nullité des sociétés a conduit le législateur OHADA à se démarquer de sa source d'inspiration en droit des sociétés. Il a institué une sorte de régularisation spontanée. En effet, l'Acte uniforme prévoit que lorsqu'une société a été voulue et est affectée d'un vice de formation non régularisée⁹⁵⁷, elle est assimilée à la société en nom collectif⁹⁵⁸: « *Lorsque l'existence d'une société de fait ou d'une société créée de fait est reconnue par le juge, les règles de la société en nom collectif sont applicables* ». Cette assimilation paraît intéressante, car elle permet de préserver l'activité économique, au lieu d'une sanction dévastatrice d'activité socio-économique. Toutefois, il conviendrait de noter que cette transposition semble inopportune en matière de société créée de fait (§ 2).

⁹⁵⁵ Article 247 AUSCGIE.

⁹⁵⁶ La mise en demeure devant se réaliser « par acte d'huissier » ou être « notifiée par tout moyen permettant d'établir sa réception effective par le destinataire », et être dénoncée à la société (AUSCGIE, art. 248 al. 2).

⁹⁵⁷ AUSCGIE, art. 865.

⁹⁵⁸ AUSCGIE, art. 868.

PARAGRAPHE I : L'OBLIGATION DE RESPECT DU DELAI D'ATTENTE PAR LE JUGE

239. Si la régularisation est un mécanisme permettant d'éviter une nullité fâcheuse, il semble qu'elle ne peut être automatique. Il est vrai qu'elle est une exigence obligatoire pour le juge. Mais sa mise en œuvre semble compromettre la liberté d'appréciation du juge, du moment où il est tenu de fixer d'office un délai pour la régularisation (A). Par ailleurs, le juge disposerait-il d'un pouvoir de proroger éventuellement ce délai au cas où cette régularisation n'a pas eu lieu dans le délai initialement prévu par le législateur (B) ?

A- La fixation d'office du délai de régularisation : une suspension du pouvoir d'appréciation du juge

240. dans le souci de la préservation de l'économie, le législateur fait obligation au juge de fixer d'office un délai aux parties pour la régularisation de l'acte de société, des délibérations susceptibles de nullité. Cette obligation suspend momentanément le pouvoir d'appréciation du juge sur les causes de nullité. En droit des sociétés, la régularisation est devenue la règle. Ni la nature relative ou absolue de la nullité, ni son caractère obligatoire ou facultatif, ne sont des obstacles à la régularisation. Par exemple, une société en nom collectif ou en commandite simple, annulable pour inaccomplissement des formalités de publicité sera régularisée par la réalisation de ces formalités. De la même façon, la nullité fondée sur un apport illicite cessera d'exister dès que cet apport sera remplacé par une prestation conforme à la loi. Il en ira autant lorsque l'apporteur qui n'est pas le propriétaire du bien apporté au moment de la constitution de la société en devient par la suite propriétaire. La nullité pour absence de cause pourra être régularisée en reconnaissant une vocation aux résultats à l'associé qui n'en avait pas⁹⁵⁹.

La question est de savoir si le juge dispose encore d'un pouvoir d'appréciation, dès lors qu'il est saisi d'une cause de nullité.

241. Le pouvoir d'appréciation s'entend de l'autonomie dont dispose une personne dotée de ses facultés dans l'analyse d'une situation de fait ou de droit en vue d'y apporter un jugement de valeur. Or, le législateur exige du juge de fixer d'office la date de la régularisation. Ce dernier devient finalement un automate et n'a pas par conséquent à faire une appréciation, suivant l'esprit de l'article 2 de l'AUSCGIE. C'est dire que lors de l'élaboration du régime de nullité, le législateur

⁹⁵⁹ J-P. LEGROS, *op. cit.* p.18.

ne s'est pas contenté de restreindre les causes de nullité, il a, en parallèle, considérablement facilité la régularisation des sociétés dont la constitution est entachée d'une irrégularité. Cette restriction soulève des difficultés qui ont été évoquées par M.P. MACQUERON. En particulier, on peut se demander si la nullité encourue en raison du choix de la forme sociale alors que l'activité elle-même est licite, ne disparaît pas en cas de transformation de la société. Selon un auteur, à la lumière de l'évolution, il serait réducteur de limiter le droit des sociétés aux seules dispositions législatives. Par-delà les lois relatives aux sociétés civiles et commerciales, l'attention devra être retenue par la jurisprudence dont les emprunts au droit commun participent à l'élaboration de la discipline. En outre, l'expansionnisme du droit des sociétés interdit de retenir un champ trop étiqué⁹⁶⁰. Autrement, dans le respect de l'esprit de l'article 2 de l'AUSCGIE, le juge ne peut plus faire preuve de sa liberté d'appréciation. Cette limitation ne permet pas la conciliation du droit spécial au droit commun. À titre d'illustration, le droit des obligations fournit une armature logique. Ce que le droit commercial y trouve c'est la cohérence d'une construction. C'est aussi, de manière paradoxale, une certaine souplesse. Suivant cette logique impérative, il conviendrait de s'interroger sur la possibilité ou non de proroger ce délai légal de régularisation.

B- La possibilité de prorogation du délai légal : une liberté discutable

242. Si, pour couvrir une nullité, une assemblée doit être convoquée ou une consultation des associés effectuée. S'il est justifié d'une convocation régulière de cette assemblée ou de l'envoi aux associés du texte des projets de décision accompagné des documents qui doivent leur être communiqués, le tribunal accorde par jugement le délai nécessaire pour que les associés puissent prendre une décision⁹⁶¹. Selon un auteur, notamment Jean-Pierre LEGROS, cette restriction du domaine de la régularisation découle d'une mauvaise compréhension par le législateur de la directive européenne du 9 mars 1968. L'article 11.2 b de cette directive autorise la nullité fondée sur l'illicéité ou l'ordre public. Le texte de la directive ne prohibe pas la réparation du vice qui entache la société. En outre, cette interdiction est directement contraire à l'esprit de la réforme de 1966, source essentielle d'inspiration du droit OHADA.

243. La loi oblige le juge à fixer d'office un délai pour la régularisation. Dans l'espace OHADA, le législateur a fixé un délai de deux (02) mois.

⁹⁶⁰M. AZAVANT, « La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial », Revue des sociétés 2003 p.443.

⁹⁶¹ Art. 247 alinéa 2 AUSCGIE.

La question est de savoir si ce délai est ferme ou peut être renouvelé par le juge.

Il semble que la réponse à une telle question n'est pas aisée. L'esprit de l'article 2 ne permet pas au juge de proroger ce délai, dans le respect du principe d'impérativité. C'est dire que la loi n'ayant donné aucune précision quant à la possibilité de renouvellement de la durée de ce délai, le juge ne peut outrepasser ce qui est prévu. Cependant, une telle affirmation est discutable suivant le précepte selon lequel « *tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché* »⁹⁶². Dans cette perspective, il semble que le juge peut sans doute le renouveler en cas de besoin. La solution se justifie parfaitement en raison de l'esprit de l'évitement de nullité qui est l'un des soucis du législateur communautaire. Il semble que cette absence de possibilité de proroger le délai participe, de manière partielle, à l'impuissance des lois, dans la mesure où son application ne doit pas tenir compte des circonstances du moment. C'est seulement aux règles du droit écrit qu'il est donné de n'exister que sur papier, et d'être conceptuellement sans avoir jamais été matériellement. De là, l'expression « *l'impuissance des lois* », que Jean CRUET a popularisé⁹⁶³, et qui n'est pas d'ailleurs, sans inconvénient, à cause de la nuance péjorative qu'elle évoque. L'inapplication originelle de la loi n'est pas toujours une situation anormale, du moins pas aussi anormale qu'on l'imagine. Très souvent, les sociologues n'ont pas ici conçu la loi qu'en terme dramatique de commandement et d'obéissance, de sorte que toute inapplication leur a paru révéler la révolte des sujets et l'inertie du pouvoir. Mais beaucoup de lois sont souvent facultatives. Beaucoup de lois ne font, pour ainsi dire, que des propositions. Telles sont la plupart des lois en matière contractuelle. Il faut bien voir, cependant, que l'inapplication n'a pas forcément ici le sens d'un échec, justifiant condamnation, abrogation immédiate. Elle peut tenir, et elle tiendra même généralement, à ce que l'intérêt en vue duquel la loi a été conçue, bien que parfaitement réalisable, ne s'est pas encore trouvé réalisé dans le fait. La loi inappliquée n'en demeure pas moins disponible aux convenances du public, et c'est cette disponibilité qui est son utilité essentielle⁹⁶⁴. Par ailleurs, la soumission automatique à la forme de la SNC à défaut de régularisation ne paraît pas juste.

⁹⁶² Art. 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

⁹⁶³ J. CRUET, « La vie du droit et l'impuissance des lois », 1908, cité par J. CARBONNIER *in* Flexible droit, LGDJ 1983, p.126.

⁹⁶⁴ J. CARBONNIER, *op. cit.* p.127.

PARAGRAPHE II : L'IMPOSITION DU RÉGIME DES SOCIÉTÉS EN NOM COLLECTIF À DÉFAUT DE RÉGULARISATION DU VICE DE FORMATION

244. Selon les dispositions de l'article 865 de l'AUSCGIE, « *lorsque deux (2) ou plusieurs personnes physiques ou morales ont constitué entre elles une société reconnue par le présent Acte uniforme mais qui comporte un vice de formation non régularisé (...), il y a société de fait* ». C'est dire que le défaut ou l'absence de la régularisation de vice de formation est un critère de la qualification de société de fait. Conformément à l'article 868 de l'AUSCGIE, lorsque l'existence d'une société de fait est reconnue par le juge, les règles de la société en nom collectif sont applicables. Il en résulte que la reconnaissance par le juge de l'existence d'une société de fait, comme conséquence de l'absence de la régularisation du vice de formation, impose le régime des sociétés en nom collectif à ladite société de fait.

L'option est curieuse, voire paradoxale. Ceux qui décident de créer une société à responsabilité limitée ou à risque limité, se retrouveront pratiquement et presque automatiquement, par le fait du défaut de régularisation d'un vice de constitution, associés d'une société à risque illimité. Même si elle traduit bien un état d'esprit sur la crainte d'une cause de nullité de plus, la difficulté se pose en ce qui concerne la liberté contractuelle. Et singulièrement, avec ses corollaires, une absence de la liberté du choix du régime fiscal en fonction de la forme sociétaire (A), ayant des conséquences négatives sur le choix de l'étendue de la responsabilité éventuelle des associés (B).

A- Une absence de la liberté du choix du régime fiscal en fonction de la forme sociétaire

245. Suivant la théorie classique, qui remontait à l'ancien droit et qui régnait encore indiscutablement pendant le XIX^e siècle, la volonté est l'élément fondamental des contrats. Cette théorie est connue sous le nom de « *théorie de l'autonomie de la volonté* » qu'il conviendrait de rappeler avant de faire part des critiques qui lui sont faites. Le principe de l'autonomie de la volonté, convient-il encore de le rappeler, signifie que les parties sont libres de consentir et de se soumettre aux obligations qu'elles veulent⁹⁶⁵. L'autonomie de la volonté s'explique par les principes politiques et économiques qui dominaient en 1804. L'autonomie de la volonté repose sur le postulat de la liberté naturelle de l'homme proclamé en 1789 et sa dignité ne sont pas loin⁹⁶⁶. Un autre fondement politique est celui du contrat social. Qu'il relève d'un mythe ou de l'histoire, le contrat

⁹⁶⁵ Se donner des lois à soi-même.

⁹⁶⁶ E. KANT, *Doctrine du droit* : « *une personne ne peut être soumise à d'autres lois que celles qu'elle se donne à elle-même. Toute obligation dont elle ne serait pas elle-même la source serait contraire à la dignité de l'individu* ».

social veut que les hommes aient consenti à abandonner une part de leur liberté en échange de la protection que leur offrait l'Etat. Le contrat social et le contrat tout court relèvent donc de la même idée. Laisser contracter les particuliers et les laisser agencer au mieux leurs intérêts privés est le meilleur moyen d'établir entre eux les rapports les plus justes et les plus socialement utiles. C'est donc le libéralisme économique qui domine la théorie de l'autonomie de la volonté⁹⁶⁷. Aucun homme ne pourrait se laisser imposer une obligation qui lui nuirait : « *qui dit contractuel dit juste* » dit Fouillée⁹⁶⁸. Le postulat est donc que le meilleur moyen de satisfaire l'utilité sociale, c'est de satisfaire ses intérêts propres. L'intérêt général est conforme à la somme de tous les intérêts particuliers⁹⁶⁹. Conformément à l'alinéa 2 de l'article 6 de l'Acte Uniforme, sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif (SNC), les sociétés en commandite simple (SCS), les sociétés à responsabilité limitée (SARL), les sociétés par actions simplifiées (SAS) et les sociétés anonymes (SA). C'est dire que la commercialité est acquise, quelle que soit la nature de l'objet lorsque l'on opte pour une des formes citées ici par le législateur. Ce choix de la forme détermine également le régime juridique ou fiscal de la société. En effet, l'option de la forme de la société à risque limité emporte sur le plan fiscal, l'assujettissement au régime de l'impôt sur les sociétés (IS)⁹⁷⁰, tandis que le choix de la forme de la société à risque illimité a pour conséquence la soumission à l'impôt sur le revenu (IR).

246. Le choix de l'option a pour fondement la liberté contractuelle. Nul ne songe sérieusement à contester que la liberté contractuelle constitue un pilier essentiel de la théorie générale du contrat. Parce qu'elle « *est le corollaire de la liberté individuelle* »⁹⁷¹, « *la liberté des conventions [est] admise comme principe fondamental* »⁹⁷². Déjà mise à l'honneur dans le célèbre discours

⁹⁶⁷ Les parties sont libres de fixer librement le contenu du contrat sous réserve de respecter l'ordre public et les bonnes mœurs. En principe donc, les contractants contractent sur ce qu'ils veulent, dans les termes qu'ils choisissent.

⁹⁶⁸ Rapp. E. KANT : « *Quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice ; mais toute injustice est impossible quand il décide pour lui-même* ».

⁹⁶⁹ La volonté des parties suffit à donner naissance au contrat. Il n'est pas nécessaire d'y ajouter une quelconque forme. En effet, s'il était nécessaire d'accomplir certains rites pour que le contrat fût formé, cela signifierait que la volonté n'est pas toute puissante. On dit que le contrat se forme en principe *solo consensus*, par la seule force des consentements.

⁹⁷⁰ Voir l'analyse à la Page 187 et les art.129, 130 et 134 du Code Général des Impôts du Tchad.

⁹⁷¹ G. RIPERT, Le régime démocratique et le droit civil moderne, LGDJ, 1936, n° 137, p. 269, cité par C. PERES, in « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie » (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet), Recueil Dalloz 2009 p.381.

⁹⁷² A.-M. DEMANTE, Cours analytique de Code civil, t. I, G. Thorel Libraire-éditeur, Paris, 1849, n° 12 bis, p. 55, cité par Cécile Pérès, in « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie » (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet), Recueil Dalloz 2009 p.381.

préliminaire de Portalis⁹⁷³, elle forme, dans notre système juridique, « *un principe de départ* »⁹⁷⁴. Même si cette terminologie a pu être critiquée⁹⁷⁵, la jurisprudence n'hésite pas à faire référence au « *principe de la liberté contractuelle* »⁹⁷⁶ ou à affirmer que certaines dispositions « *doivent être interprétées restrictivement comme dérogatoires à la liberté des conventions* »⁹⁷⁷.

247. Au demeurant, l'article 6 du code civil est interprété comme une exception à la règle de liberté que ses termes suggèrent⁹⁷⁸. L'on n'a jamais craint d'affirmer que, lorsque le législateur est resté muet sur ce point, le juge devrait par principe reconnaître à la loi une valeur simplement supplétive afin de préserver la liberté des parties⁹⁷⁹. L'invitant ainsi à s'inspirer du précepte selon lequel « *tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché* »⁹⁸⁰. En d'autres termes, la liberté contractuelle constitue d'ores et déjà un « *principe directeur* » en droit positif. Du moins si l'on entend par là une directive de portée générale, irriguant et dominant la matière, incarnant une certaine conception du contrat. Mais également, reflétant un parti pris initial en faveur de la liberté individuelle, guidant, orientant et justifiant certaines solutions particulières. Par ailleurs, la triple dimension reconnue à la liberté contractuelle, notamment, le libre choix du cocontractant, du contenu et de la forme du contrat, est de plus classique. En définitive, le législateur communautaire paraît limiter cette liberté, par le mécanisme de la soumission de la forme sociétaire, à défaut de la

⁹⁷³LOCRE, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français, t. I, Treuttel et Würtz, Paris, 1828, p. 302, cité par C. PERES, in « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie » (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet), Recueil Dalloz 2009 p.381.

⁹⁷⁴J. M. MOUSSERON, « Un principe de départ : la liberté contractuelle », in De nouveaux espaces à la liberté contractuelle, Cah. dr. entr. 1995/2. 5 s., cité par C. PERES, in « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie » (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet), Recueil Dalloz 2009 p.381.

⁹⁷⁵P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. SOURIOUX, éd. Panthéon-Assas, 1999, n° 50 s., p. 47 s., l'auteur, reprenant l'analyse de ROUBIER, considère que, par définition, une liberté ne produisant aucun effet normatif substantiel direct ne peut être à proprement parler érigée en « principe » et qualifie d'aberrante l'expression « principe de la liberté », cité par C. PERES, in « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie » (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet), Recueil Dalloz 2009 p.381.

⁹⁷⁶V. par ex. : Civ. 1^{re}, 7 avr. 1987, Bull. civ. I, n° 119 ; Civ. 2^e, 13 déc. 2007, Bull. civ. II, n° 264, cité par C. PERES, in « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie » (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet), Recueil Dalloz 2009 p.381.

⁹⁷⁷Civ. 3^e, 15 févr. 1972, D. 1972. 339 ; JCP G 1972. II. 17094, note Lévy ; Com. 3 juin 1986, D. 1987. Jur. 95, note DAIGRE.

⁹⁷⁸J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 177 : « le célèbre article 6 [...] présente le principe de la liberté comme un *a contrario* de la loi contraignante » de sorte « qu'en l'absence d'une loi de cette nature, c'est la liberté qui fait loi », cité par C. PERES, in « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie » (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet), Recueil Dalloz 2009 p.381.

⁹⁷⁹J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Bruylant, Bruxelles, 1969, n° 158, p. 160.

⁹⁸⁰Art. 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

régularisation. Cette soumission automatique du régime en fonction de la forme⁹⁸¹ peut se justifier au cas où l'irrégularité semble porter atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, comme l'a souligné l'article 6 du code civil. Toutefois, une telle affirmation nécessite d'être nuancée, dans la mesure où, rien ne justifie que toute irrégularité dans la constitution des actes de société porte atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Cette atteinte, il va sans dire, emporte une restriction ou limitation à la liberté du choix de la nature de la responsabilité des associés.

B- Une atteinte à la liberté du choix de l'étendue de la responsabilité des associés

248. On peut distinguer les sociétés à risques limités⁹⁸², des sociétés à risques illimités⁹⁸³. Dans les sociétés à risques limités, les associés sont obligés, pour les risques des affaires qu'à concurrence de leurs apports. C'est dire que leurs responsabilités sont limitées aux apports faits à la société. Par contre, pour les associés des sociétés à risques illimités, nonobstant l'existence de la personnalité morale, ils répondent des dettes sociales au-delà de leurs apports. Ils ont une responsabilité illimitée, c'est-à-dire leurs patrimoines personnels sont exposés aux risques des affaires. Cette responsabilité personnelle est intéressante, en ce sens qu'elle facilite l'octroi de crédit à ces associés. Les créanciers sont confiants qu'ils auront leurs dus en poursuivant les associés dans leurs patrimoines personnels. Le choix de la responsabilité limitée ou illimitée est fonction du choix de la forme de la société. Ce choix obéit au principe de la liberté contractuelle qui est un principe fondamental. Les associés doivent manifester cette liberté de choix sans contrainte ni violence, moins encore subir une pression de qui que ce soit. Or, il se trouve que la transposition de la forme sociétaire pour défaut de régularisation porte atteinte à cette liberté de choix de la responsabilité.

249. Il faut noter que pour l'application des recettes économiques, il n'y a pas de meilleur instrument que la règle de droit, moyen de l'efficacité sociale⁹⁸⁴.

Souvent, la nullité est citée comme le parangon, c'est-à-dire le modèle de l'inadaptation des règles civiles au droit des sociétés⁹⁸⁵. Elle recèle bien des clefs pour qui s'interroge sur le sort de la

⁹⁸¹ Article 868 de l'AUSCGIE.

⁹⁸² SAS, SA, SARL.

⁹⁸³ SNC, SCS.

⁹⁸⁴ R. MARTIN, *op. cit.*, p.264.

⁹⁸⁵ J. HONORAT, *Les nullités de constitution de sociétés*, Defrénois 1998, 491 ; du même auteur, V° Nullités, Rép. sociétés, Dalloz mars 1997 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et L. VOGEL, *Traité de droit commercial*, t. I, 17^e éd. 1997, n° 1491 et s.; M. AZAVANT, *op. cit.*, p.441.

sanction civile en droit des sociétés. Comme l'affirme un auteur, « *Les nullités sont odieuses* »⁹⁸⁶, ce cri illustre l'angle classique d'approche de la nullité en droit des sociétés. Perçue comme un facteur de perturbations de l'ordre sociétaire, la sanction n'est que très limitativement admise. Passés au crible d'un prisme restrictif, ses causes, ses conditions et ses effets sont notablement dérogatoires au regard de leur régime de droit commun. L'ambition du législateur est la mise à distance du droit civil et d'une émancipation du droit des sociétés⁹⁸⁷.

250. Mal odieux, la nullité n'en demeure pas moins un mal nécessaire. Non seulement la discipline n'a pu s'en dispenser totalement pour répliquer aux transgressions relatives aux conditions de constitution des sociétés, aux modifications statutaires ou aux délibérations d'assemblée, mais elle constitue encore un recours utile pour suppléer les carences sociétaires en matière de sanctions.

⁹⁸⁶SOLON, *Théorie sur la nullité des conventions et des actes de tout genre en matière civile*, Paris, 1835, cité par M. AZAVANT, in « La sanction civile en droit des sociétés Ou l'apport du droit commun au droit spécial », *Revue des sociétés* 2003, p.441.

⁹⁸⁷M. JEANTIN, « Droit des obligations et droit des sociétés », *Mélanges L. BOYER*, PU Toulouse 1996, p. 317 et s.

251. Il ressort de cette analyse de ce chapitre 1^{er} du titre I de la deuxième partie que l'admission de la régularisation comme principe fondamentale en droit des sociétés se justifie objectivement à plus d'un titre. La régularisation de sociétés, des actes susceptibles de modification des statuts semble nécessaire. Cela se justifie, eu égard au nombre de personnes susceptibles d'être affectées par ladite sanction ou la suppression de l'activité d'un groupement. Le souci du législateur est de préserver l'activité économique, mais aussi, de veiller à la protection de la sécurité sociale, à la stabilité de l'emploi, d'assurer le bien-être social des citoyens. C'est l'un des intérêts dont le législateur OHADA se préoccupe le plus. Donner de la sécurité aux acteurs de l'activité économique, cette idée, si simple a dans le droit de nos jours une importance capitale. C'est dans cette optique qu'il a opté pour la restriction des effets de la nullité, en refusant à cette sanction les effets rétroactifs et son inopposabilité aux tiers. Selon un auteur, il serait possible de se passer du principe « pas de nullité sans texte » en matière de société, à partir de ces trois restrictions essentielles pour la sauvegarde des intérêts⁹⁸⁸.

Cependant, il conviendrait de remarquer que cette régularisation, quand bien même elle vise la sécurité des intérêts économique, fragilise la liberté contractuelle. Cette liberté peut véritablement faciliter l'aménagement des nullités conventionnelles. Il semble que cette option n'est pas retenue par le législateur OHADA.

⁹⁸⁸ A. POSEZ *op. cit.*, p.166.

CHAPITRE II

**L'OUBLI DES POSSIBILITÉS DE
REAMÉNAGEMENT DU CONTENTIEUX DES
NULLITÉS.**

252. Le législateur communautaire s'inscrivant dans la logique classique semble opter pour la sanction judiciaire de la nullité, c'est-à-dire donne compétence exclusive au juge d'apprécier et de prononcer la nullité des actes juridiques. La question se pose de savoir si le traitement conventionnel du contentieux des nullités serait envisageable à côté de cette nullité judiciaire, à l'instar de la médiation ou du droit de rétention, comme mode non juridictionnel de règlement de litige. Il semble que le législateur communautaire a oublié l'option de la nullité conventionnelle, du moins de manière expresse, alors qu'il est embarqué dans un processus de la mondialisation des économies, qui induit une mondialisation des concepts juridiques, des catégories juridiques, des systèmes juridiques⁹⁸⁹. On parlera dans cette perspective, de la justice privée au cas où une personne poursuit elle-même l'exécution de son droit sans l'intervention des autorités de l'Etat. Dans un sens plus précis, la justice privée s'oppose à d'autres institutions : à la vengeance privée, institution primitive dont le rôle paraît appelé à décliner dans les sociétés organisées, ou encore à l'exécution privée, qui consiste à prendre directement les mesures contre le débiteur pour obtenir le paiement d'une dette. La justice privée apparaît alors, dans ce dernier cas, comme le fait de s'en remettre à de simples particuliers pour trancher les difficultés qui peuvent naître sur l'existence ou l'étendue d'une obligation⁹⁹⁰. Il conviendrait de noter que « *la justice en Afrique subsaharienne repose sur la quête de rétablir un équilibre collectif brisé et non de répartir les responsabilités aux fins d'application de sanctions. La colonisation ayant relégué au second plan cette approche pacifique du règlement des différends, peut-on voir dans le développement massif de la justice amiable au retour aux sources* »⁹⁹¹. Ce propos fort pertinent d'Achille NGWANZA, traduit l'importance des modes alternatifs de règlement des conflits dans les litiges⁹⁹². En effet, il faut noter qu'en Afrique, les liens d'amitié sont souvent très renforcés au point où, en cas de conflit éventuel, l'on s'ouvre toujours au règlement amiable qu'à une gestion judiciaire. Le législateur communautaire aurait consacré cette option de justice privée, plus proche de nos civilisations, nos cultures ou nos réalités quotidiennes. Autrement, il s'agirait de permettre aux parties, notamment les associés, ou la société dans ses relations avec les tiers, la possibilité d'insérer dans leur contrat, des mécanismes de traitement conventionnel des nullités, au lieu de la sanction judiciaire

⁹⁸⁹ B. OPPETIT, « Portalis philosophe », D. 1995, p.330, cité par BADJI (Patrice Samuel Aristide), *op. cit.*, p.183.

⁹⁹⁰ R. DEMOGUE, *op. cit.*, p.622.

⁹⁹¹ Propos introductifs du secrétaire général de Cercle Horizon, A. NGWANZA, cité par P. S. A. BADJI, *op. cit.*, P116, n°97.

⁹⁹² P. S. A. BADJI, *op. cit.*, p. 116, n°97.

uniquement. Cette option semble implicitement consacrer par les dispositions de l'article 148 de l'AUSCGIE (section I). Les nullités sont nécessaires pour l'effectivité de la règle de droit, aussi bien dans un contexte de prévention que de la garantie. Cependant, lorsque cette nullité risque de produire des effets néfastes, il peut être possible de l'éviter, en optant pour une sanction qui serait un palliatif. Dans ce sens, il est souhaitable d'admettre l'option de la sanction pécuniaire, à l'instar du législateur du droit de la concurrence, au lieu des nullités (section II).

SECTION 1 : LA CONSÉCRATION IMPLICITE DU TRAITEMENT CONVENTIONNEL DES NULLITÉS DANS L'AUSCGIE

253. Le législateur OHADA a opté pour la nullité judiciaire. Il n'a pas donné la possibilité aux parties de choisir entre cette sanction judiciaire et le traitement conventionnel des nullités. Pourtant, l'article 151 du projet de texte portant droit général des obligations dans l'espace OHADA consacre expressément le traitement conventionnel des nullités. Il conviendrait de déduire cette possibilité de l'esprit de l'article 148 de l'AUSCGIE, selon lequel, « *ce litige peut également être soumis à l'arbitrage, soit par une clause compromissoire, statutaire ou non, soit par compromis ou à d'autres modes alternatifs de règlement des différends* ». Cette option peut être possible pour la nullité des actes tels que les pactes d'actionnaire. Autrement, une sanction peut être imposée en dehors du recours au juge. Ainsi, il y a dans les relations contractuelles par exemple des sanctions qui peuvent être imposées par une partie à un contrat à l'autre partie qui n'a pas respecté ses obligations envers la première. L'admission implicite de la nullité conventionnelle dans l'AUSCGIE constitue une nécessité pour la cohérence (§ 1) et serait une option avantageuse sur le plan économique (§ 2).

PARAGRAPHE 1 : LA NÉCESSITÉ À LA COHÉRENCE

254. Faciliter l'activité des entreprises et garantir la sécurité juridique des activités économiques, n'est-ce pas le but, la « *raison d'être* » de l'OHADA ? Aucun droit n'évolue en vase clos et ce depuis l'avènement de la mondialisation⁹⁹³ et de l'influence réciproque des disciplines. Le droit subit l'influence d'autres droits, ce qui peut amener le législateur concerné à orienter son droit⁹⁹⁴. L'admission du traitement conventionnel du contentieux des nullités participe à la cohérence de

⁹⁹³ V. Z. LAIDI, « Mondialisation et droit », Dalloz 2007, 2712.

⁹⁹⁴ P. S. A. BADJI, « Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé » Revue de l'ERSUMA, n°06 janv. 2016, p.9.

l'AUSCGIE aux normes internationales (A) mais aussi un à la cohérence à la justice privée consacrée par le législateur OHADA (B).

A- La cohérence avec les normes internationales.

255. Il est plus prégnant de constater que certains pays latins et spécialement l'Espagne⁹⁹⁵ ou l'Italie⁹⁹⁶ n'admettent guère une nullité judiciaire ou annulabilité qu'à propos des vices du consentement. Les autres vices sont, quant à eux, sanctionnés par une nullité extrajudiciaire.

La conception judiciaire de la nullité est encore plus étrangère aux droits germaniques. Ainsi, en droit allemand⁹⁹⁷, les vices du consentement donnent lieu à une annulation par voie de notification. Quant aux autres vices, leur sanction varie. La violation de dispositions légales impératives ou des bonnes mœurs est sanctionnée par une nullité de plein droit qui ne peut être régularisée, la « *Nichtigkeit* ». Alors que l'acte accompli par un incapable sans son représentant ou le dépassement de pouvoir d'un mandataire est sanctionné par une nullité extrajudiciaire pouvant être régularisée, la « *schwebende Unwirksamkeit* ». Quant au droit anglais, il distingue le contrat nul de plein droit ou « *void contract* »⁹⁹⁸ du contrat annulable par le juge ou « *voidable contract* ». Cette distinction reflète⁹⁹⁹ celle de la common law et de l'*equity*¹⁰⁰⁰. Le juge anglais, confronté à la rigueur de la « *common law* » qui ne connaît pas les vices du consentement, l'a tempérée grâce à « *l'equity* » en admettant, qu'il pouvait annuler le contrat. Le caractère judiciaire de la nullité tient ainsi au pouvoir de grâce qu'exerce le juge¹⁰⁰¹.

L'article 151 de l'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats se veut plus ambitieux. Puisqu'il ne prévoit cette annulation par voie de notification alors même que l'avant-projet envisage les causes de nullités tant relatives qu'absolues.

⁹⁹⁵ V. notamment O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, préf. P. ANCEL, PUAM, 1999, no 33, p. 45-46.

⁹⁹⁶ V. notamment, P.-M. VECCHI, « Catégories juridiques et faux amis : le système des nullités dans les codes civils italiens », in La théorie des nullités, LGDJ, université Poitiers, 2008, no 3, p. 106-107. Sur la nette distinction entre nullité et annulabilité, v. notamment, M. ALLARA, « Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité en droit civil italien », in T AHC, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 631 et s.

⁹⁹⁷ M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2004, 2^e éd., n° 92, p. 68-69.

⁹⁹⁸ Pour le rapprochement du void contract avec l'inexistence, v. M. CUMYN, La validité du contrat selon le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles, préf I. GHESTIN, LGDJ, 2002, Bibl. dr. pr., T. 376, n° 200, p. 148.

⁹⁹⁹ Art.3-14 principe Unidroit relatif au commerce international, art.3-16 avant-projet OHADA contrat.

¹⁰⁰⁰ O. MORETEAU, S. NEWCOMBE et A. TUNC, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, Précis, 2000, n° 477, p. 271.

¹⁰⁰¹ V., pour la qualification de nullité facultative, R. DAVID et D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 1985, 2^e éd., n°208, p. 149.

256. Le droit civil romain définissait également la nullité par opposition à une annulabilité judiciaire. En effet, pour pallier les insuffisances du droit civil qui définissait limitativement les causes de nullité, le droit prétorien créa notamment¹⁰⁰² la procédure de la *restitutio in integrum*¹⁰⁰³. À l'instar de certains droits étrangers contemporains, le droit français connaissait donc pendant l'ancien régime une distinction opposant une nullité au sens strict du terme à une annulabilité judiciaire, la rescision.

Il est tentant de rechercher dans l'avènement du Code civil l'explication d'un tel bouleversement. Pourtant, il n'en est rien, car le Code civil consacre les vices qui, sous l'Ancien régime, donnaient lieu à rescision faute d'être reconnus par une ordonnance ou une coutume. Les contrats affectés de ces vices sont dès lors nuls en vertu de la loi sans que le juge n'ait à suppléer une quelconque défaillance de celle-ci. Il a été jugé que lorsque les parties associées d'une société qui avaient le choix entre soumettre leurs litiges aux juridictions compétentes nationales ou internationales, sont convenues dans les statuts de ladite société « *qu'en application des articles 148 et 149 de l'AUSCGIE, tous différends pendant l'existence de la société ou pendant le cours de sa liquidation, soit entre les actionnaires et la société, soit entre les actionnaires eux-mêmes, seront soumis à l'arbitrage. Ces litiges seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, par trois arbitres nommés conformément à ce règlement...* »¹⁰⁰⁴. C'est dire que les associés peuvent insérer dans les statuts une clause compromissoire applicable aux litiges entre eux et la société et convenir mutuellement d'y renoncer une fois le litige né¹⁰⁰⁵. Dans cette perspective, la nullité conventionnelle semble nécessaire en droit OHADA pour une cohérence avec les autres normes mais également avec son mécanisme de justice privée.

B- La cohérence à la justice privée

258. Le législateur OHADA, dans la vente commerciale, a envisagé les mécanismes de justice privée. Il l'a fait parfois explicitement. C'est le cas aux articles 271, 272 et l'alinéa 2 de l'article

¹⁰⁰² La victime d'un vice du consentement bénéficiait parfois d'une autre action que la *restitutio in integrum* et, en outre, d'une exception. Ainsi, en cas de violence, la personne, dont le consentement avait été contraint, disposait de l'action *quod metus causa* (sur celle-ci, v. D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, Economica, 2007, 1^{re} éd., p. 515-516).

¹⁰⁰³ P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, A. Rousseau, 1929, 8^e éd., p. 1127.

¹⁰⁰⁴ CA Abidjan, ch. civ. & com., n°260/11, 8-7-2011 : sté C-Mobile Group Holding c/ D. M. E., Actualités Juridiques, Edition économique n°1/2011, p.12 ; Ohadata J- 13- 192.

¹⁰⁰⁵ Cass. civ. 29- 10- 1934 : DH 1934, 602 ; Cass. civ. 1^{re} 17- 6- 1975 : Bull. Civ. I n°196.

281 de l'AUDCG¹⁰⁰⁶ qui se rapportent respectivement au droit de rétention, au laissé pour compte et à la résolution unilatérale du contrat de vente. Parfois, il évoque de manière implicite mais certaine ces mécanismes¹⁰⁰⁷. Il en est ainsi à l'alinéa 1^{er} de l'article 274 qui se rapporte aussi à la résolution unilatérale du contrat. Il s'agit des formes de sanctions privées consacrées par la législation OHADA. Ces sanctions s'inscrivent dans la logique de l'autonomie de la volonté.

Il semble que l'esprit du traitement conventionnel des nullités se trouve bien à l'article 148 de l'AUSCGIE qui dispose « *ce litige peut également être soumis à l'arbitrage, soit par une clause compromissoire, statutaire ou non, soit par compromis ou à d'autres modes alternatifs de règlement des différends* ». L'utilisation du vocable « peut » permet de noter que le législateur accorde la possibilité aux associés et à la société de soumettre leur litige à d'autres modes alternatifs de règlement de différends. Cette option est favorable à la volonté des parties.

Selon PLANIOL, la volonté des particuliers n'est ni absolument libre, ni absolument assujettie par la loi. Elle jouit d'une autonomie partielle¹⁰⁰⁸. Grâce à cette liberté les personnes peuvent passer tous les types de contrats prévus par le code civil, elles peuvent aussi modifier ces types de contrats par des clauses exceptionnelles. Elles peuvent même inventer des types nouveaux. Le principe de la liberté contractuelle est un des plus importants du droit civil¹⁰⁰⁹. Selon PLANIOL et RIPERT, « *si les parties (...) sont d'accord pour reconnaître la nullité d'un contrat passé par elles, elles peuvent lui enlever toute efficacité pour l'avenir et faire disparaître les effets réalisés dans le passé* »¹⁰¹⁰. La nullité convenue est en effet classée parmi les modes d'exercice ou de mise en œuvre des nullités¹⁰¹¹.

Le législateur OHADA dans le projet de texte portant droit général des obligations semble consacrer expressément la nullité conventionnelle. Il ressort de l'article 151 que « *la nullité est prononcée par le juge, à moins que les parties à l'acte la constate d'un commun accord* ». Il en résulte la consécration de la nullité conventionnelle, comme une exception au principe de nullité judiciaire. C'est dans ce sens que la nullité conventionnelle peut être admise en droit des sociétés commerciales. Une telle sanction serait possible par exemple, en matière de cession des titres ou d'actifs. En effet, admettre que la nullité est, en principe, extrajudiciaire, permettrait de restaurer

¹⁰⁰⁶ Acte uniforme portant sur le droit commercial général.

¹⁰⁰⁷ K. WOLOU, *op. cit.* p.574.

¹⁰⁰⁸ M. PLANIOL, *Traité élémentaire, Droit civil*, Paris LGDJ 1946 n°287, p.131.

¹⁰⁰⁹ *Ibid*, n°288, p.131.

¹⁰¹⁰ *Traité de droit civil*, 2^e éd. t. VI et VII, p.380, n°296, cité par D. NZOUABETH, *op. cit.*, p. 343.

¹⁰¹¹ D. NZOUABETH, *op. cit.*, p. 343.

la cohérence de l'esprit contractuel, au lieu de s'enfermer dans la logique exclusive de la nullité judiciaire.

Actuellement, la doctrine, elle-même, se refuse souvent à écarter la notion d'inexistence, souvent controversée. Elle admet que celle-ci repose sur la raison¹⁰¹², la réalité des choses¹⁰¹³ ou l'évidence du vice¹⁰¹⁴. De même, l'inexistence continue à se manifester sporadiquement en jurisprudence français¹⁰¹⁵.

259. C'est également la cohérence dans la théorie des sanctions contractuelles qui progresse si le principe d'une nullité extrajudiciaire est admis. Il faut effectivement mettre en perspective la singularité de la conception actuelle de la nullité dans le paysage des sanctions contractuelles. Il n'est guère logique que la nullité soit judiciaire alors que la caducité, l'inopposabilité et le réputé non écrit ne le sont pas. De même, il est pour le moins paradoxal que la nullité soit aujourd'hui conçue comme judiciaire alors que la résolution pour inexécution, soit l'anéantissement d'un contrat pourtant valable, ne l'est, quant à elle, plus nécessairement. En introduisant l'alinéa 1^{er} à l'article 1178, un mode de constatation de la nullité du contrat par accord des parties, la réforme du Code civil intervenue en France le 10 février 2016 a consacré de manière formelle un mécanisme latent dans le droit positif. Un objectif de simplicité et d'efficacité a motivé cette innovation, sans qu'il soit évident que l'éviction du juge puisse toujours se concevoir ni même être définitive¹⁰¹⁶. La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations intervenue par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 en droit français comporte une innovation¹⁰¹⁷. Celle-

¹⁰¹² V. J. CARBONNIER, *Droit civil, T. I, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004, no 168, p. 325.

¹⁰¹³ V. 1. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, préf. P. HÉBRAUD, LGDJ, 1971, Bibl. dr. pr., T. CXVII, no 73, p. 107 à 110.

¹⁰¹⁴ V. H. ADIDA-CANAC, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques » : R. 2004, p. 107 : « L'état de fait, ou plus exactement l'absence de fait, est une évidence contre laquelle l'opinion contraire ne peut rien » ; C. Witz, « La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit », in *Études offertes au doyen P. SIMLER*, Dalloz-Litec, 2006, p. 730.

¹⁰¹⁵ Pour des illustrations jurisprudentielles de l'inexistence, v. Casso 1 cr civ. 10 juin 1986 : Bull. civ. I, n° 159 ; RTD civ. 1987, p. 535, obs. J. MESTRE - Casso 1re civ. 5 juill. 2006, n° 04-13235, inédit - Casso 3e civ., 22 juin 1976, n° 74-10119, inédit titré (inexistence d'une société fictive pour défaut d'affectio societatis) ; D. 1977, jur. p. 619 et s., note P. DIENER - Casso 3e civ., 6oct. 2004 (a contrario) : Bull. civ. III, n° 166 ; BJ 2005, p. 114 et s., note P. LE CANNU ; Rev. soc., 2005, p. 152 et s., note B. SAINTOURENS. Adde à propos de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international, Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 2005 : Bull. civ. 1, n° 364 – Cass. 1^{re} civ., 11 juil. 2006 : Bull. civ. t, n° 364.

¹⁰¹⁶ Y-M. SERINET, « La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 29, 18 Juillet 2016, 845.

¹⁰¹⁷ M. MIGNOT, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : LPA 20 mars 2016, p. 6 ; J. MESTRE, *Petit abécédaire de la réforme des contrats et des obligations (suite)* : Rev. Lamy dr. civ. mai 2016, 137, VO « Nullité »
.. B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats, Dossier pratique* : Francis Lefebvre, 2016, n° 521 S.

ci réside dans la reconnaissance expresse, au sein des dispositions nouvelles du Code civil, de la possibilité d'une constatation de la nullité par les parties¹⁰¹⁸. Cette option semble intéressante du moment où elle participerait à une justice non étatique suivant une procédure simplifiée.

Néanmoins, le choix d'une telle option risque d'être plus favorable aux professionnels qu'au cocontractant non professionnel. Mais au-delà de ce risque éventuel, il conviendrait de noter que cette option paraît économiquement avantageuse, comme la consécration de l'action interrogatoire en droit français, qui serait souhaitable aussi pour l'espace OHADA.

257. La justice vise à éviter la justice privée qui renvoie implicitement à la loi du Talion.

Portant, la légitimité des mécanismes de justice privée n'est point contestée ; ils font parties des piliers de l'édifice juridique contractuel¹⁰¹⁹. L'esprit contractuel est fondamentalement guidé par l'autonomie de la volonté. En ce sens, la question se pose de savoir si l'option exclusive de la nullité par la juridiction est cohérente avec cette autonomie. La théorie moderne repose en somme sur une vision réductrice de la nullité extrajudiciaire qui lui permet de la sorte de promouvoir une conception de la nullité d'autant plus fragile que la justification de son caractère judiciaire s'avère tenue. La nullité judiciaire ne jouit d'aucune exclusivité dans le droit français, à l'instar du droit allemand, qui admet aussi les nullités conventionnelles. Sans compter que le réputé non écrit, que le législateur et la jurisprudence exploite fréquemment aujourd'hui tant en droit commun qu'en droit spécial¹⁰²⁰. L'option du traitement conventionnel du contentieux des nullités participerait à la cohérence de l'esprit contractuel. L'action interrogatoire semble également être un moyen favorable à l'action extrajudiciaire de règlement de litige, à l'instar de la mise en demeure.

1-la consécration de l'action interrogatoire souhaitable

260. Ce mécanisme, prévu à l'article 1183 du code civil, fait partie des trois nouveaux outils proposés par la réforme du 10 février 2016¹⁰²¹ afin de lever certaines incertitudes pouvant peser sur la conclusion ou l'exécution du contrat. Ceux-ci sont relatifs « *à l'existence d'un pacte de préférence, à l'étendue des pouvoirs du représentant conventionnel* » et - c'est celui qui intéresse -

¹⁰¹⁸ Il résulte de l'alinéa 1^{er} de l'article 1178, du Code civil qu'« un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord ».

¹⁰¹⁹ K. WOLOU, « Les mécanismes de justice privée dans la vente commerciale OHADA », Les Horizons du droit OHADA, Mélanges Filigan Michel SAWADO, CREDIJ 2018, p. 573.

¹⁰²⁰ D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats, brève réflexion sur quelques tendances lourdes ... », in *Les sanctions en droit contemporain*, Volume 1, Dalloz 2012, p.242.

¹⁰²¹ Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr.

« à la volonté du cocontractant de se prévaloir de la nullité du contrat »¹⁰²². Il faut souligner que ce mécanisme est expressément consacré en droit français (a), mais semble être implicitement présent dans la législation OHADA (b).

a- Une réalité expresse en droit français

261. La qualification d'« actions interrogatoires» donnée par les auteurs du rapport au président de la République ne fait pas l'unanimité en doctrine. Le motif est qu'il ne s'agit pas d'actions au sens de l'article 30 du code de procédure civile¹⁰²³ puisque ces mécanismes sont extrajudiciaires¹⁰²⁴.

Il conviendrait de retenir néanmoins dans la mesure où il est possible de considérer que l'expression « *action interrogatoire* » ne désigne pas un type d'action en justice mais renvoie à une notion d'action plus large¹⁰²⁵. Telle qu'on la retrouve par exemple dans l'expression « *action oblique* », qui se rapporte à un mécanisme judiciaire ou extrajudiciaire¹⁰²⁶. En effet, l'action interrogatoire est classiquement définie comme « *une catégorie d'actions qui aurait pour objet de mettre une personne en demeure soit de déclarer si elle entend ou non user d'un droit ou exercer une action en justice, soit d'opter entre plusieurs partis qui s'offrent à elle [...]* »¹⁰²⁷.

Parmi les trois actions interrogatoires consacrées par la réforme, celle relative à la confirmation d'une nullité, qui généralise celle existant en droit des sociétés¹⁰²⁸, se distingue des deux autres. Elle permet à son auteur de ne pas avoir à attendre l'écoulement du délai de prescription pour être fixé sur le sort de l'acte passé¹⁰²⁹. Le législateur a, en effet, offert la faculté de demander à son cocontractant d'opter soit pour la confirmation du contrat - autrement dit renoncer à agir en

¹⁰²² Rapport au président de la République du 10 février 2016, JO II févr.

¹⁰²³ C. Pr. civ., art. 30 : « L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ».

¹⁰²⁴ M. DE FONTMICHEL, « Les nouvelles actions interrogatoires », D. 2016. 1665 ; A. BÉNABENT, « Les nouveaux mécanismes », RDC 2016, n° Hors-série, p. 17, cité par L. VEYRE, *op. cit.* p.74.

¹⁰²⁵ L. VEYRE, *op. cit.* p.74.

¹⁰²⁶ En ce sens, v. E. JEULAND, « Les actions interrogatoires en question », JCP 2016, n° 737.

¹⁰²⁷ G. CORNU, *op. cit.*, p.26.

¹⁰²⁸ C. civ., art. 1844-12, et C. com., art. L. 235-6.

¹⁰²⁹ La « cessation de la cause de nullité » - exclut cependant toute concordance entre les domaines de l'action interrogatoire et de la nullité relative. Cette condition implique, en effet, qu'une partie ne peut être interrogée lorsque l'acte est atteint d'un vice permanent : A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « Les nullités », Dr. et patr. 2016, na 258, p. 64, cité par A.- S. LEBRET, *op. cit.* p.15.

nullité¹⁰³⁰ -, soit pour l'introduction d'une action en nullité dans un délai de forclusion de six mois¹⁰³¹.

Il y est certes indiqué que cette notion désigne une « catégorie d'actions », mais le fait de mettre en demeure une personne n'implique pas a priori de saisir un juge. C'est qui apparaît implicitement dans la législation OHADA.

b- Une consécration implicite dans l'espace OHADA

262. Il faut noter que l'action interrogatoire est implicitement consacrée par le législateur OHADA. Cette action est prévue en droit des sociétés en cas de vice du consentement ou d'incapacité et énoncé aux articles 248 et suivants de l'AUSCGIE¹⁰³², sont d'ailleurs extrajudiciaires¹⁰³³. Une « *action interrogatoire* » n'est donc pas en soi nécessairement un type d'action en justice¹⁰³⁴. Selon un auteur, l'action interrogatoire en matière de nullité¹⁰³⁵ pourrait, à l'analyse, se révéler moins avantageuse qu'il n'y paraît pour ce dernier. La vigilance doit donc être de mise¹⁰³⁶

263. *A priori*, cette action interrogatoire sera nécessairement bénéfique pour celui qui décidera d'en user puisqu'elle a pour objet de « *purger le contrat de ses vices potentiels et de limiter le contentieux* »¹⁰³⁷. Jusqu'à présent, la partie craignant que son cocontractant n'agisse en nullité ou ne lui oppose cette nullité par voie d'exception. En cas d'action en exécution forcée exercée à son encontre, pouvait rester bien longtemps en proie au doute puisque l'action en nullité se prescrit par cinq

¹⁰³⁰ L'article 1182 consacre l'analyse de la théorie dite moderne des nullités qui voit dans la confirmation une renonciation au droit d'invoquer la nullité (par ex. G. COUTURIER, La confirmation des actes nuls, préf. 1. FLOUR, LGDJ, 1972, n° 28).

¹⁰³¹ Sur la nature du délai, M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IV) », LPA 2016, na 58, p. 6.

¹⁰³² « (...) toute personne y ayant un intérêt peut mettre en demeure l'associé incapable ou dont le consentement a été vicié de régulariser ou d'agir en nullité dans un délai de six (6) mois à peine de forclusion. La mise en demeure est faite par acte d'huissier ou notifiée par tout moyen permettant d'établir sa réception effective par le destinataire. Elle est dénoncée à la société ».

¹⁰³³ V. not. Rép. pr. civ., VO « Action en justice », par N. CAYROL, 2013, n° 316 ; S. AMRANJ-MEKKI et Y. STRICKLER, Procédure civile, 1^{re} éd., PUF, 2014, n° 67, p. 137. Sont également considérés comme des actions interrogatoires les mécanismes prévus à l'article 771, alinéa 2, du code civil et L. 615-9 du code de la propriété intellectuelle, alors qu'ils sont eux aussi extrajudiciaires (V. D. BOULAUD, P. MARCOU et 1. PUDICO, « L'action interrogatoire », in La réforme du droit des contrats, actes de colloque, 1^{res} journée Cambacérès, Montpellier, 3 juill. 2015).

¹⁰³⁴ L. VEYRE, « L'action interrogatoire en matière de nullité : personnes intéressées, soyez vigilantes ! », A J Contrat 2017, p.74.

¹⁰³⁵ L'article 815-16 du code civil précise que la nullité peut être demandée par le ou les indivisaire(s) dont le droit de préemption n'a pas été respecté. Le titulaire de l'action n'étant pas partie à l'acte de cession, il ne pourra être le destinataire d'une action interrogatoire A- S. LEBRET, *op. cit.*, p.15.

¹⁰³⁶ L. VEYRE, *op. cit.* p.74.

¹⁰³⁷ Rapport au président de la République, préé.

ans¹⁰³⁸. L'exception de nullité d'un contrat qui n'a reçu aucune exécution est perpétuelle¹⁰³⁹. Six mois est donc le délai maximum que la partie exerçant l'action interrogatoire devra attendre pour lever l'incertitude relative au possible anéantissement du contrat qu'elle a conclu. Ce délai est particulièrement court puisqu'il est inférieur à celui en dessous duquel la prescription ne peut être conventionnellement réduite, à savoir un an¹⁰⁴⁰. En cela, l'action interrogatoire en matière de nullité s'avère particulièrement intéressante, par exemple pour la personne souhaitant vendre un bien encore sous le coup d'une éventuelle action en nullité¹⁰⁴¹.

Elle pourra ainsi conclure le contrat sans attendre l'écoulement du délai de prescription de cinq ans et en évitant de prendre le risque de subir une action en nullité. Par ailleurs, les entreprises seraient également susceptibles de mettre utilement en œuvre l'action interrogatoire. Puisque celle-ci pourrait être incluse dans leur politique de gestion des risques, en leur permettant « d'intégrer économiquement la durée du "risque" de litige de manière encore plus sûre »¹⁰⁴². Le législateur OHADA ayant ce souci d'évitement de nullité, une telle action permettra de purger toute incertitude qui plane sur une nullité¹⁰⁴³ éventuelle des actes juridiques en matière sociétaire¹⁰⁴⁴. L'option de nullité conventionnelle serait avantageuse.

PARAGRAPHE II : LA CONSÉCRATION D'UNE OPTION AVANTAGEUSE

L'admission implicite des nullités conventionnelles semble être une option économiquement très avantageuse pour les parties. L'option de la nullité conventionnelle est intéressante d'une part, parce qu'elle permet de réaliser une économie (A). Mais aussi et surtout, cette option facilite le renforcement des confidentialités entre les partenaires d'affaires (B).

¹⁰³⁸ C. civ., art. 2224.

¹⁰³⁹ C. civ., art. 1185.

¹⁰⁴⁰ C. civ., art. 2254 : « La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans ».

¹⁰⁴¹ M. MEKKI, « La réforme du droit des contrats et la pratique notariale - Morceaux choisis », JCP N 2015. 1111, par Liza VEYRE, *op cit.* p.75.

¹⁰⁴² M. DE FONTMICHEL, *prée*, cité par L. VEYRE, *op. cit.* p.75.

¹⁰⁴³ Afin de protéger le destinataire de la demande, l'm écrit précisant « qu'à défaut d'action en nullité avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé » est imposé, C. civ., art. 1183, al. 2.

¹⁰⁴⁴ L'auteur de l'interrogation aura intérêt à transmettre la demande au moyen d'une lettre recommandée avec accusé de réception ou par voie d'huissier : B. MERCADAL qui conseille de fixer au sein de l'interpellation le point de départ du délai de six mois B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, coll. « Dossier pratique », Francis Lefebvre, 2016, n° 537, cité par A- S. LEBRET, *op. cit.*, p.15.

A- L'option d'une sanction économiquement moins coûteuse

264. Selon PLANIOL, la liberté contractuelle est un principe juridique indiscutable puisqu'il est donné par la loi. L'autonomie de la volonté est une explication philosophique de la règle et une tendance à son maintien ou à son développement. La loi doit respecter les volontés individuelles soit parce que le droit individuel de s'engager est supérieur à la loi, soit parce qu'il y a un intérêt économique et social à ce que les hommes règlent leurs rapports par leur seule volonté¹⁰⁴⁵. Dans cette perspective, l'évitement volontaire de la nullité judiciaire par les parties permet de réaliser une économie.

265. La nullité judiciaire nécessite une certaine somme d'argent, puisqu'il s'agit d'un service public qui a nécessairement un coût. La nullité conventionnelle peut se faire sans une dépense financière étant donné qu'il s'agit d'un accord amiable entre les parties. La spécificité première de la nullité conventionnelle tient au caractère gratuit de ses fonctions. Même si, une certaine somme peut éventuellement être versée, elle ne peut être qu'un symbole justifiant la bonne foi des parties dans leur relation contractuelle. Cette spécificité est une des clés du succès du développement de la nullité amiable. La mise à disposition à titre gratuit d'un service de règlement amiable des différends participe à la conception d'une justice en privé, très accessible.

Si l'interrogation persiste, en réalité, c'est plutôt sur les bénéfices à attendre du nouveau mécanisme. Au regard des enjeux pratiques annoncés, le gain espéré en se passant du juge n'est-il pas chimérique ? Les objectifs de simplicité et d'efficacité semblent effectivement promus lorsque les parties sont autorisées à constater la nullité du contrat vicié dans des hypothèses où, pour des raisons qui leur appartiennent, elles ne souhaitent plus l'exécuter¹⁰⁴⁶. L'éviction du juge qu'est censée permettre la nullité conventionnelle risque toutefois de n'être qu'un trompe-l'œil. Le danger réside dans le développement d'un contentieux à retardement inopportun et dilatoire.

Chassez le juge par la porte et il revient par la fenêtre car lui seul pourra, en fin de compte, contrôler la régularité de la nullité constatée¹⁰⁴⁷ et en fixer les effets entre les parties ou à l'égard des tiers.

¹⁰⁴⁵ M. PLANIOL, *op. cit.*, n°289, p.131.

¹⁰⁴⁶ H. PÉRINET-MARQUET, *Propos conclusifs in L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction et de l'immobilier : RD imm.* 2016, p. 365

¹⁰⁴⁷ M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, préf D. MAZEAUD : Économica*, 2013, n° 230 s.

Finalement, ce sont peut-être les incertitudes affectant le mécanisme lui-même qui, à l'avenir, pourraient être de nature à en réduire considérablement l'attractivité¹⁰⁴⁸.

En droit OHADA, aux termes de l'article 271 de l'AUDCG, « *lorsque le paiement est prévu au jour de la livraison et que l'acheteur tarde à prendre livraison des marchandises ou n'en paie pas le prix, le vendeur, s'il a les marchandises en sa possession ou sous son contrôle, est fondé à les retenir jusqu'à leur complet paiement* ». Il s'agit bien du droit de rétention du vendeur. Il a pour finalité de lui permettre d'être entièrement désintéressé avant la délivrance de la marchandise¹⁰⁴⁹.

La faveur du législateur se traduit par une admission des mécanismes de justice privée dont la mise en œuvre est relativement moins coûteuse dans la pratique. Il faut observer aussi que la consécration de l'arbitrage et de la médiation s'inscrit dans cette logique d'une justice privée.

La réfaction unilatérale du contrat partage également la nature des mécanismes de justice privée. L'article 288 de l'AUDCG dispose : « *En cas de défaut de conformité des marchandises, que le prix ait été ou non déjà payé, l'acheteur peut réduire le prix du montant de la différence entre la valeur que des marchandises conformes auraient eu au moment de la livraison et la valeur que les marchandises effectivement livrées avaient à ce moment* ». Il y a réfaction du contrat par réduction de l'objet de la prestation. Ce pouvoir est une faculté exclusivement réservée à l'acheteur, puisqu'il pourra aussi rompre le contrat pour défaut de conformité¹⁰⁵⁰.

166. La montée en puissance des préoccupations économique explique également deux autres tendances majeures de la politique contemporaine des sanctions, la privatisation de la sanction et la déjudiciarisation. D'une part, le souci d'efficacité explique largement le mouvement actuel de privatisation des sanctions. Le rôle de sources privées en matière de sanction s'accroît. On pourrait là aussi multiplier les exemples : pouvoir de sanction de l'employeur (justifié par le contrat). D'autre part, le souci d'efficacité économique explique, pour partie du moins, le phénomène actuel de déjudiciarisation de la sanction. De plus en plus souvent, on confère à d'autres que le juge le pouvoir de sanction. La meilleure illustration est donnée par le droit de la concurrence, où la transaction et

¹⁰⁴⁸ Le texte demeure silencieux sur le régime de ce mode d'annulation amiable (V. J. GHESTIN, G. LOISEAU Y.-M. SERINET, *op. cit.* n° 2291). Un certain nombre de zones d'ombre subsistent donc qui concernent autant ses conditions que ses effets. Des incertitudes quant aux conditions. - Puisque la nullité du contrat constatée d'un commun accord reste un accord, elle doit remplir les conditions de validité posées pour tout contrat (B. MERCADAL, *op. cit.*, n° 522) à savoir, dorénavant, le consentement des parties, leur capacité de contracter, un contenu licite et certain (C civ., art. 1128). Une fragilité dans les effets. - La distinction s'impose ici entre la sphère interne et les relations externes. La nullité consensuelle n'a de force obligatoire inter partes que dans la limite de ce que les parties ont voulu.

¹⁰⁴⁹ K. WOLOU, *op. cit.*, p.576.

¹⁰⁵⁰ *Ibid*, p.578.

la non-contestation de griefs permettent à l'entreprise d'obtenir une réduction d'amende, quand l'engagement lui permet même d'échapper à toute sanction¹⁰⁵¹. À l'idée de la sécurité, se rattache, non seulement la stabilité du droit, mais la rapidité des procédures. Un droit retardé dans son application est déjà un droit blessé. La nullité conventionnelle participe à cette rapidité et renforce la confidentialité entre les parties.

B- Le renforcement de la confidentialité

267. La nullité judiciaire est généralement prononcée après un débat contradictoire et dans la plupart de cas, en l'audience publique. La forme d'une telle procédure peut exposer les parties au risque de dévoiler certaines confidentialités. La nullité conventionnelle est une garantie de confidentialité renforçant les liens contractuels. Il est souvent opportun pour une société ou toute entreprise que ses contentieux commerciaux ne soient pas portés à la connaissance du public, ni même des concurrents, des clients et des pouvoirs publics. La nullité conventionnelle, sans publicité des débats ni, en principe des sentences rendues semble permettre de préserver le secret des affaires. La confidentialité évite de radicaliser le contentieux, facilitant ainsi les arrangements entre les parties¹⁰⁵². Le procès n'est pas le meilleur moyen de résoudre un conflit entre deux personnes. À leurs yeux, la justice ne réside pas tant dans le fait de trancher entre diverses prétentions en vertu de la loi que de trouver un point d'équilibre, une harmonie de tous les intérêts en tenant compte non seulement des éléments économiques mais' également psychologiques et notamment la nécessité de préserver l'honorabilité des différentes parties¹⁰⁵³.

268. Si la justice rendue en privé est consacrée par le législateur OHADA par le biais de l'institutionnalisation de l'arbitrage et de la médiation, il paraît intéressant, suivant la même logique, de consacrer la nullité conventionnelle. Les mécanismes de la justice privée désignent les règles dont la mise en œuvre est abandonnée, dans le cadre d'un contrat synallagmatique, à la seule volonté du créancier sans recourir préalable au juge ni à l'accord de l'autre partie¹⁰⁵⁴. Le droit est d'abord, un phénomène social. Mais le droit est aussi le produit d'une civilisation. C'est-à-dire, de la culture,

¹⁰⁵¹ C.CHAINAIS et D. FENOUILLET, *op. cit.* p. XL VUI ; pour plus de précision, voir E. CLAUDEL, « Les sanctions en droit de la concurrence », in *Les sanctions en droit contemporain*, V.I, n°42, et 43, p. 443 et 444.

¹⁰⁵² C. C. TSAF ACK DJOUMESSI, « La confidentialité dans la procédure arbitrale dans l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n°006 janv. 2016, p.592.

¹⁰⁵³ Ch. POCHET, « Traitement légal de la défaillance et gouvernance : une comparaison internationale », *Revue international droit économique*, 2001 / 4, p.478.

¹⁰⁵⁴ K. WOLOU, *op. cit.*, p.573.

des mentalités et des comportements des membres d'un corps social. Sachant que ce corps est déterminé avec ses aspirations, son idéologie dominante, ses croyances et ses structures économiques¹⁰⁵⁵. En ce sens, on peut relever par exemple que le droit de rétention peut être considéré comme une expression particulière de l'exception d'inexécution lorsque le créancier d'une obligation inexécutée est lui-même détenteur d'un objet qui devra être restitué au débiteur¹⁰⁵⁶. L'effet recherché pouvant être une simple pression sur le débiteur afin d'obtenir une exécution de ses obligations ou, de façon plus radicale la rupture du contrat¹⁰⁵⁷. Une telle sanction privée renforce la confidentialité entre les parties au lieu d'une justice publique qui risque de dévoiler les confidentialités. Qu'il conviendrait de prendre en considération, suivant l'évolution de la société.

269. L'étude des sources et des données ethnographiques montre à l'évidence que la civilisation négro-africaine se définit essentiellement, en termes de dialogue, de compromis, de coexistence et de paix. Dans les sociétés négro-africaines, la notion de paix est d'autant plus importante qu'une sémantique à la fois abondante et variée lui est consacrée. Au Sénégal ce mot de paix est utilisé pour saluer « as-tu la paix = *maajam* » ; « la paix seulement = *jama rek* »¹⁰⁵⁸.

Dans la plupart des sociétés négro-africaines, les aspirations à la paix ont conduit à développer des techniques de normalisation dont l'objectif est d'éviter, ou tout au moins de réfréner, la violence et les conflits armés. Pour sortir de l'impasse et éviter le chaos, des espaces étaient toujours prévus permettant aux parties en conflit d'initier des procédures de normalisation et de pacification.

270. En droit français, le législateur a expressément concédé aux parties la possibilité de constater d'un commun accord la nullité de leur acte¹⁰⁵⁹. En exigeant le « *commun accord* » des parties, il a exclu la nullité unilatérale par notification¹⁰⁶⁰. À l'image de ce qui existe en Allemagne pour les actes entachés d'une *Anfechtbarkeit*¹⁰⁶¹. Dès lors, c'est uniquement si les parties s'accordent sur la

¹⁰⁵⁵ Ch. LARROUMET, *Doit civil, Tome I, Introduction à l'étude du droit privé*, 3e éd. Economica 1998, p.8.

¹⁰⁵⁶ Malgré les efforts doctrinaux de distinction, les domaines d'application de chacune de ces deux notions se superposent largement, F. TERRÉ, Ph. STMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 8e éd. 2005, p.827.

¹⁰⁵⁷ K. WOLOU, *op. cit.*, p.574.

¹⁰⁵⁸ Les fondements endogènes d'une culture de la paix en Afrique : mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits en Afrique Noire. Préface de Frédéric MAYOR, Introduction par Edouard MATOKO avec les contributions de THIerno BAH, Ali Moussa IYE, Philippe NTAHOMBA YE. Publication UNESCO 1999, cité par A. DJENG, in « APPROCHE CULTURELLE DES ADR EN OHADA », www.ohada.org.

¹⁰⁵⁹ C. civ., art. 1178, al. 1er ; Adde Y-M. SERINET, « La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité », JCP 2016. 845.

¹⁰⁶⁰ A-S. LEBRET, « Les nullités revisitées », AJ-Contrats, 2017, p.13.

¹⁰⁶¹ *L'Anfechtbarkeit* - ou contestation - constitue la sanction des vices du consentement (v. BGB, § 119 et 123). Sur cette sanction, C. Witz, *Droit privé allemand - 1. Actes juridiques. Droits subjectifs*, Litec, 1992, n° 414.

nullité de leur acte que cette dernière pourra être extrajudiciaire. Elle proviendra alors d'un acte juridique. En tant qu'acte juridique, la convention constatant la nullité est soumise aux conditions de validité de droit commun¹⁰⁶².

271. La consécration de la nullité consensuelle a été justifiée par le souci « *dans les cas les plus simples d'éviter la saisine d'un juge* », et par « *des raisons de simplicité et d'efficacité* »¹⁰⁶³. Mais quels sont ces « *cas les plus simples* » ? La nullité consensuelle est-elle plus simple que la nullité judiciaire ? Le doute est permis lorsque les attraits qui lui sont prêtés - éviter les lenteurs et le coût financier d'un procès ou encore mettre les parties à l'abri d'une nullité partielle - peuvent s'avérer illusoires. Ainsi, la nullité conventionnelle retarde plus qu'elle exclut le recours au juge, qui pourra intervenir pour contrôler la régularité de la nullité constatée par les parties¹⁰⁶⁴.

272. La nullité entraîne un retour au *statu quo ante* qui implique que les parties s'entendent sur les restitutions à opérer¹⁰⁶⁵. Le législateur n'a pas tiré les conséquences de la consécration de la nullité consensuelle sur le terrain du droit fiscal. L'article 1961 du code général français des impôts précise que les droits de mutation perçus ne sont restituables que si l'annulation a été prononcée par jugement ou arrêt passé en force de chose jugée. Le recours au tiers impartial et indépendant que représente le juge est donc impératif pour obtenir la restitution des droits versés : l'annulation ne doit pas être entachée de suspicion¹⁰⁶⁶. En conséquence, face à une telle situation, les parties ont tout intérêt à opter pour la nullité judiciaire¹⁰⁶⁷. L'administration fiscale exige le versement des droits de mutation au titre des restitutions consécutives à une nullité consensuelle. En droit tchadien, selon les articles 98,99, 100 du CGI, il semble que le législateur n'est pas favorable à la restitution en espèce d'impôts perçus, en cas de nullité. On peut douter de l'opposabilité de l'effet rétroactif de la nullité conventionnelle aux tiers intéressés en raison du principe de l'effet relatif des conventions. La nullité consensuelle trouve donc ici une nouvelle limite. Même si la nullité consensuelle peut, dans quelques cas, s'avérer attractive, elle ne devrait pas supplanter la nullité

¹⁰⁶² C. civ., art. 1128.

¹⁰⁶³ A.-S. LEBRET, *op. cit.*, p.13.

¹⁰⁶⁴ M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat - Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, préf. D. MAZEAUD, Economica, 2013, n° 230 s.

¹⁰⁶⁵ C. civ., art. 1178.

¹⁰⁶⁶ P. SERLOOTEN, J.-C.I. Commercial, fasc. 3104, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires - Incidences fiscales sur l'entreprise », 2010, n° 26 ; A CHAPPERT, « Les incidences fiscales de l'annulation, de la modification de régularisation et de l'usage d'un contrat », *Défrénois* 1993, art. 35661, p. 1325, cités par A.-S. LEBRET, *op. cit.* p.13.

¹⁰⁶⁷ G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t.II, Paris, LGDJ, 1957, n° 711.

judiciaire. Elle participe à une justice aisée et satisfaisante pour tous, du moment où leurs conditions de mise en œuvre paraissent souples¹⁰⁶⁸.

En outre il serait même souhaitable d'envisager une sanction pécuniaire à l'instar des amendes applicable en matière de la concurrence au lieu d'une nullité, qui, parfois, a des effets néfastes sur l'activité économique.

SECTION II : L'ABSENCE DE REAMÉNAGEMENT FLEXIBLE DE LA SANCTION

273. Si la nullité est une sanction qui frappe un acte irrégulier ou illégal, il faut noter que cette sanction n'atteint pas directement l'auteur de l'acte. Sauf si, en plus de la nullité, les sanctions pécuniaires s'en sont suivies. L'ambition du législateur communautaire vise la réduction ou l'évitement des nullités. Mais il n'admet pas de privilégier la sanction pécuniaire (§I), qui paraît intéressante (§II).

PARAGRAPHE 1 : LA NON-CONSÉCRATION D'UNE OPTION EN FAVEUR DE LA SANCTION PÉCUNIAIRE

274. Pendant près de deux siècles, la nullité a constitué la seule sanction d'un ordre public étroitement encadré, fondé sur l'article 6 du code civil. Le XX^e siècle a connu l'extension incessante du domaine de l'ordre public. Dans le même temps, sa nature s'est profondément transformée : le nouvel ordre public contractuel n'est plus un mécanisme d'éviction qui joue à la manière d'une exception, mais un instrument d'équilibre. Il protège les cocontractants, restaure leur liberté contractuelle et sa violation s'accompagne de sanctions plus nuancées que la nullité¹⁰⁶⁹. Au fondement des droits il est plus facile de percevoir comment peut être changé ce qui paraît intangible. Ce couple rigueur-flexibilité paraît alors particulièrement riche de possibilité et est à la base du développement du droit privé plus d'un siècle¹⁰⁷⁰. Dans cette optique, la sanction est une punition réprimant la violation d'une obligation¹⁰⁷¹. La sanction est un moyen de mettre la force au service de l'ordre juridique¹⁰⁷². En ce sens, elle ne peut être efficace que si elle permet d'atteindre

¹⁰⁶⁸ K. WOLOU, *op. cit.*, p.575.

¹⁰⁶⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, L'ordre public, in 1804-2004 LE CODE CIVIL, un passé, un présent, un avenir Dalloz 2004, p. 483.

¹⁰⁷⁰ M. GERMAIN, « Le code civil et le droit commercial », in 1804-2004 LE CODE CIVIL, un passé, un présent, un avenir Dalloz 2004, p.645.

¹⁰⁷¹ P. LERAT et J-L. SOURIOUX, *op. cit.* p.166.

¹⁰⁷² M. VIRALLY, « La pensée juridique », éd. LGDJ 1960, réédité en 1998, p.37 et s, cité par J-L. BERGEL in Théorie générale du droit, 4^e éd. Dalloz 2003, p. 45.

la finalité du droit. Et c'est dans cette perspective que s'inscrit la sanction pécuniaire en plus de la nullité. Il peut s'agir d'amendes ou de paiement des dommages et intérêts au bénéfice des autorités publiques ou des particuliers, victimes des actes susceptibles de nullités. Cette option est méconnue par le législateur OHADA. Pourtant, la sanction pécuniaire permet d'atteindre directement l'auteur de l'acte (A), mais aussi, elle permet l'évitement de la fragilisation des situations par l'effet de la nullité (B).

A- La sanction frappant directement l'auteur de l'acte

275. Il ressort de l'article 169 de l'AUSCGIE que « *aucune décision de l'assemblée des associés, d'un organe de gestion, de direction ou d'administration ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les dirigeants sociaux pour la faute commise dans l'accomplissement de leurs fonctions. Toute décision contraire est nulle* ». Il s'agit de l'action en responsabilité civile contre les dirigeants sociaux. Cette responsabilité est essentiellement pécuniaire du moment où elle consiste en une condamnation éventuelle au paiement des dommages et intérêts. La nullité n'exclut d'ailleurs pas le jeu d'autres sanctions civiles. Le droit de la consommation préfère sanctionner l'absence d'offre préalable à l'emprunteur et à sa caution en matière de crédit à la consommation par la *déchéance des intérêts*, « *peine civile* ». Cette sanction est plus appropriée que la nullité du contrat de prêt qui obligerait l'emprunteur à rembourser¹⁰⁷³ de la même façon qu'il privilégie, en cas de non-conformité, des remèdes contractuels¹⁰⁷⁴ sur la résolution¹⁰⁷⁵. L'article L. 132-5-1 du code français des assurances¹⁰⁷⁶ prévoit une sanction spécifique pour non-fourniture d'un modèle type au souscripteur d'une assurance-vie, modèle destiné à faciliter l'exercice de la faculté de renonciation. La nullité ne peut constituer la sanction d'un tel manquement¹⁰⁷⁷. En outre, le législateur a choisi de sanctionner le cautionnement disproportionné souscrit par des personnes physiques au bénéfice de créanciers professionnels par la *déchéance du droit de poursuite*¹⁰⁷⁸, La jurisprudence ayant antérieurement, à diverses reprises, retenu la responsabilité civile du banquier¹⁰⁷⁹. Par ailleurs, la responsabilité civile pourra jouer, soit

¹⁰⁷³ C. consom., art. L. 311-48 et L. 312-33.

¹⁰⁷⁴ Remplacement ou réparation.

¹⁰⁷⁵ Art. L. 211-9 et L. 221-10.

¹⁰⁷⁶ Devenu L. 132-5-2.

¹⁰⁷⁷ Civ. 2e, 3 juin 2004, n° 03-12.619.

¹⁰⁷⁸ c. consom., art. L. 341.-4.

¹⁰⁷⁹ Sur cette question, PICOD, « Proportionnalité et cautionnement, Le mythe de Sisyphe », in Mélanges CALAIS-AULOY, 2003, Dalloz, p. 842 s.

à titre de sanction de substitution, soit à titre de sanction de renfort. Ainsi, une condamnation à des dommages- intérêts peut compléter l'annulation du contrat en cas de dol¹⁰⁸⁰ Il en sera de même en cas d'erreur¹⁰⁸¹. La condamnation aux dommages intérêts peut se substituer à la nullité pour sanctionner un dol incident¹⁰⁸².

276. En droit de la distribution, l'article L. 442-6, I, du code français de commerce permet au ministère public et celui de l'Économie d'engager la responsabilité de l'auteur de manquements, en matière de clauses abusives entre professionnels. En droit de la concurrence, la réduction de la clause de non-concurrence excessive est parfois préférée à la nullité de la clause, lorsque le juge entend en assurer la survie. En réalité, « le régime de sanctions est sensiblement infléchi par la diversité des impératifs qui animent les différents droits étudiés », a-t-on fort justement observé¹⁰⁸³. Il faut souligner que la sanction pécuniaire ici permet d'atteindre l'auteur de l'acte irrégulier ou illégal dans son patrimoine. En ce sens, sachant que sa responsabilité personnelle sera mise en jeu, le dirigeant salarié ou associé sera conscientisé à mieux accomplir ses missions. Il doit éviter par tous moyens possibles l'accomplissement des actes susceptibles de nullité, au risque d'y exposer son patrimoine propre. Cette option, il convient de le souligner, permettra d'éviter la fragilisation des situations.

B- La sanction pécuniaire, un palliatif à la nullité

277. Il est un principe cardinal que la sanction de la nullité consiste en l'inefficacité de l'acte. Cette inefficacité, convient-il de le souligner, peut fragiliser dans la pratique, des situations existantes et c'est pour cette raison que le législateur OHADA n'admet pas expressément la rétroactivité de nullité de la société.

En droit de la concurrence, il faut noter que le législateur met l'accent plus sur la sanction pécuniaire que la nullité, en cas de non-respect des règles du jeu de la concurrence. Une telle sanction peut être applicable en droit des sociétés, lorsque la nullité semble attentatoire à l'activité économique. Il ressort de l'article 27 du Règlement n°1199/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999, de la CEMAC, relatif aux pratiques commerciales anticoncurrentielles que « *le Conseil Régional peut infliger à*

¹⁰⁸⁰ Civ. 3e, 28 oct. 1980, ICP 1981. IV. 26.

¹⁰⁸¹ Civ. 3e, 29 nov. 1968, Gaz. Pal. 1969. 1.63.

¹⁰⁸² Com. 14 mars 1972, D. 1972. 653, note GHESTIN.

¹⁰⁸³ D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats », in Les sanctions en droit contemporain, sous la dir. de CRAINAIS et FENOUILLET, vol. 1, *op. cit.*, p. 235 s.

toute entreprise ayant participé à une entente prohibée, une amende dont le montant ne peut dépasser 5% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé dans le marché commun au cours du dernier exercice dos, sur les produits litigieux ou 75% du bénéfice réalisé au cours de l'opération prohibée. Ces pratiques peuvent donner lieu à une peine d'emprisonnement pour toute personne physique qui frauduleusement aura pris une part personnelle et déterminante dans leur conception ou leur mise en œuvre.

Le quantum des peines est déterminé conformément aux législations nationales ». L'article 37 inflige des amendes en cas de concentration prohibée. Tandis que l'article 42 du même règlement communautaire applique la même sanction pécuniaire lorsque les acteurs de la vie économique pratiquent l'abus de position dominante.

278. L'option du législateur communautaire de la concurrence est intéressante puisqu'elle permet d'éviter la fragilisation des situations tout en préservant l'activité économique, facteur du développement. En d'autres termes, au lieu que la sanction pécuniaire ne soit qu'une éventualité, il est souhaitable qu'elle soit une évidence. Un tel choix peut être transposé en droit des sociétés. En ce sens, en cas de cession des titres par exemple, la partie victime d'une irrégularité peut solliciter une sanction pécuniaire en lieu et place de la nullité de l'acte, dans une certaine mesure. La sanction pécuniaire comme palliatif à la nullité participe à l'utilité du contrat. L'utilité est un critère essentiel de mise en œuvre du « *favor contractus* ». Cette utilité recherchée par le contrat peut être comparée à la fusion des causes objectives et subjectives dans la théorie des contrats¹⁰⁸⁴. La place grandissante qui est accordée à la pérennité du lien contractuel, fut-ce au prix d'un réaménagement de la prestation financière du créancier, atteste la prise de conscience de la valeur intrinsèque du contrat et de ses utilités économiques. Pour que la nullité soit efficacement mise en œuvre, elle peut être au plus près du contexte économique, social et politique¹⁰⁸⁵. RIPERT l'affirmait à propos de la nullité. Selon lui, « *il faudrait pouvoir pétrir le contrat, serrer ou relâcher le lien suivant les circonstances, l'adapter aux événements* »¹⁰⁸⁶. Il est question désormais du « *pragmatisme substantiel de la nullité* »¹⁰⁸⁷. Ce pragmatisme est une démarche au service d'un but. Ce but est la

¹⁰⁸⁴E.K.A MONTCHO, « Le *favor contractus* et le droit OHADA », Revue togolaise des sciences juridiques Juillet-décembre 2010, n°0003, p.46.

¹⁰⁸⁵ M. MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contrats », RDC 200613, p. 684.

¹⁰⁸⁶ G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François GENY, t.II, Sirey 1934, p.353.

¹⁰⁸⁷ M. MEKKI, *op. cit.*, p.686.

dynamique de l'activité économique. Suivant cette logique, cette option de la sanction pécuniaire en tant que palliatif à la nullité serait intéressante à plus d'un titre.

PARAGRAPHE II : LA CONSÉCRATION D'UNE OPTION INTÉRESSANTE

279. La valeur de paix sociale anime également la politique de la sanction. La question de la prescription illustre remarquablement la politique de la sanction, passé un certain délai, et fait en outre varier les délais selon toute une série de considération¹⁰⁸⁸. C'est parce que le prononcé d'une sanction trouble l'ordre social, en modifiant la situation juridique, que le droit la soumet ainsi à la force corrosive du temps¹⁰⁸⁹. Dans ce sens, la sanction pécuniaire qui est ignorée dans l'AUSCGIE serait cohérente à la vision du législateur (B). Elle présente également des intérêts qui sont de nature à faciliter la continuité des activités économique dans l'espace OHADA (A).

A- La préservation de la continuité de l'activité économique

280. Les enjeux tenant aux valeurs sociales sont aujourd'hui concurrencés par les enjeux de nature économique, dont l'importance devient déterminante. Inspirée par des considérations très pragmatiques, la politique de la sanction répond bien souvent au souci de réaliser des économies de temps et d'argent. Le souci d'économie porte ainsi à préférer des sanctions administratives même dans les domaines relevant traditionnellement du droit privé¹⁰⁹⁰. Il explique sans doute aussi le refus de la Cour de cassation française d'encadrer davantage les mesures de réparations¹⁰⁹¹.

La question se pose de savoir, quelle est l'utilité d'une règle juridique qui ne répond pas au besoin de l'homme, en tant qu'acteur de l'activité économique ?

Les règles juridiques, dit M.P PIRROU, forment le premier élément du cadre de la vie économique¹⁰⁹². Le droit OHADA n'échappe guère à cette influence~ En effet, depuis belle lurette, un important mouvement de réforme du droit des affaires OHADA a vu le jour en vue de faciliter l'activité juridique et s'adapter à son rythme.

¹⁰⁸⁸ Domaine civil ou pénal, réel ou personnel, individuel ou familial, etc.

¹⁰⁸⁹ C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. XLIV.

¹⁰⁹⁰ D. FENOUILLET, « Les sanctions en droit de la famille, incohérence ou politique résolument diversifiée ? », in *Les sanctions en droit contemporains*, V.I, p. 151

¹⁰⁹¹ C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. XLVI; voir aussi M. HERZOG-EVAN, « les sanction dans l'exécution des peines, des progrès limités par les logiques institutionnelles », in *Les sanctions en droit contemporains*, V.I, n°22, p.123, qui déplore les pouvoirs des institutions carcérale.

¹⁰⁹² G. RIPERT, *Aspect juridique du capitalisme moderne*, LGDJ, 2e éd. 1951, p.5.

De façon générale, l'orientation prise par le législateur OHADA est l'attractivité du droit¹⁰⁹³, en vue d'attirer les investisseurs. Le capitalisme ne s'est pas contenté, comme il l'affirme, de la liberté et de l'application du droit commun. Il a créé le droit qui a permis son triomphe¹⁰⁹⁴. Le législateur OHADA a pour principal objectif d'attirer les investisseurs¹⁰⁹⁵. Mais pour cela, il doit établir un climat de confiance en faveur des économies des Etats parties en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique¹⁰⁹⁶. Dans cette optique, la nullité peut, dans une certaine mesure, être une source de rupture des liens d'affaires. Par contre, la sanction pécuniaire, se caractérisant par la confidentialité, la souplesse, participe au renforcement de la continuité de l'activité économique sur le continent. Le souci de cette continuité s'inscrit dans la logique de la vision du législateur.

B- La nécessité du respect du contexte ou de la vision du législateur

281. Le Traité qui crée cette organisation correspond à une période marquée par une baisse sensible des investissements étrangers, justifiée par une certaine insécurité juridique et judiciaire existant dans les Etats parties. Concrètement, cela signifie que le contexte était préjudiciable pour les opérateurs économiques¹⁰⁹⁷. On en a déduit que « *la balkanisation juridique et l'insécurité judiciaire constituaient une entrave réelle au développement économique. L'harmonisation du droit économique et l'amélioration du fonctionnement des systèmes judiciaires dans nos pays étaient donc considérées comme nécessaires pour restaurer la confiance des investisseurs, faciliter les échanges entre les pays et développer un secteur privé performant, condition sine qua non de la réussite des programmes de privatisation* »¹⁰⁹⁸. Il s'agissait de redonner confiance aux investisseurs tant nationaux qu'étrangers, afin de favoriser le développement de l'esprit d'entreprise et d'attirer les investisseurs extérieurs¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹³ X. LAGARDE, « Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats », Recueil Dalloz 2005 p. 2745.

¹⁰⁹⁴ G. RIPERT, *op. cit.*, p.215.

¹⁰⁹⁵ Voir le préambule du traité OHADA, paragraphe 5. « Conscients qu'il est essentiel que ce droit soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement ».

¹⁰⁹⁶ P. S. A. BADJI, *op. cit.*, p.23, n05.

¹⁰⁹⁷ J. FOMETEU, « l'OHADA : l'idéologie et le système », in *De l'esprit du droit africain*, Mélanges en l'honneur de Paul-Gérard POUGOUE, CREDIJ éd. 2014, p.312.

¹⁰⁹⁸ WWW.ohada.org.

¹⁰⁹⁹ A. MOULOUL, *Comprendre l'OHADA*, 2e éd. PUA, 2009, p.17, cité par 1. FOMETEU, « l'OHADA : l'idéologie et le système », in *De l'esprit du droit africain*, Mélanges en l'honneur de Paul-Gérard POUGOUE, CREDIJ éd. 2014, p.313.

282. L'objectif à terme de l'OHADA, plusieurs fois rappelé, est la création d'un nouveau pôle de développement économique, d'un vaste marché, par l'entremise d'un droit des affaires simple, moderne et adapté à plusieurs économies. Selon le préambule du Traité de l'OHADA, modifié en 2008, les « objectifs » visés étaient, l'établissement d'un climat de confiance en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique¹¹⁰⁰. Dans cette perspective, la politique de la sanction pécuniaire participe à la flexibilité du droit. Par conséquent, l'attractivité des investisseurs serait plus aisée, si le législateur OHADA intègre dans son système ce mécanisme. Toutefois, il conviendrait de nuancer, en précisant que ce mécanisme de doit pas porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

¹¹⁰⁰ J. FOMETEU, *op. cit.* p.314.

283. Il ressort de cette analyse du chapitre 2^e du titre I de la deuxième partie que la nullité judiciaire seule ne suffit pas. La cohérence des normes OHADA, avec les normes internationales, à l'ère de la mondialisation, nécessite la consécration du traitement conventionnel des nullités. L'ambition du législateur OHADA consistant à attirer et à sécuriser l'investissement se justifie par cette volonté d'envisager, le traitement conventionnel des nullités, au travers l'article 148 de l'AUSCGIE. Une telle option ne surprend guère lorsque l'on sait qu'à travers le Traité OHADA, les Etats poursuivent essentiellement l'instauration d'un environnement favorable au développement économique. Comme le souligne un auteur, le droit des sociétés commerciales subit néanmoins des influences extérieures. Lorsque l'environnement se modifie, les sociétés changent aussi soit parce qu'elles s'adaptent à ces changements, soit parce qu'elles ne s'adaptent pas¹¹⁰¹. D'une manière ou d'une autre, les nullités conventionnelles sont conformes aux mécanismes de la justice privée. Par conséquent, la consécration des nullités conventionnelles ne pose aucune difficulté pour la mise en œuvre. Encourager la sanction pécuniaire comme palliatif, au lieu des nullités serait également un gage de succès dans la pratique des affaires dans l'espace OHADA.

¹¹⁰¹ Y. GUYON, « L'Evolution de l'environnement juridique de la loi du 24 juillet 1966 (Aspects du droit interne) », Rev. Sociétés 1996, p.501.

284. Il résulte de l'analyse de ce titre premier de la deuxième partie que le législateur OHADA privilégie la régularisation. Des améliorations de ce mécanisme sont toujours souhaitables pour une sanction dynamique. Si les lois de l'économie ne sont pas celles d'une science dure, elles ne sont alors que des recettes pragmatiques, des normes de comportement plus ou moins tirées de l'expérience, largement arbitraires et volontaristes. Le pont est jeté vers la règle de droit, puisque les deux espèces font partie du même genre¹¹⁰². Il y a homonymie des deux classes de normes. Il est vain alors de parler d'une priorité de l'économique sur le juridique. Le droit doit être autre chose que « *la traduction institutionnelle de l'organisation socio-économique* »¹¹⁰³. La règle de droit détermine pour le moins l'organisation socio-économique tout autant que la norme économique. Et on peut même se demander, renversant les termes, si la règle de droit n'est pas antérieure à la norme économique, sinon ontologiquement du moins méthodologiquement.

285. La gouvernance d'entreprise exige de veiller à la transparence dans le respect des intérêts des associés, de la société, des investisseurs, bref, de protéger les intérêts de tous les acteurs intervenant dans l'activité économique. Mais, il se trouve que le régime des nullités dans l'AUSCGIE semble constituer, une difficulté relative, tant pour l'appréciation objective des causes de nullité que pour la mise en œuvre desdites nullités.

¹¹⁰² R. MARTIN, « Loi économique et règles de droit », Dalloz 1990, p.261.

¹¹⁰³ Pour reprendre négativement une affirmation de M. C. CHAMPAUD, in Libre entreprise et droit français, Rev. int. dr. écon. 1987, p. 307.

TITRE II
LA FRAGILITÉ DE LA SANCTION DES
NULLITÉS

286. la sanction se situe, à bien des égards, aux confins du droit et de la politique. En quoi consiste la politique de la sanction ? L'expression désigne le phénomène consistant, pour une autorité de sanction, à déterminer (de façon plus ou moins systématique) les lignes qui dirigeront la manière dont elle institue ou met en œuvre les sanctions. De telles lignes directrices procèdent de la prise en compte d'éléments variés. Au premier chef, la politique de la sanction se définit par l'objectif principal poursuivi par le législateur ou l'autorité de la sanction¹¹⁰⁴. L'objectif est d'insister sur le lien entre la sanction et son environnement. Son environnement juridique, car elle est l'instant précis où la règle pénètre dans le réel. Elle est le miroir de la règle de droit, sans nécessairement en être le critère. Son environnement axiologique, également, car la sanction permet d'extérioriser une certaine échelle des valeurs¹¹⁰⁵. En ce sens, la sanction est un révélateur, un capteur sensible des tendances juridiques et axiologiques qui traversent la société¹¹⁰⁶. En ce qui concerne les nullités, il se trouve qu'en dehors des cas d'oubli, constituant une difficulté inhérente à l'impérativité, le fonctionnement des nullités pose certains problèmes. Notamment en ce qui concerne l'imputation de la responsabilité aux dirigeants et autres pour cause de nullité (chapitre II). Mais il y a lieu de souligner que l'action en nullités dans l'AUSCGIE est relativement complexe (chapitre I).

¹¹⁰⁴C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n°35, P.XXXVII.

¹¹⁰⁵ Spécialement en matière pénale, Durkheim affirmait ainsi que la peine est « le signe qui atteste que les sentiments collectifs sont toujours collectifs, que la communion des esprits dans la même foi reste toujours entière » E. (DURKHEIM, *De la division du travail social*, 9^e éd. PUF 1973, p.77).

¹¹⁰⁶ M. MEKKI, « Considérations sociologiques sur le droit des sanctions », *in* Les sanction en droit contemporain volume 1 *op. cit.*, p. 37.

CHAPITRE I
LA COMPLEXITÉ DE L'ACTION EN
NULLITÉ

287. Selon la doctrine classique, le droit s'accompagne nécessairement d'une action visant son respect ou à faire sanctionner sa violation. Toute personne qui a un droit dispose d'une action en justice, c'est-à-dire du pouvoir d'obtenir du juge la protection de son droit par l'application de la loi¹¹⁰⁷. Selon PLANIOL, la loi doit assurer la protection des droits. Mais il se trouve que la nullité en droit des sociétés commerciales est une sanction relativement complexe dans son application. Elle doit composer d'une part avec les règles processuelles, d'autre part avec les exigences du droit commun. La question est de savoir si l'adéquation avec ses différentes disciplines facilite sa mise en application. L'action en nullité en droit des sociétés est en adéquation avec les règles de procédure civile (section I). Mais l'adéquation avec le droit commun est parfois difficile (section II).

SECTION I : LA COMPLEXITÉ DE L'ACTION EN NULLITÉ EN DROIT DES SOCIÉTÉS INHÉRENTE AUX REGLES PROCESSUELLES

Selon le vocabulaire juridique, l'action est la sanction d'un droit subjectif. C'est la voie de droit ouverte pour la protection judiciaire d'un droit ou d'un intérêt légitime¹¹⁰⁸. La règle de droit se caractérise par la faculté de recourir à la contrainte étatique pour imposer son application. La reconnaissance d'un droit autorise son titulaire à s'adresser à un juge aux fins d'en faire tirer les conséquences légales¹¹⁰⁹. C'est dire qu'à tout droit est attaché une action. L'action est le reflet du droit. Selon JAPIOT, « *l'action est une mise en œuvre, cela suppose que l'on a quelque chose à mettre en œuvre et ce qui est mise en œuvre ne peut être qu'un droit* »¹¹¹⁰. Il en découle que celui qui n'est pas titulaire d'un droit ne dispose d'aucune action en justice, puisqu'il ne peut solliciter la protection de la loi.

La question est de savoir si l'action en nullité en droit des sociétés commerciales est en adéquation avec les conditions de l'action en justice en droit commun. Il conviendrait de souligner que l'action en nullité en droit des sociétés commerciales bénéficie d'une faveur particulière (§ I). Cependant, la brève prescription de l'action en nullité en droit des sociétés commerciales peut être paralysée par les règles de droit commun à titre exceptionnel (§ II).

¹¹⁰⁷ F. BUSSY, « Notion d'action en justice », Répertoire procédure civile, Dalloz 1997, p.4.

¹¹⁰⁸ G. CORNU, *op. cit.*, p.24.

¹¹⁰⁹ F. BUSSY, *op. cit.*, p. 4.

¹¹¹⁰ R. JAPIOT, "Les actions et demande en justice, conditions et classifications", RTD civ. 1915, 422, n°3.

PARAGRAPHE I : -LE PARTICULARISME DE LA RECEVABILITÉ DE L'ACTION EN NULLITÉ EN DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

288. La définition de l'action en justice a toujours soulevé des difficultés, car celle-ci a une nature hybride : elle se situe au point de jonction du fond du droit et de la procédure. Tandis que, en droit romain, la reconnaissance d'une action, traduit l'existence d'un droit, pour la doctrine classique, c'est le droit qui précède l'action qui constitue un prolongement naturel de celui-ci¹¹¹¹. Le nouveau code de procédure civile en droit français a rompu avec cette logique, en dissociant totalement l'action du droit revendiqué en justice. Selon le droit romain, l'action consiste dans « *l'ensemble des formalités que les plaideurs doivent accomplir pour montrer la légitimité de leurs prétentions* »¹¹¹². Selon le dictionnaire juridique, la « *procédure* » est la succession des actes nécessaires, à l'introduction, à la mise en état, aux débats et aux délibérés des juges et à l'exercice des recours, jusqu'à parvenir à l'exécution des décisions qu'ils ont rendues¹¹¹³. La procédure commence par une action en justice. L'action c'est le droit qui appartient à une personne de faire valoir une prétention en saisissant la juridiction à laquelle la loi attribue la compétence pour en connaître. Dans cette perspective, la procédure de l'action en nullité de la société ou des actes de délibérations peut susciter quelques difficultés. La question se pose de savoir si les exigences relatives à la capacité, à la qualité et à l'intérêt pour l'action en nullité sont respectées en droit des sociétés. Il convient de noter une certaine souplesse des conditions de recevabilité de l'action en nullité en droit des sociétés (A) et de possibilités de surmonter ou contourner la prescription de l'action en droit des sociétés commerciales (B).

A- La relativité de l'exigence de la qualité à agir

La qualité pour agir s'entend de la qualification pour agir en justice, exigée à peine d'irrecevabilité du demandeur ou du défendeur¹¹¹⁴. La question se pose de savoir si cette exigence est absolue en matière d'action en nullité en droit des sociétés commerciales. Compte tenu de la spécialité du droit des sociétés, cette condition est exigée avec une certaine souplesse (1). Mais à l'égard de l'ayant

¹¹¹¹ F. BUSSY, *op. cit.*, p.3.

¹¹¹² R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6^e éd. n°97.

¹¹¹³ S. BRAUDO, « Procédure civile », www.dictionnaire-juridique.com.

¹¹¹⁴ G. CORNU, *op. cit.*, p. 638.

cause à titre particulier, la jurisprudence semble exigeante et refuse à celui-ci la qualité à agir en nullité (2).

1-La qualité à agir, une exigence souple

289. La qualité à agir est un titre de la qualification au quel est attaché le droit d'agir en justice. La qualité pour agir, lorsqu'elle est exigée par la loi, constitue une condition autonome, qui s'ajoute à la nécessité d'un intérêt. La définition de la qualité pour agir en justice donne lieu à des incertitudes, notamment en raison de la difficulté de distinguer cette notion de celle du pouvoir d'agir en justice. Selon CORNU et FOYER, « *la qualité est la situation juridique prise en considération par la loi pour y attacher le pouvoir d'agir* ». En effet, relèvent ces auteurs, « *il existe des types de prétentions qui ne peuvent être soumises à un juge par d'autres que les personnes déterminées par la loi* »¹¹¹⁵. La qualité est le titre juridique conférant le droit d'agir.

La Cour de cassation française retient que, si un copropriétaire a qualité pour demander l'annulation d'une délibération de l'assemblée générale des copropriétaires, sa demande n'est recevable que s'il justifie d'un intérêt légitime¹¹¹⁶. Il conviendrait de se poser la question de savoir si cette exigence est absolue concernant l'action en nullité en droit des sociétés commerciales.

290. La qualité d'un groupement à invoquer en justice la violation de l'intérêt général de la collectivité qu'il représente donne lieu à difficulté, tant pour des raisons de technique juridique que pour des raisons d'opportunités. Sur le plan strictement juridique, la recevabilité de la demande se heurte à l'exigence, de la part de l'auteur d'une prétention, d'un intérêt direct et personnel au succès de celle-ci¹¹¹⁷. Et, sur le plan de l'opportunité, ainsi que le soulignent SOLUS et PERROT, « *si l'on admet qu'un groupement a le droit de se faire le défenseur légitime des intérêts de la collectivité à laquelle il s'identifie, alors même qu'aucun intérêt individuel n'aurait été directement ou personnellement lésé, on lui reconnaît du même coup une mission quasi-légale qui, dans une certaine mesure, fait de lui un auxiliaire du ministère public, appelé à jouer un rôle de censure* »¹¹¹⁸. Dans cette optique, en marge de la théorie de l'unité économique et sociale, les salariés d'un groupe de sociétés pourront invoquer la fictivité d'une société pour obtenir la constitution d'un comité d'entreprise¹¹¹⁹.

¹¹¹⁵ G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, p. 286.

¹¹¹⁶ Cass. civ. 3^e, 3 mai 1990, Bull. Civ. III, n°108.

¹¹¹⁷ F. BUSSY, *op. cit.*, n°136, p. 22.

¹¹¹⁸ SOLUS et PERROT, *op. cit.*, n°245.

¹¹¹⁹ Ch. HANNOUN, *op. cit.*, p.228.

291. Il est un principe que l'action en nullité catégorielle est liée à la qualité d'associé et donc non transmissible en cas de cession des titres. Cependant, cela n'exclut pas que le droit du cessionnaire puisse trouver sa source ailleurs. En particulier, l'appartenance à la collectivité des associés peut conférer le droit d'agir à celui qui n'est entré dans la société qu'après l'apparition du vice. Finalement, la qualité d'associé n'apparaît ni suffisante ni même toujours nécessaire. Au sein d'un groupe, un associé d'une filiale peut être considéré comme personne intéressé à l'annulation d'une délibération de la société mère sans toutefois disposer de la qualité d'associé au sein de cette dernière¹¹²⁰. C'est dire que l'extension du droit d'agir en nullité tend à suivre le développement de l'ordre public et des institutions qui l'accompagnent au sein du droit des sociétés. Selon un auteur, la qualité n'est pas exigée pour les actions banales, c'est-à-dire, les actions concernant les nullités absolues en droit des sociétés¹¹²¹.

Cependant, en droit commun, la qualité est nécessaire. Elle est même déterminante pour l'action en nullité relative. En ce sens, le juge refuse la qualité à agir en nullité relative à l'ayant cause à titre particulier.

2-Le refus de la qualité à agir en nullité à l'ayant cause à titre particulier.

292. Selon le vocabulaire juridique, l'ayant cause à titre particulier est celui qui a acquis de son auteur un ou plusieurs droits déterminés auxquels sont transmises les créances relatives au bien acquis mais non les obligations¹¹²². La question ici se pose de savoir si l'action en nullité relative pour vice de consentement peut être transmissible à l'ayant cause à titre particulier. À cette question, le juge français répond négativement. C'est à cette conclusion que parvient la 3^e chambre civile dans un arrêt en date du 18 octobre 2005 rendu à propos de la nullité relative pour vice de consentement¹¹²³. Le principe semble posé. L'action en nullité relative née d'un vice du consentement ne se transmet pas à l'ayant cause à titre particulier que ce soit par nature ou en vertu d'une clause de subrogation générale. Il n'a pas, ni de plein droit, ni par convention qualité pour agir en nullité relative du contrat pour le vice du consentement dont son auteur aurait été victime¹¹²⁴. On a fait valoir que la transmission de l'action par voie d'accessoire, déjà fragile ordinairement, serait proprement inconcevable lorsqu'il s'agit de faire sanctionner un vice du

¹¹²⁰ Trib.com. 16 mars 1992, Perrier, Bull. Joly 526 §172, note M. JEANTIN.

¹¹²¹ J.-J. ANSAULT, "Le contrôle de l'intérêt à agir en nullité des délibérations sociales", Rev. des sociétés 2012, p.9.

¹¹²² G. CORNU, *op. cit.*, p.81.

¹¹²³ Cass. Civ. 3e 18 oct. 2005, Bull. Civ. III, n°197; RDC 2006, p. 470.

¹¹²⁴ J. GHESTIN, *op. cit.*, p.959.

consentement. Il est parfois avancé qu'elle se heurte à l'incapacité dans laquelle se trouve le sous-acquéreur de prouver qu'il n'a pas lui-même traité en toute connaissance de cause. On a encore objecté que l'extension du droit d'agir à l'ayant cause à titre particulier méconnaîtrait les principes qui gouvernent la nullité relative¹¹²⁵.

293. Du point de vue de la politique des nullités, est-il vraiment opportun de laisser un vice du consentement et, en cas de dol, la faute qui l'avait déterminé, dépourvus de toute sanction ?

Certes, on dira que toute la difficulté consiste précisément à déterminer si la protection recherchée ne présente pas un caractère *intuitu personae*, trop personnel pour qu'un autre que son destinataire premier puisse prétendre la déclencher si non en bénéficiaire¹¹²⁶.

Si l'on peut orienter la réflexion à partir de la nullité elle-même, la position de la Cour régulatrice s'avère contestable. L'attribution du droit de critique à un nouveau titulaire en plus du premier s'admet sans réserve dès lors que la finalité protectrice de la nullité relative n'est pas remise en cause. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait imaginer que l'exercice de l'action par l'ayant cause à titre particulier vienne parasiter la protection de son auteur. Or, une telle situation se conçoit assez difficilement. Ou bien, le titulaire en propre du droit de critique entend réclamer lui-même ou bénéficiaire des conséquences de la nullité invoquée par son successeur à titre particulier. Rien ne pourra alors s'opposer, hors les obstacles ordinaires¹¹²⁷, à ce qu'il agisse ou intervienne dans la cause pour tirer parti de l'annulation¹¹²⁸. C'est dire qu'en application du droit commun, la qualité est fondamentale.

Mais en droit des sociétés, la qualité à agir peut-être supplantée par l'intérêt à agir. Cette dernière exigence de la recevabilité de l'action en nullité ne paraît pas absolue au regard du droit des sociétés.

B- L'intérêt à agir, une condition relative

294. l'intérêt à agir peut se définir comme le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur¹¹²⁹. Dire d'une personne qu'elle a intérêt à agir, c'est dire que la demande formée est susceptible de modifier, en améliorant, sa condition juridique¹¹³⁰. Le recours

¹¹²⁵ J. GHESTIN, *op. cit.*, p.961.

¹¹²⁶ *Ibid*, p.962.

¹¹²⁷ Prescription, chose jugée (...).

¹¹²⁸ J. GHESTIN *op. cit.*, p. 963.

¹¹²⁹ G. CORNU, *op. cit.*, p. 565.

¹¹³⁰ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 9e éd. 2016 LexisNexis, n°349, p.280.

à la justice ne doit être ouvert que si son auteur peut espérer en retirer un certain avantage. Ceci afin d'éviter un encombrement inutile des tribunaux. Le service public de la justice n'a pas pour fonction de statuer sur des questions purement théoriques. S'il apparaît que l'exercice d'une action ne présente aucune utilité pour le plaideur, le juge peut, même d'office, déclarer la demande irrecevable. L'intérêt constitue une condition générale d'existence de l'action¹¹³¹. Traditionnellement, la doctrine pose l'intérêt comme condition essentielle de l'existence du droit d'agir. Au regard du droit processuel, l'action en nullité absolue s'analyse en une action banale alors que l'action en nullité relative s'analyse en une action attitrée¹¹³². Lorsqu'il s'agit de la nullité relative, seule la personne lésée peut demander au juge de la prononcer. Elle a des intérêts personnels à protéger. En revanche, le prononcé de la nullité absolue peut être demandé par toute personne intéressée. Il peut s'agir d'un associé, d'un tiers ou même du ministère public. Le juge peut également se saisir d'office¹¹³³. En droit judiciaire, l'intérêt doit être personnel. La question est de savoir si le titulaire du droit d'agir peut-il justifier toujours d'un intérêt personnel pour la recevabilité de son action en nullité en droit des sociétés. Il semble que la justification d'un intérêt personnel pour l'action en nullité en droit des sociétés commerciales n'est pas toujours exigée (1). Par ailleurs, l'appréhension de l'intérêt personnel de certaines personnes morales est discutable (2).

1-La flexibilité de justification d'un intérêt personnel de l'action en nullité

En principe, le droit d'action n'existe qu'au profit de celui qui a un « intérêt personnel et direct » à agir. Cette exigence signifie qu'une personne ne peut agir en justice que dans la mesure où la violation du droit l'atteint dans ses intérêts propres et où le résultat de l'action lui profitera personnellement¹¹³⁴. Selon SOLUS et PERROT, « *dire d'une personne qu'elle a intérêt à exercer une action en justice, c'est dire que la demande ainsi formulée est susceptible de modifier et d'améliorer sa condition juridique présente ; l'intérêt est fonction de l'utilité que le demandeur escompte de son initiative devant les tribunaux ; il doit s'apprécier en fonction des résultats éventuels de la demande, à la supposer fondée* »¹¹³⁵. Il faut noter que l'intérêt à agir est ignoré pour la nullité relative (a), mais il est exigé pour les nullités absolues en droit des sociétés (b)

¹¹³¹ F. BUSSY, *op. cit.*, n°62, p.12.

¹¹³² J.-J. ANSAULT, *op. cit.*, p.9.

¹¹³³ A. FÉNEON, *op. cit.*, n°1615, p.631.

¹¹³⁴ L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, n°358, p.287 ; Angers, 17 mai 2006, JCP.G. IV, 2032 : un service départemental d'incendie et de secours n'a pas d'intérêt à agir sur le fondement de l'article 1382 du code civil dès lors que sa mission relevant du service public ; Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2011, Dalloz 2011, 2387, note RAOUL-CORMEIL ; Cass. 1^{re} civ. 6 fév. 2008, RTD civ. 2008, 714, obs. THERY.

¹¹³⁵ R. SOLUS et H. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t.1, Sirey, n°226.

a- L'ignorance de l'intérêt à agir en cas de nullité relative

295. La nullité relative sanctionne la violation d'une règle d'intérêt privé. Seules les personnes que la loi entend protéger se verront en principe reconnaître le droit d'agir. En transposant ce principe aux nullités des délibérations sociales, actes juridiques collectifs, cela conduit à admettre que l'action ne profitera qu'au seul sujet de droit en faveur duquel la loi est intervenue.

Peut-on sérieusement envisager de contester l'intérêt à agir en nullité d'un associé ? Il semble que la réponse serait négative. Si sa prétention est déclarée fondée, il tirerait un avantage de la protection légale. L'on ne songerait pas davantage à discuter le caractère légitime de l'intérêt à agir de l'actionnaire victime d'un vice du consentement. La protection du législateur s'attache précisément à l'intégrité de ce consentement¹¹³⁶. Cette même protection s'étend à l'associé incapable ou victime d'un excès de pouvoir. Dans ces hypothèses, la société défenderesse ne soulèvera pas l'existence d'une fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt de l'associé demandeur. Dans ce raisonnement, l'intérêt à agir est supplanté par la qualité pour agir du demandeur¹¹³⁷. La seule qualité de l'associé demandeur occupe le devant de la scène. Le juge se laissera guider par son évidence. Une fois admise, la qualité pour agir de l'associé, le juge n'a plus besoin de s'interroger sur l'intérêt du titulaire du droit d'agir¹¹³⁸.

Il en résulte que l'exigence de l'intérêt à agir n'est pas nécessaire pour les actions en nullités relative des délibérations sociales. Mais tel n'est pas le cas en ce qui concerne les nullités absolues.

b- L'intérêt à agir exigée pour les nullités absolues

296. Si l'on s'intéresse maintenant aux hypothèses où la délibération de l'assemblée se trouve atteinte d'un « *vice de portée générale* », on observe que pour aboutir aux solutions retenues le juge emprunte un cheminement plus complexe. Les cas où une nullité absolue est susceptible d'intervenir sont nombreux. La nécessaire limitation de ces actions passe par un contrôle sans complaisance de l'intérêt à agir du demandeur.

Au regard du droit processuel, l'action en nullité absolue s'analyse en une action banale, librement accessible. Aucune exigence de la qualité pour agir ne vient restreindre le droit d'agir. Le demandeur s'efforcera de justifier de son intérêt à agir. La société défenderesse cherchera à en contester l'existence. La qualité s'analyse comme l'expression formelle de l'intérêt personnel et direct du demandeur en nullité. L'intérêt légitime paraît bien demeurer, comme dans le cas de vices

¹¹³⁶ J.-J. ANSAULT, *op. cit.*, p.8.

¹¹³⁷ J.-C. GIVERDON, « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », *Dalloz* 1952, chr.19.

¹¹³⁸ J.-J. ANSAULT, *op. cit.*, p.9.

de portée générale la condition déterminante de la recevabilité de l'action. L'appréciation des intérêts lésés sera alors gérée par le juge selon un schéma de « *cercles d'intérêts* »¹¹³⁹. Admettre très facilement cet intérêt permettrait aux tiers d'avoir un droit de regard excessif sur la vie sociale. Le juge doit exiger du tiers qu'il démontre en quoi la décision de l'assemblée entachée par une cause de nullité absolue est susceptible d'affecter sa situation juridique. Or, le plus souvent, les conséquences des décisions prétendument illégales ne se manifestent qu'au sein de la société sans rejaillir sur les tiers. Ce principe traditionnel connaît toutefois des tempéraments, notamment à l'occasion d'une action paulienne¹¹⁴⁰. C'est ainsi, par exemple, que des créanciers ou encore des salariés auront un intérêt à demander l'annulation d'une délibération visant à la transformation de la société. Le juge devrait accentuer sa vigilance lorsqu'il vérifie l'intérêt à agir en nullité des tiers pour éviter qu'ils ne s'immiscent dans les affaires sociales¹¹⁴¹.

Qu'en est-il de l'intérêt de la société, personne juridique distincte, à contester une décision sociale prétendument irrégulière ?

Pour certains auteurs, la question ne peut pas se poser en ces termes. Ils estiment qu'il appartient à l'organe qui a pris la décision contestée, une fois admise son irrégularité, de retirer celle-ci ou de la modifier conformément aux règles de droit applicable¹¹⁴². Cette voie de droit exclurait une demande en nullité. À cela, s'ajoute la difficulté de reconnaître à un même sujet de droit les qualités de demandeur et défendeur dans un procès.

Il apparaît que l'exigence d'intérêt à agir est à relativiser pour les actions en nullités des délibérations sociales. Cette condition semble difficile à apprécier lorsque l'action en nullité est initiée par une personne morale.

2-La difficulté d'action en nullité des actes et délibérations par la société

L'action en justice est un droit fondamental de tout sujet de droit. La société étant une personne morale jouit de cette prérogative, comme tout autre sujet de droit. Les actes et délibérations peuvent faire l'objet d'une action en nullité par la société, s'ils sont de nature à attenter ses intérêts. Il se posera le problème de l'intérêt personnel de la société (b), mais aussi une difficulté d'être à la fois demanderesse et défenderesse (a).

¹¹³⁹ Ch. HANNOUN, « L'action en nullité et droit des sociétés », RTD Com. 1993, n°12, p. 229.

¹¹⁴⁰ B. LECOURT, « De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés », Mélanges en l'honneur de Y. GUYON, Dalloz 2003, p.615.

¹¹⁴¹ J.-J. ANSAULT, *op. cit.*, p.10.

¹¹⁴² J. STOUFFLET et S. BETANT, J. Cl. Sociétés, Fasc. 149, n°52.

a-La difficulté d'être à la fois demanderesse et défenderesse

298 bis. La société personne morale peut avoir intérêt à demander la nullité des actes ou délibération susceptibles de porter atteinte à ses intérêts. En tant que personne morale, elle ne peut agir que par le biais de ses représentants que sont les dirigeants, personnes physiques. La question se pose de savoir elle peut être à la fois demanderesse et défenderesse. En pratique, il est impossible d'être à la fois demanderesse et défenderesse dans une procédure. Cette difficulté constitue une limite au droit d'agir en nullité des actes et délibérations, par la société qui pourtant, peut avoir la qualité et l'intérêt à agir. Par exemple, lorsqu'il y a abus de la majorité, c'est-à-dire, lorsqu'une délibération de l'assemblée générale a été votée alors qu'elle entre en contradiction avec l'intérêt de la société et a pour unique but d'avantager les associés majoritaires au détriment des associés minoritaires¹¹⁴³, il y aura une difficulté pratique pour la société d'intenter une action en nullité de ladite délibération.

Toutefois, la question de l'intérêt personnel de la société à agir peut également se poser dans une certaine mesure.

b-La difficulté d'appréciation de l'intérêt personnel d'une personne morale

297. La nécessité d'un intérêt personnel à agir soulève des difficultés particulières en ce qui concerne l'action des groupements des personnes, tel que le syndicat du personnel de la société. Ces difficultés tiennent essentiellement à la pluralité des intérêts que peuvent cristalliser ces groupements. Il peut s'agir de leur intérêt propre¹¹⁴⁴, de l'intérêt personnel des membres qui les composent¹¹⁴⁵. Mais il peut aussi s'agir de l'intérêt supérieur de la catégorie que le groupement entend représenter. Le problème se pose alors de savoir pour quel intérêt les groupements des personnes peuvent agir en justice. Il est parfois délicat de déterminer si l'intérêt du groupement absorbe l'intérêt à agir de toutes les personnes concernées¹¹⁴⁶.

Lorsqu'une action en nullité est intentée par un groupement, la question de l'intérêt à agir se trouve absorbée par celle de la qualité à agir. Certes, toute personne, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, doit justifier d'un intérêt personnel à agir. Mais en ce qui concerne les personnes morales, et notamment, la question qui se pose est de savoir si celles-ci sont

¹¹⁴³ www.assistance-juridique.fr.

¹¹⁴⁴ S'ils sont dotés de la personnalité morale.

¹¹⁴⁵ Dont la somme peut éventuellement constituer un intérêt collectif.

¹¹⁴⁶ Cass. Com. 2 juin 2015, JCP.G. 2015, 1304, n°13, obs. SERINET : recevabilité de l'action en réparation des salariés licenciés dans le cadre d'une procédure collective car le monopole du commissaire à l'exécution du plan ne concerne que la protection et la reconnaissance du gage commun des créanciers.

habilitées à défendre des intérêts collectifs. Comme le souligne J. HERON, « *il s'agit d'une difficulté spécifique à ces groupements, qui n'a rien de commun avec l'intérêt au sens ordinaire du terme ; on doit plutôt parler de la qualité que la loi confère à ces personnes morales pour faire valoir un intérêt collectif* »¹¹⁴⁷. Il faut souligner que c'est dans cette vision que la cour de cassation dans un arrêt du 22 janvier 2014 a reconnu à un syndicat son intérêt à agir en nullité d'un acte¹¹⁴⁸. Dans ce sens, le ministère public ayant une mission de service public, notamment la préservation de l'ordre public, ne peut justifier d'un intérêt personnel. L'on ne peut lui exiger la rigueur de l'intérêt personnel. On considère traditionnellement que l'intérêt à agir doit présenter trois caractères : il doit être légitime, né et actuel, direct et personnel. Cette dernière exigence restreint encore la prise en compte de l'intérêt à agir. Une personne n'est pas recevable à exercer une action en nullité dans le but de sauvegarder les intérêts d'autrui. C'est en vertu de cette exigence d'un intérêt direct et personnel à agir qu'il a été jugé que la fille des parents nourriciers d'un mineur n'est pas recevable à former tierce opposition contre le jugement ordonnant la restitution de l'enfant à sa famille naturelle¹¹⁴⁹. Dans la même optique, il a été jugé qu'un fils n'est pas recevable à former tierce opposition contre l'arrêt qui condamne son père pour rupture abusive d'une promesse de mariage¹¹⁵⁰.

Il est possible d'opposer une fin de non-recevoir à l'action en nullité, lorsque les conséquences de l'annulation porteraient atteinte à un intérêt « *privilegié* » par rapport à celui du demandeur¹¹⁵¹. Selon JAPIOT, « *il y a des intérêts en lutte entre lesquels on ne saurait justement décider sans s'inspirer de cette directive que l'on connaît sous le nom de principe de l'équilibre des intérêts en présence. En face des intérêts de la personne spécialement protégée par la nullité, il y a les intérêts respectables de telle autre personne, les intérêts généraux des tiers, les intérêts de la société ; il y a les besoins du crédit, les égards dus à la confiance accordée non pas à ce qui est, mais à ce qui paraît...* »¹¹⁵². La philosophie ici est qu'il ne faut pas prononcer la nullité d'une opération financière importante lorsque l'on estime que les conséquences d'une telle sanction sont très graves par rapport aux intérêts protégés¹¹⁵³. En l'occurrence, le prononcé de la nullité de l'opération

¹¹⁴⁷ J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd. 2015, LGDJ, n°78, p. 79.

¹¹⁴⁸ 1^{re} civ. 22 janvier 2014, www.coursdecassation.fr.

¹¹⁴⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 29 oct. 1979, Bull. civ. I, n°260.

¹¹⁵⁰ CA Paris, 15 nov.1988, Dalloz 1989, somm.183, obs. P. JULIEN.

¹¹⁵¹ J.-J. ANSAULT, *op. cit.*, p.13.

¹¹⁵² R. JAPIOT, *op. cit.*, p. 176.

¹¹⁵³ P. LE CANNU, note sous Paris 26 avril 1990, Rev. des sociétés 1990, 425.

financière réalisée aurait eu des conséquences trop graves par rapport aux intérêts protégés¹¹⁵⁴. L'on pense ici à la prétention du commissaire aux comptes qui cherchait à remettre en cause une fusion au motif qu'elle avait mis fin à son contrat de manière unilatérale. Favorable au demandeur, le prononcé de la nullité aurait provoqué une atteinte sensible à d'autres titulaires de droit affectés par la fusion. Il apparaît une hiérarchisation des intérêts en cause, dont certains priment de loin sur celui du demandeur¹¹⁵⁵.

Il en résulte une certaine flexibilité des conditions de recevabilité de l'action en nullité en droit des sociétés. Cette souplesse est renforcée par la prescription triennale de l'action. Toutefois, cette prescription peut être contournée.

PARAGRAPHE II : L'INEFFICACITÉ DE LA PRESCRIPTION DE L'ACTION,

298. le souci de ne pas perturber la vie sociale a conduit le droit des sociétés à enfermer les actions en nullité dans un délai de prescription abrégée, dérogoire au droit commun. Le régime juridique des délais abrégés est maintenu dans le souci de sécurité juridique eu égard aux exigences de la rapidité et d'efficacité en vue de sceller le sort de la société et de ses actes¹¹⁵⁶.

La prescription s'entend ici du mode d'extinction de l'action en justice résultant du non-exercice de celle-ci avant l'expiration du délai fixé par la loi. En matière de la procédure civile, la prescription est la cause d'extinction du droit d'agir en justice qui rend irrecevable la demande formée après expiration du délai d'action et constitue une fin de non-recevoir¹¹⁵⁷. La prescription peut être fondée sur des motifs d'ordre public. En droit des contrats, il serait contraire à l'ordre public de permettre que les débiteurs et leurs descendants puissent être actionnés pendant trop longtemps. Ils seraient dans l'impossibilité de savoir si le paiement a déjà été effectué. Il en résulterait une insécurité intolérable. D'autre part, l'inaction prolongée du créancier doit être sanctionnée dans l'intérêt général¹¹⁵⁸.

La question de savoir si la prescription abrégée de l'action en nullité est absolue en droit des sociétés commerciales. Même si la question de la prescription abrégée ne suscite pas à première vue de discussions en droit des sociétés, l'affirmation mérite d'être nuancée. L'examen de l'étendue exacte du domaine de la prescription triennale montre que des exceptions subsistent. Ces

¹¹⁵⁴ Nîmes, 14 sept. 2006, juris-Data n°2006-323749.

¹¹⁵⁵ J.-J. ANSAULT, *op. cit.*, p.14.

¹¹⁵⁶ H. RUMEAU-MAILLOT, "Les délais de prescription en droit des sociétés", *Rev. des sociétés* 2012, p ; 203.

¹¹⁵⁷ G. CORNU, *op. cit.*, p.794.

¹¹⁵⁸ H. MAZEAUD et autres, *Leçon de droit civil, T. 2 Obligations*, éd. Montchrestien, 1998, p.1198.

exceptions font reconduire le délai de droit commun. La prescription peut être neutralisée soit par le mécanisme d'exception de nullité (B), mais elle peut être anéantie en cas d'illicéité de l'objet social ou en cas de fraude (A).

A- L'anéantissement de la prescription pour illicéité d'objet ou pour fraude

299. La prescription vise à assurer l'ordre et la sécurité juridique auxquels aspirent tant le débiteur que le créancier ou le juge lui-même. Les règles de la prescription permettent de protéger les tiers qui pourraient être trompés par une situation apparente¹¹⁵⁹. Il ressort de l'alinéa 1^{er} de l'article 251 de l'AUSCGIE que « *les actions en nullité de la société, se prescrivent par trois (3) ans (...) sauf si la nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social* ». Selon l'alinéa 2, « *les actions en nullité des actes, décisions ou délibérations de la société, se prescrivent par trois (3) ans (...) sauf si la nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social* ». Il résulte de ces deux dispositions la volonté du législateur d'éviter une sanction qui risque de perturber la sécurité juridique. Néanmoins, le législateur permet l'anéantissement de la prescription abrégée en cas d'illicéité de l'objet social (1). À s'en tenir à l'esprit de ces textes, il serait possible d'envisager l'anéantissement de la prescription abrégée en cas de fraude (2).

1-L'anéantissement de la prescription abrégée en cas illicéité d'objet social

300. En droit des sociétés, le souci de sécurité juridique a amené le législateur à mettre beaucoup d'obstacles à la nullité de la société ou des actes et délibérations. En ce sens, la prescription abrégée participe à la stabilité ou à la sécurité juridique. Les règles de la prescription permettent de sanctionner l'inaction du titulaire d'un droit, à travers la consolidation d'une situation par l'écoulement d'un certain délai. La prescription extinctive ou libératoire comme un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps. Ce qui signifie que l'inaction du titulaire d'un droit pendant un temps déterminé par la loi entraîne la disparition de ce droit. La durée de la prescription est en effet déterminée par la nature de la créance. En matière commerciale, la prescription se présente principalement comme un mode libératoire, ignorant les effets acquisitifs. Sa vocation première consiste en effet à éteindre des droits et des obligations. Cette remarque vaut notamment en droit des sociétés, où le domaine de l'usucapion paraît inexistant¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁹ H. RUMEAU-MAILLOT, *op. cit.* p. 203.

¹¹⁶⁰ H. RUMEAU-MAILLOT, *op. cit.* p. 204.

Cependant, le législateur a expressément exclu cette prescription abrégée dans l'hypothèse où l'objet social est illicite. Il en résulte l'anéantissement de la prescription abrégée en cas d'illicéité d'objet social. L'illicéité s'entend de caractère de ce qui est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Un vice justifiant l'annulation d'un acte juridique lorsqu'il affecte un élément constitutif de celui-ci¹¹⁶¹. La notion de bonnes mœurs évoque à la fois la morale et la coutume sans s'identifier à aucune d'elles c'est une morale coutumière. Une morale raisonnable, non insusceptible de variation¹¹⁶². La notion d'ordre public ne se laisse pas enfermer ni dans une définition ni dans un catalogue. L'idée générale est celle d'une suprématie de la collectivité sur l'individu¹¹⁶³. Le législateur écarte le jeu de la prescription triennale d'une action en nullité fondée sur l'illicéité de l'objet social. Le caractère illicite de l'objet est susceptible de degrés suivant que les interdictions sont assorties ou non d'une sanction pénale¹¹⁶⁴. La question est de savoir si cette illicéité concerne l'objet social statutaire ou réel. Il semble que l'illicéité doit concerner à la fois l'objet statutaire et l'objet réel.

Dans la même optique de l'anéantissement de la prescription abrégée, une cession d'actions n'est pas considérée comme un acte de société. Une telle opération ne peut bénéficier du régime spécial de la prescription triennale. En ce sens, ce n'est pas spécifiquement l'agrément du conseil d'administration ou un autre acte de la société qui est concerné. La transaction d'actions intervenue entre le vendeur et l'acheteur n'est pas soumise à la prescription abrégée¹¹⁶⁵. Cette solution semble conforme. La cession des parts s'analyse en un contrat formé entre l'associé cédant et un tiers. Le retour au droit commun de la prescription paraît tout à fait justifié.

Dans le cas particulier de la nullité d'une société pour fictivité ou défaut *d'affectio societatis*, les juges du fond ont transposé le même raisonnement pour retarder le point de départ de la prescription. La voie a été déjà suggérée par un arrêt français par lequel la 3^e chambre civile a fait application de la théorie de l'inexistence de la société pour défaut de volonté commune¹¹⁶⁶. Cette application visait à soustraire cette irrégularité au jeu de la prescription abrégée.

En tout état de cause, il paraît justifié que le législateur puisse garder une certaine souplesse pour définir le régime des prescriptions d'une société pour éviter qu'elle puisse s'affranchir des règles

¹¹⁶¹ G. CORNU, *op. cit.*, p. 519.

¹¹⁶² J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°983, p. 2036.

¹¹⁶³ *Ibid*, n°984, p.2037.

¹¹⁶⁴ F. DREIFUSS-NETTER, « Droit de la concurrence et droit commun », RTD. Civ. 1990, p. 370.

¹¹⁶⁵ Civ. 3^e, 6 oct. 2004, RJ. Com. 2004, 28; Rev. des sociétés 2005, 411, notes J.-P. BARBIERY.

¹¹⁶⁶ Civ. 3^e, 22 juin 1976, Dalloz 1977, 619, note P. DIENER.

d'ordre public et de bonnes mœurs. En cas de fraude, il serait possible de revenir au régime de droit commun.

2-L'anéantissement possible de la prescription en cas de fraude

301. Gérard CORNU définit la fraude de manière générale comme « *acte régulier en soi accompli dans l'intention d'éluder une loi impérative ou prohibitive et qui, pour cette raison est frappé d'inefficacité par la jurisprudence ou par la loi* »¹¹⁶⁷. En somme, la fraude consiste en un agissement licite accompli en vue de poursuivre un but illicite. Deux conceptions de la fraude sont envisageables en droit des sociétés¹¹⁶⁸. Ici, c'est l'élément matériel qui détermine la fraude. L'élément moral est indifférent. Il peut s'agir de la fraude à la loi, c'est-à-dire le fait de se placer artificiellement en dehors du domaine d'une loi impérative. Il peut s'agir encore de la fraude aux droits des tiers¹¹⁶⁹. En droit français, selon un auteur, le principe selon lequel la fraude corrompt tout a déjà permis de dépasser les rigidités du droit des sociétés qui auraient conduit à un défaut de sanction¹¹⁷⁰. La fraude corrompt tout dit-on. Très classiquement, elle entraîne l'inopposabilité des actes qui en sont le fruit. De manière plus originale, elle va même jusqu'à bouleverser le droit de la preuve. La victime d'une fraude n'est pas soumise au formalisme légalement prévu mais prouve librement¹¹⁷¹. La question est de savoir si la fraude n'affecte pas les règles de la prescription. Cela n'est pas inconcevable, dès lors que la fraude corrompt tout, et qu'elle est assimilable à l'illicéité. En matière de nullité de traité de fusion, la Cour d'appel de Rennes a pu flirter avec cette idée en écartant la prescription de six mois pour affirmer que « *l'action en nullité pour fraude fait exception à toutes les règles et est soumise au délai de prescription trentenaire* »¹¹⁷². Au fond, la fraude pourrait être vue comme la plus forte violation de l'ordre juridique qui ne souffre pas que sa sanction soit illimitée dans le temps pour les motifs de sécurité juridique ou de paix sociale. Si pour sanctionner la fraude, « *la défense de l'ordre juridique passe par la méconnaissance par le juge d'une règle de droit théoriquement applicable* »¹¹⁷³, la prescription devrait être méconnue.

¹¹⁶⁷ G. CORNU, *op. cit.*, p.482.

¹¹⁶⁸ Selon cette conception subjective, la fraude s'apparente à la volonté de poursuivre un but illicite, en ce sens que l'auteur de la fraude est animé par l'intention de frauder. La fraude requiert donc la caractérisation d'un élément moral. Selon la conception objective, la fraude est caractérisée par la seule violation de la loi, peu importe que son auteur ait ou non été animé par l'intention de frauder.

¹¹⁶⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.* p.262, n°552.

¹¹⁷⁰ M. AZAVANT, « la sanction civile en droit des sociétés », *Revue des Sociétés* 2003, p.450.

¹¹⁷¹ L. BOYER et H. ROLAND, *Adage du droit français*, 4^e éd. Litec, 1999, p.288.

¹¹⁷² Rennes, 2^e ch. com.19 juin 2007, *juris-Data* n°2007-353693.

¹¹⁷³ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale, traité de droit civil*, 4^e éd. LGDJ, 1994, n°827.

Un arrêt de la 3^e chambre civile de la cour de cassation, rendu le 15 octobre 2015 permet de s'interroger encore sur ce sujet. En l'espèce, deux cessions des parts sociales de SCI avaient été réalisées en fraude du droit d'agrément ménagé par les statuts à un associé, dont la signature avait été contrefaite. Il demanda par conséquent l'annulation des deux cessions mais se vit opposer la prescription triennale.

Pour les juges de première instance, la prescription triennale ne s'applique pas à des actes de fraude. Les actes frauduleux relèvent du délai de droit commun. Il y avait là un raisonnement original qui revenait à dire que la fraude corrompt la prescription abrégée du droit spécial et neutralise l'adage *specialia generalibus derogant*¹¹⁷⁴. Une manière de juger qui n'était pas sans rappeler celle que l'on retrouve pour sanctionner une faute différente de la fraude quoiqu'elle puisse parfois en être proche, la situation de fait. À titre d'illustration, le commerçant de fait est privé de la prescription commerciale. Le dirigeant de fait d'une société ne peut invoquer la prescription triennale d'une action en responsabilité à son encontre et se voit soumis à la prescription de droit commun¹¹⁷⁵. Le dirigeant de fait ne peut prescrire sa responsabilité par trois ans. Il ne saurait bénéficier du régime spécial de responsabilité attaché à une qualité qu'il n'a pas de droit. La fraude est plus grave que la situation de fait. Le régime de la prescription calqué en principe sur une échelle de gravité des fautes justifie leur oubli plus ou moins rapide devrait le refléter. Mais peut-être faut-il trouver une telle solution raisonnable. Juger le contraire risquerait de fragiliser les prescriptions abrégées et le régime de la prescription en général. Il est parfois difficile de distinguer entre simple faute, prescrite de manière abrégée et véritable fraude, qu'on aurait soumise à une prescription de droit commun. Il apparaît que la prescription abrégée peut être anéantie en cas de fraude. En outre, l'exception de nullité permet également de neutraliser la prescription.

B -La prescription abrégée neutralisée par le droit commun

La prescription abrégée en droit spécial peut être inefficace par le biais de l'exception de nullité qui est perpétuelle (1), soit par le mécanisme de la suspension légale entre époux (2).

1-La prescription neutralisée par l'exception de nullité

Il s'agit d'un moyen de protection du débiteur de l'obligation qui peut soulever cette exception de nullité pour se défendre (a). Au-delà de la protection, l'admission de cette exception de nullité est

¹¹⁷⁴ H. BARBIER, « La fraude est-elle imprescriptible ? », RTD. Civ. 2016, p.126.

¹¹⁷⁵ Com. 30 mars 2010, Dalloz 2010, 1678, obs. LIENHARD.

une sanction contre le créancier qui cherche à profiter de cette prescription, encore faut-il que l'obligation n'ait pas été exécutée (b).

a -L'admission de l'exception de nullité

302. Il ressort de l'alinéa 1^{er} de l'article 251 de l'AUSCGIE que « *les actions en nullité de la société, se prescrivent par trois (3) ans à compter de l'immatriculation de la société ou de la publication de l'acte modifiant les statuts sauf si la nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social et sous réserve de la forclusion prévue à l'article 248 (...). Les actions en nullité des actes, décisions ou délibérations de la société, se prescrivent par trois (3) ans à compter du jour où la nullité est encourue sauf si la nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social et sous réserve de la forclusion prévue à l'article 248 (...). Toutefois, l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission se prescrit par six (6) mois à compter de la date de la dernière inscription au registre du commerce et du crédit mobilier rendue nécessaire par l'opération de fusion ou de scission* ». La prescription étant un moyen d'extinction de l'action participe à la réduction de la nullité. Elle trouve aujourd'hui son explication dans la sécurité juridique. À l'expiration du délai, l'acte n'est pas purgé de tout vice, mais la situation de fait est consolidée par le maintien du *statu quo*¹¹⁷⁶. Selon la jurisprudence OHADA, lorsque l'assemblée générale extraordinaire du 19 décembre 1998 et dont la nullité a été demandée n'a été portée à la connaissance des requérants que le 17 janvier 2006 à l'occasion de la remise de l'entier dossier détenu par le cabinet S., la date du 19 décembre 1998 ne peut être opposée aux requérants qui ignoraient la tenue de cette assemblée et à laquelle ils n'ont pas participé en tant qu'actionnaires. Le point de départ de l'action en nullité ne peut courir que du jour de la découverte de la cause de la nullité et de la forclusion soulevée par l'appelant doit être rejetée¹¹⁷⁷.

La question est de savoir si les exceptions du droit commun n'influencent pas sur cette prescription. Suivant l'esprit de l'article 2 de l'AUSCGIE, il serait possible de souligner le caractère absolu de la prescription de l'action en nullité, dans l'optique d'évitement de sanction en droit des sociétés. Néanmoins, il conviendrait de souligner que cette prescription est surmontable par le biais de l'exception de nullité en droit des obligations. Ce régime abrégé s'étendrait difficilement lorsque l'irrégularité touche aux meurs c'est-à-dire, à une portée générale. L'ordre public s'oppose donc de façon permanente au fonctionnement d'une société ou à la validité d'un acte social dont l'objet

¹¹⁷⁶ N. PICOD, "Le déclin de l'exception de nullité à l'époque contemporaine", RTD com. 2014, p. 509.

¹¹⁷⁷ CA. Ouagadougou (Burkina Faso) ch. com. n° 016/09, du 3.4.2009: D.B. c/ Z. D, Maître O. M., Ohadata J-10-206.

serait illicite¹¹⁷⁸. Si l'action en nullité est réduite dans le temps, en revanche l'exception de nullité est perpétuelle conformément au droit commun.

303. selon le vocabulaire juridique, l'exception de nullité est un moyen de défense par lequel une partie fait valoir la nullité de l'acte qu'on lui oppose. Lorsqu'un contrat n'a pas été exécuté et qu'une des parties en exige l'exécution ou demande réparation pour sa non-exécution, après l'expiration de l'action en nullité, l'autre partie peut invoquer cette nullité¹¹⁷⁹. Il peut s'agir d'un contrat comme la cession des titres sociaux ou d'une partie d'actif de la société.

On dit que la nullité est invoquée par voie d'exception lors que celui qui la soulève est le défendeur à l'instance. L'exception de nullité trouve son fondement dans l'article 1185 du code civil. C'est la traduction de l'adage *quae temporaria ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, soit les actions sont temporaires, les exceptions sont perpétuelles. La prescription peut être rendue inefficace par l'exception de nullité soulevée pour l'action tendant à l'annulation d'une cession de droits sociaux pour vice du consentement¹¹⁸⁰. La réception de l'exception de nullité est importante du moment où elle permet la protection des droits fondamentaux du cocontractant, défendeur en l'instance, et, par ricochet elle sanctionne le créancier de l'obligation, « *profito-situationniste* ».

b- L'admission d'exception de nullité sous condition

304. En principe, la prescription met fin à l'action en nullité, sauf, les cas d'illicéité d'objet selon la loi. Mais la Cour de cassation décide, en application du droit commun que, si l'action en nullité est éteinte par la prescription, l'exception de nullité est perpétuelle. Selon l'arrêt du 20 novembre 1990, l'exception de nullité est perpétuelle. Elle permet de sanctionner celui qui veut, d'une manière ou d'une autre profiter de la prescription pour faire exécuter une obligation. Dans son arrêt du 25 novembre 1998, la cour de cassation française a clairement retenu que « *la prescription d'une action en nullité n'éteint pas le droit d'opposer celle-ci comme exception en défense à une action principale* »¹¹⁸¹. Plus favorable au débiteur l'invocation d'exception de nullité réceptionnée par le juge est une sanction véritable contre le créancier de l'obligation. Dans cette perspective, l'exception de nullité peut être invoquée par une personne contrainte d'exécuter l'acte

¹¹⁷⁸ R. NJEUFACK TEMGWA, *op. cit.*, p.185.

¹¹⁷⁹ G. CORNU, *op. cit.* p. 428.

¹¹⁸⁰ Cass. 3^e civ. 6 octobre 2004 n°965, RJDA 12/04 n°1330 relative à la cession de parts d'une société civile mais transposable.

¹¹⁸¹ www.legifrance.gouv.fr .

irrégulier¹¹⁸², pourvu qu'elle ne l'ait pas encore exécuté¹¹⁸³. L'exception n'a vocation qu'à « pérenniser la situation d'inexécution d'un contrat originellement vicié »¹¹⁸⁴. Cette solution est nécessaire à l'efficacité même du mécanisme de la prescription. Autrement, l'exception de nullité ne peut plus jouer lorsque le contrat vicié a été exécuté¹¹⁸⁵. Dans un arrêt du 31 janvier 2017, la Cour de cassation française revient sur sa règle selon laquelle l'exception de nullité est perpétuelle¹¹⁸⁶. Cet arrêt a été rendu en matière de cautionnement, mais a une portée bien plus large. Dans cette espèce, le gérant d'une société s'était rendu caution solidaire, en 2006, et pour une durée de 10 ans, des engagements de cette société envers l'un de ses fournisseurs. La société ayant été mise en liquidation judiciaire en 2009, le fournisseur a assigné le gérant en exécution de son engagement de caution en 2011. Le gérant a alors opposé une exception de nullité, en 2012, en l'absence de signature des mentions manuscrites portée sur l'acte de cautionnement. La Cour d'appel a accueilli l'argument, considérant que le cautionnement n'ayant jamais été véritablement accepté par le gérant, la demande formulée par voie d'exception n'étant pas soumise à la prescription. Le fournisseur par sa négligence n'a pas vérifié les conditions de preuve du cautionnement exigée par la loi. Le moyen de défense soulevé par le débiteur de l'obligation a permis qu'il soit ainsi sanctionné. Il peut paraître singulier que la jurisprudence vienne écarter les règles de la prescription, strictement encadrées par le législateur, pour laisser place à un adage d'inspiration romaine. C'est bien là une traduction de la puissance de la tradition juridique, plus forte que le droit écrit¹¹⁸⁷. Le caractère perpétuel de l'exception permet donc à celui qui désire invoquer la nullité de l'acte de ne rien faire tant et aussi longtemps qu'aucune demande en exécution du contrat n'est faite¹¹⁸⁸. Paradoxalement, l'imprescriptibilité de l'exception favorise donc le *statu quo*, ce qui est le but même de la prescription¹¹⁸⁹.

305. Néanmoins, à titre de droit comparé, il conviendrait de souligner que les juges espagnols ont franchi le pas en soumettant l'exception à la prescription, prenant prétexte de l'application d'un nouveau texte de procédure civile¹¹⁹⁰. Si une telle limitation permet d'assurer la sécurité juridique,

¹¹⁸² Cass. com. 13 décembre 1976, Dalloz 1977, 375 note JEANTIN ; Cass. com. 10 juillet 1978, Bull. civ. IV. n°195 ; cass. 3^e civ. 25 mars 1998, RJDA 6/98 n°722.

¹¹⁸³ Cass. Civ.1^{re}, 1^{er} décembre 1998, RDJA 4/99 n°379 ; Cass. Com. 3 avril 2007, RDJA 7/07 n°733.

¹¹⁸⁴ J. MESTRE, RTD. Civ. 1999, p. 621.

¹¹⁸⁵ A. CHARVERIAT et autres, *Société commerciales*, éd. 2017, Francis LEFEBVRE, n°89455, p.1590.

¹¹⁸⁶ www.courdecassation.fr.

¹¹⁸⁷ N. PICOD, *op. cit.*, p. 509.

¹¹⁸⁸ J. PINEAU, D. BURMAN, et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd. Les Editions Thémis, 1996, p.697.

¹¹⁸⁹ J. GUESTIN, 2^e éd., n°868, p.1005.

¹¹⁹⁰ Trib. Supremo, 2 nov. 2001, RJ. 2001, 229 ; 5 déc. 2006, RJ. 2007, 230 ; 30 juin 2009, RJ. 2009, 4590.

elle peut être intéressante. Selon Stuar MILL, « *aucun homme ne peut faire la moindre chose sans la sécurité. C'est d'elle que nous dépendons, lorsque nous voulons nous soustraire au mal et donner au bien toute sa valeur pour une durée autre que le moment actuel* »¹¹⁹¹. C'est la sécurité qui justifie l'interprétation logique et invariable des lois. C'est elle qui est à la base de la précision, de la clarté que certains auteurs considèrent comme la caractéristique du droit¹¹⁹². Et si l'on doit obliger un débiteur de l'obligation à s'exécuter, sachant que le contrat est né d'un vice comme le dol, du fait qu'il y a prescription, l'efficacité d'une telle exécution est discutable. C'est l'un des intérêts dont le législateur communautaire se préoccupe le plus. Donner de la sécurité aux individus, cette idée, si simple a dans le droit de nos jours une importance colossale. À l'idée de la sécurité, se rattache, non seulement la stabilité du droit, mais aussi le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs, la bonne foi dans l'exécution des contrats. Par conséquent, les manœuvres dolosives doivent être sanctionnées, même par voie d'exception. Il résulte de cette analyse une certaine souplesse inhérente aux conditions de la recevabilité de l'action en nullité en droit des sociétés. L'évitement de l'absolutisme des exigences du droit judiciaire participe à la sécurité juridique en droit des sociétés.

La perpétuité de l'exception de nullité issue du droit commun, évite à donner effet à un acte ou une délibération nulle mais dont l'action est prescrite en raison des délais abrégés du droit des sociétés. Il résulte que la présence des sanctions civiles agit par conséquent comme un révélateur des carences de l'ordre sociétaire. Le législateur ne peut prétendre assurer une sécurité juridique et concevoir un système qui risque de rendre inefficace une sanction, condition nécessaire à la réalisation de la règle de droit. La limitation de l'action par la prescription est relative, à la lumière de la perpétuité de l'exception de nullité. Dans une certaine mesure, la loi consacre la suspension de la prescription à l'égard des conjoints, même s'ils sont associés d'une même société

2 -La suspension légale de la prescription à l'égard des époux

306. Il ressort de l'article 2253 du code civil¹¹⁹³ que la prescription ne court point entre époux. La question est de savoir si cette disposition du droit commun peut être applicable en droit des sociétés commerciales. Le législateur OHADA n'ayant pas expressément interdit, il est possible que l'article 2253 du code civil soit appliqué en droit des sociétés commerciales, pour sauvegarder

¹¹⁹¹ Cité par R. DEMOGUE, p.63.

¹¹⁹² R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, 1911, éd. La mémoire du droit, Paris 2001, p.65.

¹¹⁹³ Dans sa version de 1958, applicable au Tchad.

l'ordre public de protection. Il faut dire que c'est dans cette optique que l'article 517 du projet de texte portant droit général des obligations dans l'espace OHADA dispose que « *la prescription ne court pas ou est suspendue contre : (...) les époux dans les actions entre eux* ». Il importerait de faire une illustration avec un arrêt de la 3^e chambre civile de la cour de cassation française, du 30 novembre 2017¹¹⁹⁴, qui peut être une source d'inspiration dans l'espace OHADA. Selon cet arrêt, la suspension de la prescription entre époux, prévue à l'article 2253 du code civil, s'applique à l'action en nullité d'une cession de parts sociales intervenue entre deux conjoints associés dans la même société.

En l'espèce, deux époux mariés sous un régime séparatiste étaient associés d'une société civile immobilière (SCI). Ils ont aussi une société par action simplifiée (SAS), ayant une activité commerciale. L'époux a cédé la quasi-totalité de ses parts de la SCI à son épouse. En contrepartie, l'épouse lui a cédé ses actions de la SAS. En 2004, l'épouse rétrocède à son conjoint les parts de la SCI, pour un prix de 1500 £. Elle espère en retour que le conjoint va lui céder ses actions de la SAS. Mais l'époux n'a pas respecté son engagement. En 2011, saisissant l'occasion d'une procédure de divorce, l'épouse demande l'annulation de la cession des parts de SCI, au motif de la vileté du prix. Le conjoint conteste l'action en invoquant la prescription et dit que l'article 2253 dans sa version avant la réforme de 2008 ne peut s'appliquer. Aucun argument n'a prospéré devant les juges. La demande de l'épouse a été déclarée recevable et fondée.

307. Une telle solution est parfaitement fondée. La suspension de la prescription est justifiée par la nécessité de protéger celui qui risque de ne pas agir en raison du lien matrimonial qui l'unit à son adversaire. La circonstance que les époux soient, par ailleurs, associés de la même société ne fait pas disparaître cet impératif de protection. Au-delà de la cession de droits sociaux, cette suspension légale de la prescription a vocation à s'appliquer, quel que soit le type de contrat liant les époux associés¹¹⁹⁵. La qualité de la justice, loin d'être assurée par sa seule efficacité, dépend aussi de la sécurité résultant des garanties données aux justiciables. La justice en matière financière ne saurait y échapper : le procès doit être soumis à des principes et à des mécanismes clairs, appropriés et conformes aux garanties fondamentales¹¹⁹⁶. Il apparaît que l'adéquation des règles processuelles à

¹¹⁹⁴ Dalloz 2017, 2477 ; 2018, 371, obs. M. MEKKI ; 2018, 2056.

¹¹⁹⁵ A. RABREAU, « Cession pour vil prix conclue entre époux », Dalloz 2018, p.2064.

¹¹⁹⁶ A.-V. LE FUR, « La rationalisation des sanctions, une exigence démocratique en faveur de leur efficacité », Dalloz 2016, p.1091.

l'action en nullité favorise une justice objective. Mais l'adéquation de l'action en nullité en droit des sociétés commerciales avec le droit commun semble incertaine.

SECTION II : LA COMPLEXITÉ LIÉE AUX REGLES DE DROIT COMMUN

Les difficultés concernent le prononcé de la nullité à la lumière de la théorie de l'intérêt protégé (§ I). En outre, il faut souligner que l'admission des effets exceptionnels de la nullité n'est pas absolue en droit des sociétés commerciales (§ II).

PARAGRAPHE I : LES DIFFICULTÉS INHÉRENTES AU PRONONCÉ DES NULLITÉS

Les difficultés sont relatives à l'appréhension des nullités facultative suivant la théorie de l'intérêt protégé d'une part (A), et à la restriction du pouvoir d'appréciation du juge d'autre part (B).

A-La difficulté d'appréhension des nullités facultatives au regard du critère de l'intérêt protégé

308. Il ressort de l'article 143 du projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA¹¹⁹⁷ que « *la nullité est absolue ou d'ordre public lorsque la règle violée est destinée à la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative ou de protection lorsque la règle violée est destinée à la sauvegarde d'un intérêt privé (...)* ». Cette disposition est conforme au critère de l'intérêt protégé remplacé par DROGOUL, JAPIOT et GAUDEMET au cœur de la mise en œuvre de la nullité, constitue la clé de voûte d'une distinction opposant la nullité absolue et relative¹¹⁹⁸. Les nullités facultatives sont celles qui ne s'imposent pas de plein droit mais qui sont laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond¹¹⁹⁹. Selon la doctrine, la nullité facultative est celle par laquelle « *le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour la prononcer ou s'y refuser, et ceci alors même que les conditions de la nullité sont réunies* »¹²⁰⁰. La question est de savoir si la détermination du domaine des nullités facultatives est cohérente avec le critère de

¹¹⁹⁷ Il s'agit du projet de la fondation pour le droit continental, dirigé par les professeurs J. ISSA SAYEGH, P. G. POUGOUE et F. M. SAWADOGO.

¹¹⁹⁸ A-S. LEBRET, « Les nullités revisitées », AJ Contrats 2017, p.12.

¹¹⁹⁹ Le juge d'abord, le juge qui est saisi d'une demande en nullité du contrat ou de l'acte juridique doit prononcer cette nullité dès l'instant que les conditions de l'action sont réunies. Dès l'instant qu'il y a erreur, qu'il y a dol, qu'il y a violence, qu'il y a indétermination de l'objet, indétermination de la cause ou dès lors que les parties ne sont pas capables. Ou encore, l'acte est entaché d'irrégularité de forme ou de vice de fond. Le juge doit être saisi de cette demande. Le juge ne peut pas relever d'office cette demande en nullité. Et naturellement il appartient au juge d'apprécier, en fonction des circonstances, si les cas de nullités sont véritablement caractérisés.

¹²⁰⁰ F. TERRE, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°390.

l'intérêt protégé. Il semble que le domaine des nullités facultatives est d'une part, cohérent au critère de l'intérêt privé (1), d'autre part mixte (2).

1- Le domaine des nullités facultatives justifié par l'intérêt privé

309. Classiquement, on distingue le domaine de nullités suivant que la nullité est absolue ou relative. Les nullités de plein droit sont des nullités absolues, du moment où l'intérêt général doit être protégé et que dans ce domaine, la confirmation n'est pas admissible pour la régularisation¹²⁰¹. Le législateur OHADA consacre d'un côté, les nullités de plein droit et de l'autre, les nullités facultatives. Selon l'alinéa 3 de l'article 286 « *Toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée. Toutefois, l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les associés étaient présents ou représentés* ». La consécration des nullités facultatives est intéressante dans la mesure où elle permet au juge de jouer son rôle, d'assurer ses fonctions en tant que gardien des droits fondamentaux ou d'affirmer son autorité judiciaire.

310. Dans l'AUSCGIE, le législateur a employé le vocable « *peut* », pour déterminer le domaine des nullités facultatives. Cependant, il semble que ce choix, quand bien même il permet d'identifier les nullités facultatives, n'est pas si clair.

Il se pose ici la question de savoir si la délimitation des nullités facultatives et des nullités obligatoires repose sur la distinction intérêt particulier et l'intérêt général¹²⁰². Suivant l'alinéa 3 de l'article 318 « *est nulle toute cession de parts intervenue en violation des clauses statutaires établies conformément au présent article* ». Il s'agit ici de la nullité pour non-respect des conditions de cession des parts entre associés dans les SARL. Il ressort de l'article 321 de l'AUSCGIE que, « *est nulle toute cession de parts intervenue en violation de clauses statutaires établies conformément à l'alinéa 1^{er} du présent article ou, à défaut, en violation des alinéas 2 et suivant du présent article* ». Cette disposition traite de la nullité pour non-respect des conditions de cession des parts pour cause de décès dans les SARL. Il faut souligner que ces dernières dispositions

¹²⁰¹ Autrement, le critère d'identification de nullités de plein droit est l'intérêt général ou l'ordre public de direction, alors que celui de la nullité facultative est l'intérêt particulier.

¹²⁰² Selon un auteur, le critère de l'intérêt protégé est impuissant à cloisonner les nullités en catégorie étanches. Ce critère nécessite une marge d'appréciation en ce qu'il est tributaire des époques. Ainsi, le critère de l'intérêt protégé ne permet pas d'expliquer pour quelle raison l'absence de cause dans un engagement peut être invoquée par tous les intéressés dans certains cas, et uniquement par le contractant auquel la cause fait défaut dans d'autres situations. Au contraire, le critère de la nature du vice est le seul à admettre que l'absence d'un élément constitue une nullité matérielle D. SADI, Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé, éd. Mare et martin 2015, .p. 280). C'est dire que la classification bipartite est délaissée au profit d'un aménagement tripartite D. SADI, Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé, éd. Mare et martin 2015, .p. 308).

concernent les nullités obligatoires, donc de plein droit alors que l'article 286 alinéa 3 est relatif à la nullité facultative.

La question s'est posée devant les juges relativement à une assemblée générale extraordinaire irrégulièrement convoquée, dans une affaire soumise à l'appréciation de la CCJA le 3 juillet 2008, c'est-à-dire six ans avant la réforme¹²⁰³. En l'espèce, il est créé entre les protagonistes une société à responsabilité limitée dénommée Buretel Macsyn technologies. Les sieurs DJIBRIL CISSE et MODY KEITA sont nommés respectivement gérant et cogérant. La querelle naît lorsque le gérant et les autres associés sont informés en décembre 2001 qu'une assemblée générale extraordinaire à laquelle ils auraient pris part a été tenue le 29 juillet précédent. Cette assemblée a pour objet le changement de dénomination sociale, la nomination de gérant, la cession des parts sociales et le changement de l'objet social. Contestant la régularité de l'assemblée générale et par suite des résolutions qui en sont ressorties, les nommés A. CISSE, D. CISSE et M.E. BECHIR SISSOKO ont saisi le tribunal de commerce de Bamako en annulation du procès-verbal litigieux. L'annulation prononcée en premier ressort puis en appel est confirmée par la Cour commune de justice et d'arbitrage. Cet arrêt met suffisamment en exergue le pouvoir d'appréciation reconnu au juge sur les suites à donner à une assemblée irrégulièrement convoquée. L'acte uniforme confère aux juges en cette matière un pouvoir d'appréciation de l'opportunité ou non du prononcé de la nullité.

Si l'irrégularité de convocation relève de la nullité facultative, Cette classification peut se justifier dans la mesure où cette sanction vise à protéger les intérêts particuliers de l'associé, notamment, les prérogatives d'associés telles que ses droits politiques, ou économiques.

La chambre commerciale de la Cour de cassation française, dans un arrêt du 6 septembre 2016, en faisant usage de la faculté d'appréciation des nullités, a esquivé une sanction de délibération de l'assemblée générale extraordinaire¹²⁰⁴. L'arrêt trouve son origine dans l'expiration du mandat du président du conseil d'une SA. Le mandat n'a pas été renouvelé. Or, cette situation crée une difficulté juridique sensible. Le sujet de droit en cause se trouve être ici à l'origine de la convocation d'une assemblée générale extraordinaire qui s'est prononcée sur les modifications de la structure¹²⁰⁵. Compte tenu de l'absence de pouvoir de l'auteur de cette convocation litigieuse,

¹²⁰³ CCJA, arrêt n°034/2008/PC, du 03 juillet 2008, Bassirou Ka c/ Abdoulaye Cisse, Mohamed El Bechir Sissoko et Djibril Cisse, in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, éd.2010, L'Harmattan, p.121.

¹²⁰⁴ Rev. des sociétés 2017, p. 89.

¹²⁰⁵ Ph. MERLE, *Sociétés commerciales*, Dalloz 19^e, éd. 2016, n°557.

l'un des associés conteste la validité de la délibération. La Cour de cassation fait sien les arguments des juges du fond. Il considère que « *l'arrêt retient à bon droit qu'une assemblée générale extraordinaire ne peut être annulée pour irrégularité de sa convocation tirée de ce que son auteur aurait lui-même été irrégulièrement désigné sans que la nullité de cette désignation ne soit au préalable prononcée* ». Cette décision ne s'impose pas au juge de l'espace OHADA, mais elle peut servir d'inspiration. Dès lors que le législateur offre au juge une faculté d'appréciation opportuniste des conséquences d'une irrégularité, rien ne le contraignait à prononcer la nullité d'une délibération¹²⁰⁶. La prérogative conférée par le texte aux juges présente l'insigne avantage de leur permettre d'éviter de réduire à néant une décision importante dans l'intérêt social.

311. Le recours facultatif à la nullité sert à adapter la radicalité de la sanction au contexte particulier de chaque espèce¹²⁰⁷. Cet instrument octroie aux magistrats, tout à la fois la possibilité d'écarter la nullité, lorsque l'irrégularité apparaît purement formelle. C'est-à-dire, l'irrégularité n'a pas empêché structurellement les associés de participer à l'assemblée ou de s'y faire représenter¹²⁰⁸. Une autre question qu'il conviendrait de se poser est de savoir, quelle serait l'utilité de l'action en nullités facultatives en l'absence d'un grief.

312. Dans un arrêt du 7 juillet 2015, la Cour de cassation française a rejeté la demande en annulation faute pour le demandeur d'apporter la preuve du grief que lui cause l'irrégularité¹²⁰⁹. En ce qui concerne l'exigence du grief que doit pouvoir établir le demandeur à la nullité, son rôle est de cantonner le plus possible les risques d'annulation des décisions collectives d'associés¹²¹⁰. En réalité, l'exigence d'un grief pourra s'avérer pertinente lorsqu'un doute planera sur la participation des associés à l'assemblée¹²¹¹. L'exigence du grief est de nature à assurer que la sanction recherchée n'est pas détournée de sa fonction de protection des droits d'associés. La preuve d'un grief causé par l'irrégularité apparaît comme une position d'équilibre de nature à préserver les droits des associés¹²¹².

¹²⁰⁶ J.-J. ANSAULT, « De l'art de l'esquive en matière de nullité de délibérations sociales pour convocation irrégulière », Rev. des sociétés 2017, p.90.

¹²⁰⁷ *Ibid*, p. 91.

¹²⁰⁸ Com. 10 nov. 2009, RTD Com. 2010, p.134 obs. C. CAMPAUD et D. DANET; *Ibid*, 149 obs. B. DONERO et P. LE CANU ; Com 23 oct. 1979, Bull. Civ. IV, n°265 ; Com. 9 juin 1969, Rev. des sociétés 1970. 285 ; Dalloz 1970. 106, note A. PIRONAVO.

¹²⁰⁹ Cass. Com. 7 juillet 2015, Rev. des sociétés 2016, 237.

¹²¹⁰ B. SAINTOURENS, « Pas de nullité d'une décision de l'assemblée sans grief », Rev. des sociétés 2016, 238.

¹²¹¹ A. LECOURT, « Faveur confirmée pour la validité des assemblées », Rev. des sociétés 2016, 368.

¹²¹² B. SAINTOURENS, *op. cit.* p.239.

Néanmoins, il faut noter que l'irrégularité de convocation peut aussi être de nature à fragiliser ou porter atteinte à l'intérêt général. Dans cette hypothèse, il serait souhaitable d'envisager la nullité obligatoire au lieu d'une nullité facultative

2- Le domaine des nullités facultatives reposant sur les intérêts mixtes

313. Le juge ne peut exercer sa faculté d'appréciation opportuniste des conséquences d'une irrégularité formelle que si la nullité en cause est relative. Cependant, si le vice a une portée générale comme l'absence de convocation d'un associé, le juge ne pourrait pas assimiler ce cas à une convocation irrégulière. Selon un auteur, l'absence de convocation entraîne *ipso facto* la faculté pour l'associé « oublié », d'obtenir l'annulation de l'assemblée¹²¹³. Le droit de participation aux décisions collectives recouvre, assurément le droit d'être présent lors de la prise de décisions. Ce qui revient à dire que les dirigeants ont le devoir de convoquer tous les associés¹²¹⁴. Le droit de l'associé de participer aux délibérations des assemblées générales relève de l'ordre public sociétaire. Qu'elle soit intentionnelle ou non, sa non-convocation constitue une violation d'un droit intangible et fondamental de la condition d'associé, quelle que soit la forme sociale en cause¹²¹⁵. C'est une difficulté pour user de la faculté que lui donne l'alinéa 3 de l'article 286 ou l'article 339 de l'AUSCGIE. En effet, dans cette dernière hypothèse, la nullité peut être demandée même par les associés qui ont été régulièrement convoqués. Comme le note Yves GUYON dans une affaire se posant dans une société anonyme, la solution peut surprendre. Elle peut néanmoins être justifiée. Les actionnaires présents ou représentés à l'assemblée ont pu voter contre une résolution qui n'a été adoptée qu'en raison de la non convocation et donc de la non-participation au vote d'autres opposants¹²¹⁶. En l'espèce, les associés concernés n'ont pas participé à l'assemblée mais ont vu leur nom sur le procès-verbal final. Il y a donc manifestement une volonté malicieuse, une fraude ou un artifice ayant consisté à empêcher ces associés d'assister à l'assemblée. Cette attitude étant constitutive d'un délit nouveau institué par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales¹²¹⁷. L'article 245 de l'AUSCGIE¹²¹⁸ consacre aussi la nullité facultative pour le non-

¹²¹³ Cl. CHAMPAUD et D. DANET, note sous com. 10 nov.2009, arrêt n°1035 F-D, Combret c/ Cts Combret, RTD Com 2010 p.134.

¹²¹⁴ D. NZOUABETH, p.216, cité par E.K.A MONTCHO, *op. cit.* p.73.

¹²¹⁵ Cl. CHAMPAUD et D. DANET, *op. cit.* p.135.

¹²¹⁶ Y. GUYON, note sous Cass. 3^e civ. 21 oct. 1998, JCP 1999, II, 10015.

¹²¹⁷ Article 892 de l'AUSCGIE.

¹²¹⁸ « Dans les sociétés en commandite simple, ou en nom collectif, l'accomplissement des formalités de publicité est requise à peine de nullité de la société, de l'acte, de la décision, ou de la délibération, selon le cas sans que les associés et la société puissent se prévaloir, à l'égard des tiers, de cette cause de nullité.

respect de formalités de publicité. Il se pose la question de l'utilité de la formalité de publicité d'une part et celle de la sanction de l'intérêt protégé, c'est-à-dire l'ordre public de protection ou de direction. Si les formalités de publicité visent uniquement la protection des intérêts particuliers, la sanction des nullités facultatives est objectivement justifiée.

314. Cependant, il faut noter que les formalités de publicité peuvent être très utiles pour l'administration fiscale comme pour l'ensemble des tiers. Eu égard à cette vision, le choix des nullités facultatives pour non-respect de ces formalités constitue une difficulté pour la protection de l'ordre public de direction. C'est dire que la classification de l'irrégularité de convocation ou le non-respect des formalités de publicité dans le domaine des nullités facultatives est partiellement justifiée.

En ce qui concerne la cession des parts dont le non-respect des conditions est sanctionné par la nullité obligatoire, il conviendrait de souligner que la classification peut être discutable. En effet, la cession des parts vise beaucoup plus l'intérêt particulier que l'intérêt général, sauf si ces conditions de cession visent la protection de l'ordre public ou l'intérêt social. C'est dire que le régime de l'action en nullité doit suivre le critère de l'intérêt général ou particulier, critère permettant d'apprécier la conditionnalité de la qualité pour agir¹²¹⁹. Mais il se trouve que la délimitation du domaine de nullité par le législateur communautaire ne suit pas ce critère. Selon un auteur, les règles civiles sont placées au service du droit spécial pour travailler à sa consolidation. Cette instrumentalisation aura, au passage, permis de mettre en évidence, les insuffisances de la législation sociétaire dans certains domaines¹²²⁰.

De manière générale, le domaine des nullités obligatoires renferme autant des éléments d'intérêt général que d'intérêt particulier de sorte qu'il paraît confus d'appliquer le critère classique de distinction nullités facultatives et obligatoires. Il en résulte une subdivision arbitraire du domaine de nullité dans l'AUSCGIE. Il serait souhaitable d'envisager une subdivision du domaine mixte, pour une classification objective.

Il est impossible pour le législateur de tout prévoir dans les textes, surtout que la société évolue suivant ses besoins, il serait souhaitable de laisser à l'appréciation du juge, certaines situations de fait ou de droit pouvant échapper au législateur. Le législateur OHADA reconnaît aussi au juge un

Toutefois, la juridiction compétente a la faculté de ne pas prononcer la nullité encourue si aucune fraude n'est constatée ».

¹²¹⁹M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, p. 265, n°560.

¹²²⁰ M. AZAVANT, *op. cit.* p.466.

pouvoir d'appréciation des nullités facultatives de forme. Dans cette optique, l'alinéa 3 de l'article 286 dispose : « *Toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée. Toutefois, l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les associés étaient présents ou représentés* »¹²²¹. Une assemblée générale irrégulièrement convoquée n'est pas obligatoirement nulle. Elle peut seulement être annulée. La nullité est ici facultative, sauf si l'irrégularité porte sur l'ordre du jour auquel cas elle devient obligatoire¹²²².

315. Le législateur a opté ici pour les nullités facultatives, c'est-à-dire, octroie la possibilité au juge d'apprécier l'opportunité, eu égard aux intérêts en présence¹²²³, avant de se prononcer sur la nullité. L'analyse de ces paramètres permet d'éviter une nullité fâcheuse ou ayant des conséquences négatives sur la vie sociale. L'appréciation du juge ici peut se faire soit *in concreto*, soit *in abstracto*. L'appréciation *in abstracto* permettra de rendre une décision objectivement justifiée ou acceptable et donc d'éviter toute subjectivité. Cependant, une telle analyse n'est pas toujours la meilleure, du moment où, certaines situations ont besoin d'une analyse spécifique. Autrement, dans des circonstances spécifiques, le juge optera pour une appréciation *in concreto*. Il doit faire une analyse cas par cas, allant dans le sens d'une appréciation la plus pointue possible avant de se prononcer sur la décision à prendre. Une telle démarche permet d'éviter une décision boiteuse¹²²⁴.

316. La volonté malicieuse, la fraude ou l'artifice sont alors sanctionnés même si l'irrégularité est en elle-même de peu d'importance¹²²⁵. Ainsi a été annulée une assemblée convoquée quatorze et non quinze jours à l'avance parce que cette irrégularité s'était accompagnée de machinations et d'un refus d'admission à l'assemblée¹²²⁶. Au contraire la nullité est écartée lorsque l'irrégularité est purement formelle ou justifiée par des circonstances exceptionnelles et n'a pas empêché les actionnaires de participer à l'assemblée ou de s'y faire représenter¹²²⁷.

De manière expresse, le législateur accorde un large pouvoir d'appréciation des nullités facultatives au juge. Mais aussi, de façon implicite, il lui reconnaît ce pouvoir d'appréciation en ce qui concerne

¹²²¹V. Art.525 al.4 de l'AUSCGIE.

¹²²²Cass. Com., 7 mars 1984 : Rev. Sociétés 1984, 793, note Y. GUYON.

¹²²³Notamment, l'ordre public ou les bonnes mœurs, les intérêts des associés, de la société ou des tiers.

¹²²⁴La nullité est prononcée lorsque l'irrégularité est commise volontairement par les dirigeants afin d'empêcher certains actionnaires d'assister à l'assemblée et d'y utiliser leur minorité de blocage.

¹²²⁵Y. GUYON, « Caractère facultatif de la nullité d'une assemblée générale d'actionnaires pour irrégularité de la convocation », Revue des Sociétés 2002, P.717.

¹²²⁶Cass. com., 6 juill. 1983 : Rev. Sociétés 1984, 76 note Y. GUYON ; D. 1985, Info. Rap. 135, note J.-C. BOUSQUET ; V. aussi, avant la loi du 24 juill. 1966, Cass. com., 21 juill. 1969, Rev. Sociétés 1970, 465 ; D. 1970, 88.

¹²²⁷Cass. 1re civ., 30 mars 1971 : Bull. civ. I n° 111, p. 90 ; V. aussi, avant la loi du 24 juill. 1966, Cass. com., 9 juin 1969, Rev. Sociétés 1970, p. 285 ; D. 1970, 106 notes A. PIROVANO.

les nullités virtuelles. Il conviendrait également de remarquer que la reconnaissance de pouvoir discrétionnaire au juge comporte pour lui la dispense de motiver sa décision¹²²⁸. Un auteur a même démontré que « *c'est sur ce point essentiel de la dispense de motivation, que le pouvoir discrétionnaire se distingue du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond* »¹²²⁹. Il peut se poser un problème de l'efficacité de la sécurité juridique en l'absence de motivation de la décision. Il convient par ailleurs de noter que le pouvoir du juge semble restreint dans l'appréciation des nullités obligatoires.

B -La restriction des pouvoirs souverain du juge

Les nullités obligatoires privent le juge de son pouvoir souverain d'appréciation (1) et ne lui laissent qu'un pouvoir résiduel de constat (2).

1-La privation du pouvoir souverain d'appréciation du juge

317. Selon le vocabulaire juridique, l'appréciation est une évaluation consistant à estimer un bien à sa juste valeur (...). Plus techniquement, l'appréciation est l'ensemble des opérations intellectuelles pour les juges du fond à appréhender les faits litigieux afin d'en constater l'existence et en peser la portée, la gravité, la valeur, les caractères¹²³⁰. La « *nullité de droit* » signifie simplement qu'aucun pouvoir d'appréciation n'est laissé au juge lorsqu'il constate que les conditions sont réunies. Ce qui est moins fréquent, l'opportunité de prononcer la nullité lorsqu'elle est dite « *facultative* »¹²³¹. Il semble que le juge a une compétence liée pour la nullité obligatoire. La compétence, vient du latin « *competencia* », dérivé de « *comperere* ». Il s'agit d'un ensemble des pouvoirs et devoirs attribués et imposés à un agent pour lui permettre de remplir sa fonction. C'est une aptitude à agir dans un certain domaine. La compétence liée s'entend du pouvoir qu'exerce une autorité quand elle n'a pas le choix entre plusieurs solutions¹²³².

La question essentielle est de savoir si le juge dispose encore d'un pouvoir d'appréciation avant de prononcer la nullité. À cette question, la réponse semble négative.

¹²²⁸ Cass. Civ. 1^{re} 22 mars 1965, Bull. civ. I, n°202; Cass. Civ.3^e 9 nov. 1983, Bull. Civ. III, n°219; Cass. Civ. 3^e 11 février 1987, Bull. Civ. II, n°40.

¹²²⁹ J. BORE, *La cassation en matière civile*, éd. Dalloz 1997, n°1429, cité par O. GOUT, in *Le juge et l'annulation du contrat*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p.348.

¹²³⁰ G. CORNU, *op. cit.*, p.77.

¹²³¹ Y. PICOD, « Nullités », *Rép. Droit Civil* mars 2013, n°33.

¹²³² G. CORNU, *op. cit.* P.188.

318. Suivant l'article 198¹²³³, dans l'accomplissement des formalités d'opération de fusion, l'absence de dépôt au greffe de la déclaration est sanctionnée par la nullité. Il s'agit du dépôt relatant les actes effectués en vue de procéder à une opération de fusion, scission ou apport partiel d'actifs et affirmant que l'opération a été réalisée en conformité avec l'Acte uniforme OHADA. Cette nullité est intéressante dans la mesure où elle vise à renforcer la protection des droits des associés contre les opérations de fusion qui risquent éventuellement de porter atteinte à leur patrimoine¹²³⁴. La première chambre de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, le 11 mars 2014, a rendu un arrêt très intéressant, en sanctionnant par la nullité, pour non-respect de la formalité de dépôt au greffe du tribunal de commerce, une opération de fusion¹²³⁵. Cette sanction est un rappel à l'ordre du dirigeant négligeant les règles juridiques protectrices.

319. En plus des conditions de fond qui doivent être remplies, la réalisation d'une opération de fusion obéit à un formalisme assez rigide. En effet, la fusion est un processus jalonné d'une succession de formalités légales qui doivent être accomplies pour assurer sa validité. Prévue à l'article 198 de l'AUSCGIE, cette formalité est une déclaration par laquelle les sociétés qui ont participé à l'opération de fusion doivent, d'une part, relater tous les actes effectués en vue d'y procéder, et d'autre part, affirmer que cette opération de fusion a été réalisée en conformité des dispositions de l'Acte uniforme. Bien que le texte ne le précise, elle doit être signée par au moins un membre du conseil d'administration, un gérant ou l'administrateur général de chacune des sociétés participantes ayant reçu mandat à cet effet. Elle doit être déposée au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales du siège de chacune desdites sociétés. Les juges n'ont fait qu'une stricte application de la loi dans l'affaire précitée, en annulant la fusion litigieuse. Pourtant, l'on sait que pour éviter d'en arriver là, ils auraient pu, en application de l'article 247 de l'AUSCGIE, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir la nullité par voie de régularisation¹²³⁶. Le

¹²³³ « A peine de nullité, les sociétés participant à une opération de fusion, scission, apport partiel d'actifs sont tenues de déposer au greffe une déclaration dans laquelle elles relatent tous les actes effectués en vue d'y procéder et par laquelle elles affirment que l'opération a été réalisée en conformité du présent Acte uniforme ».

¹²³⁴ Et surtout, que ce dépôt, constitue, par ricochet un moyen d'information pour l'administration fiscale, qui a intérêt à s'informer sur les mutations des sociétés, qui sont des contribuables ou des partenaires non négligeables.

¹²³⁵ Arrêt n°021/2014 du 11 mars 2014, Juridis n° 106, p.60, Obs. B. M. KEM CHEKEM.

¹²³⁶ « La juridiction compétente saisie d'une action en nullité peut, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir la nullité. Elle ne peut pas prononcer la nullité moins de deux (2) mois après la date de l'exploit introductif d'instance.

Si, pour couvrir une nullité, une assemblée doit être convoquée et s'il est justifié d'une convocation régulière de cette assemblée la juridiction compétente accorde le délai nécessaire pour que les associés puissent prendre une décision. Si, à l'expiration du délai prévu aux alinéas précédents, aucune décision n'a été prise, la juridiction compétente statue à la demande de la partie la plus diligente ».

souci de la protection des intérêts de la société, des tiers ou des associés est la préoccupation du législateur communautaire.

320. Une telle sanction semble critiquable dans la mesure où elle prive le juge de la liberté d'appréciation. Le juge a pour fonction de rendre la justice, de démêler le vrai du faux et dans cet exercice, le doute a nécessairement sa place, une place privilégiée, puisqu'il est rare que le vrai se présente sous les traits de l'évidence et que le faux se dévoile comme tel¹²³⁷. Le juge a donc pour tâche de rechercher la vérité, celle des faits établis, des situations humaines, des rapports de droits tels qu'ils existent réellement¹²³⁸. En tout état de cause, la nullité serait-elle obligatoire, le juge disposerait encore dans l'analyse des conditions procédurales d'une possibilité d'appréciation pouvant conduire à déclarer irrecevable l'action qui tend à cette fin¹²³⁹.

Quant à François TERRÉ¹²⁴⁰ il observe qu'il serait exagéré d'exclure toute interprétation en cas de termes clairs¹²⁴¹, « *parce qu'il est souvent difficile de distinguer un terme clair d'un terme obscur et parce que le sens de certains termes, clair dans le langage courant, peut cesser de l'être dans le langage juridique* »¹²⁴². Philippe MALAURIE note à ce sujet que « *la jurisprudence détermine ainsi le contenu concret de la loi, elle en donne le visage vivant* »¹²⁴³. Le juge n'a pas ses prérogatives dans l'appréciation des nullités obligatoires. Il n'a que le pouvoir résiduel de constat.

2 -Le pouvoir résiduel de constat de nullités obligatoires

321. Le juge, technicien du droit jouant un rôle actif dans l'appréciation des nullités facultatives devient un automate, ayant pour fonction de constater la nullité obligatoire. L'exercice intellectuel qui est le sien devient une activité mécanique. Le juge n'aurait que la faculté de constater la nullité sans une appréciation quelconque de sa part, à la lumière du caractère obligatoire de cette sanction, sauf régularisation. À titre d'illustration, en ce qui concerne l'illicéité d'objet, il convient de noter que la Cour d'Appel de Niamey a rendu un arrêt intéressant en ce sens, le 18 août 2003, dans l'affaire dame ROUFAI Fatoumatou C/ Frederic Jean BERTHOZ. Selon cette Cour, la société en

¹²³⁷J-P. ANCEL, « Le doute du magistrat », in *Le Doute Et Le Droit*, Dalloz 1994, Paris, p.21.

¹²³⁸ *Ibid*, p.22.

¹²³⁹ Ch. HANNOUN, « L'action en nullité et le droit des sociétés », *RTD Com.* 1993, p.231.

¹²⁴⁰ *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 6e éd., 2003, n° 436.

¹²⁴¹ L'interprétation permet ainsi au magistrat de rechercher et d'élucider la volonté réelle du législateur, en dégagant le sens exact de la loi. On aurait tort de croire que l'interprétation n'est nécessaire que pour les règles équivoques ou obscures. Force est d'affirmer que l'interprétation est aussi possible même en cas de règle claire, nonobstant la maxime « *interpretatio cessat in claris* ». N'est-ce pas un leurre de croire, relève d'ailleurs un auteur, qu'il est simple d'appliquer une règle claire !

¹²⁴² Il y aurait comme une dialectique de la loi et du juge. Le juge, dans l'acte de juger, doit se soumettre à la loi ; mais c'est à lui qu'il revient de donner le sens véritable de la loi.

¹²⁴³ *Droit civil, Introduction générale*, Paris, Cujas, 1991, note 5, n° 854, p. 246.

participation conclue entre une pharmacienne et un non-pharmacien doit être annulée en ce qu'elle a un objet illicite, car violant l'article 47 de l'ordonnance 97-002 du 10 janvier 1997, qui dispose qu'est nulle et de nul effet toute convention destinée à établir que la propriété ou la copropriété d'une officine appartient à une personne non-pharmacienne¹²⁴⁴. La loi réserve expressément le cas où la nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social. Elle a sans doute estimé qu'on ne pouvait admettre la régularisation d'une société illicite. Selon certains auteurs, c'est une solution trop tranchée. Il n'y a de raison d'écarter l'article 247 de l'AUSCGIE, quand la régularisation est possible¹²⁴⁵. Dans le cas de l'arrêt de la Cour d'Appel de Niamey, la nullité de la société de pharmacie est prononcée parce que comprenant un associé non-pharmacien. Or, rien n'est impossible pour que cette société régularise sa situation. Le juge a toujours la possibilité de fixer d'office un délai pour la régularisation d'une cause de nullité. La qualité de la justice, loin d'être assurée par sa seule efficacité, dépend aussi de la sécurité résultant des garanties données aux justiciables. La justice en matière financière ne saurait y échapper : le procès doit être soumis à des principes et à des mécanismes clairs, appropriés et conformes aux garanties fondamentales¹²⁴⁶. Il s'agit de mettre à la disposition de l'activité économique, un instrument juridique efficace. Autrement, il y a lieu d'éviter que l'exercice du droit de la sanction puisse devenir inefficace ou même illusoire, mais que la sanction participe à l'épanouissement de l'activité économique. Comme l'a souligné un auteur, nous avons l'existence d'un nouvel ordre sociétaire et des principes directeurs du droit des sociétés que sont la liberté, la rapidité, l'efficacité, la gestion participative entre autres¹²⁴⁷. C'est à défaut de la régularisation que le juge peut prononcer la nullité¹²⁴⁸.

322. Selon la doctrine, l'action du droit sur l'économie n'est pas négligeable¹²⁴⁹. À titre d'exemple, le Doyen RIPERT a écrit dans son ouvrage intitulé « *les aspects juridiques du capitalisme moderne* »¹²⁵⁰, que la société anonyme est un merveilleux instrument juridique du capitalisme moderne dont l'apport au développement de l'Europe avoisinerait celui de la machine à vapeur. En ce sens, la véritable réforme économique, c'est la réforme du cadre juridique de l'économie. Si l'on

¹²⁴⁴ Cour d'Appel de Niamey, Arrêt n° 96 du 18 août 2003, Répertoire OHADA 2000-2005, p.391.

¹²⁴⁵ P. DIDIER et Ph. DIDIER, *op. cit.*, p.426.

¹²⁴⁶ A.-V. LE FUR, « La rationalisation des sanctions, une exigence démocratique en faveur de leur efficacité », *Dalloz* 2016, P.1091.

¹²⁴⁷ P. S. A. BADJI, *op. cit.*, P.185.

¹²⁴⁸ CCJA, ass.plén., Arrêt n°080/2014, du 23 avril 2014, Aff. Madame IBIKUNLE Karamatou c/ La Société CODA-BENIN et 05 autres.

¹²⁴⁹ F. M. SAWADO, « Les activités normatives de l'OHADA : bilan et perspectives », *Revue Burkinabé de droit*, n°48, 1^{er} semestre 2014, p.17.

¹²⁵⁰ 2^e éd. Paris, 1995 LGDJ.

cherche aujourd'hui à discerner une politique commune de la sanction, on peut en effet sans doute la trouver dans la volonté partagée d'assurer l'efficacité économique de la sanction¹²⁵¹. À une époque où la sécurité juridique est considérée comme un impératif catégorique de tout Etat de droit, l'interdiction faite au juge de dépasser la lettre de la loi semble critiquable. On trouverait là en somme, appliquées aux nullités, les mêmes raisons que celles justifiant de faire primer les sources écrites du droit sur ses sources informelles. Mais en réalité, sans le pouvoir d'interpréter, cette sécurité est tout apparente, un litige pouvant ne pas trouver sa juste réponse dans la lettre de la loi. On l'a souvent dit : par quelque côté, une liste légale présente toujours des lacunes. Se résoudre dans ces conditions à prêter effet à un engagement qui heurte l'esprit même d'une loi qui était ainsi comprise de tous, ce n'est pas précisément assurer la sécurité juridique.

323. Non seulement le législateur réserve toujours une place à la nullité ou à la responsabilité mais la jurisprudence a souvent trouvé dans le droit commun un renfort utile pour compléter le droit spécial. Le droit civil reste un recours indispensable en matière de nullité. Par exemple, le principe selon lequel la fraude corrompt tout permet de dépasser les rigidités du droit des sociétés qui auraient conduit à un défaut de sanction. Il serait réducteur de limiter le droit des sociétés aux seules dispositions législatives. Au-delà des lois relatives aux sociétés civiles et commerciales, notre attention devra être retenue par la jurisprudence dont les emprunts au droit commun participent à l'élaboration de la discipline. En outre, l'expansionnisme du droit des sociétés interdit de retenir un champ trop étiqué¹²⁵². Dans cette optique, la non-rétroactivité consacrée par le législateur en matière de nullité de la société peut être nuancée selon les circonstances.

PARAGRAPHE II : L'ADMISSION RELATIVE DES EFFETS EXCEPTIONNELS DE LA NULLITÉ EN DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

324. Le législateur OHADA a opté pour la non-rétroactivité de la nullité de la société, dans le souci de la protection des tiers¹²⁵³. Selon certains auteurs, la sécurité juridique commande la non-rétroactivité¹²⁵⁴. La question est de savoir si l'étendue de cette exception est générale. Selon que l'objet social est licite ou non, il semble que l'étendue de la non-rétroactivité serait relative (A).

¹²⁵¹C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, *op. cit.* p. XLIX.

¹²⁵²M. AZAVANT, « La sanction civile en droit des sociétés Ou l'apport du droit commun au droit spécial », *Revue des sociétés* 2003 p.443.

¹²⁵³ Art. 253 de l'AUSCGIE.

¹²⁵⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et autres, *op. cit.*, p.857.

Par ailleurs, il importe aussi de se poser la question de savoir si l'admission de la non-rétroactivité en droit des sociétés commerciales est absolue. Si cette non-rétroactivité se justifie par la protection des tiers, l'on peut douter de son utilité dans l'hypothèse où avant la nullité de la société, elle n'a pas contracté avec les tiers, directement ou indirectement. Dans cette optique, l'admission de la rétroactivité est possible (B).

A- La relativité de l'étendue de la non-rétroactivité de nullité

Le législateur communautaire en consacrant la non-rétroactivité, n'a pas précisé si elle a une portée générale ou spécifique. En raisonnant suivant le principe selon lequel « *il est interdit de distinguer là où la loi n'a pas distingué* », l'on peut souligner que la non-rétroactivité a une portée générale (1). Cependant, suivant une analyse *in concreto*, la portée générale de la non rétroactivité semble critiquable (2).

1- L'étendue générale

325. Le droit des sociétés entretient avec le droit des nullités des rapports répulsifs. Cette aversion vise au premier chef l'annulation des sociétés elles-mêmes. En effet, lorsque la survie du bâtiment est menacée, il vaut mieux œuvrer pour le maintenir à flot plutôt que se résigner à son naufrage. Et l'on comprend, au vu des nombreux inconvénients engendrés par la nullité de ce contrat, tout particulièrement dans l'ordre économique et social, que le législateur ait multiplié les cloisons étanches pour en contrôler l'extension. Il peut s'agir de la réduction des cas d'annulation, transformation de l'action en nullité en un véritable chemin de croix pour le demandeur ou encore réduction des effets de la nullité lorsque, par miracle, elle a prospéré¹²⁵⁵. Dans ce domaine, le législateur peut savourer sa victoire dans la mesure où il a contribué à juguler le volume du contentieux.

326. Lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat, il est procédé à sa dissolution et pour ce qui concerne les sociétés pluripersonnelles, à leur liquidation¹²⁵⁶. Pour la société unipersonnelle, il est prévu un transfert universel du patrimoine à

¹²⁵⁵M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 24^e éd., 2011, n° 147 s. ; P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, *L'entreprise en société. Les groupes de sociétés*, PUF, 3^e éd., 1999, p. 158 s. ; M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires*, t. 2, LGDJ, 20^e éd., 2011, n° 1070 s. ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, Economica, 12^e éd., 2003, n° 154 ; P. Le CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^e éd., 2009, n° 390 s. ; Ph. MERLE, *Sociétés commerciales*, Dalloz, 15^e éd., 2011, n° 67 s. ; D. Vidal, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^e éd., 2010, n° 203 s. Adde, J. HEMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, Dalloz, 1972, t. 1, n° 15

¹²⁵⁶ Art. 253 AUSCGIE.

l'associé unique. La question qui se pose est celle de savoir, jusqu'où s'étend le champ de cette non-rétroactivité ? Autrement, cette dérogation est-elle générale, ou le législateur a-t-il fixé des limites à cette exception dite non rétroactivité de nullité de société ? Au regard de l'article 2 de l'AUSCGIE, il y a lieu de souligner que cette dérogation est générale pour les sociétés commerciales. Selon l'esprit de cette disposition, les exceptions aux dispositions de l'AUSCGIE sont expressément prévues par le législateur lui-même.

Cette option peut se justifier par le fait que le souci du législateur est d'éviter les conséquences négatives de la nullité.

327. Toutefois, il faut souligner que cette vision nécessite d'être relativisée, car il y a risque de constituer une ouverture aux virus, sources de difficultés pratiques. En consacrant de manière exceptionnelle la non-rétroactivité de nullité de société, on peut dire que le législateur est resté dans sa logique de recul des nullités.

Néanmoins, dans l'hypothèse d'une société dont l'objet social est illicite, l'admission de la non-rétroactivité serait discutable. Dans cette circonstance, il y a risque d'atteinte à l'ordre public si cette non-rétroactivité doit être admise sans analyse *in concreto*, de l'objet social.

2- L'étendue discutable de la non-rétroactivité généralisée

328. Il conviendrait de se poser la question de savoir si, une société pratiquant ou participant aux activités de blanchiment d'argent qui par la suite a été déclarée nulle pour illicéité d'objet peut toujours bénéficier de cette non-rétroactivité. Il semble que le législateur n'est pas explicite sur une telle question. En raisonnant selon la maxime qui dit « *qu'il est interdit de distinguer là où la loi n'a pas distingué* », l'on peut affirmer que même une société de blanchiment d'argent peut bénéficier de la non-rétroactivité suite à son annulation. Suivant la jurisprudence française, l'absence d'effet rétroactif joue, même si la nullité a été prononcée pour objet ou cause illicite¹²⁵⁷.

329. Il faut remarquer qu'une telle affirmation paraît objectivement dangereuse pour l'ordre public. C'est dire que l'application systématique de la non-rétroactivité aux nullités de société risque de porter atteinte à l'ordre public. Il serait souhaitable d'envisager une appréciation *in concreto*, pour une mise en œuvre objective de la non-rétroactivité de nullité en droit des sociétés commerciales. Il ressort de l'article 246 que « *L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister le jour où la juridiction compétente statue sur le fond en première instance, sauf si cette*

¹²⁵⁷ Cass. Com. 11 juill. 2006, n° 04-16. 759 : RJDA 11/06 n°1144.

nullité est fondée sur le caractère illicite de l'objet social ». Conformément à cette disposition, l'on peut souligner que le législateur est strict pour la sanction pour illicéité d'objet.

Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 251 de l'AUSCGIE, « *les actions en nullité de la société, se prescrivent par trois (3) ans à compter de l'immatriculation de la société ou de la publication de l'acte modifiant les statuts sauf si la nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet (...)* ». Le législateur n'est pas flexible pour la sanction de l'illicéité de l'objet social. La nullité fondée sur l'illicéité de l'objet social obéit à un régime plus rigoureux que le droit commun. Il n'y a en effet pas de prescription possible lorsque la nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social¹²⁵⁸. En outre, bien que le texte ne le dise pas, il n'y a pas de prescription, lorsque la loi répute certaines clauses non écrites. Cette position rigoureuse de la sanction de l'illicéité de l'objet se justifie par le souci de protection de l'ordre public. Dans cette optique, la cohérence aurait souhaité que l'appréciation de la non-rétroactivité puisse se faire en fonction de l'objet social. Il serait souhaitable par conséquent, d'envisager la possibilité de la rétroactivité à titre exceptionnel, en cas d'illicéité d'objet, cause de nullité. Une telle solution serait cohérente, suivant l'article 246 et l'alinéa 1^{er} de l'article 251.

Il apparaît que le caractère général de l'étendue de la non-rétroactivité de nullité de la société, sans une appréciation suivant l'objet constitue une difficulté, susceptible de porter atteinte à l'ordre public. Il conviendrait de relativiser cette exception, avec la possibilité d'admission de la rétroactivité dans l'hypothèse où la société n'a aucun contrat avec les tiers.

B -L'admission de la rétroactivité en l'absence d'exploitation d'activité avant l'immatriculation

330. Suivant l'article 101 de l'AUSCGIE, « *toute société est constituée à compter de la signature de ses statuts ou le cas échéant, de leur adoption par l'assemblée générale constitutive*

Avant son immatriculation, l'existence de la société n'est pas opposable aux tiers. Néanmoins, ceux-ci peuvent se prévaloir ». Ici, les associés sont engagés entre eux, et l'on peut dire qu'à leur égard, la société est constituée¹²⁵⁹. C'est dire que le législateur reconnaît expressément l'existence d'une société avant son immatriculation. Selon la jurisprudence française, la signature des statuts caractérisant la constitution de la société ne doit pas nécessairement être précédée de la mention

¹²⁵⁸ D. NZOUABETH, *op. cit.*, p.328.

¹²⁵⁹ P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.* n°334, p.215.

« *lu et approuvé* »¹²⁶⁰. En outre, en signant les statuts, les associés peuvent prévoir que la société sera constituée au terme d'un certain délai bien que cette hypothèse demeure rare en pratique¹²⁶¹. La question est de savoir, quelle est la règle applicable aux effets de la nullité d'une société constituée mais n'ayant pas été immatriculée ?

331. Il ressort de l'article 105 de l'AUSCGIE qu' « *entre la date de constitution de la société et celle de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les règles générales du droit applicables aux contrats et aux obligations* ». Il s'agit ici de l'application des règles du contrat spécial et du droit commun. Il conviendrait de retenir une exclusion de la non-rétroactivité en l'absence d'une relation quelconque avec les tiers avant l'immatriculation

Il semble que le législateur n'a pas été plus précis, en ce qui concerne la règle applicable en cas de nullité du contrat de société. En cas de non exploitation de l'activité avant l'immatriculation, la non-rétroactivité ne peut s'appliquer. Dans cette hypothèse, il n'y a pas de contrat avec les tiers. Autrement, les cause et conséquences de la nullité échappent au régime de l'AUSCGIE. Par conséquent, la rétroactivité s'applique, puisqu'il s'agit du retour au *statu quo ante*, pour éviter tout enrichissement sans cause, surtout qu'il n'y a eu de contact avec les tiers, on ne peut pas parler de partage de la société.

332. L'hypothèse est la suivante : une SARL constituée entre deux associés. L'unique apporteur en numéraire et en nature est frappé d'une incapacité. L'autre associé est titulaire exclusivement de parts en industrie. Lorsque la nullité est prononcée, à défaut de la régularisation, les effets de la nullité d'une telle société avant l'immatriculation seront soumis qu'aux règles du contrat spécial et au droit commun. En l'absence de tout contrat quelconque avec les tiers, il ne peut exister une obligation quelconque entre les tiers et cette société frappée de nullité.

Dans cette optique, l'annulation rétroactive efface, entre les parties, notamment, les associés, les effets juridiques antérieurement produits par la convention, qu'ils soient obligatoires ou réels. Elle prive de support toute action qui prétendrait prendre appui sur la force obligatoire de l'acte juridique anéanti.

333. La nullité interdit dorénavant aux contractants, c'est-à-dire aux associés de revendiquer le droit à l'exécution du contrat. Par conséquent, les juges refusent l'action en exécution forcée du

¹²⁶⁰ Cass. 1^{re} civ. 27 janv. 1993, RJDA 4/93 n°364.

¹²⁶¹ Cass. 1^{re} civ. 13 avril 1999, RJDA 7/99 n°759 ; Cass. 1^{re} civ. 13 juill. 2004, RJDA 11/04 n°1186.

contrat nul¹²⁶². Pour la même raison, selon la doctrine, la rétroactivité de la nullité empêche l'un d'eux de demander la résolution du contrat en se prévalant du fait que l'autre aurait méconnu ses obligations¹²⁶³. Le manquement aux obligations nées du contrat ne peut pas non plus être considéré comme fautif, ce qui supprime toute action en responsabilité contractuelle¹²⁶⁴.

334. Eu égard à cette analyse, le principe de la non-rétroactivité de la nullité de la société consacré par le législateur OHADA est à relativiser suivant les cas et non à généraliser. La préservation des droits des associés n'ayant pas réalisé des apports en pleine propriété risque d'être atteints d'une part, et il y a risque de confusion entre le partage de la société et le retour au *statu quo ante* d'autre part. Le législateur doit veiller à l'encadrement des échanges des richesses et des services. Il s'agit d'une nécessité impérieuse de maintenir un ordre public minimum¹²⁶⁵. Mais il semble que cette mission de police économique est infectée par le principe d'impérativité, empêchant la sanction d'assurer en toute objectivité, ses fonctions classiques. Il est vrai que le juge doit être un esclave de la loi, mais encore faut-il que cette loi soit appliquée de manière intelligible et non mécanique. Cette application mécanique ne permet pas au droit de réaliser ses finalités consistant à répondre aux besoins du développement socio-économique.

Il faut une approche fonctionnelle de la normativité. Ce qui importe c'est l'effet du droit. Ou plus précisément la portée normative, c'est-à-dire l'impact sur les destinataires directs ou indirects de la norme¹²⁶⁶. Le droit souple paraît pensé à travers un « *logiciel* » classique, formaté par le droit dur et l'obligation qu'on lui associe.

Le moment est venu d'ouvrir d'autres perspectives mettant l'accent sur la pertinence d'une conception élargie de la normativité que représente le droit souple. La norme ne se limite pas à la règle ayant vocation à « *ordonner, prescrire ou interdire* ». Elle peut être aussi une référence et donc « *inciter, recommander, orienter* ». Le droit souple présente, en raison de sa valeur d'usage, l'utilité chère au Doyen CARBONNIER, d'un « *flexible droit* »¹²⁶⁷. C'est dire que l'impérativité doit se concilier avec la souplesse pour une application efficace de la règle de droit.

¹²⁶² Cass. Civ. 15 déc.1873, D.P.1874, I. 241.

¹²⁶³ J. GHESTIN, *op. cit.* n°2716.

¹²⁶⁴ Cass. Civ. 23 oct. 1912, RTD Civ. 1912, 979.

¹²⁶⁵ Y. GUYON, *op. cit.* p.10.

¹²⁶⁶E. NICOLAS et M. ROBINEAU, « Prendre le droit souple au sérieux ? A propos de l'étude annuelle du Conseil d'Etat pour 2013 », JCP G 2013, doct.1116.

¹²⁶⁷E. NICOLAS et M. ROBINEAU, *op. cit.*, p.1118.

335. Il apparaît dans cette analyse du chapitre 1^{er} du titre II de la deuxième partie que les conditions de l'action en droit processuel sont relativement souples pour la nullité en droit des sociétés commerciales. Tel n'est pas le cas des exigences du droit commun. La non-adaptation de la théorie de l'intérêt protégé à la subdivision nullité facultative et nullité obligatoire ne permet une appréhension objective de la sanction. La consécration du principe de la non-rétroactivité des effets de la nullité de la société sans précision sur la licéité ou non de l'objet social ou de l'effectivité de l'exploitation des activités est critiquable. Cette difficulté fragilise la sanction.

Qu'en est-il de l'imputation de la responsabilité ?

CHAPITRE II

**L'IMPUTATION RELATIVE DE LA
RESPONSABILITÉ POUR CAUSE DE
NULLITÉ.**

336. La formule « *mandat social* » n'est qu'une appellation descriptive qui s'éloigne de la qualification juridique du mandat de droit civil¹²⁶⁸. En effet, les dirigeants sociaux ne sont pas les mandataires des associés, car leurs actes n'engagent pas directement ces derniers, mais la société. Les termes « *mandat social* » signifient donc simplement que les dirigeants sociaux exercent une mission pour le compte de la société au nom de laquelle ils sont habilités à agir. La qualité de dirigeant de société, analysée selon les époques et les auteurs soit comme un organe soit comme un mandataire social, apparaît d'une grande actualité. L'étude de la jurisprudence récente révèle notamment un rapprochement des régimes juridiques des dirigeants sociaux traditionnellement distincts selon les types de sociétés qu'ils dirigent. Une conception unitaire du dirigeant de société appréhendé comme un « mandataire spécial d'intérêt commun », *peut à cet égard être proposée*¹²⁶⁹.

337. Il ressort de l'alinéa 1^{er} de l'article 256 de l'AUSCGIE que « ...*les dirigeants sociaux auxquels la nullité est imputable peuvent être déclarés solidairement responsables du dommage résultant pour les tiers de l'annulation de la société* ». Autrement, les dirigeants ont la possibilité d'avoir des relations d'affaires avec la société dirigée ou administrée par le biais des conventions¹²⁷⁰. La question se pose de savoir, de quels dirigeants et de quelle nullité s'agit-il ?

Le législateur n'ayant pas fait une distinction, il faut envisager qu'il s'agit de nullité de la société, des actes et des délibérations, selon l'esprit de l'alinéa 2 de l'article 256 de l'AUSCGIE. Il peut s'agir notamment de la nullité des conventions interdites¹²⁷¹ ou de la nullité des conventions règlementées, pour non-respect de la procédure¹²⁷², qui sont préjudiciables aux tiers. Parmi les conventions interdites figurent tant le cautionnement réel que le cautionnement personnel¹²⁷³. L'interdiction porte uniquement sur les cautionnements qui garantissent les engagements propres à leurs bénéficiaires¹²⁷⁴. Par actes prohibés, il faut entendre le fait de contracter des emprunts auprès de la société, se faire consentir par elle un découvert en compte courant, se faire cautionner ou

¹²⁶⁸ Art.1984 et suivants du Code Civil.

¹²⁶⁹ L'actualité du droit des sociétés fait apparaître des interrogations théoriques ou plus techniques qui se ramènent à la question de la qualité du dirigeant de société, c'est-à-dire de savoir si celui-ci doit être appréhendé, de façon unitaire ou non, comme un organe social ou comme un mandataire social. Or, les réponses qui sont habituellement apportées à ces interrogations sont contradictoires et leur démonstration insuffisante. Il est donc nécessaire de s'y pencher non seulement pour faire la synthèse des débats contemporains sur ce thème, mais surtout pour tenter de proposer une définition unitaire du dirigeant de société qui apparaît à l'analyse comme un *mandataire « spécial » d'intérêt commun*.

¹²⁷⁰ Libres, règlementées ou interdites.

¹²⁷¹ Articles 354, 356 et 450 de l'AUSCGIE.

¹²⁷² Dernier alinéa de l'article 353 ; 438 ; 449 ; et 503 de l'AUSCGIE.

¹²⁷³ CA Montpellier 7-1-1980 : Rev. Sociétés 1980, p. 737 note MOULY.

¹²⁷⁴ Cass. Com. 25-5-1993 : RJDA 12/93 n° 1047 ; cass. Com. 8-3-1994 : RJDA 7/94 n° 813.

avaliser par la société les engagements envers des tiers¹²⁷⁵. Le législateur permet deux exceptions, notamment pour les administrateurs personnes morales et établissement bancaires ou financiers. Quant aux dirigeants concernés, il conviendrait de faire une analyse suivant la notion et la qualité du dirigeant pour mieux cerner les possibilités de cette imputation.

Sous l'empire du droit antérieur, la responsabilité des fondateurs et des premiers organes sociaux avait fait l'objet de textes spéciaux. Cette responsabilité présentait quelques particularités. Il s'agissait d'une responsabilité de plein droit qui avait pour conséquence de mettre à la charge des personnes poursuivies le montant du passif social lorsque l'action était intentée par un tiers. En outre, l'action en responsabilité était subordonnée à la nullité.

338. En 1966, le législateur français n'a envisagé expressément que la réparation du préjudice causé par l'anéantissement des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés anonymes. Mais il ne fait pas de doute que le dommage provoqué par l'annulation d'une société d'une autre forme peut être réparé en application des principes du droit commun. L'imputabilité n'est possible qu'en présence d'une faute. Dans ce sens, l'acte de gestion est susceptible d'une faute pouvant faire l'objet de la nullité. Cette nullité d'acte de gestion peut être préjudiciable aux tiers, et donc occasionner la responsabilité du dirigeant.

Le mot faute vient du latin *fallita* qui veut dire action de faillir. C'est un acte illicite. Cet acte peut consister en un fait positif, c'est-à-dire la faute par commission ou en une abstention, c'est-à-dire la faute par omission. L'illicéité de l'acte est définie diversement comme étant soit la violation d'un devoir, d'une obligation soit la transgression du droit.

339. PLANIOL a été le premier à mettre l'accent sur cette notion en définissant la faute comme « *la violation d'une obligation préexistante* » ou d'un devoir imposé par l'ordre juridique¹²⁷⁶.

¹²⁷⁵ Articles 507, 853-16 de l'AUSCGIE.

¹²⁷⁶ Pour d'autres auteurs, la faute serait un acte contraire non seulement aux lois et règlements, mais aussi aux usages, à la justice sociale. Une approche plus pragmatique, défendue par un 3^e courant d'auteurs définit la faute comme une erreur ou une défaillance de conduite. Il s'agit de comportement contraire à ce qu'ils appellent « *la norme fondamentale de comportement* » ou « *la norme générale de civilité* ».

La jurisprudence distingue comme critère, d'une part les devoirs traduisant les impératifs normaux, « *la bonne foi, la loyauté, l'honnêteté, le respect d'autrui* » et d'autre part ceux inspirés par les considérations d'utilités sociales telles que la sécurité, l'efficacité « *devoir de prudence, de surveillance, de compétence, d'habileté...* ». Pour apprécier la faute, il suffit que le juge se fonde sur l'inobservation d'un principe général de droit. En l'absence d'indication fournie par les textes, les comportements illicites s'apprécient traditionnellement *in abstracto*. Pour savoir si une personne a commis une faute, on compare son comportement à celui « *d'un bon père de famille* » ou « *l'homme raisonnable* ».

Autrement dit, l'imputabilité est la dimension subjective de la faute. Dans cette optique, l'imputabilité est le caractère de ce qui peut être mis au compte d'une personne. En principe, il ne peut y avoir de faute sans que l'auteur du dommage ait conscience de son acte, sans que son acte ne puisse lui être imputé. Cette règle interdit d'engager la responsabilité d'une personne qui n'avait pas de discernement au moment où l'acte a été commis, c'est-à-dire qu'il n'était pas en

Selon la jurisprudence, « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* »¹²⁷⁷.

Il se pose une difficulté relative à l'action en responsabilité des dirigeants auxquels la nullité de la société ou des actes est imputable, dans la mesure où le concept de dirigeant est vaste. Faute de précision par le législateur sur les dirigeants, il convient de les envisager selon la notion même du dirigeant, d'un côté (section 1), et la qualité du dirigeant de l'autre (section 2).

SECTION I : LES DIFFICULTÉS D'IMPUTATION LIÉES AU PARTICULARISME INHÉRENT À LA NOTION DE DIRIGEANT

340. Dans un sens large, on définit le dirigeant comme toute personne qui exerce à un titre quelconque une fonction sociale dans le cadre de la direction, ou de l'administration. À ce titre, sont considérés comme dirigeants des personnes qui n'exercent aucune autre activité propre de direction, comme les membres du conseil d'administration. Dans un sens plus restreint, on considère comme dirigeants seulement les personnes qui s'occupent activement de la gestion de la société et disposent à cet égard des pouvoirs les plus étendus. Il faut noter que cette définition restrictive ne permet pas de cerner toute la notion de dirigeant.

341. À côté de cette distinction, on retrouve une autre division, plutôt juridique que factuelle, entre le dirigeant de droit et le dirigeant de fait. Le dirigeant de droit est celui qui est régulièrement titulaire d'une fonction attribuée par les organes sociaux, conformément aux règles fixées par le

mesure de comprendre la portée de ses actes et de maîtriser ses comportements en ce moment-là. Autrement, le dément, de même qu'il bénéficie au pénal d'une cause de non imputabilité ne pouvait au civil répondre de ses actes.

Cependant, l'article 489-2 du code civil français, dû à la loi du 3 janvier 1968, proclame expressément la responsabilité du dément. Ce texte fait peser sur ces personnes ce qu'on appelle une responsabilité objective, dépourvue de fondement moral et qui, en pratique, oblige l'entourage à contracter au nom du dément une assurance de responsabilité. Pour la jurisprudence, l'article 489-2 n'a institué aucune responsabilité nouvelle et il s'applique en conséquence à toutes les responsabilités.

Parlant de la responsabilité des personnes morales, bien que celles-ci n'aient pas à proprement parler, conscience des actes accomplis par leurs organes, la jurisprudence admet que la faute des dirigeants est celle de la société et que cette dernière peut en conséquent être poursuivie sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Notons que cette responsabilité n'exclut évidemment pas celle personnelle des dirigeants sociaux, même si, pour des raisons de solvabilités, les victimes recherchent généralement la responsabilité de la personne morale. En pratique, le plus souvent, la responsabilité de la personne morale sera recherchée de préférence sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5 du code civil. C'est dire que la faute quelconque du dirigeant ne suffit pas à engager sa responsabilité à l'égard des tiers.

¹²⁷⁷ Cass. Com. 20 mai 2003, Dalloz 2003, 1502, Obs A. LIENHARD.

droit des sociétés. La notion de dirigeant de fait couvre les personnes qui se comportent comme les dirigeants statutaires, en exerçant un pouvoir effectif de direction, sans avoir reçu une habilitation juridique régulière. C'est dire que par dirigeant, il faut entendre toute personne physique ou morale qui assure la direction ou l'administration totale ou partielle, de droit ou de fait de la société¹²⁷⁸. C'est-à-dire toute personne investie d'une mission de prendre de décisions et de veiller à leur application ou leur exécution, au nom et pour le compte de la société, personne morale.

À partir de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM)¹²⁷⁹, la société commerciale acquiert une personnalité morale. Il s'agit d'une aptitude à devenir sujet de droits et d'obligations.

342. Il faut noter que la société, « *corpus mysticum* », ne peut exercer directement ses droits. Elle doit être représentée par un organe qui, en dernier ressort, ne peut être qu'une personne physique. Ses décisions sont prises par les organes de gestion mais elles doivent être exécutées par les organes de représentation, qui mettent la société commerciale en rapport avec les tiers¹²⁸⁰.

Pendant longtemps, la direction des sociétés a été assurée par les propriétaires et on parlait de la classe privilégiée qui détenait à la fois le pouvoir et le capital¹²⁸¹. Petit à petit, les fonctions des dirigeants ont évolué vers une professionnalisation accrue et une distinction plus nette entre le bailleur des fonds, c'est-à-dire propriétaires et gérant (dirigeant)¹²⁸². De nos jours, la notion de dirigeant de société est multiforme et il est difficile de trouver une définition précise applicable dans n'importe quel contexte.

Il convient de faire remarquer que la catégorie des dirigeants sociaux n'est pas homogène : il y a des dirigeants de droit (§II) et des dirigeants de fait (§I).

¹²⁷⁸ F. PILLET, « La responsabilité fiscale des dirigeants des sociétés, personnes morales et groupements », JCP 1989 Edition E, N°15429.

¹²⁷⁹ Article 98 de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit de sociétés commerciales et G I E.

¹²⁸⁰ L'écran que constitue la personnalité morale peut protéger les associés ainsi que les dirigeants contre les poursuites intempestives des tiers. A titre d'illustration, dans les sociétés à risques limités, en vertu du principe de la limitation de la responsabilité, les créanciers n'ont pas le droit de poursuivre les actionnaires au-delà de leurs apports. Les créanciers n'ont donc pour seul gage que le patrimoine social ou plus exactement, les biens composant l'actif social.

¹²⁸¹ J.F BULL *Le statut du dirigeant de société*, La villeguerin Edition, p. 25, cité par F. GOLISTEANU in *La notion et statut des dirigeants*, P2, www.ladef-sorbonne.net.

¹²⁸² D. MIELLET, D. RICHARD *Dirigeant de société : un métier à risque..statut et responsabilité du mandataire social*, P.36, cité par F.GOLISTEANU in *la notion et statut des dirigeants*, P2, WWW.Ladef-sorbone.net.

PARAGRAPHE I : LES DIFFICULTÉS D'IMPUTATION AU DIRIGEANT DE FAIT.

343. Le législateur OHADA, a employé le concept de dirigeant, mais n'a pas explicité si cette imputation concerne aussi le dirigeant de fait. Le dirigeant de fait est celui qui s'ingère dans la gestion sans avoir juridiquement, reçu un mandat. Généralement, le dirigeant de fait est occulte. Il y aura une difficulté pour son imputation (B), sauf, s'il agit de manière apparente (A).

A-La sanction possible du dirigeant de fait ostensible

344. Le dirigeant de fait est toute personne physique ou morale qui, sans être investie d'un quelconque mandat social, s'immisce dans la gestion d'une société en exerçant une activité positive de direction de la société¹²⁸³. Mérite donc cette qualité, « *quiconque s'immisce ouvertement dans la direction d'une société par exemple en donnant des instructions aux salariés, en traitant avec les banquiers, en définissant la politique sociale ou en percevant des règlements au nom de la société* »¹²⁸⁴. Il importe de se poser la question de savoir si un tiers ayant reçu un mandat de la part d'un dirigeant de droit pour accomplir des actes au nom et pour le compte de la société peut être qualifié de dirigeant de fait.

345. La notion de dirigeant de fait a pour fonction de transcender la distinction fondamentale qui s'établit normalement entre les « *mandataires sociaux* » et les associés¹²⁸⁵. Fussent-ils cadres dirigeants chargés de responsabilités techniques dans l'entreprise. La multiplication des organes de conseil et des procédures de délégation, l'engouement pour le management participatif et les structures en réseau, brouillent la lumineuse clarté de ces bonnes vieilles organisations hiérarchiques et tayloriennes. Le savoir et le pouvoir se concentraient entre les mains d'un petit nombre d'individus parfaitement identifiés¹²⁸⁶

Compte tenu des cas de plus en plus fréquents d'intervention de certaines personnes dans la gestion des sociétés, la jurisprudence française a largement développé la notion de dirigeant de fait. Le dirigeant de fait peut intervenir dans l'accomplissement d'actes comme les conventions réglementées ou libres. Il peut s'agir de sa participation implicite à la procédure d'autorisation ou non, de la convention réglementée, ayant été désapprouvée par l'assemblée générale. Les

¹²⁸³ S. DANA-DEMARET et Y. REINHARD, *Lexique de droit des sociétés et des groupements d'affaires*, éd. Dalloz, 1993, Paris p.32.

¹²⁸⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.*, p.159, n°330.

¹²⁸⁵ Versailles, 20 juin 1991, *Revue de droit commercial* 1992. 818, obs Claude CHAMPAUD.

¹²⁸⁶ RTD Com 1994. 279.

juridictions françaises utilisent largement cette théorie du dirigeant de fait, particulièrement quand il s'agit des procédures visant la responsabilité des dirigeants.

Par un arrêt du 13 février 2007, la chambre commerciale de la cour de cassation française a apporté de précisions quant à la notion de dirigeant de fait d'une société. En l'espèce, une cour d'appel avait ouvert le redressement judiciaire simplifié à l'encontre d'une personne en retenant sa qualité de dirigeant d'une société mise en liquidation. Pour fonder leur décision, les juges d'appel ont retenu que cette personne faisait fonctionner l'établissement secondaire de la société dans tous ses aspects. Qu'elle avait signé des contrats de location de véhicules et de contrat de crédit-bail au nom de la société et que le représentant de la société lui avait donné procuration. L'une par laquelle il lui attribuait tous pouvoirs afin de procéder aux formalités nécessaires à la création de l'établissement secondaire précité. L'autre pour effectuer au nom de la personne morale toutes opérations de banque.

La décision d'appel est censurée par la Cour de Cassation. Selon les hauts juges, « *les motifs ayant déterminé la cour d'appel lesquels sont fondés sur la gestion par cette personne de l'établissement secondaire de la société en vertu du mandat donné par le dirigeant de droit, sont insusceptibles de caractériser les actes positifs de direction réalisés en toute indépendance qu'implique la direction de fait* »¹²⁸⁷. C'est dire que la définition du dirigeant de fait repose sur deux éléments essentiels : l'activité positive de direction et l'indépendance de celui qui l'accomplit. Donc, celui qui a reçu un mandat ne peut être qualifié de dirigeant de fait. Par voie de conséquence, l'imputation de la responsabilité à son égard est incertaine, à moins qu'il sorte du cadre de son mandat.

D'ailleurs, l'identification du dirigeant de fait n'est pas aussi évidente, du moment où dans la pratique, il est toujours occulte.

B- La difficulté de sanction du dirigeant occulte

346. Si un dirigeant de fait est celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité de gestion sans être investi, sa responsabilité peut être retenue, lorsqu'il agit au vu et au su des tiers. Il serait simple ou aisé pour les tiers, victimes de ses actes causant la nullité de la société de le poursuivre. Cependant, la question est de savoir si l'imputation de la responsabilité d'un dirigeant occulte est aussi évidente.

¹²⁸⁷ M. BERGUIG, « Précision sur la notion de dirigeant de fait » www.ddg.fr .

Le dirigeant occulte est celui qui accomplit de façon secrète les actes de sorte qu'il demeure inexistant pour le commun des mortels ou non identifiable par les tiers. Sont assimilés aux dirigeants de fait occultes, ceux qui donnent des instructions aux dirigeants de droit. Le plus souvent les établissements bancaires ou financiers qui conditionnent l'octroi de crédit au respect des instructions qu'ils donnent. La théorie de l'apparence ne peut être appliquée à leur égard, du moment où ils ne sont pas connus des tiers, en l'occurrence, les victimes de leur acte entraînant la nullité de la société. Alors, comment ces victimes peuvent-elles se prendre pour mettre en jeu leur responsabilité ?

Vis-à-vis des tiers, ils n'existent pas. Sauf s'ils font l'objet de la dénonciation par les associés ou autres dirigeants apparents, sinon, le fait qu'ils aient accompli des actes en secret leur permet d'échapper à la responsabilité.

347. Il est à remarquer que la preuve de l'existence des dirigeants de fait n'est pas facile, mais la jurisprudence a fait une grande place à cette notion par l'utilisation d'un faisceau d'indices. À l'égard des tiers, sa responsabilité ne peut être engagée que lorsqu'il est apparent. L'imputation des dirigeants occultes semble un mythe, car, les autres associés ou dirigeants de droit, soucieux de préserver leur source de financement ne seraient pas disposés à dénoncer ceux qui sont à l'origine de la nullité de la société ou des actes de gestion. Dès lors qu'il est occulte, il est impossible que le tiers ne puisse mettre en jeu sa responsabilité, à moins qu'il soit démasqué par le dirigeant de droit.

PARAGRAPHE II : LES DIFFICULTÉS D'IMPUTATION DE LA RESPONSABILITÉ À CERTAINS DIRIGEANTS DE DROIT.

348. Le dirigeant de droit, par opposition au dirigeant de fait, est, celui qui est régulièrement titulaire d'une fonction attribuée par les organes sociaux, conformément aux règles fixées par le droit des sociétés¹²⁸⁸. Ces considérations font apparaître une distinction essentielle au sein des personnes qui sont habilitées à diriger une société commerciale. En général, les dirigeants de droit ne peuvent échapper à la responsabilité lorsque leur faute est détachable de leur fonction. Cependant, certains dirigeants de droit, n'ayant pas de pouvoir individuellement, d'autre n'étant pas habilité à poser des actes dans la gestion quotidienne, l'imputation de leur responsabilité en cas de nullité de la société n'est pas certaine. C'est le cas des administrateurs pris individuellement (A) ou du PCA (B).

¹²⁸⁸ J.F BULLE.*op. cit.*, p.25.

A- L'impossibilité d'imputabilité aux administrateurs individuellement

349. Suivant l'article 414 de l'AUSCGIE¹²⁸⁹, seules les sociétés anonymes ont le privilège d'opter pour un mode de gestion avec un conseil d'administration et donc de fonctionner avec des administrateurs.

Il ressort de l'article 435 de l'AUSCGIE que « *le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre...* ». Les membres du conseil d'administration, en leur qualité d'administrateurs ne peuvent pas exercer de manière individuelle un pouvoir quelconque. Puisque le législateur attribue les pouvoirs à un organe collégial qui est le conseil d'administration. Le conseil dispose donc des pouvoirs propres et non pas de pouvoirs qu'il tiendrait des actionnaires. Il a des attributions particulières qui lui sont spécialement accordées par la loi et il jouit d'un pouvoir général d'administration, étant « *investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* ». Selon un auteur, cette dernière expression n'est pas exacte car le conseil n'agit pas, mais « *délibère et prend des décisions* »¹²⁹⁰.

Mais il faut relever que les tribunaux ne distinguent pas toujours ces diverses fonctions alors que la responsabilité qui découle de leur mauvaise exécution ne devait pas s'apprécier de la même manière¹²⁹¹.

350. La pratique avait depuis longtemps créé et répandu l'usage de ne pas laisser les administrateurs agir isolément et c'est dans les stipulations statutaires qu'il faut rechercher l'origine de la conception collégiale du conseil. Pour assurer l'unité d'action des dirigeants de sociétés anonymes, un usage constant s'était établi de considérer que le pouvoir d'administrer était donné, non pas aux administrateurs pris *ut singuli*, mais au conseil d'administration. Et l'on considérait comme excès ou usurpation de pouvoir, l'acte accompli par un ou plusieurs administrateurs agissant individuellement, sans autorisation ou délégation du conseil. « *L'administrateur, disait-on, n'a plus à intervenir que comme membre de cet organe et dans la pratique sa véritable fonction est devenue celle de membre d'un conseil d'administration* »¹²⁹². Les administrateurs doivent se contenter de délibérer, c'est-à-dire d'émettre leurs avis sur les questions qui leur sont soumises.

¹²⁸⁹ Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

¹²⁹⁰ Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 8^e éd., 2001, Précis Dalloz, n° 402.

¹²⁹¹ Y. GUYON refondu par Chantal LEIRIS, « Responsabilité civile des administrateurs », éd. du J-Cl. 1996, Vol 4, Fasc.132.

¹²⁹² AYMARD, *Le nouveau statut de la fonction d'administrateur*, thèse Toulouse 1973, p.47, cité par D. BASTIAN, « Administration : conseil d'administration », J-Cl société, vol.4, éd. 1973, fasc. 131.

Les pouvoirs de gestion sont dévolus au conseil *in globo*¹²⁹³ et non aux administrateurs *ut singuli*¹²⁹⁴. Cette solution dégagée par la pratique, ne peut faire l'objet de moindre doute. Un administrateur se contentant de ses fonctions sans usurpation ni immixtion dans la gestion ne peut aucunement être concerné par la responsabilité fondée sur la nullité de la société. Selon la doctrine, le principe de collégialité domine tout le régime du conseil d'administration. Il a entraîné deux conséquences : la disparition de l'administrateur unique et aussi celle de l'administrateur pouvant agir séparément. La pluralité inorganisée de la loi de 1867 a fait place à la gestion par un organisme délibérant dans certaines conditions précises. L'administrateur agissant seul ne peut rien. Il est simplement membre du conseil d'administration. Il est, en conséquence, démuné de pouvoir et ne peut agir que dans la limite d'un mandat qui lui aurait été conféré par le conseil. Et il n'est responsable, en principe, que de ses votes et de ses interventions au conseil, comme du reste de ses abstentions¹²⁹⁵.

Le conseil d'administration est un organe collégial, les administrateurs doivent agir collectivement et exercer ensemble les fonctions qui sont dévolues au conseil. Le principe délibératif joue ainsi un rôle déterminant¹²⁹⁶. Il en résulte que les administrateurs ne sauraient agir individuellement¹²⁹⁷. Ils n'ont pas de pouvoirs propres¹²⁹⁸. Il va de soi que, le vote une fois acquis, c'est le conseil tout entier qui est censé avoir pris la résolution discutée. Elle engage non seulement la société, mais aussi la responsabilité éventuelle de tous les administrateurs absents de la séance, ou même de ceux qui, étant présents, ont émis un vote négatif¹²⁹⁹. Le membre du conseil d'administration qui se trouve minoritaire à l'occasion d'une décision importante et grave, acte positif ou abstention, qu'il désapprouve, et dont il peut redouter les conséquences, doit faire consigner son opposition ainsi que ses motifs pour se dégager d'une éventuelle responsabilité¹³⁰⁰. Les co-gérants de la société ayant un mandat pour la gestion quotidienne, il est possible d'engager leur responsabilité en cas de nullité dommageable.

¹²⁹³ Globalement. En parlant d'un exposé ou d'une opinion. Il s'agit ici de l'expression de la volonté d'un organe : Henri Roland, *op. cit.*, p.146.

¹²⁹⁴ À titre individuel : H. ROLAND, *op. cit.*, p.367.

¹²⁹⁵ Ph. DELEBECQUE et F-J. PANSIER, *op. cit.*, n°3.

¹²⁹⁶ Ph. MERLE, *op. cit.*, n° 391.

¹²⁹⁷ Cass. com. 27 mars 1990, Bull. Joly 1990.530, note P. LE CANNU ; T. com. Paris, 23 oct. 1989, *ibid.* 1990.104.

¹²⁹⁸ Ph. DELEBECQUE et F-J. PANSIER, *op. cit.*, n°15.

¹²⁹⁹ *Ibid.*, n°62.

¹³⁰⁰ Ph. MERLE, *op. cit.*, n°393.

351. Cependant, il faut noter que selon le droit positif, « *encourent une sanction pénale le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président-directeur général, le directeur général, l'administrateur général, ou l'administrateur général adjoint qui, de mauvaise foi, font des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement* »¹³⁰¹. Il faut par ailleurs souligner que dans le sens strict, rien ne justifie que tous les dirigeants puissent être concernés par l'imputabilité de la responsabilité pour cause de nullité de la société ou des actes, suivant leur statut.

B- L'incertitude de la responsabilité du PCA en tant que dirigeant au sens strict

352. Il ne se pose pas de problème particulier en ce qui concerne l'imputation éventuelle de la responsabilité du gérant, du directeur général ou de l'administrateur général pour cause de nullité de la société. Le particularisme ici est relatif au président du conseil d'administration. Suivant l'article 415 de l'AUSCGIE « *la société anonyme avec conseil d'administration est gérée soit par un président-directeur général, soit par un président du conseil d'administration et un directeur général* ». Dans l'hypothèse d'une société gérée par un président du conseil et un directeur général, la question de la responsabilité du président du conseil d'administration pour cause de nullité de la société se pose. Selon l'article 480 de l'AUSCGIE « *le président du conseil d'administration préside les réunions du conseil d'administration et les assemblées générales.*

Il doit veiller à ce que le conseil d'administration assume le contrôle de la gestion de la société confiée au directeur général.

A toute époque de l'année, le président du conseil d'administration opère les vérifications qu'il juge opportunes et peut se faire communiquer par le directeur général, qui y est tenu, tous les documents qu'il estime utiles à l'accomplissement de sa mission.

Le président du conseil d'administration est tenu de communiquer à chaque administrateur ces documents et informations ». Il apparaît ici, une tendance vers la professionnalisation de la fonction de manager et vers une distinction plus claire entre diverses fonctions au sein d'une société qui doit répondre aux critères actuels d'efficience et de transparence. Autrement dit, le conseil d'administration ne doit pas empiéter sur les prérogatives du président¹³⁰². Il ne peut les restreindre

¹³⁰¹ Art. 891.

¹³⁰² Ph. DELEBECQUE et F-J. PANSIER, *op. cit.*, n°101.

au point de lui retirer son pouvoir de direction¹³⁰³. Il ne faut pas oublier, en effet, que la société anonyme est dotée d'organes hiérarchisés ayant chacun ses compétences propres¹³⁰⁴.

Désigné par le conseil, il ne tient pas ses attributions de celui-ci, mais de la loi. Le président du conseil incarne aujourd'hui le pouvoir de direction de la société, qui doit fonctionner tel qu'il est établi par des règles impératives. La décision peut être prise par un corps collégial ; mais la responsabilité de son exécution doit incomber en définitive à une personne physique¹³⁰⁵. La dualité de l'administration et de la direction générale a été conservée par la loi de 1966¹³⁰⁶. En pratique, les choses sont un peu différentes, car le conseil d'administration s'efface souvent devant son président. Il surveille, davantage qu'il ne décide¹³⁰⁷. Suivant des attributions du président du conseil, il serait surprenant que celui-ci puisse être concerné par l'imputabilité de la responsabilité pour cause de nullité de la société ou des actes de gestion. Néanmoins, en cas d'immixtion dans la gestion quotidienne en posant des actes, qui sont annulés et que cette sanction est préjudiciable aux tiers, le PCA ne peut échapper à l'imputation.

353. Cependant, dans l'exercice de sa mission de contrôle, si le président avait connaissance des actes susceptibles d'occasionner la nullité de la société et s'était abstenu de les dénoncer, il peut ici être considéré comme un complice ou un co-auteur.

Selon les principes généraux du droit pénal, le complice est assimilé à l'auteur de l'infraction et encourt une responsabilité solidaire avec lui-même s'il n'est pas administrateur¹³⁰⁸. La complicité est notamment établie lorsqu'une personne n'intervient pas alors qu'elle avait par ses fonctions la possibilité de s'opposer aux agissements de l'auteur principal¹³⁰⁹. Par voie de conséquences, l'imputabilité de la responsabilité pour nullité de la société du président qui encourage les actes de nature à entraîner la nullité de la société peut être possible.

354. Il ressort de cette analyse que, les dirigeants membres du conseil d'administration, qui respectent les limites de leurs pouvoirs ne seraient pas objectivement, concernés par l'imputabilité de la responsabilité pour nullité de la société. Le législateur aurait dû tirer les conséquences du

¹³⁰³Cass. com. 11 juin 1965, Bull. civ. III, no 361, RTD com. 1965.861, obs. HOUIN.

¹³⁰⁴Cass. civ. 4 juin 1946, S. 1947. I. 153, note BARBEY, JCP 1947. II. 3518, note Bastian, décidant qu'un arrêt annule à bon droit la résolution votée par l'assemblée générale qui investit le PDG de l'ensemble des pouvoirs attribués jusqu'alors au conseil d'administration.

¹³⁰⁵ Ph. DELEBECQUE et F-J. PANSIER, *op. cit.*, n°5.

¹³⁰⁶ Art. 113.

¹³⁰⁷ Ph. DELEBECQUE et F-J. PANSIER, *op. cit.*, n°5.

¹³⁰⁸ Cass. crim., 28 janvier 2004, Bull. Joly 2004, p. 678.

¹³⁰⁹ D. VIDA, *Manuel droit de sociétés*, 5^e éd., LGDJ 2006, Paris, n°454.

statut des membres du conseil d'administration avant de déterminer la qualité des dirigeants concernés par cette responsabilité.

SECTION II : L'IMPUTATION DE LA RESPONSABILITÉ RELATIVEMENT DISCUTABLE DU FAIT DE LA QUALITÉ DE L'AUTEUR DE L'ACTE.

Le notaire en sa qualité de professionnel intervenant dans l'acte constitutif de société annulé, peut engager sa responsabilité subsidiaire pour manquement aux obligations d'information et de conseil (§ II). Cependant, l'imputation de la responsabilité au dirigeant n'est pas toujours certaine, compte tenu du particularisme inhérent à sa qualité (§ I).

PARAGRAPHE I : LE PARTICULARISME INHÉRENT À LA QUALITÉ DE DIRIGEANT

La qualité des dirigeants selon qu'ils sont en activité (A) ou se sont retirés de la gestion de la société (B) permet de douter de l'évidence de leur responsabilité en cas de nullité dommageable.

A-L'INCERTITUDE RELATIVE AUX DIRIGEANTS EN EXERCICE

Le dirigeant est en activité ou en exercice lorsqu'il est encore en fonction, c'est-à-dire qu'il n'est pas encore mis fin à sa mission. La question se pose de savoir si la responsabilité pour nullité de la société peut prospérer vis-à-vis du dirigeant salarié ou délégataire. Il s'agit ici essentiellement d'étudier le particularisme tenant à la qualité du dirigeant délégataire d'un côté (1) et celle du dirigeant salarié de l'autre (2).

1- L'imputabilité douteuse de la responsabilité à certains dirigeants délégataires

355. Les dirigeants de sociétés¹³¹⁰ investis du pouvoir de représentation de celles-ci peuvent déléguer à une ou plusieurs personnes de leur choix le pouvoir d'accomplir, au nom de la société, certains actes bien précis. Notamment ceux relevant de la direction administrative, technique, comptable ou financière. Ils sont les délégants. Le délégataire ou délégué, c'est-à-dire la personne titulaire de la délégation, peut être un associé, un salarié, ou même un tiers à la société. Il est

¹³¹⁰Gérants de SARL, de SNC et de sociétés en commandite, Directeur Général et Directeurs Généraux de Sociétés Anonymes monistes, et Directeurs Généraux ou PCA de Sociétés Anonymes dualistes, Président et Directeurs Généraux de SAS.

habilité à exercer, sous le contrôle du délégant, tout ou partie du pouvoir de direction de ce dernier¹³¹¹.

Le problème que l'on se pose est de savoir si un dirigeant ayant délégué régulièrement sa compétence à une personne qui s'y connaît peut être poursuivi en responsabilité pour cause de nullité de la société ou des actes, en cas de faute personnelle de ce dernier.

Selon *le vocabulaire juridique* de Gérard CORNU, la délégation est une opération permise par le Droit, par laquelle le titulaire d'une fonction en transfère l'exercice à une autre personne. La question ici est de savoir si le dirigeant qui a délégué son pouvoir va encore être susceptible d'imputabilité de la responsabilité pour nullité de la société, du fait du délégataire. La délégation a pour objet, de la part d'une autorité administrative, de charger une autre autorité, qui lui est hiérarchiquement subordonnée, d'agir en son nom, dans certains cas déterminés¹³¹².

356. En droit administratif, une délégation de compétence doit être autorisée par un texte, qui peut être une loi mais aussi un simple décret. La décision de délégation doit préciser son étendue. Elle doit désigner le titulaire de la délégation c'est-à-dire le délégataire. Il en résulte qu'une délégation ne peut jamais être implicite mais doit résulter d'une décision expresse¹³¹³. La délégation de pouvoirs a des effets plus importants que ceux d'une délégation de signature, dans la mesure où l'autorité délégante se dessaisit elle-même et devient donc incompétente pour décider dans les

¹³¹¹Par la délégation de pouvoirs, le délégant risque d'engager sa responsabilité civile envers la société. Effectivement, pareille délégation est effectuée sous sa responsabilité qui répond à l'égard de la société des fautes commises par lui en cette circonstance : mauvais choix du délégataire, défaut de surveillance, erreurs dans la détermination de ses attributions... Par ailleurs, l'intéressé peut sous certaines conditions s'exonérer de sa responsabilité pénale

De son côté, par les actes qu'il a conclus avec les tiers, le délégataire engage la société, sous réserve que ces actes relèvent du domaine de la délégation qui lui a été consentie. Néanmoins, en réalité, les limitations de pouvoirs auxquelles il peut se trouver confronté sont inopposables aux tiers qui peuvent se prévaloir à l'encontre de la société du défaut de publicité de ces limitations (Com. 24 janv. 1989, Bull. Joly 1989. 264), ou de l'existence d'un mandat apparent.

¹³¹²La jurisprudence, faisant application de l'article 1985 du code civil, enseigne qu'une délégation de pouvoirs n'exige pour sa validité aucune condition de forme ou mention particulière (Soc. 19 janv. 2005, n° 02-45.675). Ladite délégation peut donc être verbale ou insérée dans un contrat de travail (Soc. 15 déc. 2010, n° 09-42.642), ou l'avenant à ce contrat ou d'un autre écrit, même sous la forme électronique (Crim. 3 mai 2006, n° 05-85.715. - Soc. 23 sept. 2009) La délégation de pouvoirs n'est pas obligatoirement nominative ; par conséquent, elle peut désigner le délégataire par ses fonctions (Crim. 2 mars 1988, no 87-81.528).

Pour autant, il est judicieux pour des raisons de preuve d'établir un écrit (Com. 11 mai 2010, n° 09-13.080). Cette mesure se justifie du fait que la délégation de pouvoirs emporte transfert de la responsabilité pénale qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, sans exclure le contrôle par la Cour de cassation de la motivation des arrêts d'appel (Crim. 22 oct. 1991, n° 89-86.770. - Crim. 3 déc. 1998)

¹³¹³La délégation de pouvoirs doit être temporaire (Com. 22 déc. 1975, Bull. civ. IV, n° 314), sans que sa durée soit nécessairement déterminée. En l'absence de cette condition de temporalité, le délégant pourrait être déchu de ses attributions légales et le principe de séparation des pouvoirs entre les différents organes sociaux pourrait subir une altération.

matières qu'elle a déléguées¹³¹⁴. La délégation de pouvoir vise non pas une personne nommément désignée, mais le titulaire d'une fonction. Le délégataire ne peut pas procéder à une subdélégation de pouvoir mais peut, en revanche, déléguer sa signature. La délégation de pouvoirs est caractérisée par trois éléments. Le premier est l'existence d'une hiérarchie entre le délégant et le délégataire qui sont en principe unis par un lien de subordination directe. Mais il peut également s'agir d'un lien d'autorité hiérarchique, notamment dans les groupes de sociétés. Le deuxième consiste en un dessaisissement du délégant au profit du délégataire. Ce dernier ne peut normalement intervenir dans l'exercice des pouvoirs délégués, sauf le risque de se voir reprocher de s'immiscer dans l'activité du délégataire, ce qui n'exclut pas d'être tenu d'une obligation de vigilance.

357. La délégation de pouvoirs comporte des limites. En particulier, un chef d'entreprise ne peut déléguer ses pouvoirs à plusieurs personnes pour l'exécution d'un même travail, un tel cumul étant de nature à restreindre l'autorité et à entraver les initiatives des prétendus délégataires¹³¹⁵. Dans le prolongement de cette idée, un dirigeant ne saurait dans le même temps consentir une délégation à un salarié et conserver un quelconque pouvoir sur les attributions déléguées. Un tel cumul est en effet susceptible de restreindre l'autorité et d'altérer les initiatives des prétendus délégataires¹³¹⁶.

358. La délégation de signature ne dessaisit pas, quant à elle, le délégant, qui peut toujours prendre lui-même des décisions dans les domaines pour lesquels il a simplement délégué sa signature à un collaborateur. Elle n'est en effet qu'une mesure d'organisation interne du service, qui ne modifie en rien la répartition des compétences¹³¹⁷. Elle est accordée à une personne nommément désignée et cesse si cette personne quitte ses fonctions aussi bien que si le délégant lui-même perd les fonctions au titre desquelles il avait accordé cette délégation de signature. Le délégataire ne faisant qu'agir en lieu et place du dirigeant délégant, il ne pourra procéder à aucune subdélégation¹³¹⁸.

¹³¹⁴ M. LOMBARD, *Manuel Droit administratif*, 3^e éd. 1999, Dalloz, Paris, n°212.

¹³¹⁵ Crim. 19 mars 1996, n° 94-84.854, BRDA 11/1996, p. 4 ; RJDA 7/1996, n° 928. - Crim. 23 nov. 2004, RJS 3/2005, n° 330.

¹³¹⁶ Il s'ensuit qu'une cour d'appel ne saurait retenir à la fois la responsabilité du président et celle d'un salarié, car « la responsabilité pénale des infractions poursuivies ne peut être cumulativement retenue contre le chef d'entreprise et un préposé en raison des mêmes manquements » (Crim. 14 mars 2006).

¹³¹⁷ M. LOMBARD, *op. cit.*, n°212.

¹³¹⁸ Comme son nom l'indique, la délégation de signature suppose que le délégataire reçoive seulement le pouvoir de signer un document, mais non de prendre une décision. Cette délégation porte uniquement sur « le pouvoir d'établir l'*instrumentum* contenant la norme édictée » (GROSHENS, La délégation administrative de compétence, D. 1958. Chron. 198). Dès lors, le délégant ne se trouve pas dessaisi du pouvoir décisionnel et de la responsabilité qui y est attachée, qu'elle soit civile ou pénale, lesquels ne sont donc pas transférés. Ladite délégation n'implique pas non plus de lien hiérarchique.

Les décisions éventuellement prises par le délégataire de signature dans le cadre de sa délégation sont perçues comme des décisions du délégant lui-même qui peut intervenir à tout instant dans la délégation de signature, sans risque de se

Pour la chambre criminelle française, la délégation de pouvoirs peut, lorsque certaines conditions sont remplies, conduire à exonérer le délégant sur le terrain pénal. C'est dire que la responsabilité pénale du chef d'entreprise est écartée s'il n'a pas personnellement pris part à l'infraction. Il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires¹³¹⁹. Si une telle preuve est rapportée, le délégataire encourt les sanctions pénales correspondantes¹³²⁰. Il s'agit d'une décision objective rendue par la chambre criminelle. La délégation de pouvoirs, lorsqu'elle est valablement mise en place, constitue une cause d'exonération de la responsabilité pénale du dirigeant, qui sera ainsi transférée au délégataire. C'est dire que la délégation de pouvoirs est souvent présentée comme une technique permettant au dirigeant non seulement de transférer sa compétence mais aussi de limiter les risques de mise en cause de sa responsabilité¹³²¹.

359. Si la responsabilité pour nullité de la société peut s'analyser en une sanction pénale, comme dans l'hypothèse de l'accomplissement de l'acte frauduleux dans la constitution de la société, cette jurisprudence peut s'appliquer. Le dirigeant délégant ne saurait être le véritable auteur d'une faute personnelle du délégataire, à moins qu'il soit qualifié de complice.

voir reprocher une quelconque ingérence. Cela s'explique par le fait que la délégation de signature s'analyse comme un simple mandat lié à la personne de celui qui le confère ; elle devient donc caduque en cas de cessation des fonctions du mandant (DALMASSO et BOURCEREAU, « Mandats de gestion et délégation de pouvoirs, une nécessaire distinction », JCP E 2010, n° 1590). Il s'ensuit que la cessation des fonctions du délégant met fin aux délégations de signature qu'il a consenties.

¹³¹⁹ Cass. rim, 19 oct. 1997: Bull. Joly 1997, p. 36 note C. MASCALA.

¹³²⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.*, n°320, p.152.

¹³²¹ La délégation de pouvoirs constitue un instrument inestimable d'organisation dans les groupes de sociétés. Effectivement, elle permet d'optimiser la répartition des responsabilités, en complément du contrôle interne favorisant l'information. En pareil contexte, le délégant et le délégataire n'appartiennent pas nécessairement à la même société du groupe et, en conséquence, ne sont pas directement liés par un rapport hiérarchique (Crim. 26 mai 1994, n° 93-83.180, BRDA 18/1994, p. 3 ; Bull. Joly 1994. 978, note ARSEGUEL ; Rev. Sociétés, 1995. 94, note BOULOC ; D. 1995. 10, note REINHARD. - Crim. 26 mai 1994, n° 93-83.213. - Crim. 7 févr. 1995, n° 94-81.832, RJS 6/1995, n° 657. - Soc. 19 janv. 2005, n° 02-45.675, Lexbase hebdo n° 164, 21 avr. 2005, éd. Sociale, questions à Auzéro). Ainsi, le délégant peut être dirigeant de la société mère employeur du délégataire, lorsque la délégation est mentionnée dans le contrat de travail conclu avec la société au sein de laquelle la délégation de pouvoirs est mise en œuvre. Au contraire, le délégant peut être dirigeant d'une filiale et le délégataire, salarié de la société mère. Dans ce cas, le délégant va conserver d'autant plus aisément la supériorité hiérarchique, qu'il est également lié à la société mère par un contrat de travail qui implique une subordination juridique. À cet égard, il a été décidé que le directeur des ressources humaines de la société mère n'est pas une personne étrangère aux filiales, de sorte qu'elle peut recevoir mandat pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement d'un salarié de ces filiales, sans que nécessairement la délégation de pouvoirs soit conférée par écrit (Soc. 23 sept. 2009, n° 07-44.200, Bull. civ. V, n° 191 ; Lexbase hebdo n° 366, 8 oct. 2009, éd. Sociale, note Radé. - Soc. 25 oct. 2011, n° 10-24.054).

Par contre, s'il s'agit d'une réparation, la délégation peut s'analyser en un mandat, et par voie de conséquences, le délégant sera tenu des actes de son délégataire¹³²². Il s'agit d'une représentation interne et qui ne concerne pas les tiers, qui ne connaissent que le titulaire de pouvoirs. Cette responsabilité peut être mise en cause sur le fondement de la responsabilité du fait du préposé¹³²³ quand le délégataire a agi dans le cadre de la mission qui lui a été confiée¹³²⁴. Selon la doctrine, La délégation de pouvoirs « renvoie à une forme particulière de mandat, moins volatile qu'un mandat ordinaire, qui a pour objet l'exercice d'une fonction participant à l'organisation du pouvoir au sein de l'entreprise »¹³²⁵.

La responsabilité peut également être engagée par ses préposés délégataires déclarés coupables de prêt de main-d'œuvre illicite¹³²⁶.

360. Au-delà de l'engagement de sa responsabilité par le délégataire qui excède ses pouvoirs, il reste à savoir si la société est engagée par des actes constitutifs d'un dépassement de pouvoirs. Sauf ratification expresse ou tacite des actes accomplis par le délégataire, la société ne peut être engagée par ceux-ci, lorsqu'il a outrepassé les pouvoirs résultant de la délégation qu'il a reçue. Seul le mandant est tenu d'en répondre¹³²⁷. Cependant, lorsque le délégataire a outrepassé les limites de son mandat, il est possible qu'il puisse répondre personnellement de ses actes. En vertu du droit commun de la responsabilité civile, le délégataire, quelle que soit sa qualité de salarié ou de mandataire social, est civilement responsable de ses actes¹³²⁸. Ainsi, s'est rendu coupable d'un manquement grave rendant impossible son maintien dans l'entreprise un salarié titulaire d'une délégation de pouvoirs en vue d'appliquer et de faire appliquer les prescriptions en matière

¹³²²Le mandataire qui peut être une personne morale, agit dans le cadre du mandat au nom et pour le compte du mandant qu'il représente. Celui-ci ne se dessaisit donc pas de son pouvoir et est seul engagé par les actes passés par le mandataire, sur le terrain à la fois civil et pénal. À l'égard du mandant, le mandataire est responsable de la bonne exécution des obligations issues du mandat qui lui a été confié et, à l'égard des tiers, il est responsable des délits ou quasi-délits éventuellement commis en cours de mission

¹³²³C. civ., art. 1384, al. 5.

¹³²⁴Crim. 15 mai 2007, n° 05-87. 260.

¹³²⁵M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op.cit.*, n°351, p.169.

¹³²⁶Crim. 6 janv. 2009, n° 06-80.209.

¹³²⁷La validité d'une semblable ratification tient à une double condition. D'une part, elle suppose que la sanction de l'acte constitutif du dépassement de pouvoir ne soit pas l'opposabilité pas plus que la nullité absolue. D'autre part, elle implique la connaissance par son auteur du dépassement de pouvoirs et sa ratification de l'acte en pleine connaissance de cause. Ainsi, la chambre mixte a-t-elle considéré dans ses deux fameux arrêts de principe que lorsque le comportement du représentant légal de la société exprime son intention de considérer comme valable l'acte effectué par le préposé, il en résulte « la volonté claire et non équivoque de ratifier la mesure prise par ses préposés » (Cass., ch. mixte, 19 nov. 2010, nos 10-10.095).

¹³²⁸Cass., ass. plén., 25 févr. 2000, n° 97-17.378. - Cass., ass. plén., 14 déc. 2001, n° 00-82.066.

d'hygiène et de sécurité qui s'est contenté de s'enquérir du coût des réparations qui s'imposaient¹³²⁹. Pareillement, les défaillances fautives du directeur d'exploitation titulaire d'une délégation de pouvoirs dans ses tâches d'organisation et d'encadrement constituent une faute grave qui empêche son maintien dans l'entreprise¹³³⁰.

361. Dans la pratique, de nombreuses sociétés, surtout les plus importantes et les groupes, contractent fréquemment une assurance responsabilité. Dans le but de couvrir les risques financiers d'une mise en cause de la responsabilité civile de leurs dirigeants au titre de leur gestion professionnelle. Le souscripteur de l'assurance peut être une société autre que celle au sein de laquelle les dirigeants concernés exercent leurs fonctions, ce qui peut être le cas d'une société mère, au profit des dirigeants de ses filiales¹³³¹.

Les dirigeants sont le plus souvent les membres fondateurs ou associés de la société. Mais, il n'est pas évident que ceux-ci aient des qualifications requises pour assumer certaines tâches techniques. C'est-à-dire relevant de la compétence d'un professionnel, spécialiste dans un domaine quelconque. Dans la pratique, de tels postes comme ceux de directeur technique ou commercial sont confiés aux salariés ayant des compétences pointues en la matière.

2- L'imputation non évidente de la responsabilité au dirigeant salarié

362. Il s'agit ici des personnes qui occupent une fonction technique au sein d'une société commerciale. Ce sont des travailleurs rémunérés qui, en vertu d'un contrat de travail, fournissent une prestation de travail à un employeur qui les paie et leur donne des ordres. Quand bien même il occupe une direction technique, il existe des liens de subordination entre le salarié et son employeur. La question qui se pose est de savoir si le salarié, occupant la direction de la société en tant que technicien peut être redevable vis-à-vis des tiers pour la nullité de la société ou des actes. Selon le professeur Yves GUYON, si les intéressés cumulent un contrat de travail et un mandat social, leur responsabilité peut être recherchée en raison de cette seconde qualité. Cette situation est fréquente dans les groupes de sociétés, car il est d'usage que les cadres salariés de la société mère exercent des fonctions d'administration ou de direction dans les filiales¹³³². Le directeur

¹³²⁹Soc. 23 juin 2010.

¹³³⁰Soc. 22 mars 2011, n° 09-42.317.

¹³³¹Ces contrats d'assurance couvrent tous les dirigeants de droit et de fait personnes physiques, les représentants des personnes morales dirigeantes de la société souscriptrice. À l'inverse, les personnes morales dirigeantes n'en sont jamais bénéficiaires. Ces assurances susceptibles également d'être conclues au profit des délégataires ont inévitablement un impact sur les conséquences financières de la mise en œuvre des délégations de pouvoirs consenties au sein de la société.

¹³³²Y. GUYON *op. cit.* Vol.4, Fasc.132.

technique, même s'il dispose d'une large autonomie, reste toujours salarié subordonné aux organes de direction de la société et spécialement aux présidents directeurs généraux ou aux directeurs généraux. Ici, il est responsable de ses actes que vis-à-vis de son employeur, en l'occurrence la société et bénéficie de la protection d'un contrat de travail.

La Cour d'Appel de Versailles a rendu un arrêt, selon lequel, un directeur technique, bien qu'ayant négocié des contrats et recruté des techniciens est resté dans le cadre technique qui lui était imparti dans son contrat de travail, n'a pas la qualité de mandataire social¹³³³. Autrement dit, en l'absence de cumul, le salarié ne peut répondre de ses actes à l'égard des tiers¹³³⁴. Les salariés qui exercent une fonction technique, leur responsabilité à l'égard de la société, de leur employeur, s'apprécie dans le cadre de leur contrat de travail. Par conséquent, il serait injuste de retenir la qualité du dirigeant technique pour la mise en jeu de la responsabilité, tant qu'il n'y a pas un cumul avec un mandat social.

363. Si le salarié est nommé administrateur général, il ne peut échapper à la responsabilité. Suivant l'alinéa 1^{er} de l'article 498 de l'AUSCGIE, « *l'administrateur général assume, sous sa responsabilité, l'administration et la direction générale de la société. Il la représente dans ses rapports avec les tiers* ». Il bénéficie ici d'un véritable mandat social et qu'il ne fait pas de doute quant à la mise en jeu éventuelle de sa responsabilité pour nullité de la société ou des actes. Il résulte de cette analyse que tous les dirigeants en exercice ne sont pas concernés par la responsabilité pour cause de nullité de la société ou des actes. Mais, qu'en est-il de ceux qui ne sont plus en fonction ?

B-La difficulté d'imputabilité aux dirigeants retirés.

Par dirigeants retirés, il faut entendre les dirigeants qui ne sont plus en fonction pour des raisons diverses, entre autres les dirigeants qui se sont purement et simplement retirés par anticipation (1) et les dirigeants décédés (2).

1- La difficulté de la responsabilité du dirigeant retiré par anticipation

364. Il s'agit de la situation de cessation anticipée de fonctions soit selon la volonté du dirigeant, c'est-à-dire la démission, soit selon la volonté de celui qui l'a nommé, c'est-à-dire la révocation.

¹³³³ C.A Versailles, 21 janvier 1994.

¹³³⁴ Toutefois, si le salarié accomplit des actes personnels qui dépassent la limite de son contrat de travail, il peut être responsable.

La démission est l'acte par lequel une personne, renonce¹³³⁵ à l'exercice de ses fonctions et dont l'effet est parfois subordonné à une acceptation par l'autorité de nomination¹³³⁶. La démission peut être volontaire¹³³⁷, d'office¹³³⁸ ou forcée¹³³⁹.

La démission volontaire constitue pour les dirigeants un incontestable avantage dans la mesure où elle leur permet d'échapper, pour l'avenir, aux responsabilités que la loi fait peser sur eux¹³⁴⁰. Les fonctions qu'occupent les dirigeants de sociétés commerciales avec toutes les prérogatives et les charges qui y sont attachées s'éteignent par la démission. La démission des organes de direction des sociétés commerciales ne saurait laisser indifférents les tiers qui sont en relation avec la société. Leurs interlocuteurs disparaissent, il est nécessaire qu'ils en soient informés. À cette fin, le législateur a prescrit que les cessations des fonctions, donc les démissions, devaient être régulièrement publiées, à défaut de quoi elles seraient inopposables aux tiers.

365. Le véritable problème que pose la démission en tant qu'acte de cessation de fonctions est, de savoir si la cause de la perte des pouvoirs et de l'extinction des obligations du dirigeant réside dans la volonté unilatérale de ce dernier. Ou, au contraire, elle se trouve dans un accord avec la société. Dans un premier cas, la démission appartiendrait à la catégorie dégagée par la doctrine, des actes unilatéraux réceptifs¹³⁴¹. Ces actes produisent effet dès qu'ils ont été notifiés à leur destinataire, c'est-à-dire en matière de démission, à la société. Si l'on admettait, comme dans la dernière hypothèse, que la démission nécessite l'accord de la société, il faudrait y avoir un acte bilatéral pris à l'initiative du dirigeant. Dans ce cas, l'effet est subordonné à l'agrément d'une autre personne. Du caractère de la démission dépend l'époque où la cessation des fonctions devient effective. Si l'on se situe dans la deuxième hypothèse, le démissionnaire perdra sa qualité de dirigeant au jour de l'acceptation de la démission par la société. La question ici consiste à savoir si cette acceptation ne met pas fin à toute poursuite contre le dirigeant.

366. À la lumière de l'acceptation de la démission par la société, cette attitude peut être interprétée comme une renonciation à l'exercice de l'action en réparation. Soit comme l'aveu que le départ du dirigeant ne lui cause aucun préjudice, soit, comme la reconnaissance que la démission était

¹³³⁵ Spontanément ou sous l'effet d'une contrainte légale.

¹³³⁶ G. CORNU, *op. cit.*, p.326.

¹³³⁷ En sa qualité de mandataire, tout membre du conseil d'administration peut démissionner.

¹³³⁸ Il peut s'agir du dépassement de la limite d'âge légale ou statutaire ; le non-respect du cumul des postes.

¹³³⁹ La démission de l'administrateur s'impose en cas d'incapacité, interdiction ou déchéance ; lorsqu'il exerce une activité nouvelle incompatible avec ses fonctions d'administration.

¹³⁴⁰ H. SOULEAU, *La démission des dirigeants des sociétés commerciales*, RTD Com. 1972, p.21.

¹³⁴¹ MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, t II, 1^{er} vol, n°322.

justifiée et ne présentait aucun caractère fautif. Surtout, s'il lui est délivré un quitus, cet acte produira des effets libératoires. Il est l'expression d'une renonciation à un droit en cas de défaillance connue. Mais il est aussi l'expression d'une interdiction de se contredire au détriment d'autrui¹³⁴². La responsabilité du dirigeant ne saurait être engagée qu'autant que sa conduite est critiquable. Et cette critique ne peut s'appliquer tant aux motifs qui ont inspiré la démission qu'aux circonstances qui l'ont entourée¹³⁴³. En ce sens, sauf la réserve émise peut justifier la poursuite éventuelle du dirigeant en responsabilité vis-à-vis de la société ou des associés.

Néanmoins, cette solution semble discutable. Il ressort de l'article 169 de l'AUSCGIE qu'« aucune décision de l'assemblée des associés, d'un organe de gestion, de direction ou d'administration ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les dirigeants sociaux pour faute commise dans l'accomplissement de leur fonction. Toute décision contraire est nulle ». Il apparaît un refus de l'effet libératoire du quitus en droit des sociétés. En ce sens, si le gérant qui a convoqué irrégulièrement une assemblée a démissionné par la suite, il peut se voir imputer, si son acte a causé de préjudice.

367. À l'égard des tiers, la démission acceptée ne libère aucunement le démissionnaire des actes qu'il a accomplis. Le quitus voté par une assemblée d'associés ou d'actionnaires ne peut avoir qu'une valeur morale. Dans cette perspective, le démissionnaire ne peut échapper à l'imputation éventuelle de la responsabilité pour nullité de la société. Il sera poursuivi malgré la publicité ou non de son départ. Toutefois, il peut échapper à la poursuite par le biais de la prescription en la matière, qui est de 3 ans, à compter de la date de sa démission. Si la démission est le plus souvent l'œuvre du dirigeant qui veut quitter ses fonctions, la révocation en est le contraire.

368. La révocation est l'acte unilatéral par lequel celui qui avait confié une mission à une personne met fin à cette mission soit, *ad nutum*¹³⁴⁴, soit pour des motifs déterminés¹³⁴⁵. Pour la jurisprudence, le juste motif peut tenir au comportement fautif du dirigeant, soit à une divergence de vue sur la politique sociale¹³⁴⁶. Pour le législateur OHADA, il n'y a que les gérants des sociétés en nom et de SARL qui sont révocables pour juste motif¹³⁴⁷. Les autres dirigeants sont révocables *ad nutum*. Le

¹³⁴² P. ABADIE, « Le quitus », RTD Com. 2017, p.508.

¹³⁴³ H. SOULEAU *op. cit.*, p. 21.

¹³⁴⁴ Au signe de tête, à son gré. De manière immédiate et sans condition, en parlant d'une convention qui peut être rompue sans préavis ou d'une fonction à laquelle il peut être mis fin à tout instant discrétionnairement. H. ROLAND, *op. cit.*, p.17.

¹³⁴⁵ G. CORNU *op. cit.* p. 818.

¹³⁴⁶ CA. Versailles, 11fév. 1988 : JCP 1988, II, 15292, note A. VIANDIER et J.J. CAUSSAIN.

¹³⁴⁷ Art.279 al.1 et 326 AUSCGIE.

grand principe est que les administrateurs peuvent être révoqués sans motif, sans préavis et sans indemnité¹³⁴⁸ par l'assemblée générale. Etant un acte unilatéral et discrétionnaire, pris à l'initiative de l'équipe dirigeante, il se pose la question de savoir si le dirigeant révoqué *ad nutum* peut répondre de ses actes entraînant la nullité de la société ou des actes de gestion.

En effet, la révocation *ad nutum* relève du pouvoir discrétionnaire de la collectivité des actionnaires. Les juges n'ont pas à contrôler la valeur du motif de la révocation d'un administrateur qu'il appartient à la seule assemblée générale d'apprécier. Autrement, il suffit qu'il ait cessé de plaire pour que l'on puisse le remercier à tout moment et

en « *toutes circonstances* » sans inscription préalable à l'ordre du jour et sans que les motifs de la révocation aient à être énoncés¹³⁴⁹, la délibération de l'assemblée n'ayant pas à être précédée d'un rapport du conseil d'administration¹³⁵⁰.

369. L'on peut faire observer que, révoquer un dirigeant sans rien lui reprocher veut dire qu'il a été loyal ou de bonne foi dans sa gestion. Cependant, comme le démissionnaire, il reste tenu, à l'égard des tiers, de ses fautes personnelles. Ainsi, il peut répondre de sa responsabilité, sauf en cas de prescription¹³⁵¹. Outre la démission et la révocation qui sont des mécanismes de retrait des fonctions des dirigeants, il y a le décès qui peut intervenir pour mettre fin à l'exercice de fonctions. Il importe d'analyser cette situation au regard de l'imputabilité des dirigeants pour nullité de la société.

2- L'imputation discutable aux dirigeants décédés

370. « *Le dirigeant social est mort ! Vive le dirigeant social* ». Ce pastiche d'une formule célèbre¹³⁵² illustre assez la double dimension que revêt le décès du dirigeant d'une société. Il faut entendre par dirigeants décédés, les dirigeants qui sont morts dans l'exercice de leurs fonctions. Le décès est un événement anticipant la cessation de fonctions du dirigeant au même titre que la démission, la révocation ou la retraite. Cependant, sa particularité réside en ce que le dirigeant n'est plus en vie. S'il se trouve que de son vivant, il avait commis de fautes personnelles, il se posera le

¹³⁴⁸ Cependant, le droit de révoquer peut trouver une limite en cas de révocation abusive : les dirigeants évincés disposent alors d'un recours en invoquant la responsabilité de la société sur le fondement de l'article 1382 du code civil, afin d'obtenir l'allocation de dommages intérêts.

¹³⁴⁹ Art. 338-1 AUSCGIE

¹³⁵⁰ CA. Paris, 3e ch., 30 juin 1983, dr. stés 1983, n°217.

¹³⁵¹ Art.256 al 2. « L'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution se prescrit par trois (3) ans à compter du jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée ».

¹³⁵² « Le roi est mort ! Vive le roi ! ». H. ROLLAND et L. BOYER, *Adage du droit français*, Litec 4^e éd. 1999, n°405.

problème de sa responsabilité. Le décès du dirigeant social pose le problème des modalités de la transmission à ses héritiers d'une éventuelle dette envers la société ou les tiers. Celui-ci se pose avec une égale acuité, qu'il s'agisse de la responsabilité civile ou pénale du dirigeant social.

Si la responsabilité pour nullité de la société ou des actes peut s'analyser en une sanction pénale¹³⁵³, le décès du délinquant éteint en principe, l'action publique. L'action ne peut être exercée contre ses héritiers, mais ses éventuels complices et coauteurs peuvent toujours être poursuivis¹³⁵⁴.

371. Toutefois, le principe de la responsabilité pénale personnelle ne peut jouer lorsque la loi s'adresse aux « *entreprises* » et non aux personnes morales, comme c'est le cas en droit de la concurrence. Dans ce secteur, il est décidé que dans l'hypothèse de la disparition de la personne ayant procédé aux pratiques prohibées, la sanction pécuniaire peut-être prononcée contre l'entreprise ayant repris une branche d'activité et les personnels. Même si elle n'a pas personnellement accompli l'action répréhensible. La raison de cette solution tient au fait que le législateur vise les entreprises en tant qu'entités économiques¹³⁵⁵, lesquelles peuvent faire l'objet de sanction. Peu importe qu'entre le moment de commission des pratiques et celui où elles doivent en répondre, la personne morale a disparu¹³⁵⁶. Cette position est, au demeurant, fondée sur le droit européen de la concurrence¹³⁵⁷. Elle a été confirmée par la chambre commerciale de la cour de cassation française ayant statué à propos d'amende civile en droit de la concurrence¹³⁵⁸.

372. Par contre, si la responsabilité pour nullité de la société peut s'analyser en une réparation, en cas de décès, il y a transmission aux héritiers par le biais de la succession. Sous réserve du délai de prescription, il est possible d'exercer l'action à l'encontre des héritiers ayant accepté la succession en application du droit commun des successions ou des régimes matrimoniaux puisque l'action a un caractère patrimonial¹³⁵⁹. En application du principe de la continuité de la personne du défunt, les héritiers recueillent l'universalité du patrimoine du décédé. Au cas particulier du droit de la responsabilité civile, ce principe se décline en trois hypothèses. La dette de la réparation du dirigeant a déjà été constatée. Elle se transmet à ses héritiers et intègre le passif successoral.

¹³⁵³ L'hypothèse des actes frauduleux à la constitution.

¹³⁵⁴ C. RENAULT-BRAHINSKY, *Manuel procédure pénale*, Gualino éditeur, EJA, Paris, 2006, n°370.

¹³⁵⁵ Art. L 410-1 et suivants.

¹³⁵⁶ H. MATSOPOUTOU, « La non-transmission de la responsabilité pénale à la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée », *Rev. des Sociétés* 2017, p.236.

¹³⁵⁷ TPICE 17 déc. 1991, Enichem Anic, T-6/89, RTD Com 1992, 735 obs. C. BOLZE.

¹³⁵⁸ Cass.com. 21 janv. 2014, Dalloz 2014, 269, obs. E. CHEVRIER; *Ibid*, 531, note M.-C. SORDINO; *Ibid*, 2423, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARÉ, M.-H. GOZZI, S. MIRABAIL et C. GINESTET; RTD Civ. 2014, 367, obs. H. BARBIER.

¹³⁵⁹ Cass.com. 2 oct. 1984, Bull. civ. IV n°250.

Deuxième hypothèse, le dirigeant décède alors qu'une instance est en cours relative à l'engagement de sa responsabilité civile. Les ayants cause pourraient défendre à l'action et contester l'existence de la dette de réparation ou renoncer à la succession. Il reste le cas où le dirigeant est décédé avant qu'une action en responsabilité n'ait été engagée contre lui. Rien n'interdit d'agir contre les héritiers à raison d'une faute commise par le *de cuius*. L'hésitation était permise car le dirigeant social est civilement responsable à raison d'une faute prouvée¹³⁶⁰. Le juge a pourtant tôt admis son caractère patrimonial la rendant transmissible par voie de succession¹³⁶¹.

373. Toutefois, la difficulté réside dans le cas de la renonciation ou du refus de succéder au *de cuius*. Il convient de noter que la succession peut être pure et simple ou sous condition de bénéfice d'inventaire. Dans la première hypothèse, l'héritier peut répondre des dettes ou des actes civils de son auteur. Alors que dans la deuxième hypothèse, cette responsabilité n'est pas évidente étant donné que l'héritier entend prendre cette qualité de dirigeant soit sous le bénéfice d'inventaire ou il renonce purement et simplement. Suivant l'article 797 du Code Civil « *pendant la durée des délais pour faire inventaire et pour délibérer, l'héritier ne peut être contraint à prendre qualité, et ne peut être obtenu contre lui de condamnation...* »¹³⁶². C'est dire qu'avant la réalisation de cette condition, la responsabilité pour nullité de la société ne peut lui être imputable, quand bien même le *de cuius* aurait commis une faute personnelle. Les héritiers ne se dégageront de leur responsabilité qu'en faisant état de toutes les circonstances qui pourraient conduire la juridiction à écarter ou atténuer la condamnation à intervenir. Toutefois, ils peuvent accepter la succession que sous bénéfice d'inventaire¹³⁶³. Au regard des dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 256 de l'AUSCGIE, il apparaît que la responsabilité pour nullité de la société est à la fois une sanction et une réparation. Qu'il est évident que les héritiers puissent répondre des dettes du *de cuius*, en ce qui concerne la dimension réparation civile, mais le doute demeure en cas de renonciation.

De ce qui précède, il y a lieu de faire remarquer que la qualité de dirigeant de fait ou de droit ne permet pas de déterminer en toute objectivité le dirigeant susceptible de répondre des actes occasionnant la nullité de la société. Il importe que le législateur tienne compte des particularités *sus* analysées. Sinon, il y a risque de poursuites arbitraires.

¹³⁶⁰ Th. FAVARIO, « Le décès du dirigeant social. Aspect du droit des sociétés », Dalloz 2017, 1668.

¹³⁶¹ Com. 6 fév. 1979, n°77-33.965 ; 19 mai 1982, n°80-16.475 : « *l'action prévue à l'article 99 de la loi du 13 juillet 1969 à l'encontre des dirigeants d'une personne morale (...) est transmissible par succession (...)* ».

¹³⁶² Code Civil édition Litec, 1997.

¹³⁶³ B. FOUGERE, *Le dirigeant d'une personne morale cité devant le tribunal de commerce, pour comblement du passif*, Rev. Jurisprudence commerciale n°9, sept. 1999, Paris, p.333.

Par ailleurs, dans l'hypothèse où l'office notarial est intervenu pour l'authentification de l'acte constitutif, il serait possible de retenir sa responsabilité pour la nullité de la société.

PARAGRAPHE II : L'EXTENSION DE LA RESPONSABILITÉ AU NOTAIRE

374. Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 60 du projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, « *celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner* ». Il ressort de ce projet de texte uniforme que l'obligation d'information et de renseignement est une exigence légale. Dans ce sens, le notaire intervenant dans la rédaction ou l'authentification de la constitution de la société¹³⁶⁴ qui a été annulée peut-il échapper à la sanction ? Le législateur est muet au regard des dispositions de l'AUSCGIE. Toutefois, suivant les règles du droit commun, il est possible que celui-ci réponde de ses actes, en sa qualité d'intervenant dans l'établissement de l'acte constitutif ou en sa qualité d'officier ayant authentifiant l'acte. Une telle sanction consisterait à conscientiser ce professionnel dans l'accomplissement de sa mission, sur le fondement du manquement aux obligations précontractuelles d'information (A) et de conseil (B).

A- La responsabilité fondée sur le manquement aux obligations précontractuelles d'informations

375. L'article 61 du projet de texte portant droit général des obligations dans l'espace OHADA dispose : « *le manquement à une obligation de renseignement, même sans intention de tromper, engage la responsabilité de celui qui en était tenu* ». Pour la doctrine¹³⁶⁵, l'obligation précontractuelle d'information ou de renseignement¹³⁶⁶ est celle qui, avant la conclusion du contrat, impose à l'une des parties qui a la connaissance ou qui devrait connaître en raison de sa spécialité ou qualification professionnelle, un fait dont elle savait l'importance déterminante de l'autre

¹³⁶⁴ Article 10 de l'AUSCGIE.

¹³⁶⁵ GHESTIN notamment.

¹³⁶⁶ L'obligation précontractuelle d'information ou de renseignement doit être distinguée de l'obligation de conseil. L'objet de l'obligation de conseil est plus large, puisque son débiteur ne se borne plus à énoncer des faits. Il doit au moins partiellement faire apparaître à l'autre partie les conséquences quant à l'opportunité de conclure le contrat envisagé, sur le plan technique ou pécuniaire. La cour d'Appel de Rouen, dans un arrêt du 18 mai 1973 a condamné un garagiste pour avoir effectué sur une voiture des réparations d'un montant qui dépasse sa valeur vénale alors qu'un échange standard serait revenu moins cher JCP 1974, II, 17867.

contractant¹³⁶⁷, d'en informer celui-ci, dès l'instant qu'il était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son cocontractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties¹³⁶⁸. Il doit s'agir des informations portant sur l'objet de contrat. L'Office notarial ne peut authentifier ou légaliser un acte contraire à la loi. En ce sens, le manquement aux obligations utiles (2) relative à l'objet du contrat de prestation peut engager sa responsabilité (1).

1-L' information portant sur l'objet des obligations nées du contrat.

376. Un fait pertinent est un fait en relation avec l'objet des obligations nées du contrat. *A priori*, cette idée peut sembler évidente. L'information n'a pas de lien avec l'objet des obligations découlant du contrat, elle ne saurait intéresser le contractant, ni avoir une quelconque incidence sur sa décision de conclure le contrat¹³⁶⁹. Il conviendrait d'illustrer cette possibilité d'admission de la responsabilité du notaire par une jurisprudence française, qui peut servir d'inspiration dans l'espace OHADA. Dans un arrêt rendu le 28 octobre 2015, le juge français a retenu la responsabilité du notaire fautif¹³⁷⁰. C'est le rappel d'une autre jurisprudence bien établie selon laquelle le notaire¹³⁷¹ qui, par sa faute, fait perdre au créancier une garantie d'un contrat peut être responsable envers le créancier. Il suffit de démontrer que le débiteur est insolvable et que tout recours contre lui est voué à un échec certain du fait du notaire¹³⁷². On soulignera, que cette garantie n'est que « *subsidaire* ». Il appartient d'abord au créancier d'agir contre le débiteur et d'épuiser les voies de droit dont il dispose contre lui, faute de quoi le préjudice allégué serait affecté d'incertitude¹³⁷³. Et l'on remarquera qu'en subordonnant à une « *défaillance avérée du débiteur* » le préjudice du créancier,

¹³⁶⁷ La véritable originalité des textes récents réside dans une protection *a priori*. L'idée est que, pour écarter les abus inhérents aux contrats d'adhésion, il est préférable d'agir en amont et de mettre en place des mécanismes propres à assurer l'équilibre du contrat et à conférer au consommateur une véritable liberté de contracter.

¹³⁶⁸ L'obligation précontractuelle d'information comme moyen de protection du consentement a connu un développement considérable et est même imposée dans de nombreux contrats. Cette obligation précontractuelle se diffère de l'obligation de conseil d'un côté et de l'obligation contractuelle de renseignement de l'autre, qu'il convient de faire montre.

¹³⁶⁹ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ 1992, Paris, P.135.

¹³⁷⁰ Civ. 1^{re} 28 oct. 2016, RTD Civ. 2016, p.133 préc.

¹³⁷¹ Ou toute autre professionnel du droit.

¹³⁷² Civ. 1^{re}, 4 mai 1999, n° 97-10.105, D. 1999. 151; RTD civ. 1999.840, obs. P. JOURDAIN ; Civ. 1^{re}-, 1^{er} juin 1999, n° 97- 14.063, D. 1999.193 ; RDI 1999. 424, obs. J.-C. GROSLIERE; RTD civ. 2000.122, obs. P. JOURDAIN ; Civ. 1^{re}, 18juin 2002, n° 99-17.122, Bull. civ. 1, n°168 ; Civ. 3^e, 3 déc. 2008, n° 07-14.545, D. 2009. 98; RCA 2009. Comm. 61.

¹³⁷³ Civ. 1^{re}, 19 déc, 2000, n° 98-10.852, D. 2001. 2235, obs. P. DELEBECQUE; RTD civ. 2001. 370, obs. P. Jourdain; Civ. 1^{re}, 6 nov. 2001, n° 98-21.220, RCA 2002. Comm. 30; Civ. s-, 23 juin 2004, n° 99-19.996, Bull. civ. III, n° 126; Civ. 1^{re}, 19 févr. 2014, n° 12-29.767, RCA 2014. Comm. 165.

l'arrêt semble élargir quelque peu les possibilités d'engager la responsabilité du notaire. Les juges exigent la preuve d'une insolvabilité. Une personne ne pourra être tenue de renseigner son partenaire que si elle détient une information « *pertinente* »¹³⁷⁴. Cette obligation n'existera que si celui qui se prétend créancier, a lui-même ignoré le fait et si cette ignorance est légitime¹³⁷⁵.

377. La portée de l'obligation d'information pesant sur un contractant doit donc s'apprécier à la lumière du contenu concret du contrat. Tel professionnel qui n'est en principe tenu que d'une obligation accessoire d'information limitée peut être tenu plus lourdement s'il a accepté d'assumer de nouvelles obligations principales. Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 5 février 1991¹³⁷⁶, la première chambre civile de la Cour de cassation française approuve une cour d'appel d'avoir retenu qu'un avocat qui avait accepté d'être rédacteur d'un acte de prêt contenant promesse d'hypothèque de premier rang devenait débiteur d'une obligation de conseil qui lui imposait en particulier de vérifier l'état des inscriptions et la valeur de la garantie stipulée au profit du prêteur.

378. Le notaire intervenant dans le processus de la constitution de la société commerciale, notamment, soit dans la rédaction de l'acte, soit dans la légalisation de l'acte constitutif, en tant que professionnel a l'obligation d'informer les associés des irrégularités susceptibles d'occasionner la nullité de la société. Il faut souligner que la solution retenue dans l'arrêt du 28 octobre 2015 précité a pour intérêt pédagogique de préciser à quoi peut être tenu le notaire lorsque, par sa faute, un contrat est annulé, en même temps qu'il précise les contours du préjudice réparable¹³⁷⁷. Une société cessionnaire d'un bail portant sur un local à usage mixte s'est vue consentir par acte authentique un

¹³⁷⁴ L'obligation précontractuelle d'information suppose que l'une des parties connaissait non seulement l'information mais aussi l'influence de celle-ci sur le consentement de l'autre partie. On entend par là une information dont la connaissance par le partenaire est de nature à conduire celui-ci à modifier son comportement, soit qu'il renonce à son projet de conclure le contrat, soit qu'il persévère dans celui-ci en réexaminant les conditions. C'est dire que la personne qui se prétend créancière d'une obligation d'information devra prouver que l'information recélée ainsi que l'importance de celle-ci étaient connues de celui qui aurait dû la renseigner. La cour de cassation a admis par exemple qu'en raison de sa qualification professionnelle, un garagiste « *ne pouvait ignorer que le compteur indiquait un kilométrage bien inférieur à celui que la voiture avait parcouru en réalité* ».

¹³⁷⁵ Il ne suffit pas, pour être créancier d'une obligation pré contractuelle d'information de souligner son ignorance, encore faut-il que cette ignorance soit légitime. Au cas contraire, il ne pourrait s'en prendre à lui-même. L'ignorance est dite légitime lorsque le devoir de se renseigner qui continue en principe à peser sur chacun est écarté en raison de circonstances particulières. Soit l'intéressé était dans l'impossibilité de découvrir par lui-même le fait recélé alors que son partenaire y avait accès.

Exemple : l'acheteur d'une supérette, professionnel expérimenté du commerce, ne saurait reprocher à son vendeur de ne pas l'avoir averti de l'implantation d'un supermarché dans la même zone, alors que ce projet avait bénéficié d'une très grande notoriété : délibération du conseil municipal, publication dans la presse : Cass. Corn. 17 juill. 2001, Dalloz 2002, somm. 1004, obs. PIGNARRE.

¹³⁷⁶ Bull. civ., I, .11°46, P.29.

¹³⁷⁷P. JUORDAIN, « la restitution d'un dépôt de garantie à la suite de l'annulation d'un bail n'est pas un préjudice pour le bailleur qu'il appartiendrait au notaire fautif de réparer », RTD Civ. 2016, P.133.

nouveau bail exclusivement commercial. Le locataire, invoquant l'irrégularité du bail en raison d'un changement d'affectation conventionnelle de locaux d'habitation sans autorisation administrative, sollicita sa nullité, ce qui conduisit le bailleur à appeler en garantie le notaire rédacteur de l'acte. Une cour d'appel, faisant droit à la demande de nullité, condamna le bailleur à restituer une certaine somme perçue au titre du dépôt de garantie et déclara le notaire tenu de le garantir de l'ensemble des condamnations consécutives à cette annulation. L'arrêt est cassé au motif que « *la restitution du dépôt de garantie consécutive à la nullité d'un bail commercial ne constituant pas en soi un préjudice indemnisable, le notaire, garant subsidiaire de la restitution envers la seule partie qui en est créancière, en cas de défaillance avérée de celle qui en est débitrice, ne pouvait être condamné à en garantir le bailleur, celui-ci fût-il insolvable* ». Le notaire, convient-il de noter, avait sans aucun doute commis une faute en rédigeant un acte de bail commercial avec changement d'affectation des locaux sans s'assurer du respect des prescriptions du code de la construction et de l'habitation qui imposent l'obtention d'une autorisation administrative préalable¹³⁷⁸. Mais cette faute devait-elle avoir pour conséquence d'engager sa responsabilité à l'égard du bailleur en l'obligeant à le garantir de la restitution du dépôt de garantie.

379. En sa qualité d'officier ministériel, il doit jouer son rôle d'éclaireur de ses clients qui sont les associés et les aider à éviter les risques de nullité de l'acte constitutif de la société. Étant un professionnel, le notaire doit prendre soin des actes qu'il établit. Il doit vérifier et se rassurer des conditions nécessaires de la validité du contrat de société. Le manquement à l'une de ces conditions requises engage sa responsabilité. C'est ce qui ressort de l'esprit de l'article 61 du projet de texte portant droit général des obligations dans l'espace OHADA. Autrement, si la nullité est finalement prononcée, à cause de sa négligence ou son imprudence, sa responsabilité doit être engagée pour manquement aux obligations d'information comme ce banquier gestionnaire de portefeuille. Il doit s'agir d'une information nécessaire ou utile pour le cocontractant.

2-L'information utile pour le cocontractant

380. L'alinéa 4 de l'article 60 du projet de texte portant droit général des obligations dans l'espace OHADA dispose : « *seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat* ». Par information nécessaire, il faut entendre, une information exigée¹³⁷⁹, requis, obligatoire. Il s'agit d'une information

¹³⁷⁸ CCH, art. L. 631-7.

¹³⁷⁹ En droit.

indispensable¹³⁸⁰. Un fait utile est un fait qui intéresse le cocontractant. L'information pertinente est une information utile pour le cocontractant, une information pouvant l'intéresser, en ce sens qu'elle permet de l'éclairer dans ses décisions et, le cas échéant, de modifier son comportement. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 21 novembre 1975, déclare qu'en plus des dispositions légales, la bonne foi contractuelle ajoute un devoir d'honnêteté élémentaire de renseigner le cocontractant sur tous les éléments propres à l'intéresser, sans avoir à lui laisser le soin ou la chance de les découvrir dans les 140 pays d'un règlement de copropriété¹³⁸¹. Dans cette perspective, il faut noter que les irrégularités susceptibles d'engendrer la nullité de la société sont utiles et doivent intéresser les associés. Le notaire les ayant constaté ou remarqué doit faire part à ces derniers, notamment les associés, pour leur permettre de les régulariser. Son silence sur ces informations doit justifier sa responsabilité en sa qualité de professionnel.

381. En outre, exiger que l'information soit utile pour le cocontractant ne signifie nullement qu'elle doive être substantielle, ni même déterminante. En effet, le principe reste que l'ignorance, par la faute du cocontractant, d'une information simplement utile peut ouvrir droit à des dommages et intérêts¹³⁸². À titre d'illustration, la cour de cassation française a rendu un arrêt, qui peut être une source d'inspiration éventuelle pour le juge OHADA, en condamnant un notaire qui a failli à une obligation d'information utile vis-à-vis de ses clients¹³⁸³. Le notaire est normalement fautif d'avoir privé d'efficacité un acte qu'il a lui-même instrumenté, ce qui est le cas à défaut d'avoir informé les acquéreurs sur le « *cadre juridique approprié* »¹³⁸⁴. Il est acquis qu'en cas de restitution du prix de vente consécutive à la nullité d'un contrat, l'acquéreur lésé n'est pas fondé à obtenir le recours *in solidum* du notaire tenu à garantir subsidiairement la restitution en cas d'insolvabilité du vendeur¹³⁸⁵. Cette solution s'inscrit dans un courant jurisprudentiel (et doctrinal) complexe qui ferait dépendre la subsidiarité du cas où une autre voie de droit subsisterait *ab initio*, contrairement à l'action de la victime devenue inutile par la faute du professionnel¹³⁸⁶. Dans ce dernier cas, le

¹³⁸⁰ G. CORNU, *op. cit.* p.682.

¹³⁸¹ Dalloz 1976, sornm. p.50.

¹³⁸² M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.* p.139.

¹³⁸³ Civ. 3^e, 18 février 2016, Dalloz-actualité 4 mars 2016.

¹³⁸⁴ Sur les excès d'une telle obligation, V. une critique constructive, RLDC nov. 2005, n° 21, « Le notaire, un conseil, non un détective », sous Civ. 3^e, 6 juill. 2005, n° 01-03.590.

¹³⁸⁵ Pareille hypothèse en cas de vente de la chose d'autrui, Civ. 1^{re}, 15 mai 2015, n° 14-14.988, AJDI 2015.535.

¹³⁸⁶ Th. COUSTET, « VEFA : Une nullité qui fait boule de neige », (civ.3-18 février 2016) Dalloz-actualité 4 mars 2016.

notaire serait alors tenu sans que la victime ait à assurer la poursuite préalable des autres débiteurs de la réparation¹³⁸⁷.

À s'en tenir à une telle distinction, c'est parce que l'acquéreur avait en l'espèce prioritairement vocation à se retourner contre le vendeur pour restitution du prix de la cession que le notaire ne peut intervenir qu'en second rang. Il est pourtant tentant de comprendre que c'est surtout la restitution qui n'est pas, sauf dégradations, un préjudice¹³⁸⁸, comme le rappelle la Cour¹³⁸⁹. Ainsi faut-il admettre que seule la perte de la créance de restitution justifie le recours du notaire quand bien même la restitution serait la conséquence de sa faute¹³⁹⁰.

Comment le juge doit-il apprécier l'utilité de l'information pour le contractant ?

Dans une première analyse, il semble que le juge devrait apprécier *in concreto* l'utilité d'une information pour un contractant. Il doit rechercher si l'information considérée était de nature à intéresser le demandeur et ne considérer donc que la psychologie du créancier de l'obligation d'information.

382. Cependant, cette règle ne paraît pas satisfaisante et l'appréciation du juge devrait être objective ou, en d'autres termes, *in abstracto*¹³⁹¹. Il semble, en effet, que l'utilité ne doit pas être appréciée subjectivement du côté du détenteur de l'information. Parfois, celui-ci estime -à tort- que cette information ne présente aucun intérêt pour son cocontractant. Cette erreur d'appréciation ne devrait bien évidemment pas pouvoir nuire au créancier de l'obligation d'information. Si par exemple, un client doit connaître certaines informations relatives à la gestion de ses titres, il y a obligation d'information de la part du créancier¹³⁹².

B-L'imputation de la responsabilité fondée sur le manquement aux obligations de conseil

383. Le conseil suppose ainsi une appréciation qui oriente la décision de l'autre partie ou doit même, dans certain cas se substituer à celle-ci. Par exemple, un entrepreneur doit refuser d'exécuter certains travaux pour de raisons d'opportunité. Il est à noter que la limite entre le conseil et le renseignement ne peut être tracée avec une absolue rigueur. Le 1^{er} comporte le plus souvent

¹³⁸⁷ Civ. 1^{re}, 25 nov. 2015, n° 14-26.245, Dalloz actualité, 9 déc. 2015, obs. N. KILGUS ; D. 2015. 2502.

¹³⁸⁸ De jouissance.

¹³⁸⁹ Com. 10 févr. 2015, n° 13-24.501, D. 2015. 1683, note T. ROUHETIE et C. TILLIARD ; Contrat. art. 1352-3 Ord. n° 2016- 131 du 10 févr. 2016.

¹³⁹⁰ Pour une distinction éclairante, V. D. SINDRES, « La responsabilité civile des professionnels du droit est-elle subsidiaire ? », D. 2016.553.

¹³⁹¹ *Ibid*, p.142.

¹³⁹² Dans cet exemple, le créancier de l'obligation d'information est le banquier.

l'énoncé des informations qui constitueront les motifs du conseil. Quant au second, la nature et la portée du renseignement le font souvent confondre avec un conseil dans la mesure où les faits parlent d'eux-mêmes. Il en est ainsi de l'obligation dite de « *mise en garde* » qui se situe entre le conseil et le simple renseignement puisqu'elle suppose que l'on ait fait prendre conscience à l'autre partie du risque qu'elle prendrait.

La jurisprudence française précitée¹³⁹³, pour engager la responsabilité du notaire suite à l'annulation d'un contrat, pour manquement au conseil de ce notaire a raisonné en ces termes : « (...) par ailleurs, ayant relevé que M^{me} S. (notaire), *qui avait dressé tous les actes de vente, ne pouvait méconnaître les dispositions légales d'ordre public qui s'imposaient lors d'une vente d'un immeuble inhabitable et non divisé devant faire l'objet d'une complète réhabilitation, ni se méprendre sur l'importance des travaux prévus dès lors qu'ils étaient chiffrés dans la promesse de vente, la cour d'appel a pu, par ces seuls motifs, en déduire que le notaire avait commis une faute en ne proposant pas aux parties le cadre juridique approprié qui aurait permis aux acquéreurs de bénéficier de la garantie d'achèvement* »¹³⁹⁴.

384. Ensuite, si la restitution du prix, par suite de l'annulation du contrat de cession, ne constitue pas en elle-même un préjudice indemnisable, le notaire peut être condamné à en garantir le paiement en cas d'insolvabilité démontrée des vendeurs. La cour d'appel, qui a constaté que la société P. (venderesse) était en liquidation judiciaire, a pu en déduire que la société civile professionnelle de notaires et son assureur devaient être condamné *in solidum* au paiement du prix de cession et de ses accessoires¹³⁹⁵. La responsabilité du notaire est possible soit sur la base de l'article 1147, soit sur la base de l'article 1382 du code civil¹³⁹⁶. Dans cette perspective, la cour de

¹³⁹³Civ. 3^e. 18 fév. 2016, Dalloz 2016, p.480.

¹³⁹⁴ Ayant constaté que le vendeur avait fait établir un programme de réhabilitation comportant un descriptif des travaux, tant de gros œuvre que de finitions intérieures, que ce soit pour les parties communes ou les parties privatives, avec l'existence d'un prévisionnel dont une part significative était à sa charge, et qu'il devait financer les travaux primordiaux et essentiels à la viabilisation de l'immeuble, permettant de caractériser sa division, d'aménager l'essentiel des communs, d'assurer l'accessibilité à l'immeuble, de distribuer les fluides et d'en assurer l'assainissement et la mise hors d'eau, le prix de vente incluant le foncier et ses aménagements, et relevé que les travaux à la charge des acquéreurs avaient été définis, décidés et évalués par le vendeur en qualité de maître d'œuvre selon des plans réalisés par lui avant la vente et que celui-ci avait obtenu le permis de construire correspondant et choisi les entreprises intervenantes, la cour d'appel a pu en déduire qu'il s'agissait d'une vente d'immeuble à construire conclue en l'état futur d'achèvement et devant être annulée en l'absence des mentions légales imposées par la loi.

¹³⁹⁵ Enfin, ayant retenu que l'annulation du contrat de vente entraînait la nullité du contrat accessoire de prêt et que la Caisse de crédit mutuel de Vierzon pouvait solliciter le montant du capital prêté qui n'avait pas encore été amorti, la cour d'appel a pu en déduire que la perte de gain que l'établissement bancaire pouvait espérer par le biais des intérêts conventionnels constituait une perte de chance dont elle a souverainement fixé le montant.

¹³⁹⁶ L'essentiel est que les conditions, notamment la faute, le préjudice et le lien de causalité, soient respectées.

cassation française a rendu un arrêt intéressant en ces termes : « *pour condamner des notaires in solidum avec des sociétés à payer à des banques diverses sommes en réparation des préjudices résultant pour elles de l'annulation de prêts, une cour d'appel avait retenu que les préjudices en lien direct avec la faute commise par les notaires comprenaient le montant des capitaux empruntés, sous déduction des sommes encaissées, et les intérêts au taux conventionnel limités dans la durée. En statuant ainsi, alors que la restitution du capital restant dû à la banque, résultant de l'anéantissement d'un contrat de prêt, ne constitue pas, en elle-même, à l'inverse de la perte des intérêts conventionnels, un préjudice réparable, la cour d'appel¹³⁹⁷ a violé l'article 1382 du code civil* »¹³⁹⁸

385. Il ressort de cette analyse que l'extension de la responsabilité, pour cause de nullité de la société, aux officiers ministériels intervenant dans la procédure de constitution de la société semble intéressante, dès lors qu'elle permet non seulement de renforcer l'assiette de la solvabilité en faveur des tiers, mais permet également, d'une manière ou d'une autre de conscientiser ces notaires, dans l'accomplissement de leur mission. Cependant, il conviendrait de remarquer qu'en cas de constitution de la société par acte sous sein privé et que le notaire peut recevoir simplement en tant qu'acte au rang de minutes, il ne peut être tenu des irrégularités ayant entraîné la nullité de la société, car son intervention ici est limitée qu'à la reconnaissance d'écriture.

¹³⁹⁷ Paris, 1^{re}, ch. Civ. 26 nov.20 14.

¹³⁹⁸ Civ. 3^e 19 mai 2016, Dalloz 2016, P.1135.

386. En conclusion de ce chapitre 2^e du titre II de la deuxième partie, il conviendrait de faire remarquer que l'imputation de la responsabilité des dirigeants des sociétés commerciales présente certaines difficultés. Ce qui n'est pas facile pour une mise en œuvre objective de la sanction. Le renforcement de l'étendue du pouvoir du juge dans l'appréciation, aussi bien de la notion et de la qualité du dirigeant paraît très important, en sa qualité de gardien des droits fondamentaux des sujets de droit. En outre, la complexité de la notion et de la qualité du dirigeant ne facilite pas l'imputabilité de la responsabilité de ce dernier pour cause de nullité. Ce qui n'est pas aisé pour la mise en œuvre des nullités dans l'AUSCGIE.

L'extension de la responsabilité au notaire est un moyen de conscientiser celui-ci dans l'exercice de sa mission à la constitution des sociétés. Par ricochet, ce moyen paraît intéressant pour l'investisseur, qui, se sentirait plus en sécurité, en mettant en jeu la responsabilité de ce dernier. Selon un auteur, qu'une société industrielle nécessite plus de droit que l'île de Cythère ; que la loi de complexification qui entraîne tout l'univers appelle, pour ordonner celui-ci, un volume croissant de normes et d'arbitrage¹³⁹⁹.

387. Corrélativement pourtant, la législation moderne de la discipline, en remettant à l'honneur les injonctions de faire et les suspensions civiles, semble redécouvrir les vertus de la sanction civile. À lire la doctrine, on n'est pas loin de penser d'ailleurs que le renouveau de la liberté contractuelle que connaît le droit des sociétés¹⁴⁰⁰ participe d'une résurgence de ses racines civilistes.

¹³⁹⁹J. CARBONNIER, *op. cit.* p.7.

¹⁴⁰⁰Y. GUYON, *Traité des contrats*, préc., M. JEANTIN, *Droit des obligations et droit des sociétés*, préc. ; J-P. BERTEL, « Liberté contractuelle et sociétés », *RTD com.* 1996, 595 et s.; S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés*, *LGDJ* 2002, t. 378, préf. F. TERRÉ, cités par M. AZAVANT, in « La sanction civile en droit des sociétés Ou l'apport du droit commun au droit spécial », *Revue des sociétés* 2003 p.443.

388. De l'analyse de ce titre II, de la deuxième partie, il en résulte que la division nullité facultative et obligatoire inadaptée au critère de l'intérêt protégé ne facilite pas l'applicabilité de la sanction. L'application systématique de nullité sans possibilité de la régulation, comme l'a démontré l'arrêt du 11 mars 2014, de la première chambre de la CCJA, semble dangereuse. Il y a risque d'engendrer des décisions mécaniques qui seraient contraires à l'esprit du législateur communautaire, visant la souplesse.

Les difficultés inhérentes à la notion et à la qualité du dirigeant ne permettent pas une imputation aisée de la responsabilité de celui-ci, pour cause de nullité. Si la légalité est ce qui est conforme à la loi au sens formel il apparaît que la nullité sanctionne la violation de la loi intervenue lors du processus de la formation du contrat. À ce titre, elle participe au principe de légalité¹⁴⁰¹. Rappelons encore que la nullité est traditionnellement présentée comme un accessoire de la règle légale destiné à en sanctionner la violation¹⁴⁰². On souligne les rapports étroits qu'entretiennent l'illicéité et la sanction, spécialement celle de la nullité. Selon de nombreux auteurs, la nullité serait « *la mesure la plus logique [...], la sanction normale [...] anéantissant un acte dont le droit ne veut pas* »¹⁴⁰³, *la sanction la plus conforme aux prohibitions établies par la loi* »¹⁴⁰⁴. Ainsi, il serait « *unaniment admis* » que la nullité repose « *sur la violation de la légalité plus précisément d'une norme impérative régissant la conclusion du contrat* » et qu'elle « *tire son fondement de l'illicéité* »¹⁴⁰⁵.

La réforme intervenue dans l'AUSCGIE est très intéressante par la clarification des nullités. Cependant, le domaine de nullité, les effets de nullités et quelques possibilités d'aménagements semblent échapper au législateur, constituant une difficulté réelle à la mise en œuvre de ladite sanction.

¹⁴⁰¹ J. GHESTIN, *op. cit.* n°2012, p.711.

¹⁴⁰² R. JAPIOT, *op. cit.* p.167.

¹⁴⁰³ Ph. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public*, thèse Paris éd. Matot-Braine, Reims, 1953, n°304 ; G. FARJAT, *L'ordre public économique*, thèse Dijon, LGDJ, 1963, n°382.

¹⁴⁰⁴ Ch. BERTRAND, *La notion d'ordre public en matière de nullité*, thèse, Lille, 1939, p.29.

¹⁴⁰⁵ J. GHESTIN, *op. cit.* n°2013, p.711.

389. Il ressort de l'étude de cette deuxième partie que la mise en œuvre de la nullité dans l'AUSCGIE présente quelques difficultés. La division des domaines des nullités facultatives et obligatoires présente une incohérence avec la théorie de l'intérêt protégé. L'imputation de la responsabilité des dirigeants pour nullité de la société ou des actes semble incertaine, eu égard au particularisme de la notion ou de la qualité du dirigeant. L'étendue de la non-rétroactivité de la nullité de la société est à relativiser, selon que la société annulée a eu ou non des contacts avec les tiers. Ces difficultés ne sont pas de nature à faciliter une application objective de cette sanction. Pour des raisons de la cohérence avec les normes internationales, la justice privée consacrée par le législateur OHADA, dans les respects de la confidentialité, la nullité conventionnelle est nécessaire.

Si les lois de l'économie ne sont pas celles d'une science dure, elles ne sont alors que des recettes pragmatiques, des normes de comportement plus ou moins tirées de l'expérience, largement arbitraires et volontaristes. Le pont est jeté vers la règle de droit, puisque les deux espèces font partie du même genre¹⁴⁰⁶. Il y a homonymie des deux classes de normes. Il est vain alors de parler d'une priorité de l'économique sur le juridique. Le droit doit être autre chose que « *la traduction institutionnelle de l'organisation socio-économique* »¹⁴⁰⁷. La règle de droit détermine pour le moins l'organisation socio-économique tout autant que la norme économique. Et on peut même se demander, renversant les termes, si la règle de droit n'est pas antérieure à la norme économique, sinon ontologiquement du moins méthodologiquement.

390. L'évitement des nullités par la régularisation est intéressant pour la protection de l'activité économique et les acteurs de ladite activité. La sauvegarde de l'acte juridique irrégulier est nécessaire pour éviter les effets dévastateurs de la nullité. Le législateur a offert au juge un pouvoir d'appréciation à l'occasion des actions en annulation d'actes sociaux irréguliers. Ce pouvoir lui permet, en considération des enjeux économiques en présence, de faire obstacle à la nullité en minimisant la portée de l'irrégularité et faire produire à l'acte litigieux les effets juridiques attendus.

¹⁴⁰⁶R. MARTIN, « Loi économique et règles de droit », Dalloz 1990, p.261.

¹⁴⁰⁷ M. C. CHAMPAUD, « Libre entreprise et droit français », Rev. int. dr. écon. 1987, p. 307.

CONCLUSION GÉNÉRALE

391. Il résulte de l'analyse des causes de nullité, une sanction garantissant l'assainissement du climat des affaires, avec une prépondérance de l'ordre public de direction. Le législateur a également assainir les relations contractuelles, en préservant l'ordre public de protection. Il s'agit d'un véritable renforcement équilibré des pouvoirs des acteurs de l'activité économique. Les nullités permettent d'assurer la police de l'ordre public économique. Les libertés contractuelles sont aussi assurées dans une certaine mesure.

Cependant, quelques incohérences textuelles et difficultés sont à relever. Elles sont liées, soit au système de nullité textuelle, soit au principe d'impérativité de l'article 2 de l'AUSCGIE.

Le système de nullité textuelle semble difficile pour l'adéquation avec le droit des contrats. Par exemple, la théorie des actes indivisibles et les clauses déterminantes ont de difficultés à s'adapter à ce système. Les actes interdits, la fictivité de sociétés, l'absence du consentement, l'absence de la cause, sont, tantôt des causes de l'inexistence, tantôt des causes de nullités. Le non-respect de la procédure des conventions règlementées est tantôt la cause de la nullité, tantôt sanctionné par l'inopposabilité. La référence à la participation au capital social comme unique critère du mécanisme de la prise de décision collective ou des initiatives individuelle et positive est une cause de rupture d'égalité entre associés. Un tel critère ne permet pas, en toute objectivité, au titulaire des parts en industrie de jouir de ses droits tant politiques, économiques que patrimoniaux dans la société. Il serait souhaitable au législateur de revoir ce critère pour plus d'égalité entre associé.

392. Dans l'analyse de la mise en œuvre, il faut noter que le législateur privilégie la régularisation et la nullité est admise que lorsqu'il est impossible de sauver la personne morale. Cette régularisation permet de préserver les intérêts de la personne morale, des associés et des tiers de manière générale. Le législateur a opté pour la nullité judiciaire. Il semble que la nullité conventionnelle n'est pas expressément consacrée. Il faut noter une adéquation des règles processuelles à l'action en nullité en droit des sociétés. La prescription de l'action en nullité est neutralisée, soit en cas d'illicéité d'objet social, soit par l'exception de nullité, soit encore par la suspension de la prescription dans l'hypothèse où les époux sont associés d'une même société.

L'admission de l'étendue généralisée de la non-rétroactivité de la nullité de la société est discutable. Si le législateur n'admet pas la prescription abrégée en cas d'illicéité d'objet social, la même justification permet d'admettre la rétroactivité de la nullité de la société. Il s'agit de respecter une cohérence textuelle et de permettre à la nullité d'assurer ses fonctions.

Toutefois, il faut remarquer une absence de cohérence et d'uniformisation du régime de nullité dans l'AUSCGIE. La subdivision nullité facultative et obligatoire n'est pas conforme au critère de l'intérêt protégé. La non-rétroactivité de la nullité de la société admise de manière générale est dangereuse. Elle nécessite une appréciation *in concreto*, selon que l'objet social est ou non illicite. Il apparaît une certaine difficulté d'imputation de la responsabilité des dirigeants et autres compte tenu du particularisme inhérent, soit à la qualité du dirigeant, soit à la notion du dirigeant. À titre subsidiaire, il est possible de faire une extension de la responsabilité pour nullité de la société au notaire, en sa qualité de professionnel intervenant dans l'acte constitutif. L'extension de la responsabilité au notaire est un moyen de conscientiser celui-ci dans l'exercice de sa mission à la constitution des sociétés. Par ricochet, ce moyen paraît intéressant pour l'investisseur, qui, se sentirait plus en sécurité, en mettant en jeu la responsabilité de ce dernier¹⁴⁰⁸.

De manière générale, les innovations du régime de nullité renforcent de manière significative l'affirmation des normes de valeur. L'évitement ou la réduction des nullités est une vision stratégique, attractive ou louable. Cette réduction des nullités, si l'on peut se le permettre, est à l'origine du principe cardinal, consacré par le législateur communautaire, notamment, la régularisation qui est impérative. Dans cette vision, il serait souhaitable pour le législateur de clarifier davantage le régime de nullité pour plus de flexibilité dans son applicabilité.

393. Pour notre part, il conviendrait de souligner que le régime de nullité dans l'AUSCGIE permet de garantir partiellement les intérêts de tous les acteurs impliqués dans l'activité économique. Cette sanction assure ses fonctions de prévention, de dissuasion et de punition. Mais certaines des causes de nullités risquent d'échapper à la sanction à cause du système textuel des nullités. Les fonctions de la prévention, de la réparation semblent ainsi fragilisées.

La véritable réforme économique, c'est la réforme du cadre juridique de l'économie¹⁴⁰⁹. Si l'on cherche aujourd'hui à discerner une politique commune de la sanction, on peut en effet sans doute la trouver dans la volonté partagée d'assurer l'efficacité économique de la sanction¹⁴¹⁰. À une époque où la sécurité juridique est considérée comme un impératif catégorique de tout Etat de droit, l'interdiction faite au juge de dépasser la lettre de la loi semble critiquable. On trouverait là en

¹⁴⁰⁸ Surtout si la cause de la nullité lui est imputable.

¹⁴⁰⁹ M. ALLAIS, « À la recherche d'une discipline économique », 1943, cité par F. M. SAWADOGO, in « Les activités normatives de l'OHADA : bilan et perspectives », Revue Burkinabé de droit, n°48, 1^{er} semestre 2014, P.17.

¹⁴¹⁰ C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, *op. cit.* P. XLIX.

somme, appliquées aux nullités, les mêmes raisons que celles justifiant de faire primer les sources écrites du droit sur ses sources informelles.

394. La réservation des nullités textuelles qu'aux formalités accessoire serait nécessaire à l'exemple du système de nullité textuelle en droit processuel, que de les généraliser. Dans cette optique, il importe de faire une distinction entre la nullité pour vice de forme et la nullité pour l'irrégularité de fond. Les nullités de fond peuvent être sanctionnées même sans texte. Elles peuvent être invoquées en tout état de cause. La nullité est une technique de sanction de l'acte juridique. La violation de l'ordre public est apparente et l'annulation est l'arme qui permettra de détruire cette apparence¹⁴¹¹. Les nullités de forme substantielle ou d'ordre public peuvent être soulevées sans texte mais pas sans grief. Les nullités de forme qui ne sont ni substantielles, ni d'ordre public, doivent obéir aux deux principes. Elle doit respecter le principe « *pas de nullité sans texte* » et celui de « *pas de nullité sans grief* ». Le grief apparaissant comme le préjudice que l'irrégularité cause à l'adversaire et que celui-ci, a la charge de prouver.

Une telle orientation du système de nullité est nécessaire pour une sanction objective et efficace dans l'espace OHADA.

395. Par ailleurs, la régularisation obligatoire des nullités semble très suffisante pour l'évitement de nullité dans l'AUSCGIE. En ce sens, il faut noter que la régularisation, les effets non rétroactif de nullité, les brèves prescriptions et l'inopposabilité de nullité aux tiers sont suffisants pour se passer du principe *pas de nullité sans texte* en la matière. Cette option participerait à la conservation des normes dynamiques pour une sanction souple mais efficace dans l'espace OHADA.

¹⁴¹¹J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », Dalloz 1993, P.63.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

A- GÉNÉRAUX

- ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël) et autres, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF 2008, 1074 pages ;
- ANOUKAHA (François) et autres, *Sociétés commerciales et GIE*, éd. Bruylant, Bruxelles 2002, 589 pages ;
- AUBERT (Jean-Luc), *Introduction au droit*, 11^e éd. 2006, Sirey, Paris, 356 pages ;
- BORIS (Martor) et Autres, *le Droit uniforme des affaires issu de l'OHADA*, Litec, Paris, 2009, 382 pages ;
- BUFFELAN-LANORE (Yvaine) et LARRIBAU-TERNEYRE (Virginie), *Droit Civil, Les obligations*, 12^e éd. Sirey 2010, Paris cedex 14, 984 pages ;
- CADIET (Loïc) et JEULAND (Emmanuel), *Droit judiciaire privé*, 9^e éd. 2016, LexisNexis, 949 pages ;
- CARBONIER (Jean), *Droit Civil. Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, T. 1, « coll. Quadrige », PUF, Paris 2017, 1496 pages ;
- CARBONIER (Jean), *Droit Civil. Les biens, les Obligations*, T. 2, « coll. Quadrige », PUF, Paris 2017, 2574 pages ;
- CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, Paris, LGDJ 1983, 365 pages ;
- CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, 2^e éd. Paris, PUF 2004, 415 Pages ;
- CAUDAL (Sylvie), *Les principes en droit*, éd. Economica, 2008, Paris, 385 pages ;
- CHARVERIAT (Anne), *Mémento Expert, Cession des parts et actions*, éd. 2015-2016, Paris, 1213 pages ;
- CONSTANT (Anne-Sophie) et LEVY (Aido), *Réussir mémoires et thèses*, 4^e éd. 2012, Gualino, 182 pages ;
- CORNU, (Gérard), *Vocabulaire Juridique*, 12^e éd. 2018, Paris, PUF, 1103 pages ;
- CORNU (Gérard), *Droit civil, Introduction au droit* 13^e éd. Montchrestien, Paris 2008, 277 pages ;
- COZIAN (Maurice), VIANDIER (Alain) et DEBOISSY (Florence), *Manuel droit des sociétés*, 29^e éd. 2016 Paris, LexisNexis, 867 pages ;
- COZIAN (Maurice), *Précis de fiscalité des entreprises*, Paris, Litec éd. 1994, 640 pages ;

- DANA-DEMARET (S) et REINHARD (Yves), *Lexique de droit des sociétés et des groupements d'affaires*, éd. Dalloz 1993, Paris, 112 pages ;
- DE BECHILLON (Denys), *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?* éd. Odile Jacob, Paris 1997, 302 pages ;
- DEMOGUE (René), *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, éd. La mémoire du droit, Paris 2001, 681 pages ;
- DIDIER (Paul) et DIDIER (Philippe), *Droit commercial Tome 2, Les sociétés commerciales*, Economica, 2011, Paris, 1153 pages ;
- DIEYE (Alioune), *Régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA*, 4^e éd. 2014, Cabinet Aziz Dièye, Dakar, 386 pages ;
- DISSAUX (Nicolas) et JAMIN (Christophe), *Projet de Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz 2015, Paris 271 pages ;
- DUTILLEUL (François Collart) et DELEBECQUE (Philippe), *Contrats Civils et Commerciaux*, 7^e éd. Dalloz 2004, Paris, 984 pages ;
- FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, collection Thémis Paris, PUF, 2004, 993 pages ;
- FABRE-MAGNAN (Muriel), *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Paris LGDJ 1992, 573 pages ;
- FÉNÉON (Alain), *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*, Paris LGDJ 2015, 917 pages ;
- FLOUR, AUBERT et SAVAUX (Eric), *Droit civil. Les obligations. Le rapport d'obligation*, 8^e éd. Sirey, Paris cedex 14, 2013, 497 pages ;
- GHESTIN (Jacques), *Traité de Droit civil, la formation du contrat*, Tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, LGDJ 4^e éd. 2013, Paris, Cedex 02, 1667 pages ;
- GHESTIN (Jacques), *Traité de Droit civil, les obligations, les effets du contrat*, 3^e éd. Paris LGDJ, 2001, 1340 pages ;
- GRIDEL (Jean-Pierre), *Notions fondamentales de droit et droit français*, Dalloz 1992, Paris, 706 pages ;
- GUYON (Yves), *Droit des Affaires*, T.1, 12^e éd. 2003, Economica, Paris, 1060 pages ;
- HEMARD (Jean), TERRE (François) et MABILAT (Pierre), *Sociétés commerciales*, Tome III, Dalloz 1978, Toulouse, 1085 pages ;
- HERON (Jacques) et LE BARS (Thierry), *Droit judiciaire privé*, 6^e éd. LGDJ 2015, 998 pages ;

- JEANTIN (Michel), *Droit des sociétés*, éd. Montchrestien, Paris 1989, 426 pages ;
- Kelsen (Hans), par Charles EISEMANN, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, Paris 1999, 367 pages ;
- LARROUMET (Christian), *Droit civil Tome 1 introduction à l'étude du droit privé*, 3^e éd. Economica, Paris 1998, 378 Pages ;
- LERAT (Pierre) et SOURIOUX (Jean-Louis), *Dictionnaire juridique, terminologie du contrat*, Paris PUF 1994, 239 pages ;
- MALAURIE (Philippe), AYNES (Laurent), et STOFFEL-MUNCK(Philippe), *Droit Civil, les obligations*, 3^e éd. 2007 DEFRENOIS, Paris, 870 pages ;
- MALINVAUD (Philippe), *Droit des obligations*, 10^e éd. 2007, Litec, Paris, 649 pages ;
- MALAURIE (Philippe), AYNES (Laurent) et STOFFEL-MUNCK (Philippe), *Droit Civil, les obligations*, 3^e éd. 2008, Defrénois, Paris, 870 pages ;
- MALINVAUD (Philippe), *Les mécanismes juridiques des relations*, Economiques, coll. Droit et gestion 4^e éd. Paris 1985 ;
- MARTIN (Jean-François), VALLENS (Jean-Luc), *Lamy Droit commercial*, éd.2003, Paris 1922 pages ;
- MARTY (Gabriel) et RAYNAUD (Pierre), *Droit Civil, T.1 les obligations*, Sirey, Paris, 1988, 826 pages ;
- MAYER (Pierre), *Droit international privé*, 5^e éd. Montchrestien, Paris 1995, 707 pages
- MAZEAUD (Henri), (Léon), (Jean), par JUGLART (Michel), *Leçon de droit civil*, tome 2^e, Obligations, éd. Montchrestien, Paris, 1973, 1184 pages ;
- MAZEAUD (Henri), (Léon), (Jean), CHABAS (F.), LEVENEUR (L.), *Leçons de droit civil. 01.3, La Famille : mariage, filiation, autorité parentale, divorce et séparation de corps*. - 7^e éd, Paris : Montchrestien, 1995, 680 pages ;
- MERCADAL (Barthélemy), *Mémento pratique, Sociétés commerciales*, éd. 2017, Paris, 1783 pages ;
- MERCADAL (Barthélemy) et JANIN (Philippe), *Droit des affaires : sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre, Paris 2002, 1440 pages ;
- MERLE (Philippe), *Droit commercial, sociétés commerciales*, 14^e éd. Dalloz 2003, 955 pages ;
- PETIT (Bruno), *Droit des sociétés*, 3^e éd. Litec, Paris 2005, 285 pages ;

- PINEAU (Jean), BURMAN (Danielle) et GAUDET (Serge), *Théorie des obligations*, 3^e éd. Thémis, Montréal, Québec 1996, 842 pages ;
- PLANIOL (Marcel), par Georges RIPERT et Jean BOULANGER, *Traité élémentaire, Droit civil*, Paris LGDJ éd. 1942, 1292 pages ;
- POUMAREDE (Matthieu), *Droit des obligations*, éd. Montchrestien, 2010, 840 pages ;
- REY-DEBOUE (Josette) et REY (Alain), *Le nouveau petit Robert de Paul Robert*, éd. 1994, Paris 2432 pages ;
- RIPERT (Georges), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd. 1995, LGDJ, Paris 354 pages ;
- RIPERT (Georges), *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, 431 pages ;
- RIPERT (Georges), *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949, 225 pages ;
- ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), *Adages du droit français*, 4^e éd. Litec 1999, paris, 1021 pages ;
- ROLAND (Henri), *Lexique juridique Expressions latines*, 5^e éd. Litec, 2010, Paris, 451 pages ;
- SAVATIER (René) *Les métamorphoses du droit des contrats*, Dalloz, 1952, 454 pages ;
- SERLOOTEN (Patrick), *Droit fiscal des affaires*, Paris, Précis Dalloz 2003, 709 pages ;
- SEUBE (Jean-Baptiste), *Cours de droit des obligations : le contrat*, www.unjf.fr ;
- SOURIOUX (Jean-Louis), *Introduction au droit*, PUF, Paris, 1989, 243 pages ;
- STARCK (Boris), ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), *Obligations, 2 Contrat*, 4^e éd. Litec, 1993, 873 Pages
- TERRÉ (François), SIMLER (Philippe) et LEQUETTE (Yves), *Droit civil les obligations*, 11^e éd. 2013, Dalloz, Paris, 1620 pages ;
- TERRÉ (François), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 7^e éd. 2006, 634 pages ;
- TERRÉ (François), *Le doute et le droit*, Dalloz Paris, 1994, 125 pages ;
- VIDA (Dominique), Manuel, *Droit des sociétés*, 5^e éd, LGDJ 2006, Paris, 728 pages.
- VILLEGUERIN (Yves), *Dictionnaire RF 2004*, Paris 23^e éd. 1190 pages ;
- *Dictionnaire encyclopédique 2000*, éd. LAROUSSE, 1690 pages ;
- VOIRIN (Pierre), par Gilles GOUBEAU, *Droit civil T.1*, Paris, LGDJ 1989, 701 pages.

B- SPÉCIAUX

- BADJI (Patrice Samuel Aristide), *Réforme du droit des sociétés commerciales OHADA*, L'Harmattan Sénégal 2016, 211 pages ;
- BASDEVANT (Francis), CHARVERIAT (Anne) et MONOD (Françoise), *Le guide de l'administrateur de société anonyme*, 2^e éd. Litec, Paris 2004, 366 pages ;
- BISSARA (Philippe), FOY (Régis) et DE VAUPLANE (Amicie), *Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées*, Paris, Joly 2007, 409 pages ;
- CHAINAIS (Cécile) et FENOUILLET (Dominique), *Les sanctions en droit contemporain, volume 1, la sanction, entre technique et politique*, Paris, Dalloz 2012, 672 pages ;
- CHAINAIS (Cécile) et FENOUILLET (Dominique), *Les sanctions en droit contemporain, volume 2, la motivation des sanctions prononcées en justice*, Paris, Dalloz 2013, 256 pages ;
- MERCADAL (Barthélemy), *Code pratique OHADA*, éd. Francis Lefebvre Lonrai, 2014, 16 pages ;
- MERCADAL (Barthélemy), *Mémento pratique, Assemblée générale*, Francis Lefebvre éd. 2012-2013, Paris, 812 pages ;
- MESTRE (Jacques), VELARDOCCHIO (Dominique) et BLANCHARD-SEBATIEN (Christine), *Lamy Sociétés Commerciales*, éd.2006, Paris, 2289 pages ;
- MESTRE (Jacques), PANCRAZI (Jean-Noël) et ARNAUD-GROSSI (Isabelle), *Droit commercial*, 29^e éd. LGDJ 2012, 1324 pages
- MORTIER (Renaud), *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, éd. Dalloz 2003, Paris, 708 Pages ;
- NDIAYE (Cheikh Abdou Wakhab), *Droit des sociétés des capitaux*, Harmathan-Sénégal, 2019, 468 pages ;
- RIPERT (Georges) et ROBLOT (René), par GERMAIN (Michel) et MAGNIER (Véronique), *Traité de Droit Commercial, T.1, volume 2, les sociétés commerciales*, 21^e éd. LGDJ 2014, Paris, 1078 pages ;
- SADI (Damien), *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, édition mare et martin 2015, Paris, 669 pages ;
- SCHILLER (Sophie), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, LGDJ, Paris 2002, 608 pages ;

II. ARTICLES

- ABADIE (Pauline) « Le quitus », RTD Com. 2017, p.501-526 ;
- ADAMOU (Moktar), « La notion d'*affectio societatis* en droit des sociétés commercial (OHADA) », Revue Togolaise des Sciences Juridiques, n° 0003/2012, P.69-84 ;
- ADJITA (Akrawati Shamsidine), « L'Achat par la société de ses propres actions. Esquisse d'une étude comparative entre le droit français et le droit uniforme (OHADA) », Revue international droit économique 2001/1, P. 41-75 ;
- AKAM AKAM (André), « La loi et la conscience dans l'office du juge », Revue de l'ERSUMA, n° 1 juin 2012, P. 501 à 526 ;
- ALBIGES (Christophe), « Le véritable propriétaire demeure privé du droit d'agir en nullité de la vente de son bien par autrui », Recueil Dalloz 2001 p.269 ;
- ALCOUFFE (Alain) et KALWEIT (Christian), « Droits à l'information des actionnaires et actions sociales des associés en France et Allemagne, considération de droit comparé en relation avec les directives américaines », Revue internationale de droit économique 2003/2, P. 159-196 ;
- ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), « L'abus de droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Recueil Dalloz 2015 p.1854-1870 ;
- ANSAULT (Jean-Jacques), « De l'art de l'esquive en matière de nullité de délibération sociales pour convocation irrégulière », Revue des sociétés 2017, p.89-91 ;
- ANSAULT (Jean-Jacques), « Le contrôle de l'intérêt à agir en nullité des délibérations sociales », Revue des sociétés 2012, p.7-21 ;
- ANTIPPAS (Jérémy), « L'utilisation du droit administratif en droit civil », RFDA 2014. 795-853 ;
- ATIAS (Christian), et FELLOW MCGILL (Boulton Senior), « La rétroactivité, cause de nullité, arrêt ou arrêté ? », Recueil Dalloz 2008 p.3109 ;
- ATIAS (Christian), « La constitution des actes juridiques », Dalloz 2008, Chron.743-744 ;
- AUBERT (Jean-Luc), « Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat : quel régime juridique ? », Dalloz 2003, P369 ;
- AZAVANT (Marc), « La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial », Revue des sociétés 2003 p.441-490 ;

- BA (Ibrahima), « Observation sur l'Acte uniforme relatif au droit de sociétés commerciales et du GIE du traité de l'OHADA », Ohadata D-10-32, 26 pages ;
- BABONGENO (Urbain), « De la sanction du défaut d'entente entre copropriétaires d'une part sociale et les autres associés dans la pratique des affaires en RDC », Ohadata D-07-24, 9 pages ;
- BACACHE (Mireille), « Indivisibilité » Répertoire Droit civil, janvier 2009 (actualisation : octobre 2014), 56 pages ;
- BADINTER (Robert), « Les pouvoirs du président-directeur général de la société anonyme de type classique après la réforme du Droit des sociétés commerciales », Dalloz 1969, chron.185-190 ;
- BADJI (Patrice Samuel Aristide), « Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé », Revue de l'ERSUMA, n°6 janv. 2016, P.9 à 34 ;
- BADJI (Patrice Samuel Aristide), « Ohada et bonne gouvernance d'entreprise », Revue de l'ERSUMA, n°2 mars. 2013, P209 à 226 ;
- BAILLOD (Raymonde) et DERRUPPÉ (Jean), « L'information des administrateurs de sociétés anonymes », RTD Com. 1990 p.1 ;
- BARBÉ (Vanessa), « L'extension progressive des pouvoirs du juge ordinaire, juge constitutionnel », AJDA 2015 p.1043-1051 ;
- BARBIER (Hugo), « La théorie des restitutions en bonne forme ! Préservée de l'enrichissement sans cause et de la concentration des moyen », RTD Civ. 2015, p.869-871 ;
- BARBIER (Hugo), « D'importantes précisions sur le commencement d'exécution faisant échec à la perpétuité de l'exception de nullité », RTD Civ. 2015 p.609 ;
- BARBIER (Hugo), « Les clauses des contrats d'application l'emportent sur les clauses contraires du contrat-cadre », (Com. 6 nov. 2013, n° 11-17.736, inédit - Civ. 1re, 6 nov. 2013, n° 11-18.709, à paraître au Bulletin) RTD Civ. 2014 p.113-114 ;
- BARBIER (Hugo), « Indivisibilité encore, maintien de la liberté contractuelle en droit commun ? », RTD Civ. 2013, P.600 ;
- BARBIÈRI (Jean-François), « Conflit entre créanciers saisissants de droits sociaux sur le sort des dividendes : point final », note sous Cour de cassation (2^e civ.) 21 octobre 2010, F-D, n° 09-69.867, *Debaecker c/ Assoc. notariale de caution*, Revue des sociétés 2011 p.356 ;

- BARBIÈRI (Jean-François), « Exécution forcée du pacte de préférence : la substitution, une illusion ? », note sous Cour de cassation (ch. mixte) 26 mai 2006, *Daurice Pater, épouse Père c/ M. Jean Solari*, Revue des sociétés 2006 p.808 ;
- BARON (Catherine), « La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique », Droit et société, 54/2003 ;
- BARRIÈRE (François), « Ordre public et impérativité. Observations en droit pénal des sociétés anonymes », Revue des sociétés 2007 p.713-741 ;
- BEAUCHARD (Jean), « Nullité des actes de procédure, généralités », J. Cl. Proc. Civ. Fasc.136, 1996, P.1-12 ;
- BEAUCHARD (Jean), « Nullité des actes de procédure, vice de forme », J. Cl. Proc. Civ. Fasc.137, 1996, P.1-18 ;
- BEAUCHARD (Jean), « Nullité des actes de procédure, irrégularité de fond », J. Cl. Proc. Civ. Fasc.138, 1996, P.1-11 ;
- BÉNABENT (Alain), « La théorie de l'apparence se miterait-elle ? », Recueil Dalloz 1999 p.185 ;
- BÉNAC-SCHMIDT (Françoise), « La preuve de l'existence ou de l'inexistence d'une société en participation », Cour de cassation (Com.), 12 octobre 1993, *Chibi c/ Société Paix Vendôme*, Revue des sociétés 1994 p.283-290 ;
- BERT (Daniel), « L'application de la règle de l'unanimité aux opérations de fusion-absorption », Recueil Dalloz 2005 p.1636-1650 ;
- BEZARD (Pierre), « Le droit des sociétés françaises face aux défis de la mondialisation », Revue des sociétés 2000 p.55-62 ;
- BIBOUM BIKAY (François) « Les situations de fait en droit des sociétés de L'OHADA » ;
- BILLONG BILLONG (Abel), « L'apport en industrie en droit OHADA : une nouvelle approche », Revue de l'ERSUMA n°4 septembre 2014, P. 57-77.
- BINET (Jean-René), « De la fausse cause », RTD Civ. 2004, 655-671 ;
- BISSARRA (Philippe), « Interdépendance et coopération des organes sociaux de la société anonyme classique », in Mélanges Yves GUYON, Dalloz 2003, p.115-131 ;
- BISSARRA (Philippe), « Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement de l'entreprise », Revue des sociétés, 1998, P.5;

- BOFFA (Romain), « Cause, caducité, indivisibilité : un bel ensemble notionnel », Dalloz 2006, 2656-2660 ;
- BONNEAU (Thierry), « Nullité absolue d'un contrat de prêt différé destiné à l'achat d'actions d'une société commerciale », Recueil Dalloz 1995 p.182 ;
- BONNET (Vincent), « Sanction de la fraude : nullité ou inopposabilité ? », Recueil Dalloz 2002, p.2217 ;
- BORGA Nicolas, « Le droit de participer à l'assemblée générale de l'associé en indivision », Dalloz 2014 P.647-650 ;
- BOUILLOUX (Alain), « Nullité d'ordre public absolue de la clause d'une convention collective prévoyant une rupture de plein droit du contrat de travail du salarié en raison de son âge », D. 1995, Pages 362-363 ;
- BOUJEKA (Augustin), « La conversion par réduction : contribution à l'étude des nullités des actes juridiques formels », RTD Com. 2002, p.223-243 ;
- BOUKONGOU (Jean Didier), « L'esprit des droits africains », in De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul-Gérard POUGOUE, CREDIJ 2014, P.165 à 178 ;
- BOULANGER (Jean) « Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », RTD. Civ. 1950, P.1-17 ;
- BOULOC (Bernard), « Rémunération non autorisée d'un dirigeant », Revue des sociétés 2017, p. 591-594 ;
- BOULOC (Bernard), « La place du droit pénal dans le droit des sociétés », RSC 2000 p.17-22 ;
- BOULOC (Bernard), « L'action civile d'un actionnaire en matière d'abus de pouvoir et de délit d'initié » Note sous Cour de cassation (crim.), 11 décembre 2002 *Alain X*, D. 2003.424, *RTD com.* 2003.336, obs. N. Rontchevsky), Revue des sociétés 2003 p.145 ;
- BOULOC (Bernard), « Vente. Nullité, Action en nullité, Défaut de prix réel et sérieux, Cession à forfait (non) » (Com. 3 mars 1998, *Bull. civ. IV*, n° 93), RTD Com. 1998 p.909 ;
- BOULOC (Bernard), « Rémunérations occultes et intérêt personnel » Note sous Cour de cassation (crim.) 22 octobre 2008, *R. Z. et autres*, Revue des sociétés 2009 p.405-413 ;
- BOULOC (Bernard), « Un dirigeant de fait coupable d'abus de biens sociaux et de blanchiment et frappé d'une interdiction de gérer » Note sous Cour de cassation (crim.), 17 décembre 2014, n° 13-87.968 (F-D), *Thien-A.-K.*, Revue des sociétés 2015 p.386-397 ;

- BOULOC (Bernard), « Les dépenses personnelles du gérant d'une société en nom collectif constituent un détournement caractéristique de l'abus de confiance », Cass. crim., 10 avril 2002, D. 2002.2536, Revue des sociétés 2002 p.566-573 ;
- BOULOC (Bernard), (L'Objectif de sécurité dans la loi du 24 juillet 1966 », Revue Sociétés 1996, P. 437- 446 ;
- BOURETZ (Pierre), « Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : l'énigmatique légitimité du juge », www.revue-pouvoirs, 12 pages ;
- BOURSIER (Marie-Emma), « Le fait justificatif de groupe de sociétés dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité », analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle, Revue des sociétés 2005, p.273 ;
- BRUGUIÈRE (Jean-Michel), « Résiliation en chaîne des différents contrats d'un ensemble contractuel indivisible », Lamy droit civil-juin 2006 n°28, P.10-11 ;
- BUSSY (Florence), « Action en justice », Répertoire procédure civile, Encyclopédie Dalloz 1997, p. 1-45 ;
- CANRILLAC (Michel), « De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité », in Mélanges offerts à André COLOMER, Litec Paris 1993, p. 109-117 ;
- CANEDO (Marguerite), « L'intérêt à agir dans le recours en annulation du droit communautaire », RTD Eur. 2000 p.451-533 ;
- CAPOULADE(Pierre) et GIVERDON (Claude), « L'inobservation par un syndic de la réglementation de ses activités professionnelles entraîne-t-elle la nullité de sa nomination par l'assemblée générale? », (Civ. 3^e, 4 janv. 1996, *Syndicat « Les Glovettes » c/ M. Dourlens et Sci Neptune.*), RDI 1996 p.278 ;
- CARLI (Pierre), « L'insécurité tenant à la relativité d'une nullité ou d'une inopposabilité », RTD com. 1993, P.255-298 ;
- CASAUX (Lise), « La nullité de la clause de variation du taux de l'intérêt d'un prêt n'entraîne pas celle du contrat de prêt », Recueil Dalloz 1994 p.605 ;
- CASSIN (Réné), « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », RTD. Civ. 1945, P.159-180 ;

- CHAGNY (Muriel) « Les sanctions civiles du droit des pratiques restrictives de concurrence sous l'impulsion du ministre de l'Économie », *Lamy concurrence* 2007, P.88-89 ;
- CHAGNY (Muriel), « Droit spécial de la concurrence et droit commun : nouvelle rencontre... Nullité du contrat et répétition de l'indu, en l'absence des contractants concernés », *Lamy concurrence* 2007, P.87-88 ;
- CHAMPAUD (Claude), « Fictivité de la société n'ayant d'autre objet que de consentir une hypothèque maritime », *RTD Com.* 1999, 875 ;
- CHAMPAUD (Claude), « Société fictive. Société constituée par un apport en nue-propriété d'un immeuble dans le seul but de faire donation des droits sociaux correspondants. Fictivité liée à l'absence d'une entreprise commune », (Com. 13 janv. 2009, pourvoi n° 07-20.097, arrêt n° 17 F-D, *de Wurtsemberger c/ Directeur général des finances publiques*, *Juris-Data*, n° 2009-046581 ; Dr. sociétés avr. 2009, obs. M.-L. Coquet) *RTD Com.* 2009 p.568
- CHAMPAUD (Claude) et DANET(Didier), « Statut des dirigeants sociaux Cumul du mandat social et d'un contrat de travail. Administrateur de SA. Mandat antérieur au contrat de travail. Nullité absolue (oui). Compétence du conseil des prud'hommes (non) », (Cass. soc., 21 nov. 2006, pourvoi n° 05-45.416, *SA HPE et M^e Bissieux ès qualité c/ Charier*, D. 2006. AJ 2986), *RTD Com.* 2007 p.141 ;
- CHAMPAUD (Claude) et DANET(Didier), « Dirigeants sociaux. Révocabilité « *ad nutum* », Clause limitative, Nullité », *RTD Com.* 1993 p.521 ;
- CHAMPAUD (Claude) et DANET(Didier) « Assemblées générales d'associés. Convocation. Preuve de la convocation ou de l'omission de convoquer un associé. Charge de la preuve. Nullité des assemblées dont il n'est pas rapporté la preuve de la convocation régulière de tous les associés » (Com. 10 nov. 2009, pourvoi n° 05-15.809, arrêt n° 1035 F-D, *Combret c/ Cts Combret*) *RTD Com.* 2010 p.134 ;
- CHAMPAUD (Claude) et DANET (Didier), « Souscription fictive de parts sociales. Annulation des droits sociaux prétendument fictifs. Nullité de l'exercice ultérieur de ces droits au regard des décisions sociales de transformation et d'augmentation de capital de la société. Preuve de la fictivité ». Associés de complaisance. Circonstances insuffisantes (Paris, 3e ch. A, 15 janv. 2008, n° 06/20940) *RTD Com.* 2008 p.345-346 ;

- CHAMPAUD (Claude) et DANET (Didier), « Fictivité de la société n'ayant d'autre objet que de consentir une hypothèque maritime », (Com. 22 juin 1999, Sté Kreditanstalt c/ Sté Interpac, *Rev. Sociétés* 1999.824, note A. Constantin, D. 2000.234, obs. J.-C. Hallouin et 389, obs. S. Piedelièvre) *RTD Com.* 1999 p.875 ;
- CHAMPAUD (Claude) et DANET (Didier), « Dirigeant de fait. Définition », *RTD Com.* 1998 p.860 ;
- CHAMPAUD (Claude) et DANET (Didier), « Apports en nature. Fraude aux droits de créanciers de l'apporteur, Action paulienne (art. 1167 c. civ.) », (Civ. 1^{re} ch., 14 févr. 1995, *Mukendi Wa Maloji*), *RTD Com.* 1995 p.421-422 ;
- CHANTEPIE (Gaël), « Sanction par la nullité absolue de la vente consentie sans prix sérieux » *Recueil Dalloz* 2008 p. 954-959 ;
- CHARTIER (Yves), « Sanctions de l'affectation systématique, à la demande des associés majoritaires, des bénéfices d'une société aux réserves, affectation ne répondant ni à l'objet ni aux intérêts de celle-ci » cour de cassation (Ch. com.) 6 juin 1990, *Revue des sociétés* 1990 p.606-613 ;
- CHARVERIAT (Anne), « De quelques difficultés relatives à la nullité d'une décision sociale irrégulière », *Revue des sociétés* 2010, p.212-219 ;
- CISSE (Abdoullah), « Pour une approche plurale du droit africain » in *De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul-Gérard POUGOUE*, *CREDIJ* 2014, P.1 à 23 ;
- COHENDY (Georges) « Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public », *RTD. Civ.* 1914, P.33-67 ;
- COHET-CORDEY (Frédérique), « Cautionnement et nullité du contrat principal pour dol », *AJDI* 2008 p.699 ;
- CONSTANTIN (Alexis), « Quelques précisions importantes concernant le régime, toujours controversé, de la nullité des actes ou délibérations des organes sociaux », (Civ. 3^e, 8 juillet 2015, n° 13-14.348, P+B, *S^{té} Bruxys, S^{té} SOGEB et a. c/ M. X.*, *Lexbase*, n° N8606BUB, D. 2015. 1538 ; Civ. 3^e, 8 juillet 2015, n° 13-27.248, P+B, *SCI du Musée c/ H.*, D. 2015. 1537 ; *BRDA* 17/15, p. 3, n° 1) *RTD Com.* 2015 p.533-541 ;
- CONSTANTIN (Alexis), « Conditions et effets de la fictivité d'une société » Note sous Cour de cassation (com.), 22 juin 1999 *Société Kreditanstalt für Wiederaufbau c/ Société Interpac holding limited et autres*, *Revue des sociétés* 1999 p.824 ;

- CONSTANTIN (Alexis), « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat de société : défiance et illustration », Recueil Dalloz 2012 p.2717-2731 ;
- CONSTANTIN (Alexis), « La tyrannie des faibles : de l'abus de la minorité en droit des sociétés », in Mélanges en l'honneur de Yves GUYON, Dalloz 2003, p.213-238 ;
- COQUELET (Marie-Laure) Nullité des délibérations sociales pour violation des statuts : oui mais sous conditions ! Droit des sociétés n° 8, Août 2010, comm. P.156-167 ;
- CÔTE (Mandosa), « La nullité des contrats », Les cahiers de droit, vol.2, n°2, 1956, P.104-119, www.erudit.org ;
- COUSTET (Thomas), « VEFA : Une nullité qui fait boule de neige », (civ. 3^e 18 février 2016) Dalloz-actualité 4 mars 2016 ;
- COUTURIER (Gérard), « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la cour de cassation », Études GHESTIN, LGDJ, 2001, P.273-294 ;
- CRISTAU (Antoine), « De la nullité pour absence de cause », Recueil Dalloz 2000 p.507-512 ;
- CROUZATIER-DURAND (Florence), « Le pouvoir normatif du juge administratif », AJDA 2008 p.1504-1509 ;
- DAMBRAUSKAITE (Asta) « Le principe de la rétroactivité de la nullité des actes juridiques et ses tempéraments » JURISPRUDENCIJA, Mokslo darbai 2007 4(94); 15–22 ;
- DANGLEHANT (Catherine), « Le nouveau statut des minoritaires dans les sociétés anonymes cotées : l'application du principe de l'équité », Revue des sociétés 1996 p.217-246 ;
- DANET (Jean), « Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités », AJ Pénal 2005 p.133 ;
- DANET(Didier), « Cession de droits sociaux. Prix fixé par expert. Données comptables arbitraires. Impossibilité d'établir le prix. Nullité de la cession (oui) », RTD Com. 1999 p.884 ;
- DARGENT (L), « Exception de nullité contractuelle : régime procédural » Civ. 3e, 16 mars 2010, F-P+B, n° 09-13.187, Dalloz actualité 09 avril 2010 ;
- DE BÉCHILLON (Denys), « Le contrat comme norme dans le droit public positif », RFDA 1992 p.15 ;

- DE BERTIER-LESTRADE (Bérénice), « Retour sur la mauvaise foi dans les règles de publicité foncière et les règles de conflits d'actes », Recueil Dalloz 2011 p.2954 ;
- DECKON (François Kuassi), « Les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme de l'OHADA », Revue des sociétés 2013 p.467 ;
- DE GAUDEMARIS (Michel), « Théorie de l'apparence et sociétés », Revue des sociétés 1991 p.465 ;
- DE GUILLENCHMIDT (Michel), « La recevabilité des demandes de déclaration de nullité des contrats administratifs » Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 4 mai 1990. *Compagnie industrielle maritime (CIM)*, RFDA 1990 p.591 ;
- DEFOSSEZ (Michel), « Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations », RTD Civ. 1985, P.521-538 ;
- DELAPORTE (Jérôme), « Nullité d'une cession de parts sociales assortie d'une clause de rachat garantissant le cessionnaire contre toute perte », Recueil Dalloz 1991 p.410-421 ;
- DELEBECQUE, (Philippe) « La bonne foi contractuelle : *quid novi sub sole* ? Lamy droit civil-février 2008, n°46, P.6-7 ;
- DELMAS SAINT-HILAIRE (Philippe), « La preuve de l'insanité d'esprit, cause de nullité des actes juridiques », Recueil Dalloz 2001 p.1506-1507 ;
- DELPECH (Xavier), « interdépendance contractuelle : mise en échec de la clause de divisibilité », éd. 2015, www.dalloz-actualite.fr ;
- DELPECH (Xavier), « La nullité de la sentence arbitrale est indivisible », Civ. 1re, 30 octobre 2006, F-P+B, n° 04-10.201 (Décision en ligne) Dalloz actualité 05 décembre 2006 ;
- DELPECH (Xavier), « Indivisibilité contractuelle et obligation essentielle », Dalloz 2007, P.654-657 ;
- DELPECH (Xavier), « Prescription de l'action en nullité de la cession des parts sociales pour vil prix », Dalloz 2007, 2812-2813 ;
- DELPECH (Xavier), « Indivisibilité contractuelle en matière de prestation informatiques », Dalloz 2007, 1723-1724 ;
- DELPECH (Xavier), « Indifférence de l'*affectio societatis* dans une convention de cession de droits sociaux », Com. 11 juin 2013, F-P+B, n° 12-22.296, Dalloz actualité 24 juin 2013-2014 ;

- DELPECH (Xavier), « Caducité d'un acte juridique : sort de la clause pénale », Dalloz 2011, 1012 ;
- DEUMIER (Pascale), « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) », RTD Civ. 2010 p.504-508 ;
- DEUMIER (Pascale), QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) RTD Civ. 2010 p.508-515 ;
- DEUMIER (Pascale), « L'interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge (s) ? quelles limites ? », RTD Civ. 2011 p.90-99 ;
- DIAKHATE (Mamadou) et SAMBE (Ibrahima), « Regards croisés sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales », Ohadata D-04-34, 13 pages ;
- DIDIER (Paul), « Brève notes sur le contrat-organisation », in Mélange en l'honneur de François TERRÉ, éd. Dalloz, Paris 1999, P. 635 à 642 ;
- DIOUF (N'Diaw), « La cour commune de justice et d'arbitrage : bilan et perspectives », Revue burkinabé du droit n°48, 1^{er} semestre 2014, P. 69-94 ;
- DJESSI DJEMBA (Priscille Grâce), « Le devoir d'alerte du commissaire aux comptes dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », Revue de l'ERSUMA, n°6 janvier 2016, P. 379 à 402 ;
- DJOGBENOU (Joseph), « La cause dans les contrats conclus sur le fondement des actes uniforme de l'OHADA », Ohadata D-09-46, 32 pages ;
- DOIREAU (Sidonie), « Nullité absolue de la cession de parts sociales en cas de vileté du prix », Lamy droit civil-décembre 2007, n°44, P.14 ;
- DOIREAU (Sidonie) Sort des contrats conclus *intuitu personae* en cas de fusion Lamy droit civil-février 2006, n°24, P.10 ;
- DOCKÈS (Emmanuel), « Essai sur la notion d'usufruit », RTD Civ. 1995 p.479 ;
- DONDERO (Bruno), « Champ d'application de la procédure des conventions règlementées : extension par la fraude et la cause », RTD Com. 2016, p.141-142 ;
- DONDERO (Bruno), « Caractère restrictif des nullités en droit des sociétés... et trouble », Recueil Dalloz 2012 p.1581 ;
- DONDERO (Bruno), « Exception de nullité sur convention réglementée partiellement exécutée ne vaut.. », Recueil Dalloz 2013 p.539 ;

- DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE(Lorraine), « Sanction d'une pratique de prix de revente imposé dans le secteur des huiles alimentaires en Espagne », Lamy concurrence, n°13, oct. /décembre 2007, P.96-97 ;
- DREYFUS (Jean-David), « Le recours en déclaration de nullité est-il limité par l'indivisibilité des clauses contractuelles ? », AJDA 2009 p.1951 ;
- DU RUSQUEC, Nature et régime des nullités pour vice de forme, Gaz. Pal.1979, Doct.136 ;
- DU RUSQUEC, « Nullité substantielle ou d'ordre public et preuve d'un grief », Gaz. Pal.1977, II, Doct.559 ;
- DYMANT, « La nullité de forme et de fond en matière de signification d'acte », Bull. avoués, 1985,34 ;
- ELLIS (J.J.A), « Les règles de concurrence du traité de Rom applicables aux entreprises », Revue internationale de droit comparé vol.5, N°2, avril-juin1963, P.299-328 ;
- EUDIER (Frédérique), « Le juge a-t-il le pouvoir d'appliquer d'office une règle d'ordre public de protection ? », Recueil Dalloz 1997 p.124-131 ;
- EUILLET (Alexandra), « L'utilité sociale, une notion dérivée de celle d'intérêt général », RDSS 2002 p.207 ;
- FAGES (Bertrand), « Une limite originale à la sanction de la fraude », RTD Civ. 2010, P.552 ;
- FAGES (Bertrand), « L'avènement de la caducité rétroactive », RTD Civ. 2007, Chron. 562-570 ;
- FAGES (Bertrand), « Confirmation de l'acte nul », RTD Civ. 2008, Chron.675 ;
- FAVARIO (Thierry), « Le décès du dirigeant social, Aspect du droit des sociétés », Dalloz 2017, p.1668-1677 ;
- FAVARIO Thierry, « Consécration de la faute séparable de la qualité d'associé », Dalloz 2014, P.764-766 ;
- FAVARIO (Thierry), « Regards civilistes sur le contrat de société », Revue des sociétés 2008 p.53-75 ;
- FERRIER (Didier), « Le refus de vente ne constitue plus en soi une faute civile mais peut constituer un abus de droit », Recueil Dalloz 2002 p.3009 ;

- FERRIER (Didier), « Le défaut de communication des informations visées par l'article L. 330-3 du code de commerce, (ancien art. 1er de la loi du 31 déc. 1989) n'emporte nullité du contrat d'exclusivité de marque que s'il a eu pour effet de vicier le consentement de l'autre partie », Recueil Dalloz 2001 p.296 ;
- FINIELZ (Robert), « Nullité d'ordre public et respect du principe contradictoire » (Crim. 3 mai 2007, n° 06-82.149, à paraître au Bull. crim; D. 2007. AJ. 1663 ; AJ pénal 2007. 333, obs. M.-E. C.), RSC 2007 p.836-837 ;
- FOMETEU (Joseph), « l'OHADA : l'idéologie et le système », in *De l'esprit du droit africain*, Mélanges en l'honneur de Paul-Gérard POUGOUE, CREDIJ éd. 2014, P.305 à 327.
- FOREST (G.), « L'impossibilité de la condition est une nullité relative », Civ. 3e, 8 octobre 2008, FS-P+B+R, n° 07-14.396 (Décision en ligne), Dalloz actualité 20 octobre 2008 ;
- FOREST (G.), « Nullité pour condition impossible : prescription », Recueil Dalloz 2008 p.2667-2668 ;
- FOYER (Jean), « La genèse de la loi sur les sociétés commerciales », Revue Sociétés 1996, P. 431-434 ;
- FOYER (Jacques) et HUDAULT (Joseph), « GAEC. Retrait d'un associé, Incapacité de participer au travail. Disparition de l'*affectio societatis*. », RDI 1992 p.556-558 ;
- FRECHETTE (Pascal), « La qualification des contrats : aspects théoriques », Les cahiers de droit, vol.51 n° 1, 2010, P.117-158 ;
- FRECHETTE (Pascal), « La qualification des contrats : aspects pratiques », Les cahiers de droit, vol.51 n° 2, 2010, P.375-424 ;
- FRONTON (Pierre), « La nullité de l'acte d'apport dans les sociétés civiles de moyens », Recueil Dalloz 1999 p.361-367
- GAUDREAULT-DESBIENS (Jean-François), « La critique économiste de la tradition romano-germanique », RTD Civ. 2010 p.683 ;
- GAUDU (François), « Les nullités du licenciement et le « principe » pas de nullité sans texte », Droit social 2010 p.151 ;
- GAUTIER (Pierre-Yves), « La théorie du mandat apparent inversée : le supposé mandataire peut l'opposer au tiers, sans qualité pour invoquer la nullité de l'acte » (Civ. 1^{re}, 2 nov. 2005, D. 2005.IR.2824, JCP 2005.IV.3546) RTD Civ. 2006 p.138 ;

- GAUTIER (Pierre-Yves), « Vers une possible renaissance de la théorie de l'inexistence : la vente non annulée et non soldée », RTD Civ. 1993 p.843-844 ;
- GAUTIER, (Pierre-Yves), « De l'absence d'influence de la volonté individuelle sur les qualifications touchant à l'ordre public de protection : effet exceptionnellement non déclaratif d'une transaction », RTD Civ. 1997 p.449-450 ;
- GÉA (Frédéric), « Regards sur les clauses d'indivisibilité », Droit social 2013 p.589 ;
- GENICO (Thomas), « Exception de nullité : nouvelles interrogations à propos de la nullité absolue », RDC 2009/4, LGDJ, P.1348-1357 ;
- GERADIN (Damien), « Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation », RTD Eur. 2005 p.795 ;
- GERT BRÜGGEMEIER (Brême), et autres, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », européen – RTD civ. 2005. 713-727 ;
- GHESTIN (Jacques), « *L'utile et le juste dans les contrats* », Dalloz 1982, Chr. 1- 10 ;
- GHESTIN (Jacques), « Le contrat en tant qu'échange économique », Revue d'économie industrielle, année 2000, vol.92, N°1, P.81-100 ;
- GHESTIN (Jacques), « Dans un contrat synallagmatique, la fausseté partielle de la cause ne peut entraîner la réduction de l'obligation », Dalloz 2007, 2574-2578 ;
- GHESTIN (Jacques), « Nullité relative pour absence de cause et point de départ de la prescription quinquennale », Dalloz 2007, 477-481 ;
- GHESTIN (Jacques), Prix dérisoire : la nullité relative pour absence de cause chasse l'inexistence, JCP éd. G. n° 47, 2011, 1276-1293 ;
- GHOZI (Alain) CATALA (Pierre) (dir.), « *L'art de la traduction. L'accueil international de l'avant-projet de réforme du droit des obligations* » Editions Panthéon-Assas, 2011, RTD Civ. 2011 p.417-418 ;
- GHOZI (Alain) et LEQUETTE (Yves), « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », Dalloz 2008, 2609-2613 ;
- GIJSBERS (Charles), « L'incidence des règles relatives à la nullité, à la caducité et aux restitutions », RDI 2016, P.342 ;
- GODON (Laurent), « L'obligation de non-concurrence de l'associé et du dirigeant de société », note sous Cour de cassation (com.) 15 novembre 2011, F-P+B, n° 10-15.049, *Sté DL finances c/ Albiac*, Revue des sociétés 2012 p.292-309 ;

- GODON (Laurent), « Abus de confiance et abus de biens sociaux », *Revue des sociétés* 1997 p.289 ;
- GONCALVES (Wilfrid Eric), « La rupture de l'égalité dans les souscriptions prioritaires d'actions en droit OHADA », in *De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul-Gérard POUGOUE*, CREDIJ 2014, P.329 à 364 ;
- GRIDEL (Jean-Pierre), « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *Recueil Dalloz* 2002 p.228 ;
- GRIMALDI (Miche), « Conversion par réduction d'un acte nul : un testament authentique irrégulier peut valoir comme testament international », (Civ. 1^{re}, 12 juin 2014, n° 13-18.383, D. 2014. 1747, note N. Laurent-Bonne ; AJ fam. 2014. 433, obs. C. Vernières), *RTD Civ.* 2014 p.927 ;
- G'SELL-MACREZ (Florence), « Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre du droit », *Recueil Dalloz* 2010 p.2450-2464 ;
- GUIOMARD (P.), « Distinction entre inexistence et nullité (s) d'un acte de procédure », *Dalloz actualité* 05 août 2006 ;
- GUYON (Yves), « La compensation ne peut s'opérer, à l'encontre des sociétés d'un même groupe, qu'en cas de fictivité de la personnalité morale ou de confusion des patrimoines » *COUR DE CASSATION (Ch. com.)*, 28 mai 1991, *Société Solvil c. Société Le Comptoir des fournitures d'horlogerie* *Revue des sociétés* 1991 p.764 ;
- GUYON (Yves), « Caractère facultatif de la nullité d'une assemblée générale d'actionnaires pour irrégularité de la convocation », *Revue des sociétés* 2002 p.716-117 ;
- GUYON (Yves), « L'associé d'une SARL est-il tenu d'une obligation légale de non-concurrence ? » *Cour de cassation (Ch. com.)*, 6 mai 1991, *SARL Abris Jaeckle Leloup c. Jaeckle*, *Revue des sociétés* 1991 p.760 ;
- GUYON (Yves), « L'Evolution de l'environnement juridique de la loi du 24 juillet 1966 (Aspect du droit interne) », *Revue Sociétés* 1996, P. 501-512 ;
- GUYON (Yves), « Critères organiques et critères fonctionnels de la fictivité d'une société » *COUR DE CASSATION (Ch. com.)* 28 novembre 1989 *Revue des sociétés* 1990 p.240-241 ;

- HAGE CHAHINE (Fayer), « La sanction de l'absence de cause constatée au moment de la formation du contrat », Mélanges André DECOCQ, Une certaine idée du droit, éd. 2004, Litec, p. 327 à 339 ;
- HALLOUIN (Jean-Claude), « Associés et droits sociaux », Dalloz 2016, p.2368-2369 ;
- HALLOUIN (Jean-Claude), « Opposabilité d'une hypothèque aux créanciers d'une société fictive », Recueil Dalloz 2000 p.234 ;
- HANNOUN(Charley), « Remarquesurlaprescriptiondel'actionennullitéendroitdessociétés », Revue des sociétés 1991 p.45 ;
- HANNOUN (Charley), « L'action en nullité et le droit des sociétés », RTD Com. 1993, 227-253 ;
- HEINICH (Julia), « Défaut de vigilance du conseil d'administration et partage de responsabilité », Revue des sociétés 2017, p.559-561 ;
- ISSA SAYEGH (Joseph), « Le caractère d'ordre public des dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », Penant 2009, Doctrine P.393-421 ;
- ISSA-SAYEGH (Joseph), « Présentation des dispositions sur les formalités de constitution des sociétés commerciales », Ohadata D-06-12, 19 pages ;
- ISSA-SAYEGH (Joseph), « Présentation des dispositions sur le fonctionnement de la société commerciale », Ohadata D-06-13, 11 pages
- ISSA-SAYEGH (Joseph), « Présentation des dispositions générales sur les sociétés commerciales », Ohadata D-06-10, 26 pages ;
- ISSA-SAYEGH (Joseph), « Présentation des dispositions particulières sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique », Ohadata D-06-11, 15 pages ;
- ISSA-SAYEGH (Joseph), « Présentation des dispositions sur la transformation des sociétés commerciales. Fusion. Scission », Ohadata D-06-14, 11 pages ;
- ISSA-SAYEGH (Joseph), « Présentation des dispositions sur la dissolution et la liquidation des sociétés commerciales », Ohadata D-06-15, 13 pages ;
- JAMIN (Christophe), « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », RTD Civ. 1994 p.815 ;
- JEANTIN (Michel), « La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978 », Dalloz 1978, chron. P. 173-188 ;

- JESTAZ (Philippe) « La sanction ou l'inconnu du droit », Dalloz 1986, chron. P.187-204 ;
- JEULAND (Emmanuel), « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », Recueil Dalloz 1998 p.356 ;
- JOBIN (Pierre-G), « L'inexistence dans le droit commun des contrats », Les cahiers de droit vol.15 n°1 1974, P.173-178 ;
- JOURDAIN (Patrice), « La restitution d'un dépôt de garantie à la suite de l'annulation d'un bail n'est pas un préjudice pour le bailleur qu'il appartiendrait au notaire fautif de réparer », RTD Civ. 2016, P.133 ;
- JOURDAIN (Patrice), « L'intérêt légitime à agir demeure une condition de recevabilité de l'action en responsabilité », RTD Civ. 1999 p.637 ;
- KARILA DE VAN (Juliana), « Le droit de nuire », RTD Civ. 1995 p.533-571 ;
- KARYDIS (Georges), « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire, un concept à contenu variable », RTD Eur. 2002 p.1-38 ;
- KASSIA (Bioula), « Le recul de la nullité dans l'AUSCGIE », biblio.ohada.org ;
- KESSLER (Guillaume), « L'objectivation de l'*affectio societatis* », Recueil Dalloz 2004 p.1305-1314 ;
- KLOEPFER (Wilfried), « Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle », AJDA 2003 p.585-602 ;
- KULLMANN (Jérôme), « Remarques sur les clauses non écrites », Dalloz 1993, P.59-79 ;
- LAGARDE (Xavier), « Sur l'utilité de la théorie de la cause », Recueil Dalloz 2007 p.740 ;
- LAGARDE (Xavier), « Transaction et ordre public », Recueil Dalloz 2000 P.217-230 ;
- LAITHIER (Yves-Marie), « Une nouvelle avancée de la nullité relative : la nullité du contrat conclu sous une condition suspensive impossible », RDC 2009/1, LGDJ, P. 51-56 ;
- LAITHIER (Yves-Marie), « Un hommage à l'objectivisme : la nullité du contrat pour absence d'objet », RDC 2009/4, LGDJ, P.1341-1345 ;
- LARROUMET (Christian), « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat. A propos du projet de réforme du droit des contrats », Recueil Dalloz 2008 p.2441 ;
- LAUZIÈRE (Lucie), « Le pouvoir de rectification de la loi par le juge et son application en droit constitutionnel: étude de l'arrêt *r. c. laba* », www.usherbrooke.ca , 27 pages ;
- LAVRIC(S), « Nullités et autres exceptions de procédure pénale », Dalloz actualité 26 novembre 2010 ;

- LEBRET (Anne-Sophie), « Les nullités revisitées », *AJ Contrat* 2017, p.12-20 ;
- LE CANNU (Paul), « Nullité des actes ou délibération des organes sociaux : un important arrêt d'étape », *Revue des sociétés* 2010, P.374-382 ;
- LE CANNU (Paul), « Nullité partielle d'une convention réglementée », (Com. 7 juill. 2004, *Despessailles c/ Gallot et autres*), *RTD Com.* 2004 p.765 ;
- LECOURT (Benoît), « Société fictive et fraude paulienne » Note sous Cour de cassation (3e civ.), 3 décembre 2013, n° 12-22.118 (F-D), *C. c/ Sté Banque cantonale de Genève* *Revue des sociétés* 2014 p.569-574 ;
- LECOURT (Arnaud), « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques », *RTD Com.* 2016, p.767-816 ;
- LECOURT (Arnaud), « Faveur confirmée pour la validité des assemblées », *Revue des sociétés* 2016, p.366-369 ;
- LECOURT (Arnaud), « Direction de fait dans une relation de distribution : des contours singuliers », *Revue des sociétés* 2015 p.446 ;
- LE FUR (Anne-Valérie), « La rationalisation des sanctions, une exigence démocratique en faveur de leur efficacité », *Dalloz* 2016, p.1091 ;
- LE GALLOU (Cécile) « Contrats indivisibles, ces contrats qui n'ont pas de sens tous seuls... », *Lamy droit civil-mai* 2008, n°49 p.15-16 ;
- LEGROS (Jean-Pierre), « La nullité des décisions des sociétés », *Revue des Sociétés* 1991, P.275-318 ;
- LE MAGUERESSE (Catherine), « Sur la nullité des mesures prises à l'encontre d'une salariée victime de harcèlement sexuel » *Droit social* 1998 p.437-442 ;
- LEMOULAND (Jean-Jacques), « Action en nullité pour défaut de consentement : les collatéraux doivent avoir un intérêt né et actuel » *Dalloz* 2000, p.416-418 ;
- LE NABASQUE (Hervé), « Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires » *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, *RTD Com.* 1999 p.273-297 ;
- LE RUDULIER (Nicolas), « Prescription de l'action en nullité : distinction de la nullité relative et de la nullité absolue », *Civ. 3e*, 26 juin 2013, FS-P+B, n° 12-20.934, *Dalloz actualité* 15 juillet 2013 ;

- LIBCHABER (Rémy), « Pour la nullité absolue - même en matière de formalisme ! », Recueil Dalloz 2013 p.1113 ;
- LIBCHABER (Rémy), « Une exception de nullité qui peine à trouver un régime juridique satisfaisant », Note sous Cour de cassation (com.) 10 novembre 2009, F-D, n° 08-19.583, *Sté Bouleaux France c/ Rosier ép. Kielbasa* Revue des sociétés 2010 p.99-107 ;
- LIBCHABER (Rémy), « Une sorte de grosse molécule contractuelle », Dalloz 1996, Somm. 327 ;
- LIENHARD (Alain), « Nullité des conventions réglementées : prescription applicable », Dalloz 2014, p.274 ;
- LIENHARD (Alain), « Point de départ de l'action en nullité de la société pour perte d'*affectio societatis* », Recueil Dalloz 2002 p.95 ;
- LIENHARD (Alain), « Société non encore immatriculée : nullité absolue des actes conclus » Recueil Dalloz 2012 p.608 ;
- LIENHARD (Alain), « Nullité d'une décision d'assemblée contraire aux statuts », Revue des sociétés 2010, p.319-320 ;
- LIENHARD (Alain), « Intérêt à agir en nullité en cas de convocation frauduleuse du conseil d'administration », Dalloz 2000, p.384 ;
- LOCHAK (Daniel), « Le droit à l'épreuve des bonnes meures, puissance et l'impuissance de la norme juridique », www.u-picardie.fr;
- LOHOUES-OBLE (Jacqueline), « L'autonomie des parties : le caractère supplétif des dispositions de l'avant-projet sur le droit des contrats », Ohadata D-09-19, 20 pages ;
- LUCAS (Claude De Leyssac) et PARLEANI (Gilbert), « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat », in Mélanges, Jacques GESTIN, le contrat au début du XXI siècle, LGDJ, Paris 2001, p.601-616 ;
- MAGNIER (Véronique) et PACLOT (Yann), « Le gouvernement d'entreprise en France, vingt ans après... », in mélanges en l'honneur du professeur Michel GERMAIN LGDJ, éd. 2015, p.491 à 502 ;
- MAGNIN (François), « Le recours à la théorie de l'abus de droit en matière de société civile immobilière » Cour de cassation, 3^e civ., 8 juillet 2015, n° 13-14.348, *M. X c/ Société Bruxys et SOGEB*, publié au Bulletin, RDI 2015 p.534 ;
- MAJZA (Béatrice), « Equité et droit fondamentaux », www.unicaen.fr;

- MALAURIE (Philippe), « Nullité absolue de la clause de paiement en monnaie étrangère d'un contrat interne », Recueil Dalloz 1990 p.550-555 ;
- MALLETRICOUT (Blandine) « Au-delà de la nullité, la transaction » Lamy droit civil-mai 2006, n°27, p. 5-8 ;
- MARMONTEL (Albane), « Portée de la sanction civile des pratiques anticoncurrentielles », Recueil Dalloz 2000 p.429 ;
- MARMOZ (Franck), « Le refus de sanctionner par la nullité la délibération d'un organe social adoptée en violation d'une disposition statutaire », Dalloz 2010, p.2405-2411 ;
- MARTIAL-BRAZ (Nathalie) « Indivisibilité et caducité... ou l'art de la conciliation exercé par la Cour de cassation » Lamy droit civil-janvier 2008, n°45, p.5-10 ;
- MARTIN (Raymond), « Loi économiques et règles de droit », Dalloz 1990, p.259 à 264 ;
- MARTIN-SERF (Arlette), « Action en nullité d'une cession de créances. Voies de recours. Irrecevabilité de la tierce opposition du débiteur cédé », RTD Com. 2012 p.619 ;
- MARTOR (Boris) et THOUVENOT (Sébastien), « La fusion des sociétés issues du droit OHADA », Ohadata D-04-19, 19 pages ;
- MASAMBA (Roger), « Le régime des nullités issu de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », www.ohada-rdc.cd, 17 pages ;
- MASSIP (Jacques), « La prescription quinquennale de l'action en nullité d'un acte juridique, qui court à partir du jour de l'acte contesté, ne peut être suspendu par l'auteur de l'acte qu'en raison d'une incapacité d'ester en justice », Recueil Dalloz 1993 p. 277-278 ;
- MATHEY (Nicolas), « Société fictive : rappel et mise en œuvre des critères », Note sous Cour de cassation (com.) 9 juin 2009, *Troth c/ Clark Vve Burgess* Revue des sociétés 2009 p.781-784 ;
- MATSOPOUTOU (Haritini), « La non-transmission de la responsabilité pénale à la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée », Rev. des Sociétés 2017, p. 234-239 ;
- MAUBLANC (Jean-Pierre), « Extension de la notion et du champ de l'abus de droit Etude de la jurisprudence fiscale récente de la Cour de cassation », AJDI 2007 p.905 ;
- MAUGERI (Véronique) « Distinction nullité absolue/nullité relative : la Cour de cassation opte pour la modernité » Lamy droit civil-décembre 2008, n°55, Page 12-1 ;

- MAUGÜÉ (Christine) et SCHWARTZ (Rémy), « Etendue du pouvoir d'annulation du juge du contrat », AJDA 1992 p.480-483 ;
- MAZEAUD (Denis), « Groupe de contrats : liberté contractuelle et réalité économique », Dalloz 2011, p.566-570 ;
- MAZEAUD (Denis), « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », Recueil Dalloz 2014 p.291-299 ;
- MAZEAUD (Denis), « Les sanctions contractuelles : contradictions, approximations, imprécisions, etc », Dalloz 2011, 2711-2715 ;
- MAZEAUD (Denis), « Les sanctions en droit des contrats, brève réflexion sur quelques tendances lourdes... », *in* Les sanctions en droit contemporain, Volume 1, Dalloz 2012, p.235 à 256 ;
- MEDJAOUI (Khadija), « L'abus d'égalité », note sous Cour de cassation (com.), 16 juin 1998, *Curri c/ Curri et société électronique Curri*, Revue des sociétés 1999 p.103-112 ;
- MEKKI (Soraya Amrani) et FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte) « Droit des contrats », Dalloz 2010, p.224-253 ;
- MEKKI (Mustapha) sous la direction HYDE (Aurore-Angélique) et MAGNAN (Muriel Fabre), « Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Essai d'une théorie », RTD Civ. 2014 p.212-214 ;
- MEKKI (Mustapha), « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », Recueil Dalloz 2015 p.816 ;
- MEMAN née THIERO FATIMATA, « La société unipersonnelle dans le droit des sociétés de l'O.H.A.D.A. une œuvre à parfaire », ohadata d-07-18, 43 pages ;
- MENJUCQ (Michel), « Fictivité du siège et d'une société de droit étranger : tout dépend de la *lex societatis* », Note sous Cour de cassation (com.), 21 octobre 2014, n° 13-11.805 (F-P+B), *Laure ès qual. c/ Sté Artifax Trading Limited*, Revue des sociétés 2015 p.463 ;
- MEUKE (Bérenger Yves), « L'intérêt social dans l'AUSC de l'OHADA », www.juriscope.org ;
- MEUKE (Bérenger), « De la validité en OHADA d'un pacte d'actionnaire précédent les statuts et la constitution de la société », Ohadata D-11-99, 2 pages ;
- MERCADAL (Barthélemy), « La qualification du contrat en droit français », Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE, Harmattan Cameroun 2015, p.459-472 ;

- MERLE (Philippe) « Le nouveau droit des sociétés de l'OHADA », Dalloz 2014, p.768-769 ;
- MESTRE (Jacques) et FAGES (Bertrand), « De quelques limites au jeu de la nullité », RTD Civ. 2000, p. 568 ;
- MESTRE (Jacques) et FAGES (Bertrand), « Pratiques anticoncurrentielles et sanctions contractuelles », RTD Civ. 2001, p.140 ;
- MESTRE (Jacques), « Regard contractuel sur l'OHADA », Ohadata D-10-14, 8 pages ;
- MESTRE (Jacques), « De l'étendue de la nullité d'un contrat », RTD Civ. 1991 p.112-113 ;
- MESTRE (Jacques), « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, mais », RTD Civ. 1992 p.90-92 ;
- MESTRE (Jacques), « La fraude corrompt tout, même les contrats », RTD Civ. 1997, p.652 ;
- MESTRE (Jacques), « L'heure est décidément au devoir de conseil », RTD Civ. 1996, p.384-385 ;
- MESTRE (Jacques), « Double facette de l'indivisibilité entre contrats », RTD Civ. 1995 p.363 ;
- MESTRE (Jacques) et FAGES (Bertrand), « Violence morale et dépendance économique » (Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, D. 2002.1860, note J.-P. Gridel et 1862, note J.-P. Chazal), RTD Civ. 2002 p.502-504 ;
- MESTRE (Jacques) « L'action en nullité relative du contrat pour vice du consentement est transmise aux héritiers », RTD Civ. 1996 p.392 ;
- MESTRE (Jacques) « La loi nouvelle, même d'ordre public, ne saurait en principe régir les effets à venir des contrats précédemment conclus » RTD Civ. 1999 p.378-379 ;
- MESTRE (Jacques) et FAGES (Bertrand), « L'invocation d'un abus de droit dans la mise en œuvre d'une clause contractuelle demeure toujours possible, quels que soient les termes de la clause » (Civ. 1^{re}, 7 févr. 2006, n° 03-15.094, D. 2006.1796, note A. PENNEAU) RTD Civ. 2006 p.763 ;
- MESTRE (Jacques), « De la nullité des clauses portant atteinte au principe de libre concurrence », RTD Civ. 1992 p.759 ;
- MESTRE (Jacques), « De la renonciation au bénéfice d'une règle d'ordre public de protection », RTD Civ. 1998 p.670 ;

- MESTRE (Jacques), « La nullité de l'engagement unilatéral pour vice du consentement ou défaut de cause », RTD Civ. 1992 p.99 ;
- MESTRE (Jacques) et FAGES (Bertrand), « Théorie des facilités essentielles et conclusion forcée de contrats », (Com. 12 juill. 2005, n° 04-12.388, D. 2005.2144, obs. E. Chevrier, JCP 2005. II. 10121, note M. Poumarède), RTD Civ. 2005 p.773 ;
- MIENDJIEM (Isidore-Léopold), « La vigueur de l'obligation implicite », Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE, Harmattan Cameroun 2015, p.473-488 ;
- MILHAC (Olivier), « La nullité des contrats de construction ou les chausse-trapes éventuelles rencontrées dans son application », RDI 2002 p.9-25 ;
- MILLEVILLE (Sébastien), « Quelles nullités pour les atteintes aux droits fondamentaux ? », RDLF 2013 chron n°1, 17 pages ;
- MODERNE (Franck), « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », RFDA 1999 p.722-771 ;
- MODI KOKO BEBEY (Henri-Désiré), « La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », Revue des sociétés 2002 p.255-270 ;
- MOHAMED SALAH (Mohamed Mahmoud), « La place des principes et techniques civilistes dans le droit des affaires », Revue jurisprudence commerciale 41^e année n°12 décembre 1997, P. 297-307 ; (suite), 42^e année n°1 janvier 1998, p. 1-15 ;
- MOLFESSIS (Nicolas) et KLEIN (Julie), « Point de départ de la prescription de l'action en nullité d'une convention réglementée et motivation des revirements de jurisprudence », Recueil Dalloz 2011 p.1314-1322 ;
- MOLFESSIS (Nicolas), « La prétendue liberté des juges du fond dans le choix des méthodes d'interprétation de la loi », (Civ. 1^{re}, 29 janv. 2002, *Société France 2 c/ Société Emi records limited UK*, Dr. et patrimoine, n° 107, sept. 2002, obs. Ph. Bonfils), RTD Civ. 2003 p.154-158 ;
- MOLFESSIS (Nicolas), « L'équité n'est pas une source du droit », RTD Civ. 1998 p.221-226 ;
- MONSERIE-BON (Marie-Hélène), « Actes et assemblées en cas de retrait : quelle place pour la nullité ? », (Com., 20 mars 2012, n° 11-13.534, à paraître, D. 2012. 875, obs. A. LIENHARD) RTD Com. 2012 p.356 ;

- MONTCHO (Eric Kodjo Agbassa), « Les droits fondamentaux d'associés », *Revue Togolaise des Sciences Juridiques*, Janv-juin 2015, p.66-73 ;
- MONTCHO (Eric Kodjo Agbassa), « Le favor contractus et le droit OHADA », *Revue Togolaise des Sciences*, juillet-décembre 2012 n°0003, p. 42-55 ;
- MORTIER (Renaud), « La méconnaissance des dispositions de l'article L. 225-206, II, du code de commerce n'est pas sanctionnée par la nullité de l'acquisition », Note sous Cour de cassation (1re civ.) 17 décembre 2009, FS-P+B, n° 08-12.344, Assoc. Saint-François Pierre Rouge c/ Sté Enclos Saint-François de la pierre rouge, *Revue des sociétés* 2010 p.311-314 ;
- MOULY (Jean), « Contrat de travail. Clause de non-concurrence. Contrepartie financière. Minoration en cas de faute », Nullité. Étendue. Dispositions illicites réputées non écrites *Droit social* 2010, p.718-711 ;
- MOURY (Jacques), « Les nullités en cascade en droit des sociétés », *Revue des sociétés* 2013, p. 599-632 ;
- MOURY (Jacques), « De la qualification procédurale de l'exception de nullité » Note sous Cour de cassation (ass. plén.) 22 avril 2011, P+B+R+I, n° 09-16.008, *Duchet c/ Buffa ép. Chovet*, D. 2011, 1870, obs. X. DELPECH, note O. Deshayes et Y.-M. Laithier, *Revue des sociétés* 2011 p.547 ;
- MOURY (Jacques), « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *RTD Civ.* 1994 p.255 ;
- NEMEDEU (Robert), « Le contrôle du commissaire aux comptes en droit OHADA des sociétés commerciales : une disproportion criarde entre son étendue et sa garantie », *in* de l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul-Gérard POUGOUE, *CREDIJ* 2014, p. 547-574 ;
- NGUIHE KANTE (Pascal), « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », *RTD Com.* 2010 p.1-44 ;
- NGOUMTSA ANOU (Gérard), « L'obligation de bonne foi dans le droit OHADA : analyse à partir de la vente commerciale », *Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE*, Harmattan Cameroun 2015, p. 613-621 ;
- NGWANZA (Achille André), « L'équilibre contractuel dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats », *Ohadata D-09-31*, 5 pages ;

- NICOD (Cécile), « L'action en justice pour la défense des intérêts communs des obligataires », *Revue des sociétés* 2000 p.491-499 ;
- NOGUERO (David), « La nullité pour trouble mental en cas de décès de l'auteur de l'acte », *Recueil Dalloz* 2005 p.257-252 ;
- ONANA ETOUNDI (Félix), « Les principes d'Unidroit et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Ohadata D-05-63*, 37 pages ;
- PAGES (Jeanne), « La nullité d'une société constituée par un époux en fraude des droits de son épouse : nécessité de constater que tous les associés ont concouru à cette fraude » *Recueil Dalloz* 1993 p.23-27 ;
- PAILLUSSEAU (Jean), « les fondements modernes du droit des sociétés », *JCP* 1984, éd. G, I, 3148 ;
- PAILLUSSEAU (Jean), « le droit moderne de la personnalité morale », *R.T.D civ.* 1993, p. 705 à 736 ;
- PANCRAZI (Marie-Eve), « Les clauses de rétroactivité », *RTD Civ.* 2011 p.469 ;
- PARIENTE (Maggy), « Application en droit des sociétés de la survie de l'exception de nullité lorsque l'action en annulation est prescrite », *COUR DE CASSATION (Ch. com.), 20 novembre 1990, Société civile coopérative Amis-Nature et Weber es. qual. c. Consorts Jacques*, *Revue des sociétés* 1991 p.521 ;
- PARLEANI (Gilbert), « Le conseil constitutionnel censure une « discrimination à rebours » contenue dans le régime fiscal des sociétés mères-filles », *Revue des sociétés* 2016, p.388-392 ;
- PARLEANI (Gilbert), « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? Les actions délaissées », *Revue des sociétés* 1999 p.715 ;
- PAROT (Jean-Claude), « Restructurations des sociétés : les conditions de qualification de l'abus de droit dans la jurisprudence judiciaire et administrative », *Rev. Sociétés* 2001, p.15-17 ;
- PATRY (Réjean), « Les sanctions de la violation de la règle d'ordre public dans les conventions entre particuliers » *Les Cahiers de droit*, vol. 3, n° 1, 1957, p. 92-102 ;
- PECAUT-RIVOLIER (Laurence), « Nullité des actes, insanité d'esprit », *AJ Famille* 2007 p.480-481 ;

- PELLÉ (Sébastien), « La réception des correctifs d'équité par le droit », Recueil Dalloz 2011 p.1230-1260 ;
- PÉRÈS (Cécile), « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie », (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet), Recueil Dalloz 2009 p.381-396 ;
- PERROT (Roger), « Nullité des actes de procédure : la notion de grief », RTD Civ. 1992 p.637 ;
- PETIT (Franck), « L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur », Droit social 2004 p.262 ;
- PETIT(Brunon), « Contrats et obligation : définition et classification des contrats », Juris-classeur civil 1997, Fasc. 1-2, 28 pages ;
- PETIT(Brunon), « Contrats et obligations : consentement », Juris-classeur civil 1997, Fasc. 2-1, 29 pages ;
- PICARD (Etienne), « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », AJDA 1996 p.55-108 ;
- PICARD (Maurice) et PRUDHOME (André), « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », RTD Civ. 1912, p.61-109 ;
- PICOD (Nathalie), « Le déclin de l'exception de nullité à l'époque contemporaine », RTD Com. 2014 p.509-532 ;
- PICOD (Yves), AUGUET (Yvan), GOMY (Marc), VALETTE (Vanessa) et ROBINNE (Sébastien), « Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme », Recueil Dalloz 2008 p.247 ;
- PIEDELIEVRE (Stéphane), « Validité d'une sûreté réelle consentie par une société fictive », Recueil Dalloz 2000 p.389 ;
- PIERRE-MAURICE (Sylvie), « Le code de procédure civile et les maximes », www.revuegeneraledudroit.eu, 44 pages ;
- PIMONT (Sébastien), « Peut-on réduire le droit en théories générales ? » Exemples en droit du contrat RTD Civ. 2009 p.417-432 ;
- PIMONT (Sébastien), et FORRAY (Vincent), « Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, Traité de droit civil, La formation du contrat, 4e éd., LGDJ,

- Lextenso éditions, 2013, t. 1 : Le contrat - Le consentement, 1464 p., t. 2 : L'objet et la cause - Les nullités, 1667 p », RTD Civ. 2014 p.192-196 ;
- PIQUET (Sabine), « L'indivisibilité des contrats », Recueil Dalloz 1996 p.141-150 ;
 - PISONI (Pascal), « Nullité des contrats conclus par une société en formation », Revue des sociétés 2017, p.631 ;
 - PLESSIX (Benoît), « La nullité d'un contrat de l'administration devant le juge judiciaire », Note sous Civ. 1^{re}, 16 janvier 2013, Société L'Alleixoise, n° 11-27.837, AJDA 2013. 146 ; D. 2013. 245, RFDA 2013 p.541 ;
 - POCHET (Christine), « Traitement légal de la défaillance et gouvernance : une comparaison internationale », Revue international droit économique 2001/4, P. 465-488 ;
 - POISSON-DROCOURT (Elisabeth), « Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat », Dalloz 1983, chron. 85-90 ;
 - POLLAUD-DULIAN (Frédéric), « Abus de droit et droit moral », Recueil Dalloz 1993 p.97 ;
 - POLLAUD-DULIAN (Frédéric), « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », RTD Com. 1997 p.349 ;
 - PONSARD André et BLONDEL Pierre, « Nullité », Encyclopédie Dalloz 1973, p.1-11 ;
 - POSEZ (Alexis), « La théorie des nullités, le centenaire d'une mystification », RTD Civ. 2011, p.647 – 675 ;
 - POSEZ (Alexis), « Pas de nullité sans texte ; Enquête sur la positivité d'un principe d'hier à aujourd'hui », Revue des contrats, 09/03/2018, n°1, p.163-175 ;
 - PREVOST (Stéphane), « Propagation des effets de la nullité des actes conclus par une société non immatriculée », Cour de cassation (com.), 21 octobre 2014, n° 13-22.428 (F-D) Revue des sociétés 2015 p.30 ;
 - PUIG (Pascal), « La loi d'ordre public international », (Civ. 1^{re}, 28 janv. 2015, FS-P+B+R+I, n° 13-50.059, Dalloz Actu. 2015, obs. R. Méssa ; D. 2015. 464, obs. I. GALLMEISTER, note H. FULCHIRON ; AJ fam. 2015. 71, point de vue B. HAFTEL ; Gaz. Pal. 5 févr. 2015, n° 36, p.11, avis J.-D. SARCELET), RTD Civ. 2015 p.91-94 ;
 - PY (Pierre), « Pouvoir discrétionnaire, compétence liée, pouvoir d'injonction », D. 2000. 563-574 ;
 - RABEALT (Hugues), « Le problème de l'interprétation de la loi », leprotique.revue.org ;

- RABREAU (Anne), « Convention règlementées », Dalloz 2016, p.2365-2368 ;
- RACINE (Jean-Baptiste), « Le défaut de désignation de l'organe représentant légalement une personne morale dans un acte de procédure constitue un vice de forme », Recueil Dalloz 2002 p.2083-2088 ;
- RACINE (Pierre-François), « L'abus de droit en fiscalité », Revue des sociétés 2002 p.455 ;
- RANDOUX (Dominique), « La nullité d'une délibération irrégulière est indépendante de l'absence d'incidence de l'irrégularité » Note sous Cour de cassation (1^{re} civ.), 27 juin 2000 René Jardin c/ Association syndicale (ASL) « Les demeures du Golf », Revue des sociétés 2001 p.105 ;
- RAOUL-CORMEIL (Gilles), « Le trouble mental du contractant et l'impossibilité d'agir en nullité », Recueil Dalloz 2009 p.2660-2664 ;
- RAOUL-CORMEIL (Gilles), « L'acte passé sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968 reste soumis au régime des nullités issu de cette loi ! », Arrêt rendu par Cour de cassation, 1^{re} civ. 12-06-2013, AJ Famille 2013 p.507-508 ;
- RAVANAS (Jacques) Droits de la personnalité et justice contractuelle : le rayonnement de l'article 9 du code civil dans un ensemble contractuel Recueil Dalloz 2000 p.347-353 ;
- RAYNAUD (Fabien) et FOMBEUR (Pascale), « Théorie de la compétence liée » AJDA 1999. 567 REBOUL (Nadège), « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », Revue des sociétés 2000 p.425-466 ;
- REBOUL-MAUPIN (Nadège), « La détermination du point de départ du délai de prescription de l'action en nullité d'une SCI pour perte d'*affectio societatis* », Revue des sociétés 2002 p.683-691 ;
- REINHARD (Yves), « Une société fictive est une société nulle et non inexistante » (Com. 22 juin 1999, Rev. sociétés 1999. 824, note A. CONSTANTIN, D. 2000.234, obs. J.-C. Hallouin et 389, obs. S. Piedelièvre, D. affaires 1999. 1336, M. B. ; Petites affiches, 22 juill. 1999, p. 7, P. M. ; Bull. Joly 1999. 978, A. Couret; Lyon, 3^e ch., 12 févr. 1999, inédit) RTD Com. 1999 p.903 ;
- REYGROBELLET (Arnaud), « Location-gérance du fonds de commerce », Dalloz action Droit et pratique des baux commerciaux, 2015, 30 pages ;

- REYGROBELLET (Arnaud), « Délai de prescription et nullité des conventions réglementées », note sous Cour de cassation (com.) 3 avril 2013, F-P+B, n° 12-15.492, *S^{té} Procars c/ S^{té} Albene*, Revue des sociétés 2013 p.560 ;
- REYGROBELLET (Arnaud), « Le directeur général illicitement rémunéré mais abusivement révoqué » (note sous Com. 16 avril 2013) Revue des sociétés 2013, P.697.
- RICHER (Laurent), JEANNENEY (Pierre-Alain) et CHARBIT (Nicolas), « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », AJDA 2004 p.2309 ;
- RITLENG (Dominique), « Le principe de primauté du droit de l'Union », RTD Eur. 2005 p.285-299 ;
- RIZZO (Fabrice), « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », RTD Com. 2000 p.27-56 ;
- ROUAST-BERTIE (Pascal), « Société fictive et simulation », Revue des sociétés 1993 p.725-742 ;
- ROUQUET (Yves), « Renonciation contractuelle à l'ordre public applicable aux baux commerciaux », AJDI 2014 p.91-104 ;
- ROUSSEL GALLE (Philippe), « Le dirigeant de fait condamné en paiement des dettes sociales ne peut se prévaloir de l'irrégularité de la procédure de vérification des créances », note sous Cour de cassation (com.) 6 octobre 2009, F-D, n° 08-15.378, *Meunier ép. Hamelet c/ Du Buit ès qual*, Revue des sociétés 2010 p.185-189 ;
- ROUTIER (Richard), « Convention interdite et « professionnel du crédit » : exercice de la nullité et responsabilité », note sous Cour de cassation (com.) 25 avril 2006, *Compagnie européenne d'opérations immobilières BIE c/ Le Floch, épouse BOENNEC*, Revue des sociétés 2006 p.818 ;
- SAFI (Farah), « Les restitutions consécutives à la nullité du contrat : rétablir ou corriger ? », Dalloz 2016, P.1179 ;
- SAFI (Farah), « Insanité d'esprit du *de cujus* : précisions prétorienne sur l'action en nullité d'un testament », Recueil Dalloz 2013 p.1884 ;
- SAINTOURENS (Bernard), « Pas de nullité d'une décision de l'assemblée sans grief », Revue des sociétés 2016, p.237-239 ;

- SAINTOURENS (Bernard), « La qualification de dirigeant de fait à l'épreuve de la gestion d'un établissement secondaire », note sous Cour de cassation (com.) 13 février 2007, *Soulat c/ Leray*, Revue des sociétés 2007 p.630-635 ;
- SAINTOURENS (Bernard) et EMY (Philippe), « Simplification et amélioration de la qualité du droit des sociétés après la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 », Rev. sociétés 2011, Pages 467-484 ;
- SAKHO (Abdoulaye), « Modernisation et efficacité du droit OHADA de société », Mélanges à DOMINIQUE H. p.1-12, www.afrilex.u-bordeaux4.fr ;
- SANTA-CROCE (Muriel), « De l'extension aux actes extrajudiciaires du régime de nullité des actes judiciaires », Recueil Dalloz 1992 p.296-298 ;
- SAVATIER (René), « L'ordre public économique », Dalloz 1967, Chr. 37 ;
- SAVAUX (Eric), « La portée de l'insanité d'esprit comme cause de nullité des actes juridiques », RDC 2011/2, LGDJ, P. 407-411 ;
- SAVAUX (Eric), « Fin de la responsabilité contractuelle », *RTD civ.* 1999. 1 ;
- SAWADOGO (Filiga Michel), « Les activités normatives de l'OHADA : bilan et perspectives », Revue Burkinabé de droit, n°48, 1^{er} semestre 2014, P. 15 à 54;
- SCHILLER (Sophie), « La fraude, nécessaire deus ex machina face à l'évolution du droit des sociétés », Revue des sociétés 2014. P. 211-223 ;
- SCHILLER (Sophie) et PERIN (Pierre-Louis), « Les apports en industrie dans les SAS », Revue des sociétés, 2009, P. 59-82 ;
- SCHMIDT (Dominique), « La société et l'entreprise », Dalloz 2017, p. 2380-2382 ;
- SCHMIDT (Dominique) et GRAMLING (Philippe), « Nullité de société, d'actes ou de délibération », J.-Cl. Civil, Fascicule 80, 1980, p.1-12 ;
- SIMLER (Philippe), « Cause », J.-Cl. Civil 1985, fasc.21 p.1-42 ;
- SIMON (Odile), « La nullité des actes juridiques pour trouble mental », *RTD Civ.* 1974, p.707-738 ;
- SORTAIS (Jean-Pierre), Société anonyme, Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire des sociétés Tome IV, 1^{er} janvier 1990, p.1-87 ;
- SOSSA (Dorothé Cossi), « Allocution d'ouverture du colloque et de la foire du 20^e anniversaire de l'OHADA », Revue Burkinabé de droit, n°48, 1^{er} semestre 2014, p. 9-12 ;

- STAHL (Jacques-Henri), « Conséquences de l'introduction de la règle de concurrence dans le contentieux administratif », AJDA 1999 p.427 ;
- STORCK (Michel), « L'exception de nullité en droit privé », Dalloz 1987, chr. 67-72 ;
- STORCK (Michel), « L'obligation de cohérence dans l'information précontractuelle : l'éclairage du droit des marchés financiers », Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE, Harmattan Cameroun 2015, p.893-905 ;
- SUNKAM KAMDEM Achille, « La réforme de l'appel public à l'épargne dans l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique du 30 janvier 2014 », Juridis n°106, avril-mai-juin 2016, p.73-79 ;
- SYMCHOWICZ (Nil) et PROOT (Philippe), « Développements jurisprudentiels récents autour de la nullité des contrats publics », Bulletin juridique des contrats publics, n° 58, p.150-163 ;
- TAKAFO-KENFACK (Didier), « L'indépendance des commissaires aux comptes au sortir de la réforme OHADA », PENANT n° 891, avril-juin 2015, p. 260-274 ;
- TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? » Mélanges CORNU, PUF, 1994, p. 429 ;
- TCHENDJOU, « *faute extracontractuelle* » *Gaz. Pal.* 2000. 1. Doctr. 614 ;
- TEYSSIE (Bernard) « De la nullité et de la rescision », J.-Cl. Civil 1979, Fasc.6-A, p.1-7 ;
- TETARD (Stessy), « Les restitutions dans le nouvel article 1352-4 du code civil (ou les risques de la simplification) », Dalloz 2017, p.777-779 ;
- THIBIERGE-GUELFUCCI (Catherine), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997. 357-391 ;
- THOMAS (Vincent), « Spolier intentionnellement un associé à l'occasion d'une augmentation de capital est frauduleux », note sous Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 8^ech. A, 13 décembre 2012, n° 11/16034, *G. c/ SARL Euro free shopping*, Revue des sociétés 2013 p.354 ;
- THULLIER (Béatrice), « La théorie des nullités et le principe de l'effet relatif à l'épreuve du droit des sociétés : une illustration », Dalloz 2004, p.2033-2038 ;
- THIOYE (Moussa), « Nullité de la vente conclue sur la base d'un mandat irrégulier », AJDI 2009 p.890 ;

- TOURE (Papa Assane), « La théorie générale de prescription extinctive aux pays des merveilles du droit OHADA », *in* De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul-Gérard POUGOUE, CREDIJ 2014, p. 739 à 768 ;
- TOURNAFOND (Olivier), « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », Recueil Dalloz 2008 p.2607 ;
- TSAFACK DJOUMESSI (Cédric Carol), « La confidentialité dans la procédure arbitrale dans l'espace OHADA », Revue de l'ERSUMA, n°06 janv. 2016, p.591 à 598.
- TSOPBEING (Marcel Williams) « L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés OHADA ? », Revue de l'ERSUMA, n°06 janv. 2016, p. 225-258.
- URBAIN-PARLEANI (Isabelle) et BOIZARD (Martine), « L'Objectif d'information dans la loi du 24 juillet 1966 », Revue Sociétés 1996, p. 447-463 ;
- VAN COMPERNOLLE (Jacques), « L'action en justice des sociétés et groupements », p. 94-113, www.tpr.be ;
- VAN HOECKE (Mark), « Définition légale et interprétation de la loi », p.93-101, www.persee.fr ;
- VEYRE (Liza), « L'action interrogatoire en matière de nullité : personnes intéressées, soyez vigilantes ! », AJ-Contrat 2017, p.74 ;
- VIALA (Alexandre), « L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes » Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 6 janvier 1999, 8 pages ;
- VIANDIER (Alain), « Promesse de cession de droits sociaux et exigence d'un *affectio societatis* », Note sous Cour de cassation (com.) 8 mars 2005, *M^{me} Isabelle Supparo c/ M^{lle} Malika Malti*, Revue des sociétés 2005 p.817-821 ;
- VIGNEAU (Christophe), « Etude sur l'autonomie collective au niveau communautaire », RTD eur. 2002. 653-675 ;
- VINCKEL (François), « Le pouvoir du juge et la volonté des parties », Recueil Dalloz 2000 p.599-605 ;
- VINEY (Geneviève), Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde, Dalloz 1975, chr. 263-270 ;
- VINEY(Geneviève), « *La responsabilité contractuelle en question* », *Études Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 921-947 ;

- VINEY (François), « Absence de nullité du contrat pour réticence dolosive du vendeur lorsque l'acquéreur est averti : quelles justifications ? », Recueil Dalloz 2014 p.1751-1756 ;
- WALINE (Jean), « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », *in* Mélanges Études GHESTIN, LGDJ, 2001, P.965-981 ;
- WEIL (Kurt G.), « La protection des associés minoritaires en droit allemand des sociétés à responsabilité limitée », Revue des sociétés 1993 p.561-566 ;
- WOLOU (Komi), « Les mécanismes de justice privée dans la vente commerciale OHADA », Les horizons du droit OHADA, Mélanges en l'honneur du Professeur Filigan Michel SAWADOGO, CREDIJ, Cotonou éd. 2018, p. 573-591 ;
- XAVIER TESTU (François), « Clauses de non-concurrence », Dalloz Référence, contrat d'affaire 2010, 19 pages.

III. THÈSES ET MÉMOIRES

- BOUCHER (Aurore), « L'aléa dans le droit des contrats », Mémoire de recherche Master II Droit privé général, Université Paris II – Panthéon-Assas - 2009-2010, 62pages ;
- CHARBONNEL (Lionel) « La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat » thèse de doctorat en droit privé, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, Le 24 novembre 2010, 378 pages ;
- CLAUDEL (Emmanuelle) « Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats », Thèse de doctorat en Droit, Université de Paris X-Nanterre, le 14 décembre 1994, 521 pages ;
- DHENNIN (Séverine), « La nullité du contrat de travail », mémoire de DEA, mention droit social, Université de Lille 2, 2000-2001, 168 pages ;
- SCHMIDT (Dominique) « Les droits de la minorité dans la société anonyme » ; thèse Paris, 1970, 265 pages ;
- DROGOUL (François), « Essai d'une théorie générale des nullités », Aix-Marseille 1902, 269 pages ;
- ESKINAZI (Déborah), « La qualité d'associé », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Cergy-Pontoise, 1^{er} décembre 2005, 346 pages ;
- FOLLY (Messan Agbo), « Le statut des dirigeants sociaux en droit OHADA », Thèse, Université de Montpellier 1 et Université de Lomé, 2014, 530 pages ;

- GUGGENHEIM (Dominique), « L'invalidité des actes juridiques en droit Suisse et comparé, Essai d'une théorie générale », Thèse Université de Genève, LGDJ Paris 1970, 178 pages ;
- JAPIOT (René), « Des nullités en matière d'actes juridiques », thèse pour le doctorat, Université de Dijon, le 13 juillet 1909, 990 pages ;
- LAFITTE (Jean-Baptiste), « La théorie moderne des nullités », Mémoire de Master II, Droit des contrats, Faculté Jean Monnet, Université Paris Sud, 132 pages ;
- MORTET (Charles), « Etude sur la nullité des contrats, dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil », thèse Bordeaux 1878, Paris Typographie LAHURE, 215 pages ;
- NZOUABETH (Dieunedort), « Les litiges entre associés », thèse de doctorat Dakar UCAD 2005, 445 pages ;
- OMAGGIO (Alexandre), « Le dol dans la cession d'actions », mémoire Magistère juriste d'Affaires, Université Paris II, juin 2000, 86 pages ;
- POSEZ (Alexis.), « L'inexistence du contrat, un autre regard sur sa formation », Thèse, Université de Pathéon-Assas Paris II, 2010, 750 pages ;
- SIMLER (Philippe), « la nullité partielle des actes juridiques », Université Aix Marseille 1960, éd. LGDJ 1963, 511 pages ;
- TRINH DINH TIEU, MARTY (G.), « Les différents cas d'erreur sur la personne, cause de nullité du mariage dans les droits canonique et français », Toulouse, impr. Soubiron, 1962 ;
- VENZON (Christophe), « L'affectio societatis », mémoire DEA de droit des affaires, Université Robert Schuman, 2002-2003, 55 pages ;
- VILLAIN (Adeline), « L'immixtion du juge dans le contrat », Mémoire de M2 Droit Privé Général, Université Pierre Mendès France – Grenoble, 2012-2013, 115 pages ;
- VINCKEL (F.), « L'acte suspect ou la théorie des nullités à l'épreuve des procédures collectives », thèse Paris II, 1999 ;
- ZHANG (Yu) « La réforme du droit chinois des sociétés : la loi du 27 octobre 2005 », Université Panthéon-Assas Paris II, Master 2 Professionnel Magistère de Juriste d'Affaires, mai 2007, 76 pages.

IV. JURISPRUDENCE

- CCJA arrêt n°076/2018 du 29 mars 2018, www.actualitesdudroit.fr ;
- CCJA arrêt n°143/ 2016 du 14 juillet 2016, affaire IBRAHIMA ABOUKHALIL c/ Etat du Sénégal et le Ministère Public, Karim Meissa WADE, et autres www.ohada.com ;
- CCJA arrêt n°059/2015 du 27 avril 2015, affaire Société Malienne de Promotion Immobilière dite SAMAPIM c/ Société Immobilière et Foncière du Mali dite SIFMA, Banque Internationale Pour le Mali dite BIM, intervenante forcée www.ohada.com ;
- CCJA, arrêt n°021/2014 du 11 mars 2014, Société total Guinée SA c/ La Compagnie Pétrolière de Guinée (COPEG SA) et l'Etat Guinéen, obs. KEM CHEKEM Bruno Marcel, Juridis n° 106, avril - mai - juin 2016, P.60 à 72 ;
- CCJA, ass. plén., Arrêt n°080/2014, du 23 avril 2014, Aff. Madame IBIKUNLE Karamatou c/ La Société CODA-BENIN et 05 autres.
- CCJA, arrêt n°048 du 07juin 2012, Salia Mohamed Lamine c/ Sté d'Assurance « LAFIA-SA », Recueil Jurisprudence OHADA n°18 janv.-juin 2012, P.196 ;
- CA de Lomé, arrêt n° 089/09 du 28 mai 2009, SE2M-Togo et SE3M-Togo c/ Société SDV Togo, Société SCOPAO SA, Société Participacione Ibero Internationales, Répertoire OHADA 2006-2010, P.675 ;
- CA de Ouagadougou, ch. Com. Arrêt n°030 du 15 mai 2009, Société ATLANTIQUE Télécom c/ Société PLANOR AFRIQUE et Société TELECEL FASO, Ohadata J-10-213 ;
- CA. Ouagadougou (Burkina Faso) ch. com. n° 016/09, du 3.4.2009: DIALLO Boukary. c/ ZAREI. Daouda, Maître OUATTARA Mamadou, Ohadata J-10-206.
- CA Littoral (Cameroun), n° 25/ REF, 28-1-2008: Sté BUSINESS STAR OFFICE c / Sté CAMEROON MOTORS INDUSTRIES, Ohadat J-10-271.
- CCJA, arrêt n°042/2008, 17 juillet 2008, Société LEV-Cote d'Ivoire dite LEV-CI Sa c/ Monsiuer Peled Nathan, obs. Sylvain Sorel Kuate Tameghé et Pulchérie Amougui Galoua, les grandes décisions de la CCJA de l'OHADA, éd. Harmattan 2010, Paris ;
- CCJA, arrêt n° 034/2008/PC, 03 juillet 2008, Bassirou Ka c/ Abdoulaye Cissé, Mohamed El Bechir Sissoko et Djibril Cissé, obs. René Njeufack Temgwa, les grandes décisions de la CCJA de l'OHADA, éd. Harmattan 2010, Paris ;
- Com. 23 oct. 2007, JCP 2008, II, 10024, note N. Roger; D. 2008, 954, note G. Chantepie;

- CA d'Abidjan, ch. civ. Et com. (3^e ch.B), arrêt civ. N°152, du 23 fév. 2007, M^{me} TOURE Barakissa c/ Société Sotransya, Répertoire OHADA 2006-2010, P.674 ;
- Cass.Com. 13 fév.2007, SA Faurecia sièges d'automobile c/ SAS Oracle France et autres, JCP .G. 2007, II, 10063, note Yves-Marie SERINET ;
- CCJA, arrêt n° 024/2006, 16 novembre 2006, Samaïla Dan Moussa, Ali Maré c/ Hamidou Abdou dit « Crise », obs. Anne-Marie Foné Mdontsa, les grandes décisions de la CCJA de l'OHADA, éd. Harmattan 2010, Paris ;
- CCJA, arrêt n°012/2006, 29 juin 2006, Compagnie Bancaire de l'Atlantique Côte d'Ivoire dite COBACT c/ Société Shaftesbury Overseas Ltd et Société Benath Company Ltd, obs. Athanas Foko, les grandes décisions de la CCJA de l'OHADA, éd. Harmattan 2010, Paris ;
- CCJA, arrêt n° 018/2005, 31 mars 2005, Société Afrique construction et financement dite Africof et monsieur Z. c/ Société générale de banques en Côte d'Ivoire dite SGBCT, in « Les grandes décisions de la CCJA de l'OHADA », sous la direction de Paul Gérard POUGOUE et Sylvain Sorel KUATE TAMEGUE, éd. L'Harmattan, 2010, 692 pages ;
- CCJA, arrêt n°015/2005, 24 février 2005, Angoua Koffi Maurice c/ la Société Win SARL, les grandes décisions de la CCJA de l'OHADA, éd. Harmattan 2010, Paris ;
- Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Jugement n°2301 du 27 octobre 2004, Bara Tall c/ Cheikh Oumar Dioum et Younous Ndour, Répertoire OHADA 2000-2005, P. 415 ;
- CA d'Abidjan, arrêt n°688 du 25 juin 2004, Office Ivoirien des Chargeurs et autres c/ B.A. et autres, Répertoire OHADA 2000-2005, P. 415 ;
- Cour d'appel de Douai Ch. 2, sect. 1, 02-10-2003 Affaire Metaleurop : quand l'intégration des filiales d'un groupe confine-t-elle à la fictivité ? Recueil Dalloz 2003 p.2571-2574 ;
- CA de Niamey, arrêt n°96 du 18 août 2003, Dame ROUFAI Fatoumatou c/ Frédéric Jean BERTHOZ, Répertoire OHADA 2000-2005, P. 391 ;
- CA d'Abidjan, arrêt n°1121 du 8 août 2003, La Société ASH International DISPOSAL et autres c/ ZOKORA, Répertoire OHADA 2000-2005, P. 403 ;
- Tribunal Régional de Niamey, jugement civil n°96 du 26 mars 2003, ABASS HAMMOUD c/ Jacques Claudelacour, Répertoire OHADA 2000-2005, P. 403 ;
- Trib. Rég. Hors Classe de Dakar, Jugement n°327 du 19 février 2003, Pédre DIOP c/ Oumar SECK et BAG SARL, Répertoire OHADA 2000-2005, P. 402 ;

- Cass. Com. 9 juillet 2002, JCP. E. 2003, n° 627, P. 710, Obs. Coussain, Deboissy et Wicker ;
- TPI d'Abidjan-Plateau, Jugement n°94 du 12 avril 2001 (1^{re} espèce) et CA d'Abidjan, arrêt n°1176 du 24 août 2001, (2^e espèce), Koffi Victor BERGSON c/ Loteny Télécom, Répertoire OHADA 2000-2005, P. 416 ;
- TPI d'Abidjan, Jugement n°1245 du 21 janvier 2001, Michel Jacob et autres c/ Sté Scierie Bandama-Etablissement Jacob et autres, Répertoire OHADA 2000-2005, P. 402 ;
- TGI de Ouagadougou, formation correctionnelle, jugement n°860 du 10 janvier 2000, M.P et UAB c/ Yaméogo Jean Vivien Alfred, Répertoire OHADA 2000-2005, P. 409 ;
- Com.16-06-1992 « Une société fictive est une société nulle et non inexistante », Recueil Dalloz 1993 p.508 ;
- Civ. 1^{re} 19 déc. 1990, RTD civ. 1991, 325, obs. J. MESTRE ;
- CJCE, 13 nov. 1990, Marleasing, JCP.G. 1991, 21658, note Patrice LEVEL/ www.juriste-en-herbe.com ;
- Cass. Civ. 1^{re} 24 juin 1981, Dalloz 1982, 397, note Martine BOIZARD ;
- CA Montpellier, 7 janv. 1980, Rev. Société, 1980, P.738, note MOULY ;
- Civ. 1^{re}, 14 nov. 1979, D. 1980, IR, obs. J. GHESTIN; RTD civ. 1980, 763, obs. F.
- Cass. Com. 20 oct. 1976, Rev. Sociétés, 1977, P. 277, note J.G ;
- TGI Paris, 8 nov. 1973, Dalloz 1975, 401, note Marc PUECH ;
- Cass.com. 5 nov.1971, Dalloz 1972, note Jacques GHESTIN ;
- Civ. 5 mai 1902, S. 1905, 1, 41.

V. LEGISLATIONS

- AUSCGIE révisé de 2014 ;
- Code pratique OHADA éd. Francis Lefebvre 2014 ;
- Projet de texte portant droit général des obligations dans l'espace OHADA ;
- Code CIMA version 2017 ;
- Code général des impôts du Bénin version 2018, du Tchad version 2016 et du Togo version 2012 ;
- Code civil de 1958 applicable au Tchad, par l'Acte législatif n°1 portant constitution du 31 mars 1959 et par la Loi constitutionnelle n° 2/62 du 16 avril 1962;

- CEMAC- : Règlement n° 1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 (Règlementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles), www.droit-afrique.com ;
- Règlement n°2/2002/CM/UEMOA ;
- Règlement n°3/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 ;
- Loi n°38/PR/96 du 11 décembre 1996 portant code du travail au Tchad ;
Loi n°7/66 du 4 mars 1966 relative à la prévoyance sociale au Tchad ;
- Décret n°1144/PR/PM/MFPT/DTSS/07 du 28 décembre 2007 portant le relèvement de l'âge de la retraite à 60 ans ;
- Loi n°001/PR/2017 du 8 mai 2017 portant Code Pénal du Tchad ;
- Loi 98-22 du 26 mars 1998 portant Code Pénal du Sénégal ;
- Loi 2003/008 du 10 juillet 2003 portant Code Pénal du Cameroun.

Index alphabétique

A

abus de minorité, 135, 138.
accord, 52, 85, 102, 258, 265.
acte juridique, 3, 136, 152, 176, 223.
actes nuls, 13, 213.
action, 9, 16, 49, 93, 105, 116.
action en justice, 295.
actionnaires, 63, 72, 78, 111, 116.
administrateur, 101, 104, 347.
administrateur général, 73, 88, 105.
amiable, 139, 265.
annulation, 1, 93.
apport, 55.
apport en jouissance, 161.
apport en industrie, 57.
apport en nature, 55, 105.
apport en usufruit, 228.
assemblée constitutive, 129.
assemblée générale, 78, 115, 123, 193.
associé, 48, 58, 75, 87, 128.
autorisation préalable, 88, 93, 112.

B

bonne foi, 65, 74, 178, 265, 380.
bonne gouvernance, 94.

C

canonique, 21.
capacités, 143, 169.
capital social, 49, 50, 75.
cause, 161, 165.
clause interdite, 148, 152.
code d'Hammourabi, 49.
commissaire aux comptes, 59, 120, 123.
confidentialité, 267.
conseil d'administration, 68, 94, 101, 105.
consentement, 161, 169.
contrat, 49, 63.

conventions réglementées, 87, 94.
convocation, 104.
créanciers, 49, 50, 232, 234.
crédit commercial, 55.

D

directeur général, 68, 72, 100, 352.
dirigeant de fait, 344.
dirigeants sociaux, 65, 67, 72.
dirigeant occulte, 342.
droit commun, 214, 242, 304.

E

effet rétroactif, 272, 328.
efficacité, 139, 304.
égalité, 104, 134.
exception de nullité, 302, 301.
expertise de gestion, 195.

F

fictivité de sociétés, 176, 178.

G

gage des créanciers, 49, 50.
gérant, 63, 65, 72, 187.

I

illicéité, 19, 157, 303, 327.
immatriculation, 52, 53, 329.
immixtion, 46, 350.
incapacité, 169, 239, 262.
inexistence, 152, 161, 176 .
information, 79, 80, 81, 82.
inopposabilité, 90, 91.
intérêt à agir, 294.
intérêt général, 155, 162, 229.
intérêt protégé, 161, 165.
intérêt social, 67, 94, 215, 223

irrégularités, .104, 130

J

juge, 240, 317, 321.

L

législation, 72, 81.

liberté contractuelle, 126, 159.

M

mandataire social, 336, 344.

mauvaise foi, 70, 351.

N

non-rétroactivité, 328.

nullité, 5, 7, 91, 105, 329.

nullité absolue, 165, 294, 308.

nullité conventionnelle, 256, 258, 267.

nullité relative, 15, 93, 294.

nullité textuelle, 14, 173.

nullités facultatives, 308, 313.

nullités obligatoires, 313, 317, 321.

O

objet, 54, 111.

ordre public de direction, 52.

ordre public de protection, 127, 132, 159.

ordre public, 47, 48, 63.

P

parts sociales, 63, 68, 306.

patrimoine social, 112, 217.

pouvoir discrétionnaire, 308.

prérogatives d'associés, 128, 132, 189.

prescription, 302, 304.

prohibition, 61.

Q

qualité d'associé, 75, 87, 217.

qualité pour agir, 289.

R

recevabilité de l'action, 283, 305.

régularisation, 215, 217, 218, 321.

réputées non écrites, 190.

rétroactivité, 330.

S

salariés, 355, 362.

sanction, 1, 2, 47, 93.

sécurité, 64, 75, 82.

société en participation, 53, 321.

souscription, 49, 78, 116.

T

transformation, 138, 139.

U

unanimité, 63, 138, 139.

usufruit, 228.

utilité, 245, 380.

V

violation, 68, 115, 156.

vote, 50, 87, 94, 130, 133, 134.

Z

zone floue, 147, 181.

TABLE DES MATIERES

	Pages
Table des matières	
AVERTISSEMENT	ii
REMERCIEMENTS.....	iii
SOMMAIRE	viii
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PREMIÈRE PARTIE	26
LA NÉCESSITÉ INCONTESTÉE DES NULLITÉS EN DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES	26
TITRE I.....	29
L’UNANIMITÉ AUTOUR DU PRINCIPE DES NULLITÉS EN DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES	29
CHAPITRE I	32
DES NULLITÉS GARANTISSANT L’ASSAINISSEMENT DU CLIMAT DES AFFAIRES	32
SECTION I : LES NULLITÉS : UN MOYEN DE PROTECTION DE L’ORDRE PUBLIC DE DIRECTION EN DROIT DES SOCIÉTÉS.....	34
PARAGRAPHE I : L’ENCADREMENT DES NULLITES : UNE LIMITE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LES SOCIÉTÉS	35
A- L’encadrement de la liberté contractuelle dans la constitution.....	36
1-La limitation commune.....	36
a- L’obligation d’une souscription intégrale des parts ou actions	36
b- La relativité de l’exigence d’un capital social minimum.....	38
c- L’exigence de la licéité d’objet	40
d- L’obligation de faire un apport à la société.....	41
2- La limitation spécifique	42
a- La relativité du choix de la forme sociétaire	42
b- Le choix de type d’apport	43
c- L’interdiction d’apport en industrie dans les SA.....	44
B- L’encadrement de la liberté contractuelle dans le fonctionnement.....	45
1-La restriction des pouvoirs des associés	45

a -La nomination obligatoire du commissaire aux comptes	45
2- La limitation des pouvoirs des dirigeants	47
a- La relativité des conventions interdites.....	47
b- Le principe de la majorité dans la prise de décisions	48
PARAGRAPHE II : LES NULLITÉS : UN MOYEN DE RENFORCEMENT DES POUVOIRS DES DIRIGEANTS SOCIAUX	49
A- Le réconfort des pouvoirs dépendants de l'objet social.....	49
1-Le renforcement des pouvoirs favorable aux tiers.....	49
2-L'affermissement assurant la sécurité juridique	50
B- La consolidation des pouvoirs indépendants de l'objet social.....	51
1- La sanction équilibrant les pouvoirs des organes	51
2- L'absence de limitation d'âge pour les dirigeants	55
SECTION II : LES NULLITÉS : UN MOYEN DE PRÉSERVATION DE L'ORDRE PUBLIC DE PROTECTION.	56
PARAGRAPHE I : LA PROTECTION DIRECTE DES ÉPARGNANTS.....	56
A-La protection des épargnants par la limitation d'appel public à l'épargne	57
1- L'interdiction aux sociétés non autorisées de faire appel public à l'épargne.....	57
a- Une interdiction fondée	57
b- Une interdiction contournable.....	58
2- L'interdiction aux titres des sociétés non autorisée de céder par appel public à l'épargne	59
B- La protection par la transparence dans les opérations d'émission d'obligations	59
1- L'exigence d'obligation spéciale d'information	61
a- L'obligation justifiée par l'inadéquation des principes du droit civil.....	61
b- L'obligation d'information dépassant le cadre contractuel.....	62
2- L'exigence d'information permanente aux tiers	62
PARAGRAPHE II : LA REDUCTION DES RISQUES DE CONFLIT D'INTÉRÊTS.....	65
A- La nécessité d'autorisation préalable du conseil d'administration des conventions réglementées.....	65
1- La sanction protégeant le patrimoine de la société	67
2- La sanction controversée des garanties sans délégation de pouvoirs.....	68
a- Le choix implicite d'inopposabilité.....	68

b- Le choix express pour la nullité.....	68
c- Le manque de cohérence dans le régime d'autorisation des garanties	70
B- L'exigence d'approbation préalable des rémunérations des dirigeants sociaux.....	71
CHAPITRE II.....	74
DES NULLITÉS ASSAINISSANT LES RELATIONS DANS LA SOCIÉTÉ	74
SECTION I : LA GARANTIE DU RESPECT DE RÉPARTITION DES COMPÉTENCES DANS LA SOCIÉTÉ.....	75
PARAGRAPHE I : LE RAFFERMISSEMENT DES POUVOIRS DU CONSEIL D'ADMINISTRATION	76
A- Le renforcement des pouvoirs individuels du Président du Conseil d'Administration ..	77
1- La compétence exclusive au conseil d'administration pour la désignation du PCA	77
2- La compétence relative du CA pour la détermination de rémunération du PCA	78
B- La préservation des pouvoirs collégiaux des administrateurs	79
1- La sanction de l'irrégularité de convocation du conseil	80
2- La sanction de certains actes susceptibles d'abus de pouvoirs dans la délibération.	82
PARAGRAPHE II : LA GARANTIE DES POUVOIRS DES ASSEMBLÉES.....	85
A-La consolidation des pouvoirs des actionnaires.	85
1- La protection des pouvoirs d'actionnaires	86
a- La préservation des compétences relatives aux conventions règlementées	86
b- Le réconfort des autres pouvoirs d'actionnaires	88
2- Le renforcement de pouvoir par la sauvegarde des droits d'actionnaires	89
a- La sauvegarde des droits des anciens actionnaires	89
b- La limitation de mandat, un moyen de dynamisme de gestion.....	90
B- Les nullités : un moyen de protection du système de contrôle externe de la société	91
1- La nullité des actes de la vie sociale pour défaut d'avis du commissaire aux comptes	91
2- L'exigence du rapport spécial du commissaire aux comptes pour les conventions règlementées.....	94
SECTION II : LA SAUVEGARDE DES DROITS D'ASSOCIÉS.....	97
PARAGRAPHE I : DANS LA PRISE DES DÉCISIONS ORDINAIRES	98
A- L'amélioration du droit à l'information	98
1- La nullité de l'irrégularité de la convocation de l'assemblée constitutive	99
2- La nullité des délibérations violant les droits à l'information d'associés	99

B- La garantie du droit de vote par la nullité	100
1- La nullité de toute atteinte au droit de vote.....	101
2- La sanction d'expression abusive du droit de vote	102
PARAGRAPHE II : DANS LA PRISE DES DÉCISIONS EXTRAORDINAIRES.....	104
A-La nullité des actes pour non-respect du principe d'unanimité.	105
1- La nullité d'engagement augmenté sans unanimité du consentement d'associés	105
2- Une nullité surmontable	106
B- La nullité pour non-respect de quorum exigé.....	106
TITRE II	111
DES DEFINITIONS DIVERGENTES DES CAUSES DE NULLITÉS	111
CHAPITRE I	115
LA LIMITATION LACUNAIRE DES CAUSES DES NULLITÉS	115
SECTION I : LA SURVIE D'UNE ZONE FLOUE DES CAUSES DE NULLITÉS	116
PARAGRAPHE I : L'ANALYSE CONTROVERSÉE DU RÉGIME DES CLAUSES INTERDITES	116
A. L'assujettissement ou le rapprochement des actes interdits au régime de la nullité	117
B. L'assimilation possible de l'acte interdit à une cause d'inexistence de l'acte juridique	119
PARAGRAPHE II : L'ANALYSE CONTROVERSÉE DE LA SANCTION PÉNALE SANS NULLITÉ EXPRESSE	122
A- L'admission de la nullité de l'acte en renforcement de la sanction pénale.....	123
B -Le refus ou la difficulté de la nullité de l'acte pénalement sanctionnée en l'absence de disposition légale expresse	125
SECTION II : LA DIFFICULTÉ D'APPRÉHENSION DE CERTAINES CAUSES DE NULLITÉS.....	128
PARAGRAPHE I : LES CAUSES DE NULLITÉS RELATIVEMENT INCERTAINES	128
A- L'inadaptation de la théorie moderne.....	128
1- L'inadéquation au critère de l'intérêt protégé en cas d'absence de consentement	129
2- La non-conformité du critère de l'intérêt protégé en cas d'absence de cause	134
B- L'adéquation avec le droit des contrats	137
1- Risque de contradiction textuelle ou une exception de certaines causes de nullité des sociétés à risque limité.....	138

2- L'incidence des clauses indivisibles sur la nullité des actes juridiques.....	140
PARAGRAPHE II : LA FICTIVITÉ DE LA SOCIÉTÉ, UNE CAUSE NULLITÉ OU DE L'INEXISTENCE	144
A- La fictivité de la société, cause de l'inexistence de l'acte constitutif.....	144
B- La fictivité de la société, cause de la nullité.....	145
CHAPITRE II.....	150
UNE CLARIFICATION INSUFFISANTE DES CAUSES DES NULLITÉS.....	150
SECTION I : LES CAUSES DES NULLITÉS INHÉRENTES AUX DROITS POLITIQUES DE CERTAINS ASSOCIÉS NON-PREVUES EXPRESSÉMENT	153
PARAGRAPHE I : L'EXCLUSION DE LA PARTICIPATION À LA NOMINATION OU RÉMUNÉRATION DU DIRIGEANT	153
A-Le refus à la participation de décision nommant le gérant	154
B -L'exclusion de la décision inhérente à la rémunération du dirigeant	155
PARAGRAPHE II : LA MÉCONNAISSANCE DE LA PRÉROGATIVE D'ASSOCIÉ EN INDUSTRIE RELATIVE AU QUORUM DÉLIBÉRATIF	156
A -L'inacceptation à la décision relative à la modification des statuts	157
B –La non-admission à la décision relative à l'AG en période de la liquidation.....	157
SECTION II : LES CAUSES DE NULLITÉS RELATIVES AUX DROITS À L'INFORMATION DE CERTAINS ASSOCIÉS NON-CONSACRÉES.....	158
PARAGRAPHE I : LA PRIVATION D'UN DROIT DE CONTRÔLE.....	158
A- Le rejet à l'initiative de la tenue d'une AGO	159
B- L'exclusion à l'expertise de gestion	160
PARAGRAPHE II : L'ATTEINTE AU DROIT À L'INFORMATION	162
A- La privation d'un droit reconnu	163
B-Le refus d'un droit garanti.....	164
DEUXIÈME PARTIE	171
L'EFFICACITÉ RELATIVE DES NULLITÉS EN DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES	171
TITRE I.....	174
LA PRIMAUTÉ DE LA PROTECTION DES INTÉRÊTS ÉCONOMIQUES.....	174
CHAPITRE I	176
L'ÉVITEMENT DES NULLITÉS PAR LA RÉGULARISATION.....	176

SECTION I : LA RÉGULARISATION, MOYEN DE SAUVETAGE DE LA SOCIÉTÉ	178
PARAGRAPHE I : LA GARANTIE DES INTÉRÊTS DIRECTS	178
A- La protection des intérêts de la société	179
1-La préservation du patrimoine social par la régularisation	180
2-Les intérêts de la personne morale protégés par la régularisation	181
B- La préservation des intérêts des associés	183
1-L'évitement de la responsabilité indéfinie des associés	183
2-La préservation des intérêts communs des associés	184
PARAGRAPHE II : LA PRÉSERVATION DES INTÉRÊTS DES TIERS	187
A- La régularisation, une source des recettes indiscutable pour l'administration fiscale.	187
B- la sauvegarde des intérêts des autres tiers	191
1- La stabilité de l'emploi	191
2- La protection des autres créanciers	193
SECTION II : LA RÉGULARISATION DES CAUSES DE NULLITÉ, UNE LIBERTÉ RELATIVEMENT COMPROMISE	195
PARAGRAPHE I : L'OBLIGATION DE RESPECT DU DELAI D'ATTENTE PAR LE JUGE	196
A- La fixation d'office du délai de régularisation : une suspension du pouvoir d'appréciation du juge	196
B- La possibilité de prorogation du délai légal : une liberté discutable	197
PARAGRAPHE II : L'IMPOSITION DU RÉGIME DES SOCIÉTÉS EN NOM COLLECTIF À DÉFAUT DE RÉGULARISATION DU VICE DE FORMATION	199
A- Une absence de la liberté du choix du régime fiscal en fonction de la forme sociétaire	199
B- Une atteinte à la liberté du choix de l'étendue de la responsabilité des associés	202
CHAPITRE II	205
L'OUBLI DES POSSIBILITÉS DE REAMÉNAGEMENT DU CONTENTIEUX DES NULLITÉS	205
SECTION 1 : LA CONSÉCRATION IMPLICITE DU TRAITEMENT CONVENTIONNEL DES NULLITÉS DANS L'AUSCGIE	207
PARAGRAPHE 1 : LA NÉCESSITÉ À LA COHÉRENCE	207
A- La cohérence avec les normes internationales	208
B- La cohérence à la justice privée	209

1-la consécration de l'action interrogatoire souhaitable.....	212
a- Une réalité expresse en droit français	213
b- Une consécration implicite dans l'espace OHADA.....	214
PARAGRAPHE II : LA CONSÉCRATION D'UNE OPTION AVANTAGEUSE	215
A- L'option d'une sanction économiquement moins coûteuse.....	216
B- Le renforcement de la confidentialité.....	218
SECTION II : L'ABSENCE DE REAMÉNAGEMENT FLEXIBLE DE LA SANCTION	221
PARAGRAPHE 1 : LA NON-CONSÉCRATION D'UNE OPTION EN FAVEUR DE LA SANCTION PÉCUNIAIRE	221
A- La sanction frappant directement l'auteur de l'acte.....	222
B- La sanction pécuniaire, un palliatif à la nullité	223
PARAGRAPHE II : LA CONSÉCRATION D'UNE OPTION INTÉRESSANTE.....	225
A- La préservation de la continuité de l'activité économique	225
B- La nécessité du respect du contexte ou de la vision du législateur	226
TITRE II	230
LA FRAGILITÉ DE LA SANCTION DES NULLITÉS.....	230
CHAPITRE I	232
LA COMPLEXITÉ DE L'ACTION EN NULLITÉ	232
SECTION I : LA COMPLEXITÉ DE L'ACTION EN NULLITÉ EN DROIT DES SOCIÉTÉS INHÉRENTE AUX REGLES PROCESSUELLES.....	233
PARAGRAPHE I : -LE PARTICULARISME DE LA RECEVABILITÉ DE L'ACTION EN NULLITÉ EN DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES	234
A- La relativité de l'exigence de la qualité à agir	234
1-La qualité à agir, une exigence souple.....	235
2-Le refus de la qualité à agir en nullité à l'ayant cause à titre particulier.	236
B- L'intérêt à agir, une condition relative.....	237
1-La flexibilité de justification d'un intérêt personnel de l'action en nullité.....	238
a- L'ignorance de l'intérêt à agir en cas de nullité relative	239
b- L'intérêt à agir exigée pour les nullités absolues	239
2-La difficulté d'action en nullité des actes et délibérations par la société	240
a-La difficulté d'être à la fois demanderesse et défenderesse	241

b-La difficulté d'appréciation de l'intérêt personnel d'une personne morale	241
PARAGRAPHE II : L'INEFFICACITÉ DE LA PRESCRIPTION DE L'ACTION,	243
A- L'anéantissement de la prescription pour illicéité d'objet ou pour fraude	244
1-L'anéantissement de la prescription abrégée en cas illicéité d'objet social.....	244
2-L'anéantissement possible de la prescription en cas de fraude	246
B -La prescription abrégée neutralisée par le droit commun	247
1-La prescription neutralisée par l'exception de nullité.....	247
a -L'admission de l'exception de nullité.....	248
b- L'admission d'exception de nullité sous condition	249
2 -La suspension légale de la prescription à l'égard des époux.....	251
SECTION II : LA COMPLEXITÉ LIÉE AUX REGLES DE DROIT COMMUN	253
PARAGRAPHE I : LES DIFFICULTÉS INHÉRENTES AU PRONONCÉ DES NULLITÉS.....	253
A-La difficulté d'appréhension des nullités facultatives au regard du critère de l'intérêt protégé	253
1- Le domaine des nullités facultatives justifié par l'intérêt privé	254
2- Le domaine des nullités facultatives reposant sur les intérêts mixtes	257
B -La restriction des pouvoirs souverain du juge.....	260
1-La privation du pouvoir souverain d'appréciation du juge.....	260
2 -Le pouvoir résiduel de constat de nullités obligatoires.....	262
PARAGRAPHE II : L'ADMISSION RELATIVE DES EFFETS EXCEPTIONNELS DE LA NULLITÉ EN DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES	264
A- La relativité de l'étendue de la non-rétroactivité de nullité	265
1- L'étendue générale.....	265
2- L'étendue discutable de la non-rétroactivité généralisée	266
B -L'admission de la rétroactivité en l'absence d'exploitation d'activité avant l'immatriculation.....	267
CHAPITRE II.....	272
L'IMPUTATION RELATIVE DE LA RESPONSABILITÉ POUR CAUSE DE NULLITÉ.	272
SECTION I : LES DIFFICULTÉS D'IMPUTATION LIÉES AU PARTICULARISME INHÉRENT À LA NOTION DE DIRIGEANT	275

PARAGRAPHE I : LES DIFFICULTÉS D'IMPUTATION AU DIRIGEANT DE FAIT.	277
A-La sanction possible du dirigeant de fait ostensible.....	277
B- La difficulté de sanction du dirigeant occulte.....	278
PARAGRAPHE II : LES DIFFICULTÉS D'IMPUTATION DE LA RESPONSABILITÉ À CERTAINS DIRIGEANTS DE DROIT.	279
A- L'impossibilité d'imputabilité aux administrateurs individuellement	280
B- L'incertitude de la responsabilité du PCA en tant que dirigeant au sens strict.....	282
SECTION II : L'IMPUTATION DE LA RESPONSABILITÉ RELATIVEMENT DISCUTABLE DU FAIT DE LA QUALITÉ DE L'AUTEUR DE L'ACTE.	284
PARAGRAPHE I : LE PARTICULARISME INHÉRENT À LA QUALITÉ DE DIRIGEANT.....	284
A-L'INCERTITUDE RELATIVE AUX DIRIGEANTS EN EXERCICE	284
1- L'imputabilité douteuse de la responsabilité à certains dirigeants délégataires.....	284
2- L'imputation non évidente de la responsabilité au dirigeant salarié	289
B-La difficulté d'imputabilité aux dirigeants retirés.	290
1- La difficulté de la responsabilité du dirigeant retiré par anticipation.....	290
2- L'imputation discutable aux dirigeants décédés	293
PARAGRAPHE II : L'EXTENSION DE LA RESPONSABILITÉ AU NOTAIRE	296
A- La responsabilité fondée sur le manquement aux obligations précontractuelles d'informations	296
1-L' information portant sur l'objet des obligations nées du contrat.	297
2-L'information utile pour le cocontractant	299
B-L'imputation de la responsabilité fondée sur le manquement aux obligations de conseil	301
CONCLUSION GÉNÉRALE	307
BIBLIOGRAPHIE	311
I. OUVRAGES.....	312
A- GÉNÉRAUX	312
B- SPÉCIAUX	316
II. ARTICLES	317
III. THÈSES ET MÉMOIRES	348
IV. JURISPRUDENCE	350

V. LEGISLATIONS.....352
Index alphabétique.....354
TABLE DES MATIERES356

RAMARDE Nedoumbaïel

Titre de la thèse : Les nullités en droit des sociétés commerciales

Date et lieu de soutenance : le samedi 18 juillet 2020, à la salle de l'école doctorale

Jury : Président : Ndiaw **DIOUF**, Officier de l'Ordre International des palmes Académiques du CAMES, Professeur titulaire de classe exceptionnelle, Doyen honoraire de FSJP-UCAD, Vice-Président du Conseil Constitutionnel du Sénégal.

Membres : Cheikh Abdou Wakahb **NDIAYE**, Agrégé des facultés de droit, **UCAD**
Patrice Samuel Aristide **BADJI**, Agrégé des facultés de droit, **UCAD**
Jean-Louis **CORREA**, Agrégé des facultés de droit, **UASZ**

Examineur : Moussa **GUEYE**, Agrégé des facultés de droit, **UCAD**

Co-directeurs : Mayatta Ndiaye MBAYE <i>Agrégé des facultés de Droit</i> Université Cheikh Anta Diop SÉNÉGAL	Akuété Pédro SANTOS <i>Agrégé des facultés de Droit</i> Université de Lomé TOGO
---	---

Résumé

Les nullités sont des sanctions des irrégularités de forme ou de fond, des actes juridiques. Ces sanctions ont essentiellement pour fonctions la prévention, la garantie de l'ordre public de direction et de protection. Elles participent à l'effectivité et à l'efficacité de la règle de droit. Le législateur OHADA, dans le souci d'assainir le climat des affaires et les relations contractuelles, privilégie les nullités textuelles dans l'AUSCGIE. La nullité de la société est strictement textuelle et celle des actes ou délibération est mixte, c'est-à-dire textuelle et virtuelle. Cependant, il faut noter que dans l'analyse des causes de nullités, il apparaît une certaine incohérence. Certains actes interdits, la fictivité de la société, sont tantôt sanctionnés par la nullité, tantôt par l'inexistence. Le non-respect de certaines autorisations préalables est, d'une part, sanctionné par l'inopposabilité, d'autre part, par la nullité. La violation des règles pénales n'est pas expressément sanctionnée par la nullité et la jurisprudence sanctionne tantôt par la nullité virtuelle, tantôt refuse de sanctionner par la nullité virtuelle alors qu'il s'agit de la violation d'une règle impérative. Il résulte de cette analyse une difficulté à une sanction dynamique dû à l'esprit d'impérativité de l'article 2 et du système de nullité textuelle.

Dans l'analyse de la mise en œuvre des nullités, la primauté de la protection des intérêts économique au travers le mécanisme de la régularisation d'office, fragilise cette sanction. Le législateur admet la nullité judiciaire qu'à titre exceptionnelle. Mais le contentieux conventionnel de la nullité n'est qu'implicitement admis. La subdivision nullité facultative et obligatoire n'est pas cohérente au critère de l'intérêt protégé.

Il en résulte une absence du régime uniforme. La régularisation, les effets non rétroactif de nullité, les brèves prescriptions et l'inopposabilité de nullité aux tiers sont suffisants pour se passer du principe *pas de nullité sans texte* en droit des sociétés commerciales.

Mots clés : Nullités, inexistence, sociétés commerciales, ordre public, liberté contractuelle, régularisation, pouvoir du juge, responsabilité des dirigeants.