

L'admission des conventions extra-statutaires dans le droit de l'OHADA

The admission of extra-statutory conventions in OHADA law

Cheikh SENE, (Docteur en Droit privé et Sciences criminelles)

Laboratoire Interdisciplinaire en Sciences sociales (LIRSS)

UFR Economie, Management et Ingénierie juridique

Université Alioune DIOP de Bambey, Sénégal

Adresse de correspondance :	Université Alioune DIOP de Bambey Adresse : Bambey, BP 30, Diourbel, Sénégal rectorat@uadb.edu.sn Tél : + 221 33 973 30 86 Fax : + 22133 973 30 93
Déclaration de divulgation :	Les auteurs n'ont pas connaissance de quelconque financement qui pourrait affecter l'objectivité de cette étude et ils sont responsables de tout plagiat dans cet article.
Conflit d'intérêts :	Les auteurs ne signalent aucun conflit d'intérêts.
Citer cet article	SENE, C. (2024). L'admission des conventions extra-statutaires dans le droit de l'OHADA. <i>International Journal of Accounting, Finance, Auditing, Management and Economics</i> , 5(6), 173-189. https://doi.org/10.5281/zenodo.11535228
Licence	Cet article est publié en open Access sous licence CC BY-NC-ND

Received: April 20, 2024

Accepted: June 08, 2024

International Journal of Accounting, Finance, Auditing, Management and Economics - IJAFAME

ISSN: 2658-8455

Volume 5, Issue 6 (2024)

L'admission des conventions extra-statutaires dans le droit de l'OHADA

Résumé

L'acte uniforme révisé portant droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique n'a pas créé les conventions extra-statutaires. Celles-ci existent bien avant son adoption. Le législateur OHADA, en voulant privilégier la sécurité des rapports conventionnels et la promotion des investissements sur le territoire africain, a procédé à la modification de son acte uniforme de 1997 en adoptant les conventions extra-statutaires. Toutefois, devant l'épineuse question du nécessaire respect du principe de la liberté contractuelle et de l'articulation entre les accords extra-statutaires, les dispositions de l'acte uniforme et les statuts, il s'est finalement esquivé. Ainsi, il a tenté d'épouser subtilement les conventions extra-statutaires à travers l'article 2-1 de son acte uniforme révisé sur les sociétés commerciales entré en vigueur le 30 janvier 2014. À travers sa démarche, il semble vouloir de façon incertaine rectifier une erreur de départ ou du moins combler un vide juridique présent dans son acte uniforme ancien. Il consacre désormais la suprématie des dispositions légales de l'acte uniforme et des statuts sur les accords extra-statutaires et fixe les exigences légales qui s'imposent aux actionnaires pour la validité de leurs conventions. La revue de littérature théorique et empirique a permis de constater que malgré les modifications apportées à l'article 2 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales, le législateur OHADA n'a pas réussi à lever le doute sur la détermination du droit applicable aux conventions extra-statutaires, celles-ci restent encore régies, dans une large mesure, par des dispositions relevant du droit des contrats. Néanmoins, la réforme n'est pas sans intérêt dans l'environnement sénégalais des affaires, elle vient renforcer le dispositif déjà présent de sécurisation des affaires et de promotion des investissements.

Mots clés : Conventions ; statuts ; associés ; liberté contractuelle ; actionnaires.

Classification JEL : K00, K2, K22

Type du papier : Article théorique

Abstract

The revised uniform act governing the rights of commercial companies and economic interest groups did not create extra-statutory conventions. These existed well before its adoption. The OHADA legislator, wanting to prioritize the security of conventional relationships and the promotion of investments on African territory, proceeded to modify its uniform act of 1997 by adopting extra-statutory conventions. However, faced with the thorny question of the necessary respect for the principle of contractual freedom and the articulation between extra-statutory agreements, the provisions of the uniform act and the statutes, he finally ducked. Thus, he attempted to subtly embrace extra-statutory conventions through article 2-1 of his revised uniform act on commercial companies which came into force on January 30, 2014. Through his approach, he seems to want in an uncertain manner rectify an initial error or at least fill a legal void present in its old uniform act. It now establishes the supremacy of the legal provisions of the uniform act and the statutes over extra-statutory agreements and sets the legal requirements imposed on shareholders for the validity of their agreements. The review of theoretical and empirical literature made to article 2 of the uniform act on commercial companies, the OHADA legislator has not succeeded in removing the doubt on the determination of the law applicable to extra-statutory agreements, these still remain governed, to a large extent, by provisions relating to contract law. However, the reform is not without interest in the Senegalese business environment, it strengthens the already existing system for securing business and promoting investments.

Keywords : Conventions ; statutes ; associates ; freedom of contract ; shareholders

JEL Classification : K00, K2, K22

Paper type : Theoretical article

Introduction

L'adoption du nouvel acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique le 30 janvier 2014 a provoqué un profond bouleversement en droit OHADA. Cette réforme historique s'inscrit dans une dynamique d'amélioration de l'environnement du droit des affaires dans l'espace OHADA avec l'objectif principal d'actualiser et de moderniser le droit des sociétés commerciales. Conscient que la mondialisation a fait naître de nouvelles réalités économiques, le législateur OHADA a vite compris que la modernisation des instruments juridiques est devenue une nécessité impérieuse pour maintenir l'organisation dans le nouveau contexte économique mondial. Ainsi, rester figé sur les principes de départ peut ralentir les investissements sur le territoire africain. Ce faisant, élargir le champ d'action des associés demeure une alternative permettant de contourner la rigidité des normes juridiques en vue d'assurer une meilleure ouverture de l'environnement des affaires vers le monde extérieur. Dans ce contexte, la révision de l'acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales a été un enjeu déterminant pour le développement de l'entrepreneuriat en Afrique subsaharienne.

Le choix du Sénégal comme cadre de l'étude est justifié par le désir d'édifier les entrepreneurs sur les dispositions de l'article 2-1 nouveau de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales d'une part et de les imprégner sur les rapports qui existent entre ces dispositions, les statuts et les conventions extra-statutaires d'autre part. Cette étude s'inscrit dans un contexte de normalisation de l'environnement des affaires au Sénégal. En effet, depuis 2012 notre pays s'est lancé dans une politique de promotion du secteur privé. L'objectif de l'État consiste à faire du secteur privé le pilier de sa stratégie de développement pour atteindre les taux de croissance requis pour une émergence économique. De plus, État parti de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), le Sénégal n'est pas en reste dans l'exécution de la politique du législateur OHADA qui tend aujourd'hui vers l'assouplissement des textes en vigueur pour une meilleure attractivité des investissements. La modification de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales apporte aux hommes d'affaires sénégalais un souffle nouveau avec notamment l'introduction de la société par actions simplifiée. De surcroît, avec cette réforme, le législateur OHADA manifeste sa volonté de sécuriser l'activité des hommes d'affaires par l'aménagement de règles permettant de les sortir du flou juridique engendré par les accords extra-statutaires (Mousseron P. 2010). Ainsi, l'acte uniforme nouveau introduit des innovations majeures qui concernent entre autres la consécration des conventions extra-statutaires. Avant cette modification, seule la référence au droit commun des contrats permettait de défendre la validité des conventions extra-statutaires. À ce titre, l'absence de leur reconnaissance en droit des sociétés privait toutefois de sécurité, le recours à cet instrument, combien important d'organisation des relations entre actionnaires. L'acte uniforme révisé adopte désormais ces conventions et fixe leurs limites par rapport aux statuts et à la législation sur les sociétés commerciales. Ainsi, conscient que les statuts dans certaines situations s'avèrent insuffisants à régir les relations entre actionnaires, le législateur OHADA prend désormais l'initiative d'entériner la réglementation des conventions extra-statutaires qui, jusque-là, régnaient dans un environnement juridique obscur.

Ces conventions trouvent leur fondement dans l'article 1134 du code civil qui consacre le principe de l'autonomie de la volonté. Elles ont pour objet l'aménagement des structures internes ou externes de la société et leur localisation, et sont contenues dans un document distinct des statuts. Les conventions extra-statutaires, comme l'indique leur appellation, ont une nature hybride, à la fois contractuelle et sociétaire. Ainsi, leur insertion dans un document distinct des statuts les rattache au droit des obligations. Cependant, leur objet visant l'aménagement des structures internes ou externes de la société les intègre dans le droit des sociétés.

Relativement à leur domaine d'application, les conventions extra-statutaires concernent uniquement les sociétés dotées de la personnalité juridique. Cette règle dégage deux principes fondamentaux, tout d'abord, la définition des statuts comme l'ensemble des dispositions constitutives de la société-personne morale exclut promptement l'idée même de convention extra-statutaire pour les sociétés qui ne disposent pas de personnalité juridique. Ensuite, l'intérêt de recourir à ces accords s'intensifie au fur et à mesure que s'effrite le caractère contractuel de la société et que se développent les règles de fond et de forme applicables. C'est dire donc que les conventions extra-statutaires intéressent surtout les sociétés par actions (Léger-Jarniou C., Georges K. 2020). Tout naturellement, dans les sociétés dépourvues de personnalité juridique, les associés peuvent aussi procéder à l'aménagement de leurs droits, leurs obligations ou leurs relations par des conventions. Néanmoins, ces accords ne constituent pas au sens juridique du terme des conventions extra-statutaires, encore moins de conventions *sui generis* eu égard au contrat de société, lorsque tous les associés y sont parties (Velardocchio-Flores D. 1994). Les conventions extra-statutaires se distinguent des statuts en ce sens qu'elles n'engagent que ceux qui les ont signés. À ce titre, de nature contractuelle, elles restent soumises au principe de l'effet relatif des conventions.

Dans tous les cas, la légitimité de ces conventions repose sur un principe solide, celui de la liberté contractuelle qui tire son fondement à l'article 1134 du code civil selon lequel : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». À travers ce texte, les parties disposent de la prérogative d'user de la liberté contractuelle tout en restant soumises au respect de l'ordre public sociétaire (Buchberger M. 2015). Ainsi, avisé de l'existence d'un vide juridique en la matière, le législateur OHADA prévoit dans l'article 2-1 de l'acte uniforme révisé sur les sociétés commerciales que les conventions extra-statutaires pourront servir notamment à organiser les relations entre associés, la composition des organes sociaux, la conduite des affaires de la société, l'accès au capital social ou encore la transmission des titres sociaux. Toutefois, en adoptant ces conventions, le législateur OHADA exige qu'elles soient soumises aux dispositions de l'acte uniforme et des statuts auxquelles aucune dérogation n'est permise. Le législateur tente enfin de lever le doute qui jusque-là régnait sur le régime juridique de ces conventions, source d'insécurité juridique dans le milieu des affaires. De plus, ces conventions, en pratique, longtemps connue par les entrepreneurs africains, ont pour vocation à assurer la stabilité de l'actionnariat ou à organiser le pouvoir entre des actionnaires aux intérêts généralement opposés. Ce sont les vecteurs de la conquête ou de la stabilisation du contrôle des sociétés dont les actions s'échangent sur les marchés et ont ainsi vocation à être largement diffusées dans le public (Dexant de Biliencourt O. 2012). Néanmoins, si l'utilité pratique des conventions extra-statutaires n'est plus à démontrer, celles-ci planent encore dans une réelle obscurité, elles sont en effet confrontées à l'absence d'un régime juridique clair et précis consacré à leur formation et à leur exécution.

Étymologiquement, la notion de convention elle-même est à la fois une notion transversale. Sur le plan économique, elle est plus générale que celle de marché. Cependant, au-delà de ses rapports avec l'économie, l'approche contractuelle constitue également une passerelle pour des importations nécessaires au développement de l'analyse économique. Elle présente aussi un certain nombre de rapports avec les sciences de gestion, celles-ci mettent en évidence que les agents économiques jouent concrètement sur des complémentarités entre contrats et mécanismes défectueux d'incitation pour résoudre des problèmes de coordination. L'instauration d'une approche innovante des contrats utile à la vie des affaires s'impose (Frédéric BUY 2023).

Le droit des sociétés est en effet marqué par un phénomène de contractualisation, lequel témoigne du foisonnement de l'aménagement des rapports entre associés, qu'il concerne les modalités de direction de la société ou l'exercice de leurs attributs et obligations (Le Noach G., 2020).

La révision de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales atteste que le législateur OHADA reste favorable au mouvement de contractualisation du droit des sociétés commerciales. Ainsi, s'est-il lancé dans une perspective d'allègement des règles d'organisation des sociétés commerciales dont le caractère rigoureux constitue un frein à l'investissement. L'objectif étant donc d'assurer l'attractivité du droit OHADA par l'aménagement de normes souples garantissant à ces derniers un investissement sécurisé (Bordet E., Gabiano M. 2014). Malgré cet effort d'actualisation des normes juridiques, le législateur OHADA n'est pas allé au bout de sa logique, sa réforme de 2014 paraît incomplète. Cette limitation semble résulter d'un choix délibéré, en ce sens que les dispositions de l'article 2-1 nouveau de l'acte uniforme révisé sont soumises à l'autoritarisme législatif. Ce texte soumet, en effet, toutes les dérogations à l'acte uniforme à l'approbation de celui-ci, se gardant de se référer expressément à l'exception de l'ordre public.

La question principale que cette étude se pose est la suivante : En adoptant les conventions extra-statutaires, le législateur OHADA a-t-il réussi à conférer à celles-ci un régime juridique approprié ?

Notre réponse à cette problématique repose sur le postulat suivant : aux yeux de la politique du législateur OHADA, la consécration des conventions extra-statutaires semble résulter plus d'une réelle volonté d'encadrement juridique que d'une simple reconnaissance effective. Autrement dit, l'admission des conventions extra-statutaires dans l'acte uniforme révisé sur les sociétés commerciales relève plutôt d'un interventionnisme dissimulé. C'est dire donc que cette révision s'inscrit dans un contexte où les recherches sur le droit des sociétés s'orientent vers la mise en place d'instruments juridiques flexibles permettant aux hommes d'affaires d'avoir plus de confiance à investir en Afrique. Ainsi, l'intégration de ces conventions dans la réforme de 2014 relève d'une volonté manifeste de sécuriser les accords extra-statutaires.

Notre texte s'inscrit dans la sphère des réflexions qui s'orientent vers la nécessité d'utiliser le droit comme un instrument au service du développement économique à travers un allègement des dispositions juridiques applicables.

Cette recherche nous a permis de prendre contact avec une revue de littérature abondante comportant diverses études déjà consacrées au thème de recherche. Il s'agit de travaux publiés au plan international dans des revues à comité de lecture comme la Revue de jurisprudence commerciale, la Revue des sociétés entre autres, à travers lesquelles les principales caractéristiques, l'examen des objectifs poursuivis ainsi que l'analyse de la validité inhérente des conventions extra-statutaires ont été abordés. Nous avons d'ailleurs visité les travaux de Dominique VELARDOCCIO-FLORES, « Les accords extrastatutaires entre associés », publiés aux Presses universitaires d'Aix-Marseille en 1993, de Jean Pierre STORCK, « La validité des conventions extra-statutaires » publiés aux éditions Dalloz en 1989, d'André Desmonds EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », publiés à la revue Penant 2015, entre autres.

L'objectif n'est pas de reprendre ici ces recherches et encore moins de discuter les problèmes particuliers abordés par tel ou tel accord extra-statutaire.

Notre étude se propose plutôt de s'interroger sur l'intérêt suscité par le législateur OHADA dans la consécration des conventions extra-statutaires à travers la réforme de 2014 et les enjeux de celle-ci dans la pratique des affaires.

Nous avons effectué une sélection discriminante des travaux consultés en mettant en avant les critères suivants : d'abord, être publié dans la période comprise entre 1966 et 2024, ensuite, avoir le même centre d'intérêt que notre thème d'étude enfin être publié à l'échelle internationale dans une revue à comité de lecture.

La méthodologie de recherche utilisée consiste à associer la recherche manuelle à l'exploration des supports électroniques, cette technique a facilité l'identification rapide des documents liés aux mots clés de notre étude.

Notre bibliographie a été enrichie grâce à l'analyse succincte des références citées dans les articles que nous avons eu l'occasion d'exploiter. Cette méthode nous a enfin permis de classer les numéros des revues qui ont récemment publié sur des thèmes en rapport avec notre sujet.

Cette technique de recherche a favorisé l'extension de notre champ de réflexion en nous permettant d'identifier d'autres écrits qui n'ont pas été découverts à travers l'utilisation des outils électroniques. Cependant, sans pour autant prétendre présenter un travail exhaustif, nous espérons que notre revue de littérature réunit un contingent d'articles significatifs publiés au plan international, mais aussi de nombreuses dispositions à caractère législatif ainsi qu'une jurisprudence abondante permettant de mieux cerner les contours de notre sujet.

Notre thème de recherche présente un double intérêt : tout d'abord, l'étude permet aux hommes d'affaires, aux chercheurs, aux étudiants, aux professionnels du droit, en somme à toute la communauté, d'appréhender les enjeux particuliers de la réforme de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et plus spécialement dans le domaine des conventions extra-statutaires, de comprendre les articulations entre les statuts, les dispositions de l'acte uniforme et les accords extra-statutaires. Ensuite, l'étude permet de découvrir l'intérêt suscité par le législateur OHADA dans la sécurisation des relations d'affaires à travers le réaménagement des normes conventionnelles.

Afin de répondre à la problématique posée, il serait intéressant de démontrer en premier lieu que l'article 2-1 de l'acte uniforme nouveau donne l'apparence d'une belle consécration (1), puis en second lieu, d'établir que cette consécration semble relever d'une volonté dissimulée de cantonner les conventions extra-statutaires (2).

1. L'apparence d'une belle consécration

À travers la réforme de 2014, le législateur OHADA reconnaît désormais les conventions extra-statutaires. Ainsi, même si l'article 2-1, du nouvel acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales utilise le terme général de conventions extra-statutaires et ne cite donc pas expressément les pactes d'actionnaires ni les pactes d'associés, le texte laisse croire que le législateur entend organiser les accords conclus en dehors des statuts. De façon implicite, l'article 2-1 inclut dans son champ d'application les conventions signées entre associés des sociétés de personnes, appelées pactes d'associés, mais également celles conclues entre actionnaires des sociétés de capitaux, désignées sous l'appellation de pactes d'actionnaires. Il s'agit d'accords de nature confidentielle ayant pour objet de compléter certaines dispositions statutaires et ayant un caractère facultatif. Les pactes d'actionnaires s'articulent pratiquement autour de deux grands groupes de règles contractuelles. Il s'agit d'une part, des clauses portant sur l'organisation et le contrôle de la gestion de la société, et d'autre part celles relatives à la composition et l'évolution de l'actionnariat. Ces conventions constituent une catégorie des documents les plus répandus et les plus essentiels de la vie des affaires dans l'espace OHADA (Kouamé A. N'guetta G., 2022). Ainsi, compte tenu de la particularité de ces conventions, la question de leur validité s'est véritablement posée en droit OHADA. Alors, en procédant à leur admission, le législateur OHADA manifeste d'une part une volonté timide de mettre de l'ordre dans les rapports conventionnels et d'autre part de rendre le droit OHADA des sociétés plus souple et plus attractif.

1.1. Une volonté frileuse d'organiser les conventions extra-statutaires

En consacrant la reconnaissance des conventions extra-statutaires, l'acte uniforme révisé fixe les limites formelles du domaine de celles-ci, son article 2-1 signale que : « Les dispositions du présent acte uniforme sont d'ordre public, sauf dans les cas où il autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer les dispositions dont ils sont convenus à celles du présent acte uniforme, soit à compléter par leurs dispositions celles du présent acte uniforme ». Auparavant, la formule péremptoire de l'article 2 de l'acte uniforme ancien sur les sociétés

commerciales entré en vigueur le premier janvier 1998 n'approuvait que timidement la liberté contractuelle des associés. Une liberté placée en réalité sous contrôle en ce sens qu'elle était soumise à des conditions exclusivement fixées par la loi. Parmi celles-ci figurent notamment, l'assertion de la libre négociabilité des actions dans les sociétés anonymes. À travers sa formulation, ce texte créait une certaine perplexité par le fait qu'il ne mettait en place aucun indice prépondérant donnant l'occasion de distinguer les dispositions impératives de l'acte uniforme de celles n'ayant pas ce caractère.

Le nouvel article 2-1 issue de la réforme de l'acte uniforme sur les sociétés démontre que le législateur OHADA n'est pas allé à contre-courant de la tendance générale de la contractualisation du droit des sociétés. En effet, l'acte uniforme révisé ne remet pas en cause la liberté contractuelle des parties, il leur donne plutôt l'occasion de conclure des conventions extra-statutaires afin de mieux organiser leurs rapports en fonction des modalités librement choisies par elles-mêmes. Ce texte élargit considérablement le champ d'action des associés, il accroît leur liberté avec l'utilisation de l'adverbe notamment qui n'entend pas citer de façon exhaustive les situations pouvant donner lieu à l'élaboration de conventions extra-statutaires. Ainsi, diverses situations peuvent ouvrir la possibilité de mettre en place une convention extra-statutaire. Il s'agit là, d'une belle formule en ce sens que les conventions extra-statutaires vont permettre de consolider la confiance entre les parties tout en conciliant leurs intérêts souvent divers et même parfois antagonistes. Les conventions extra-statutaires permettent, aux associés de maintenir la confidentialité dans leurs relations, elles constituent par là un véritable outil de gestion de la société (Shiller S., Martin D. 2022). Un phénomène de contractualisation marque ainsi le droit OHADA des sociétés, pourtant réputé rigide. Les manifestations de la volonté des associés de se soumettre à des règles adaptées à leurs besoins sont nombreuses. Elles ne relancent pas le débat sur la nature de la société. Cependant la question se pose du rôle du contrat en droit des sociétés et de la manière dont le contrat est utilisé. L'utilisation du contrat peut avoir deux finalités : adapter les règles de fonctionnement d'une structure, aménager la condition d'associé. À chaque objectif correspondent à la fois une conception spécifique du contrat et une utilisation particulière de celui-ci (Goffaux-Callebaux G. 2008). Dans tous les cas, l'adoption des conventions extra-statutaires repose sur de multiples considérations, notamment le désir de limiter l'accord seulement entre certains actionnaires, le souci de discrétion, la complexité des engagements respectifs des parties voire la durée de la convention. Les conventions extra-statutaires constituent en effet des outils indispensables pour sécuriser le financement de haut de bilan et réguler le fonctionnement et les opérations capitalistes des sociétés, quelles que soient leur forme juridique et leur taille (Bouillet-Cordonnier G., Lamazerolles E., Godot-Srine M.-A., Moulin J.-M. 2020). Sans pour autant prétendre à l'exhaustivité, nous pouvons citer à titre d'exemple la clause de sortie conjointe par laquelle un actionnaire, généralement majoritaire, s'engage à faire acquérir par le cessionnaire de ses actions, les titres détenus par un ou plusieurs autres actionnaires. La clause de buy or sell ou clause d'offre alternative par laquelle un actionnaire propose à un autre actionnaire de lui céder ses titres à un prix déterminé ou à défaut, d'acquérir les siens au prix auquel il était prêt à les lui céder. Ce type de clause est souvent élaboré pour faciliter la sortie d'un associé lorsqu'un désaccord avec un autre tendant à paralyser le fonctionnement de la société survient. Si les conventions extra-statutaires permettent notamment d'organiser les relations entre les associés, ils peuvent servir également à contrôler l'équilibre préalablement fixé entre eux. La jurisprudence admet elle aussi la validité des conventions extra-statutaires, tout au plus elle semble même appuyer leur pratique. Ainsi, au sujet des clauses de préemption, elle signale dans un arrêt du 20 septembre 1988 : « qu'aucun texte ne fait obstacle à ce que des pactes extra-statutaires comportent des engagements personnels entre les signataires pour l'exercice de leurs droits d'associés ; (...) et que ces pactes n'ont ni le même champ d'application quant aux personnes, ni les mêmes effets que les statuts ».

L'utilité des conventions extra-statutaires se manifeste aussi dans la composition des organes sociaux, de plus ces accords constituent le moyen privilégié d'aménagement des rapports établis entre associés. En outre, en rendant le droit des sociétés plus flexible, ces conventions contribuent tout au plus à favoriser l'attractivité du droit OHADA des sociétés commerciales. Quand bien même, les parties peuvent introduire dans leurs pactes toutes les clauses qu'ils souhaitent garder secrètes. À ce titre, élaborées dans une grande discrétion, ces conventions ne font donc pas l'objet d'une publication au journal officiel. De plus, leur contenu n'est accessible ni aux tiers encore moins aux actionnaires non-signataires. Aussi, en droit des sociétés, il n'existe pas de lien systématique entre publication des statuts et opposabilité aux tiers (Martin D. 2015). Par ailleurs, même s'il faut reconnaître que le principe de la liberté contractuelle accorde aux parties une grande marge de manœuvre dans la rédaction de leur convention, celles-ci restent liées par l'obligation stricte de respecter les dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ainsi que les clauses statutaires. Toutefois, sur le plan formel, l'acte uniforme révisé en son article 2-1, n'impose aucun formalisme particulier pour la rédaction des conventions extra-statutaires, encore moins pour leur modification, qu'ils s'agissent de pacte d'actionnaires ou de pactes d'associés. Par leur importance pratique considérable et les multiples questions qu'ils posent, les pactes d'associés occupent de nos jours le devant de la scène des affaires (Mestre J., Lécuyer H., Heinich J. 2021). Dans tous les cas, l'accord unanime des signataires est requis pour la validité de la convention. Par rapport aux conditions de validité, ces pactes demeurent des conventions qui restent soumises aux conditions essentielles du droit des contrats (Pasqualini F., 2005). Ainsi, toutes les conditions de fond s'imposent aux parties à savoir le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain et une cause licite suivant les conditions fixées par l'article 47 du code des obligations civiles et commerciales sénégalais.

Parallèlement aux dispositions classiques du droit des contrats, les conventions extra-statutaires sont également soumises à d'autres règles particulières, notamment la prohibition des pactes sur succession future prévue à l'article 1130 alinéa 2 du code civil. Ces principes ont été appliqués par la jurisprudence aux promesses de vente, aussi le juge a conclu à la nullité des promesses de vente dont l'option ne pouvait être levée qu'après le décès du promettant. De même, dans une décision du 20 mai 1967, la Cour de cassation a assimilé à des pactes sur succession future prohibés, les conventions portant sur un bien qui ne figure pas au moment de l'élaboration de l'acte dans le patrimoine du débiteur.

Relativement à leur durée, les parties sont tenues de fixer aux conventions extra-statutaires une période de validité déterminée. À défaut, celle-ci sera à durée indéterminée de façon à ce que chacune des parties dispose de l'opportunité de la résilier à tout moment, sous réserve de respecter un préavis raisonnable. Il a été reconnu déjà dans une décision de la cour d'Appel d'Anger du 20 septembre 1988 qu'un pacte d'actionnaires dont la durée n'a pas été fixée par les parties lors de la conclusion est en réalité limité à la durée de la société et ne peut s'analyser à un engagement illimité. Par ailleurs, les conventions extra-statutaires se singularisent aussi par leur objet qui concerne soit le fonctionnement de la société dont les signataires sont membres, soit l'exercice de leurs droits sociaux. Pour cette raison, ils doivent respecter les dispositions légales impératives du droit des sociétés, et plus généralement encore, l'ordre public applicable au droit des sociétés qui protège également l'ordre social (Ansault J. J. 2015). S'il faut reconnaître que les conventions extra-statutaires accordent aux associés l'avantage de conclure en toute liberté sur des domaines variés de leurs relations, il faut aussi admettre qu'à suivre le législateur OHADA, cette liberté ne s'aurait anéantir l'obligation de respecter les dispositions légales de l'acte uniforme sur les sociétés, qualifiées de règles impératives. Au regard de l'article 2-1 de l'acte uniforme révisé, il paraît inconcevable d'accorder aux associés le pouvoir de prévoir dans des pactes ce que les statuts ne leur permettent pas. Dans l'esprit de l'article 2-1, il paraît inadmissible de permettre aux associés d'aménager à travers des accords

extra-statutaires des choses qu'il leur est interdit de faire dans les statuts. Ainsi, en dépit de la liberté qu'il accorde aux associés, ce texte instaure l'obligation pour les conventions extra-statutaires de respecter la primauté des statuts. Il en résulte donc, qu'un simple accord entre associés ne saurait porter atteinte à ces derniers. À ce titre, l'autorité des statuts se caractérise par l'existence d'un domaine qui leur est propre. Cela veut dire que dans certains cas, l'accord de volonté des associés ne peut être situé que dans les documents statutaires, ce qui justifie une emprise des stipulations statutaires sur les conventions extérieures. Ainsi, la question de la sanction d'un pacte d'actionnaires au contenu contraire aux dispositions statutaires mérite d'être soulevée. En effet, par application des dispositions de l'article 2-1 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales, toute clause d'une convention extra-statutaire contenant des dispositions contraires aux statuts est nulle. Quoi qu'il en soit, le respect de l'ordre public statutaire s'impose et s'oppose à ce qu'une disposition hors statuts vienne contrecarrer la volonté statutaire (Burger M. 2015). Si le législateur OHADA manifeste sa volonté de discipliner les associés dans la conclusion des accords extra-statutaires, il semble vouloir corrélativement sécuriser ces conventions afin de rendre le droit de l'union plus attractif.

1.2. L'amorce d'une politique d'attractivité des normes OHADA

Le législateur OHADA à travers la réforme de 2014 a manifesté sa volonté considérable d'assurer une meilleure attractivité des normes OHADA. À ce titre, la réforme constitue un instrument juridique essentiel capable de rendre le marché africain plus attrayant. C'est sans doute dans cette logique que s'inscrit l'article 2-1 de l'acte uniforme nouveau sur les sociétés commerciales qui consacrent officiellement la reconnaissance des conventions extra-statutaires. Ce texte dévoile effectivement la stratégie adoptée par le législateur pour attirer les investisseurs sur le territoire africain. Désormais ces derniers disposent légalement de la possibilité d'aménager par anticipation et en toute sécurité, leur sortie de la société notamment dans le cadre des opérations de capital investissement. Les conventions extra-statutaires en concourant à la paix sociale, sont au service de l'intérêt commun des associés. Nettement mieux que les statuts, elles sont le cœur de la définition d'une stratégie de rémunération du capital en prenant en considération la situation de l'associé dans la société et les rapports de force qui agrémentent la vie du groupement (Pascalini F. 2010).

Dans le nouveau contexte économique mondial, la question du capital investissement a atteint un niveau important dans l'actualité. Celle-ci s'est orientée aujourd'hui vers l'Afrique subsaharienne qui constitue son nouveau domaine de prédilection. Le continent africain, doté progressivement de marchés émergents, continue d'attirer des investisseurs de plus en plus variés. Désormais, les pactes extra-statutaires offrent aux investisseurs de réelles garanties, à ce titre ils constituent un encadrement juridique idéal pour leurs opérations. À travers ceux-ci, les investisseurs disposent notamment de la possibilité de garantir leurs investissements par l'aménagement d'une clause de rachat de leurs actions. Il faudra donc préciser que depuis les années 1980, la problématique des clauses léonines a connu une certaine ampleur, elle a surtout été alimentée par le contentieux relatif aux opérations sur titres, notamment les opérations dans lesquelles des promesses d'achat de droits sociaux à prix plancher interviennent. Tout d'abord, dans une décision du 16 novembre 2004 de la chambre commerciale de la Cour de cassation française, le juge admet la validité d'une promesse d'achat d'actions fixant un prix minimum de cession, et pour objet d'assurer l'équilibre des conventions conclues entre les parties, en assurant au bénéficiaire, lequel est avant tout un bailleur de fonds, le remboursement de l'investissement auquel il n'aurait pas consenti sans cette condition déterminante. Le juge de cassation confirme que cette clause ne contrevient pas aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil dès lors qu'elle n'avait pour objet que d'assurer, moyennant un prix librement convenu, la transmission de droits sociaux entre associés et qu'elle était sans incidence sur la participation aux bénéfices et la contribution aux pertes dans les rapports sociaux, peu importe

à cet égard qu'il s'agisse d'un engagement unilatéral de rachat. Ensuite, la jurisprudence a confirmé la distinction entre les véritables associés et les bailleurs de fonds. En effet, dans un arrêt du 27 septembre 2005, la Cour de cassation fait de nouveau référence à la distinction entre les « véritables associés » soumis à l'article 1844-1 du Code civil et les bailleurs de fonds qui échapperaient à l'application de la prohibition des clauses léonines.

La chambre commerciale affirme en ce sens que « en se référant à l'ensemble des conventions liant les parties, que la promesse litigieuse tendait à assurer à la société CDR Participations, qui est avant tout un bailleur de fonds, le remboursement de l'investissement auquel elle n'aurait pas consenti sans ce désengagement déterminant, et retenu que cette promesse avait ainsi pour objet d'assurer l'équilibre des conventions conclues entre les parties, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que la fixation au jour de la promesse d'un prix minimum de cession ne contrevenait pas aux dispositions de l'article 1844-1 du code civil, peu importe à cet égard qu'il s'agisse d'un engagement unilatéral de rachat ».

Cependant, dans l'arrêt *Textilinter* rendue le 22 février 2005, la Cour de cassation semble mettre en œuvre un nouveau critère pour apprécier la validité d'une opération de capital investissement : l'existence d'une fenêtre de tir. Dans cette affaire, la chambre commerciale reproche, en effet, à une cour d'appel d'avoir invalidé une promesse de rachat à prix plancher conclu dans le cadre d'une opération de capital investissement « alors qu'elle constatait que le concerné ne pouvait lever l'option qu'à l'expiration d'un certain délai et pendant un temps limité, ce dont il résulte qu'il restait, en dehors de cette période, soumis au risque de disparition ou d'appréciation des actions, selon le juge de cassation, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations ». Plusieurs observations peuvent être formulées au sujet de cette décision, en effet à travers elle, la Cour de cassation valide une promesse unilatérale d'achat à prix plancher. Pour ce faire, elle relève que le bénéficiaire de la promesse « ne pouvait lever l'option qu'à l'expiration d'un certain délai et pendant un temps limité ».

La chambre commerciale en déduit que ce dernier « restait, en dehors de cette période, soumis au risque de disparition ou de dépréciation des actions ». Il apparaît donc, dans cette décision, que la Cour de cassation apprécie la validité de la promesse en considération, non plus de la qualité de son bénéficiaire, elle ne cherche pas à savoir s'il est ou non bailleur de fonds, mais en considération de l'aléa auquel le promettant est soumis.

L'attractivité du droit OHADA suppose aussi que les pactes d'actionnaires soient efficaces, il s'agit là d'une question cruciale. Ainsi, l'idée amplement partagée est qu'en cas d'inexécution, les pactes font naître à la charge des parties des obligations de faire qui ne pourront être résolues qu'en termes de dommages et intérêts, relativement à l'article 1142 du Code civil. Ce type de sanction n'a toutefois pas fait l'unanimité, la sanction purement pécuniaire a été qualifiée de « faiblesse congénitale des pactes d'actionnaires ». Pour remédier à cette insuffisance, le législateur OHADA a décidé d'adopter la nullité en cas de fraude. Ainsi, l'article 771-3 alinéa 2 de l'acte uniforme révisé prévoit que « dans le cas où une clause de préemption est stipulée dans les conventions de l'article 2-1, toute cession d'actions réalisées en violation du droit de préemption est nulle dès lors qu'il est démontré que l'un des bénéficiaires en avait connaissance ou ne pouvait en ignorer l'existence ». Le législateur pouvait cependant adopter une sanction plus rigoureuse, notamment imposer l'exécution forcée dans certaines situations. En effet l'annulation des actes renvoie les parties à la situation initiale, ce qui les mettra dans un cercle vicieux dans la mesure où lorsqu'une violation viendrait à se reproduire, c'est de nouveau la nullité qui sera encourue. En procédant ainsi, le législateur semble indirectement forcer les parties à respecter leurs engagements dans la convention. Toutefois cette méthode est susceptible d'occasionner une perte de temps dans la mesure où l'exécution forcée aurait pu éviter aux parties de se retrouver dans la même situation à chaque fois qu'une cause de nullité venait à se reproduire. Au-delà de cette remarque, la position du législateur de faire de la nullité une sanction présente aussi la vertu d'obliger les parties de façon évasive à respecter le contenu

de leur convention. Toutefois, si la position du législateur OHADA a le mérite d'assurer une certaine stabilité des rapports conventionnels hors statuts, il faut admettre que la liberté tant attendue dans l'admission de telles conventions n'est pas tout à fait à la hauteur des attentes des parties. En effet, l'article 2-1 de l'acte uniforme révisé révèle l'interventionnisme du législateur OHADA à travers l'intégration des accords extra-statutaires. Ainsi, dans la rédaction de l'article 2-1, il met en avant le caractère impératif des dispositions de l'acte uniforme. De surcroît, ce texte précise expressément que la validité des conventions extra-statutaires est soumise au respect des dispositions impératives de l'acte uniforme et des statuts. L'examen attentif de ce texte laisse penser que le législateur OHADA semble accorder aux conventions extra-statutaires une fonction résiduelle. Cette remarque se justifie par le fait qu'à travers sa démarche, il semble vouloir cantonner celles-ci dans une sphère solidement encadrée.

2. Une tentative incertaine d'endiguement des conventions extra-statutaires

Le droit des sociétés présente la particularité d'être un droit rigide. Il englobe un ordre public auquel les parties ne peuvent déroger (Issa-Sayegh J. 2009). En l'absence d'encadrement, le recours aux conventions extra-statutaires pouvait occasionner un chamboulement de l'ordre public sociétaire. Soucieux d'assurer une protection efficace de cette dernière qu'il ne cesse de rappeler l'exigence de respect, le législateur OHADA semble finalement glisser vers une consécration mettant en quarantaine les conventions extra-statutaires. Toutefois, s'il est avéré que cette tentative d'isolement est réalisée, il est fondamental de savoir si celle-ci est véritablement implémentée.

2.1. Une liberté conventionnelle cantonnée ?

L'acte uniforme révisé portant droit des sociétés commerciales et du GIE en son article 2-1 dispose que : « Les statuts de la société commerciale et du groupement d'intérêt économique ne peuvent déroger aux dispositions du présent acte uniforme sauf dans les cas où celui-ci autorise expressément l'associé unique ou les associés soit à substituer des clauses statutaires aux dispositions du présent acte uniforme, soit à compléter par des clauses statutaires les dispositions du présent acte uniforme ». Ainsi, les associés ne disposent de l'opportunité de déroger aux dispositions de l'acte uniforme que lorsque ce dernier les accorde l'autorisation. De prime abord, cette dérogation se fondera sur les statuts qui vont intervenir soit à titre de substitut soit à titre de complément (Saintourens B. 1995). Dans tous les cas, il faut reconnaître que le législateur OHADA n'a pas apporté de modification majeure à l'article 2 ancien de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales. Ce texte prévoyait en 1997 que : « Les dispositions du présent acte uniforme sont d'ordre public, sauf dans les cas où ils autorisent expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer les dispositions dont ils sont convenus à celles du présent acte uniforme, soit à compléter par leurs dispositions celles du présent acte uniforme ». La seule nouveauté qui apparaît dans la modification de l'article 2 ancien est que le législateur OHADA ne procède plus à l'affirmation expresse de la notion d'ordre public. Toutefois, l'obligation de respecter celle-ci demeure toujours dans l'aménagement des rapports conventionnels (Kante P. Ng. 2009).

Si le champ d'application des statuts qui constituent le socle de la société est lui-même légalement restreint, toujours est-il que le sort des conventions extra-statutaires n'est pas épargné. L'article 2-1 de l'acte uniforme révisé portant droit des sociétés commerciales qui est à la base de notre étude prévoit expressément que les conventions sont valides « sous réserve du respect des dispositions de l'Acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé et des clauses statutaires ». En analysant conjointement les deux textes, nous remarquons que le législateur OHADA n'accorde aux conventions extra-statutaires qu'un statut mineur. Dans tous les cas, la

prétendue hiérarchie des normes sociétaires ne repose en effet sur aucune règle, aucun principe tiré ou déduit d'un texte de droit des sociétés. L'examen de la jurisprudence ne révèle pas non plus l'existence d'une telle hiérarchie (Schiller S. 2011). En suivant sa démarche, il nous paraît que le recours à ces conventions n'est possible que lorsqu'il l'autorise et parallèlement lorsque celles-ci ne portent pas atteinte aux dispositions statutaires qui elles-mêmes nécessitent une consécration légale.

Notre admiration à l'endroit de la réforme est tronquée par le cantonnement des conventions extra-statutaires opéré par le législateur OHADA à travers l'article 2-1. Décidément, la formule qu'il utilise dans ce texte laisse croire qu'il soumet ces conventions à un régime d'autorisation préalable. Cela démontre encore l'importance que celui-ci accorde au statut des sociétés commerciales dont il souhaite en permanence soumettre l'organisation et le fonctionnement à une réglementation rigoureuse. Il n'entend pas, en effet, négliger aucun détail dans l'aménagement des règles d'organisation de celles-ci. Ainsi, en analysant les dispositions nouvelles de l'acte uniforme révisé, il est louable de soutenir que sa démarche n'a fait naître que des progrès ostensibles. Le domaine qu'il laisse aux parties reste uniquement celui qui n'enfreint pas l'essence des dispositions légales relatives aux sociétés commerciales. De façon générale, le législateur OHADA, en dépit des efforts qu'il a fourni dans la réforme de 2014 en consacrant expressément la reconnaissance et les conditions de validité des conventions extra-statutaires, n'a pas véritablement réussi à atténuer la rigueur du droit des sociétés commerciales. Ce dernier reste encore un droit rigide nécessitant néanmoins plus de souplesse pour être plus attractif face à l'accroissement des investissements au plan international et particulièrement en Afrique subsaharienne.

Si cette réforme est motivée par la volonté de faire du droit des sociétés un droit perfectionniste, malheureusement la volonté de fonder toute action permettant de recourir aux conventions extra-statutaires sur la loi a finalement rendue celle-ci inachevée. En définitive, le législateur OHADA s'est plus orienté vers les clauses relatives à l'actionnariat, alors qu'en réalité le régime soumis à celles-ci n'est pas nouveau, il avait déjà été pris en compte dans les dispositions de l'acte uniforme ancien sur les sociétés commerciales.

Au bout du compte, la réforme initiée le 30 janvier 2014 n'a apporté comme nouveauté que, mis à part les statuts, la transmission des actions qui peut aussi faire l'objet d'un encadrement par des conventions extra-statutaires. Ainsi, aux termes de l'article 765 de l'acte uniforme révisé « les statuts ou les conventions mentionnées à l'article 2-1 ci-dessus peuvent stipuler certaines limitations à la transmission des actions... » À la lecture de ce texte, il est exact que les dispositions nouvelles organisant les clauses relatives à l'actionnariat ont été apportées par le législateur simplement à titre d'harmonisation. D'autre part, si l'on se conforme à la logique qui consiste à soumettre les conventions extra-statutaires ainsi que les aménagements statutaires à une autorisation préalable de l'acte uniforme, on se rend compte que la loi nouvelle reste affectée dans certaines situations par un mutisme notoire. Il est donc nécessaire de s'interroger sur les raisons qui ont poussé le législateur à ne pas statuer sur les autres types d'accords qu'il a malgré tout identifiés. Il paraît en effet difficile d'admettre l'absence d'une réglementation des conventions portant de façon générale sur le contrôle et la gestion de la société. Une telle abstention de la part du législateur OHADA nous semble-t-il, repose sur une réticence excessive à l'égard de telles conventions.

Globalement, c'est avec beaucoup d'atermoiements que la liberté contractuelle se trouve aujourd'hui magnifiée, pour cause le législateur OHADA n'est pas véritablement allé au bout de sa logique, son engouement se trouve, certes, ancré à mi-chemin. Justement, il a découvert un manquement notoire dans l'acte uniforme ancien à travers lequel il n'avait pas pris le soin de prévoir des dispositions organisant les pactes extra-statutaires alors que ces derniers existaient depuis longtemps. Il a alors jugé nécessaire de les intégrer de justesse dans une sphère

de réglementation formelle, sauf qu'il n'en serait pas pour autant avide de l'utilité d'énoncer la validité de principe des conventions extra-statutaires.

In fine si la volonté de cantonner les conventions extra-statutaires est avérée, reste à savoir maintenant si celle-ci est véritablement implémentée.

2.2. Une tentative d'isolement implémentée ?

Tout d'abord, il faut reconnaître que la question des conventions n'intéresse pas uniquement les juristes, elle préoccupe aussi les économistes, les gestionnaires entre autres. Néanmoins une revue rapide de la littérature fait ressortir la pérennité de l'herméticité des disciplines juridiques et économiques. Cependant, malgré les réflexions consacrées depuis des siècles à la question des conventions, les théories économiques des contrats ne se sont guère que très peu inspirées des analyses juridiques. À l'ordinaire, le juriste qui découvre la littérature économique relative aux contrats a tendance à estimer comme déficiente l'approche qui y est dégagée. Cette conception ne l'incite pas en revanche à s'inspirer de l'économie des conventions. De ce fait, à de rares exceptions près, les juristes actuels arrêtent leur attention sur les apports de l'économie des contrats, alors que les économistes manifestent une méconnaissance endémique du droit des contrats. Assurément, l'économie et le droit sont des disciplines disposant chacune d'une méthode propre. Alors, si l'économie a pour but d'éclairer la formation des grandeurs économiques en vue de comprendre les mécanismes de la répartition et de la croissance, le droit a par contre pour fondement l'analyse des normes pour la compréhension de l'ordre social. Cette différence d'objectifs démontre le cloisonnement qui existe entre ces disciplines.

Cet article ne se serait ignoré les rapports bénéfiques que le droit rapporte à l'économie. Pour un juriste, il ne s'agit pas d'un exercice facile, décidément il semble de prime abord plus aisé que l'apprentissage inverse c'est-à-dire s'aventurer à éclairer les potentiels apports de l'économie au droit. Il faudrait alors s'immerger dans les labyrinthes de la littérature économique, et se transformer alors en économiste pour s'en prendre à une telle opération. Cela nécessite un minimum de connaissances en économie que le rédacteur de ce texte est loin de s'attribuer, n'empêche que nous tenterons dans une certaine mesure, le pari de l'analyse des enjeux économiques de la réforme initiée par le législateur OHADA dans son acte uniforme nouveau portant droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Le législateur OHADA est en effet conscient que le droit de l'organisation gagnerait mieux en épousant certaines réalités du monde économique. Ainsi le système juridique de l'OHADA contribue de façon décisive à l'assainissement de l'environnement des affaires et à la promotion des investissements en Afrique. De surcroît, l'analyse des actes uniformes révisés met en évidence l'influence positive que les réformes nouvelles apportent à l'activité économique des États membres de l'OHADA (Poitral F. D., 2019). Grâce à la modernisation du cadre réglementaire à travers l'actualisation de l'acte uniforme portant sur le droit commercial général, de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, de l'acte uniforme portant organisation des sûretés et de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif, les entreprises installées au sein de l'OHADA ont pu se constituer et se développer de façon plus aisée. Les conventions extra-statutaires sont des contrats innommés, leur régime juridique relève pour l'essentiel du droit des contrats, le droit des sociétés ne s'y intéressant qu'incidemment. Toutefois, ces nouveaux instruments ont pour caractéristique commune le renforcement de l'aspect contractuel de la société commerciale (Eyango Djiombi A. D. 2015). Historiquement, elles se sont développées en dehors de toute loi et à juste titre en réponse à une législation sur les sociétés commerciales réputée trop rigide. C'est dire que celles-ci n'ont pas été engendrées à travers une autorisation de la loi, elles se sont bien développées même sous l'empire de l'ancien acte uniforme sur les sociétés commerciales en dépit de l'inexistence dans ses dispositions d'une réglementation spécifique approuvant leurs conditions de validité. Il en résulte donc que dans le milieu des

affaires, les acteurs n'ont pas attendu l'existence d'une autorisation préalable pour recourir aux pactes extra-statutaires. Ainsi, l'absence d'une reconnaissance expresse de la part du législateur OHADA ne constituait aucunement un frein à la conclusion de tels accords. De surcroît, ces conventions ne sont pas créées par l'article 2-1 de l'acte uniforme portant droit des sociétés modifié mais sont simplement encadrées par ce texte dans leurs rapports avec les autres règles d'organisation des sociétés commerciales. Ainsi, le législateur s'est limité uniquement à consacrer l'obligation pour les parties de se conformer à la législation sur les sociétés et aux dispositions statutaires, sans quoi, leurs conventions ne seront pas tenues valables. A la limite l'idée d'un cantonnement des conventions extra-statutaires par le législateur n'est pas juridiquement consistante en ce sens qu'une convention ne contenant aucune disposition contraire au droit des sociétés et aux statuts ne saurait être remise en cause. À ce titre, le législateur a simplement procédé à la restriction de la liberté des parties dans l'élaboration de tels accords. Ces derniers se trouvent alors soumis aux conditions de validité désormais fixées par l'article 2-1 de l'acte uniforme modifié sur les sociétés.

Ainsi, en disposant que « sous réserve des dispositions du présent Acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé et des clauses statutaires, les associés peuvent conclure des conventions extra-statutaires en vue notamment d'organiser, selon les modalités qu'ils ont librement arrêtées : [...] », le législateur OHADA n'entend pas créer dans sa réforme les conventions extra-statutaires, d'ailleurs nous l'avons vu, ces dernières existent bien avant celle-ci. Le texte n'a fait que rappeler la suprématie des dispositions de l'acte uniforme et des statuts sur les conventions extra-statutaires. Toutefois, malgré cette limitation formelle apportée aux pouvoirs des associés, l'article 2-1 n'a pas vocation à soumettre ces conventions à une autorisation préalable. La formule qu'il utilise semble révéler le désir de rectifier inéluctablement l'omission d'une règle essentielle à l'harmonisation des rapports entre associés, autrement dit, combler un vide juridique présent dans l'acte uniforme de 1997.

Cependant, en adoptant les conventions extra-statutaires, l'acte uniforme révisé a omis d'ajouter les conditions spécifiques tenant à leur formation et au droit auquel elles devraient être soumises. Aujourd'hui, malgré les nombreuses interrogations sur l'articulation entre les statuts et les conventions extra-statutaires, le législateur OHADA ne parvient toujours pas à mettre en place des règles claires et précises établissant les rapports entre ces différentes normes contractuelles. On évoque souvent l'existence d'une hiérarchie entre les statuts et les conventions extra-statutaires, les premiers étant réputés constituer le pacte social fondamental des associés, ne peuvent être modifiées que selon des règles strictement définies par la loi, et auxquelles seraient tributaires tous les accords extra-statutaires. Ainsi, on estimait toujours que la convention extra-statutaire est nécessairement infrastatutaire et qu'il est alors inconcevable qu'un simple accord entre associés puisse porter atteinte aux statuts en dehors des exigences de forme et de fond découlant des textes légaux. Cependant, le renforcement de la contractualisation du droit des sociétés a provoqué une remise en cause de la sacralisation des statuts. Il semble désormais possible de compléter, de suppléer, voire de déroger contractuellement aux statuts, lesquels, ne sont également qu'une forme particulière de contrat, le contrat de société. Toutefois, si le principe de dérogation conventionnelle ne semble plus créer des complications, il existe néanmoins des interrogations et quelques entraves concernant les modalités relatives à l'articulation qui doit nécessairement être envisagée entre les statuts et les conventions extra-statutaires. Sur cette question, la jurisprudence semble quelquefois, ou du moins en apparence, donner des avis contradictoires. Ainsi, en décidant en matière de société à responsabilité limitée qu'il est possible pour les associés de déroger, par convention, aux statuts s'ils y consentent à l'unanimité, la chambre commerciale de la Cour de cassation française vient de donner dans un arrêt récent une position contraire. Ainsi, dans une décision du 12 octobre 2022 elle décide en matière de société par actions simplifiée qu'« il résulte de la combinaison des articles L. 227-1 et L. 227-5 du code de commerce que les statuts de la société par actions

simplifiée fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée, notamment les modalités de révocation de son directeur général (et que), si les actes extra-statutaires peuvent compléter ces statuts, ils ne peuvent y déroger ». Alors, la Cour de cassation refuse l'application d'une décision de l'associé unique se fondant sur un accord particulier pour accorder une indemnité au dirigeant en cas de révocation sans juste motif, alors que les statuts prévoyaient une révocation ad nutum du dirigeant et sans indemnité quel que soit le motif de révocation, un acte extra-statutaire peut déroger aux statuts. Alors, l'absence d'une jurisprudence uniforme soulève la question de savoir comment les conventions extra-statutaires peuvent-elles apporter des dérogations aux statuts. Il apparaît finalement que la dérogation conventionnelle aux statuts constitue en cela la ligne directrice qui permet d'appréhender précisément l'articulation qui existe entre les statuts et les conventions extra-statutaires. Si l'arrêt de la cour de cassation du 12 octobre 2022 semble écarter, en matière de SAS, la possibilité de déroger aux statuts, il convient, en réalité de nuancer la solution énoncée. S'il est indéniable qu'il existe un principe de dérogation conventionnelle aux statuts, ce dernier, comme tout principe, connaît des limites. Dans tous les cas la question de la hiérarchie des statuts et des conventions extra-statutaires ne se pose en réalité qu'en cas de concomitance entre des dispositions statutaires et des dispositions extra-statutaires valables ayant une vocation équivalente à s'appliquer, autrement dit ayant le même objet et portant sur les mêmes sujets. Dans l'hypothèse où la clause introduite dans la convention est compatible avec les statuts, il y aura une application conjointe, lorsqu'elle est invalidée, il n'existe plus dans ce cas de situation de concours entre eux. En définitive, la supposée hiérarchie des normes sociétaires ne repose véritablement sur aucune règle précise ni sur un postulat tiré ou dégagé d'un texte de droit des sociétés.

L'analyse de la jurisprudence n'a pas permis de déceler l'existence d'une hiérarchie entre ces différentes normes sociétaires. La référence au droit commun des contrats permet même de remettre en cause les conséquences attachées à l'infériorité prétendue des conventions extra-statutaires par rapport aux statuts. Décidément, en droit des contrats, l'antilogie des clauses liant les mêmes contractants conduit le juge à rejeter strictement l'application de celles-ci, sans faire prédominer l'une sur l'autre, hormis le cas où l'une des clauses est plus spécifique que l'autre. Dans cette dernière hypothèse, la clause spéciale prendra le dessus sur la clause revêtant un caractère général. Par conséquent, que l'on soit en droit des contrats ou en droit des sociétés, il s'avère difficile de faire valoir que les conventions extra-statutaires sont par principe et par nature inférieures aux statuts (Raynouard A., Wlodkowski F. 2019). En effet, ces accords énoncent au même titre que les statuts la volonté des parties. Dans tous les cas, nous estimons que dans la pratique, les parties peuvent conventionnellement établir une hiérarchie pour prévenir les difficultés d'application que la contradiction entre conventions et statuts pourrait provoquer. Le législateur OHADA ne semble pas suivre le raisonnement de la jurisprudence, dans l'article 2-1 de l'acte uniforme modifié sur les sociétés commerciales, il écarte expressément toute possibilité de déroger aux statuts et aux dispositions de l'acte uniforme sur les sociétés qu'il qualifie de règle impérative. À la limite, l'approbation des conventions extra-statutaires dans l'acte uniforme nouveau semble relever plus d'une pure volonté de subordonner de tels accords aux dispositions statutaires et légales que d'une simple reconnaissance juridique.

3. Conclusion

Si le législateur OHADA a le mérite d'avoir usé de son autorité pour mettre de l'ordre dans la pratique des accords extra-statutaires, force est de reconnaître que la méthode d'organisation qu'il a instituée laisse croire qu'il éprouve une crainte à s'approprier le pouvoir d'autoriser ces conventions. Ainsi, en se limitant à révéler la suprématie des dispositions de l'acte uniforme et des statuts sur celles-ci, le législateur montre son hésitation sur l'établissement de règles claires et précises permettant de résoudre le flou juridique qui caractérise ces accords. Ainsi, à travers

sa réforme de 2014, il a voulu montrer son attachement à la sécurisation des relations d'affaires à travers le renforcement des dispositions de son acte uniforme sur les sociétés. Toutefois, en voulant combiner la promotion des investissements et l'aménagement des règles d'organisation des conventions extra-statutaires, il s'est finalement esquivé à mi-chemin, et ne semble pas oser prendre son courage à deux mains. Sur ces entrefaites, sa démarche ne lui a pas permis d'aller au bout de sa logique, ainsi au lieu d'établir des règles précises permettant de lever toute question équivoque dans l'articulation des dispositions de l'acte uniforme, les statuts et les conventions extra-statutaires, il a préféré laisser subsister le problème de la détermination du droit applicable à ces accords. De surcroît, la jurisprudence en dépit de ses multiples interventions n'est toujours pas parvenue à proposer une solution uniforme dans le règlement des différends relatifs aux conventions extra-statutaires. Les solutions qu'elle propose restent encore contradictoires, tantôt il applique le principe de la suprématie des statuts et des dispositions légales sur les conventions extra-statutaires, tantôt il l'écarte. Alors, il est indéniable qu'à force de vouloir étendre le domaine de la loi et de soumettre à la réglementation tous les rapports conventionnels, le législateur semble au contraire favoriser le développement de telles relations, en ce sens que les acteurs vont finalement s'orienter vers l'utilisation de méthodes plus souples les permettant de se soustraire aux dispositions rigides de l'acte uniforme sur les sociétés. Décidément, la tentative de cantonnement n'est pas finalement implémentée, les conventions extra-statutaires sont conclues relativement au principe de la liberté contractuelle prévue dans les dispositions du code des obligations civiles et commerciales. En définitive, la seule limite qui leur est opposée demeure l'exigence de ne pas prévoir des accords allant à l'encontre des dispositions de l'acte uniforme et des statuts.

Au terme de cette étude, il nous semble insidieux de tenter une prospection sur l'existence de dispositions générales régissant en totalité les conventions extra-statutaires. Tout de même, du fait de leur dissemblance, ce qu'une convention peut avoir de pertinent au regard d'une clause déterminée peut être inadéquat pour une autre convention eu égard à une autre clause. Au bout du compte, les conventions extra-statutaires ne sont autres que des contrats qui, par rapport à leur régime juridique, relèvent essentiellement de l'agencement des règles du droit commun qui régissent les différentes clauses qui les composent conformément aux exigences de l'ordre public sociétaire.

Références :

- (1). Ansault J. J., (2015), Les pactes d'actionnaires sous la surveillance de l'ordre public sociétaire, in *Mélanges offerts en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LGDJ-Lextenso Editions, 1 et s.
- (2). Bordet E., Gabiano M., (2014), Amélioration et sécurisation du cadre juridique : une opportunité pour les investisseurs : *Magazine option Finance*, juil., 24 et s.
- (3). Bouillet-Cordonnier G., Lamazerolles E., Godot-Sorine M.-A., Moulin J.-M., (2020), Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires, 3^e Ed., Lavoisier, 255.
- (4). Buchberger M., (2015), L'ordre public sociétaire, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LGDJ-Lextenso Editions, n° 21, 181-200.
- (5). Buy F. (2023), Droit des contrats d'affaires, LGDJ, 644.
- (6). Eyango Djombi A. D., (2015), La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'OHADA, *Penant*, n° 893, 437.
- (7). Goffaux-Callebaux G., (2008), *Du contrat en droit des sociétés-essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, PUS, Coll. l'Harmattan, n° 2, 10.
- (8). Issa-Sayegh J., (2009), Le caractère d'ordre public des dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, *Penant*, n° 869, 393 et s.

- (9). Kante P. Ng., (2009), Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique, in A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, l'Harmattan, 181 et s.
- (10). Le Noach G., (2020), *Le statutaire et l'extra-statutaire en droit des sociétés, Contribution à l'analyse juridique de l'aménagement des rapports entre associés*, Nouv. Bibl. de thèses, Dalloz, vol. 194.
- (11). Léger-Jarniou C., Georges K., (2020), Le pacte d'actionnaires/associés in La boîte outils de la création d'entreprise Dunod, 128-131. Dexant de Billiencourt O., (2012), Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées. Dalloz, 466.
- (12). Marin (2017), L'opposabilité des pactes d'actionnaires par le tiers, *Rev. Des sociétés*, 542.
- (13). Mestre J., Lécuyer H., Heinich J., (2021), Les pactes d'affaires, *LGDJ*, 348.
- (14). Mousseron P., (2010), Les conventions sociétaires, *LGDJ*, Lextenxo Editions, n° 30, 21.
- (15). N'gueta A. K. G. (2022), Les pactes d'actionnaires en droit OHADA, Essai d'étude comparé avec le droit français, Presses universitaires d'Aix-Marseille, volume 14, 426.
- (16). Pascalini F., (2010), Les conventionsextra-statutaires, outils de modulation de la rémunération des associés, *Revue des sociétés : journal des sociétés* n° 2, 79.
- (17). Pasqualini F., (2005), La validité des pactes d'actionnaires, in *Mélanges Philippe Malaurie*, Defrénois, 356, n° 7.
- (18). Poitrinal F. D., (2019), *La révolution contractuelle du droit des sociétés. Dynamique et Paradoxes*, R.B. 132.
- (19). Raynouard A., Wlodkowski F., (2019), Une hiérarchie injustifiée : La prévalence des statuts sur les pactes d'actionnaires, *La semaine juridique-Entreprise et affaires*, n° 42, octobre, 17-20.
- (20). Saintourens B., (1995), Vers une théorie de la modification de fait des statuts, *Bull. Joly Sociétés* n° 2, 160.
- (21). Schiller S., (2011), Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ?, *Revue Sociétés*, n° 6, 331-338.
- (22). Shiller S., Martin D. (2022), Guide des pactes d'actionnaires, LexisNexis, 426.
- (23). Shiller S., (2002), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, Les connexions radicales*, LGDJ, 22.
- (24). Storck J. P., (1989), La validité des conventions extra-statutaires, *Recueil Dalloz* n° 38, chron., 267-524
- (25). Velardocchio-Flores D., (1994), Les accords extra-statutaires entre associés, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n° 4, 1222-1223.