

alerte client

DROIT DES SOCIÉTÉS | AFRIQUE |

14 MAI 2014

RÉVISION DE L'ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES ET DU GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE

éditorial

François Krotoff
Avocat associé

Un nouvel Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (l'"Acte Uniforme Révisé") a été adopté le 30 janvier 2014 par le Conseil des Ministres de l'OHADA. L'Acte Uniforme Révisé, qui se substitue à l'acte uniforme du 17 avril 1997, a été publié dans le journal officiel de l'OHADA du 4 février 2014. L'Acte Uniforme Révisé est applicable à toutes les sociétés constituées dans l'un des Etats parties à compter du 5 mai 2014. Les sociétés constituées avant l'entrée en vigueur de l'Acte Uniforme Révisé ont un délai de deux ans pour mettre leurs statuts en conformité avec les dispositions de l'Acte Uniforme Révisé, les dispositions de l'ancien acte uniforme continuant à s'appliquer à ces sociétés jusqu'à la mise en harmonie de leurs statuts.

Les modifications essentielles apportées par l'Acte Uniforme Révisé peuvent être regroupées autour de trois axes :

- La création d'un nouveau type de société par actions, à côté de la société anonyme, la société par actions simplifiée ("SAS"), est sans nul doute l'une des innovations majeures de l'Acte Uniforme Révisé.
- L'autre domaine d'innovation est celui des actions avec la création d'actions de préférence, l'attribution gratuite d'actions au profit du personnel et enfin la reconnaissance de la faculté pour les sociétés par actions d'émettre des valeurs mobilières composées.
- La dernière catégorie de modifications correspond plus à une série de clarification des dispositions existantes avec également quelques innovations importantes.

La rigidité du droit apporté par l'acte uniforme sur les sociétés est maintenue. Une atténuation est néanmoins apportée pour une meilleure cohérence des normes applicables. L'article 2 de l'acte uniforme de 1997, qui indiquait que les dispositions de l'acte uniforme étaient d'"*ordre public*" sauf dans les cas où une substitution ou un complément était expressément autorisé, a été légèrement modifié. Le nouvel article 2 de l'Acte Uniforme Révisé indique que les statuts ne peuvent déroger à l'acte uniforme sauf dans les cas où une substitution ou un complément est expressément autorisé. L'acte uniforme de 1997 ne comportait pas plus d'une dizaine d'exceptions pour les sociétés anonymes.

Cette rigidité est la garantie de la sécurité des opérations juridiques. Le droit uniforme se définit comme un corpus de règles à l'abri des interférences des droits nationaux et, donc, détaché des règles de droit civil et commercial qui sous-tendent la construction du droit des sociétés. Il s'agit donc d'un droit normatif, sans référentiel interprétatif extérieur, ce qui limite le pouvoir d'interprétation des juges et renforce la sécurité des opérateurs économiques.

Trois remarques doivent être faites par rapport à ce principe :

- L'Acte Uniforme Révisé renforce l'intervention des juges et des droits nationaux dans le fonctionnement des sociétés, notamment dans deux domaines. D'abord, dans la définition des causes de nullité pouvant affecter les actes de sociétés en prévoyant que ces derniers peuvent être déclarés nuls lorsque qu'une disposition de l'Acte Uniforme le prévoit expressément mais également en application des *"textes régissant la nullité des contrats en général"* ou en cas de *"violation d'une clause des statuts jugée essentielle par la juridiction compétente"*. Ensuite, dans les mesures provisoires ou de sauvegarde qui peuvent être ordonnées par le juge. En plus de l'expertise de gestion, la juridiction compétente peut maintenant ordonner deux autres mesures : la désignation d'un mandataire *ad hoc* pour représenter les associés minoritaires ou égalitaires dont le comportement est jugé abusif *"et voter en leur nom"* et la désignation d'un administrateur provisoire aux fins d'assurer momentanément la gestion des affaires sociales lorsque le fonctionnement normal de la société *"est rendu impossible"*. Il faudra être attentif à la façon dont ces dispositions seront appliquées par les tribunaux.
- A l'inverse, l'Acte Uniforme Révisé dépasse le cadre strict du droit des sociétés pour valider les conventions extra-statutaires, les pactes d'actionnaires notamment, qui sont nécessairement régies par le droit national. L'Acte Uniforme Révisé limite la portée de cette validation en décidant que ces conventions doivent respecter les dispositions de l'Acte Uniforme Révisé auxquelles il ne peut être dérogé. L'Acte Uniforme Révisé précise également les questions qui peuvent être traitées dans ces conventions, sans pour autant que cette liste ne soit limitative : relations entre associés, composition des organes sociaux, conduite des affaires de la société, accès au capital social et transmission des titres sociaux.
- A côté de la rigidité des dispositions relatives aux sociétés anonymes, la SAS introduit une souplesse remarquable. Les praticiens du droit pourront faire preuve de leur créativité. Il faudra cependant vérifier, à chaque fois qu'une clause des statuts sortira des solutions validées par l'Acte Uniforme Révisé qu'elle ne peut être annulée en application des textes régissant la *"nullité des contrats en général"*.

LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE DANS L'ACTE UNIFORME RÉVISÉ

Julien David, avocat associé, et Simon Auquier, avocat

A côté de la société anonyme, une nouvelle forme de société par actions a été créée par l'Acte Uniforme Révisé, il s'agit de la société par actions simplifiée ("SAS"). Un Livre 4-2 portant exclusivement sur cette nouvelle forme sociale a ainsi été rajouté - juste après le Livre 4 relatif à la société anonyme - dans la Partie II de l'Acte Uniforme qui traite des différentes formes de sociétés commerciales.

Très proche de la société par actions simplifiée française, qui avait été introduite en droit français par une loi de 1994 et dont le dispositif avait été complété en 1999, la SAS de droit OHADA reprend en grande partie les caractéristiques et les spécificités qui ont fait le succès de son homologue français : simplicité, souplesse, gouvernance allégée, fort *intuitu personae* des associés.

Si elle reste soumise à certaines dispositions de l'Acte Uniforme Révisé relatives à la société anonyme (constitution, dissolution, modifications du capital, etc.), la SAS se distingue de la société anonyme à plusieurs titres, notamment en matière de montant et de composition de son capital social, d'organisation et de fonctionnement de sa gouvernance et de représentation légale. Les points suivants doivent être notés.

- **Constitution**

Une SAS peut être constituée par un ou plusieurs associés (tout comme la société anonyme, qui peut ne comprendre qu'un seul actionnaire), personnes physiques ou morales. Le montant de son capital social (ainsi que la valeur nominale de ses actions) est librement fixé par les statuts et n'est pas soumis au minimum de 10.000.000 FCFA exigé pour les sociétés anonymes.

Par ailleurs, toute décision de transformation d'une société (quelle que soit sa forme, société anonyme ou autre) en SAS devra être prise à l'unanimité des associés de cette société.

Précision d'importance : les SAS - contrairement aux sociétés anonymes - ne peuvent faire d'appel public à l'épargne.

- **Gouvernance - Fonctionnement**

La plupart des règles d'organisation, de gouvernance et fonctionnement de la SAS sont librement déterminées par les associés dans les statuts. Ainsi, contrairement aux sociétés anonymes comprenant plus de trois actionnaires, la SAS ne comprend pas de conseil d'administration et est représentée à l'égard des tiers par un président, personne physique ou morale, qui dispose des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société. A ce dernier pourront s'ajouter un ou plusieurs directeur(s) général(aux) et/ou directeur(s) général(aux) adjoint(s), qui disposeront des mêmes pouvoirs que le président.

Les associés peuvent prévoir tout organe collégial de gouvernance ou de surveillance, dont les pouvoirs et les modalités de fonctionnement seront déterminés dans les statuts : comité de pilotage, comité exécutif, conseil, etc. Il conviendra néanmoins d'être vigilant sur ce point et de veiller à ne pas donner à cet organe le nom de "conseil d'administration" afin de ne pas entretenir une confusion inutile avec la société anonyme.

- **Cessions d'actions - Clauses statutaires**

La SAS bénéficie également des nouvelles possibilités offertes par l'Acte Uniforme Révisé en matière de cession d'actions et de nouveaux types d'actions et de valeurs mobilières (voir ci-après). L'Acte Uniforme Révisé consacre en outre la validité des clauses d'exclusion, en vertu desquelles un associé peut être contraint de céder ses actions en cas de survenance de telle ou telle situation prévue spécifiquement dans les statuts (comme par exemple un changement de contrôle d'un associé, personne morale, de la SAS). Il conviendra d'être très vigilant dans la rédaction de ce type de clause, et de définir - et circonscrire - aussi précisément que possible les cas pouvant donner lieu au rachat forcé des actions d'un associé, afin d'éviter tout abus.

L'introduction de cette nouvelle forme sociale en droit OHADA - qui a fait ses preuves en France et dans d'autres pays d'inspiration civiliste francophone - est une avancée notable qu'il convient de saluer. La SAS deviendra rapidement, à n'en pas douter, l'un des véhicules privilégiés des investisseurs dans une zone OHADA en plein essor.

LES NOUVEAUX TYPES D' ACTIONS ET DE VALEURS MOBILIÈRES

Christophe Eck, avocat associé

L'Acte Uniforme Révisé, en introduisant des outils juridiques permettant une plus grande flexibilité et une créativité renforcée, se met au diapason pour accompagner les besoins en investissement dont a besoin aujourd'hui le continent africain pour son développement.

On ne peut que saluer les rajouts qui prévoient la création d'actions de préférence, la création de valeurs mobilières composées et l'attribution d'actions gratuites aux salariés. Sur ces sujets, et c'est un euphémisme, la réforme s'est très fortement inspirée du droit français.

- **Les actions de préférence**

La possibilité donnée aux sociétés par actions, lors de leur constitution ou au cours de leur vie sociale, de créer des actions avec ou sans droits de vote ou assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent, offre un large champ de possibilités pour la structuration de l'investissement dans une société.

Par ailleurs, en permettant de faire figurer dans les statuts des dispositions cantonnées jusqu'alors dans les pactes d'associés, l'Acte Uniforme Révisé renforce la sécurité juridique de ces conventions.

La reconnaissance de droits et besoins particuliers entre actionnaires est salutaire. Cela devrait permettre d'ouvrir le capital des sociétés à différents types d'actionnaires en octroyant à certains des droits de vote double, à d'autres des actions à dividendes prioritaires, des dividendes non proportionnels, un droit à dividendes cumulatifs, le droit d'avoir une représentation *ad hoc* dans les organes de gestion et de contrôle, le droit de procéder à des audits.

Cette avancée devrait être saluée par les praticiens, et notamment par les acteurs du marché du *private equity*.

- **Les valeurs mobilières composées**

L'Acte Uniforme Révisé dispose que les sociétés par actions peuvent émettre des valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance.

A l'instar du droit français, et on peut anticiper le même succès, les obligations convertibles en actions, les obligations avec bon de souscription d'actions, les obligations remboursables en actions ou échangeables en actions nouvelles ou existantes, devraient se développer. Ces instruments seront très utiles pour la mise en place de financements.

Cette avancée permettra le développement de l'accompagnement des entrepreneurs via des financements structurés et des fonds spécialisés (dette mezzanine, subordonnée...) en établissant une hiérarchie et une priorité entre ces différentes valeurs mobilières composées et les actions en cas d'insolvabilité, de remboursement anticipé, d'accès au capital ...

- **Attribution d'actions gratuites**

Les S.A. et SAS pourront procéder, au profit des membres du personnel salarié de la société ou de certaines catégories d'entre eux, à l'attribution gratuite d'actions existantes ou à émettre.

Le régime posé par l'Acte Uniforme Révisé est très proche du droit français. Cette possibilité offerte aux sociétés S.A. et SAS complète le dispositif des actions de préférence et des valeurs mobilières composées en permettant la fidélisation de certains dirigeants.

L'attribution d'actions gratuites devrait prospérer dans les sociétés cotées sur un marché réglementé ainsi que dans les sociétés ayant à leur capital des fonds d'investissement.

CLARIFICATIONS ET APPORTS SUR LE REGIME DES SOCIETES PAR ACTIONS

François Krottoff, avocat associé

L'Acte Uniforme Révisé comporte un certain nombre de modifications et d'ajouts qui mettent fin à certaines incertitudes ou difficultés rencontrées par les praticiens concernant le régime des sociétés anonymes.

Les apports les plus notables à ce titre sont les suivants.

- **Apports en nature** : La valorisation des apports en nature doit être établie par le commissaire aux apports. L'Acte Uniforme Révisé ajoute que lorsque l'assemblée retient une valeur supérieure, les actionnaires sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers, pendant cinq ans de la valeur ainsi attribuée. Cette disposition soulèvera certainement de nombreuses interrogations quant à son application même si l'alinéa suivant précise que l'obligation de garantie vise la valeur des apports au moment de la constitution et non pas le maintien de cette valeur.
- **Composition du conseil d'administration** : La règle selon laquelle le conseil d'administration pouvait comprendre des membres non actionnaires dans la limite du tiers des membres du conseil a disparu. Sous réserve de dispositions contraires des statuts, les membres du conseil d'administration n'ont pas à être propriétaires d'actions de la société. Cette modification facilitera la vie des sociétés. Elle met également fin à la discussion sur la portée de la dernière phase de l'article 494 de l'Acte Uniforme de 1997. Pour certains auteurs, cette disposition interdisait la constitution d'un conseil d'administration dans les sociétés dans lesquelles le nombre d'actionnaires était égal à deux. Ce n'est plus le cas, il faut s'en féliciter.
- **Clauses restrictives à la transmission des actions** : L'Acte Uniforme Révisé valide, à côté du droit d'agrément, le droit de préemption des actionnaires sur toute cession d'actions. Il vient confirmer une solution qui était largement acceptée par la doctrine et les praticiens du droit. L'Acte Uniforme Révisé confirme également la validité des clauses d'inaliénabilité sous réserve qu'elles soient limitées à une durée de 10 ans et qu'elles soient justifiées par un motif sérieux et légitime. L'Acte Uniforme Révisé apporte enfin une précision d'importance : toute cession d'actions de société par actions qui serait effectuée en violation de l'une des clauses statutaires susvisées (agrément, préemption, inaliénabilité, etc.) sera frappée de nullité. Ceci ne manquera pas de rassurer les investisseurs et les praticiens qui seront amenés à constituer des *joint ventures* sous forme de société par actions, et contribuera ainsi à la prévisibilité et à la sécurité juridique de ce type de clauses.
- **Autres points d'intérêt** :
 - La révocation sans juste motif du directeur général adjoint (dans les sociétés avec conseil d'administration et président directeur général), du directeur général (dans les sociétés avec conseil d'administration, président et directeur général) et de l'administrateur général peut donner lieu à dommages et intérêts.

- Le champ des conventions réglementées a été notablement élargi en intégrant les conventions passées avec un actionnaire détenant une participation supérieure ou égale à 10 % du capital ou dans laquelle il est indirectement intéressé, ainsi que toute convention passée avec une personne morale dans laquelle un actionnaire détient plus de 10 % du capital.
- Les actions revêtent obligatoirement la forme nominative, sauf dans les cas où elles sont admises à la négociation sur une bourse de valeur ou aux opérations d'un dépositaire central, et aucun montant nominal minimum n'est plus imposé.
- La visio-conférence et les autres moyens de télécommunication permettant l'identification des participants sont reconnus, dans certaines limites, comme moyen de participation aux réunions du conseil ou des assemblées des sociétés.

CONTACTS

FRANÇOIS KROTOFF

krotoff@gide.com

CHRISTOPHE ECK

eck@gide.com

JULIEN DAVID

david@gide.com

Vous pouvez consulter cette lettre d'informations sur notre site Internet, rubrique Actualités & Publications : gide.com

Cette lettre d'informations est une publication électronique périodique éditée par le cabinet Gide Loyrette Nouel (le "Cabinet") diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. Cette lettre d'informations est réservée à l'usage privé de son destinataire et n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la lettre d'Informations et le Cabinet ne pourra être tenu responsable envers le destinataire de quelconques dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation de ces informations. Conformément à la loi "informatique et libertés" n° 78-17 modifiée, vous pouvez demander à accéder, faire rectifier ou supprimer les informations vous concernant traitées par notre service Communication (privacy@gide.com).