

OHADA : vers une modernisation du droit des affaires

Par Paule Biensan et Hugues Martin-Sisteron, White & Case



Dans un environnement mondial caractérisé par une mobilité croissante du capital et une concurrence renforcée entre les économies, le Conseil des Ministres de l'OHADA a adopté le 30 janvier dernier à Ouagadougou un nouvel acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique (« AUSCGIE »), ayant vocation à s'appliquer dans les 17 États membres dès le 5 mai prochain.

L'attractivité de l'espace OHADA est au cœur de la politique d'uniformisation du droit des affaires engagée depuis l'acte uniforme du 17 avril 1997.

Très attendu des investisseurs, l'AUSCGIE témoigne d'une ambition partagée des États membres de renforcer la sécurité des investissements étrangers en modernisant de manière importante le droit des sociétés. Pour atteindre ces objectifs, l'AUSCGIE est porteur d'innovations majeures tenant notamment à la confirmation de la validité des pactes d'actionnaires, l'introduction de la société par actions simplifiée (« SAS »), la création de nouvelles catégories de valeurs mobilières (actions de préférence, obligations convertibles en actions, etc.) et leur dématérialisation ainsi qu'un assouplissement général du droit des sociétés répondant à un objectif de modernisation.

Confirmation de la validité des pactes d'actionnaires

La réforme confirme la validité des conventions extrastatutaires et met ainsi fin à une insécurité juridique qui s'était installée dans les esprits de façon plus ou moins clandestine. Déjà bien connues en pratique, ces conventions poursuivent divers objectifs dont celui d'assurer la stabilité de l'actionariat ou d'organiser le pouvoir entre des actionnaires aux intérêts parfois divergents (ex : sponsors, fonds d'investissement, etc.).

Ces pactes ne doivent pas porter atteinte à des dispositions de l'AUSCGIE ou à des clauses statutaires (art. 2-1 nouveau) qu'ils ont vocation à compléter (non à contredire !). On observera, par ailleurs, qu'en termes d'opposabilité, les clauses statutaires ont une efficacité supérieure aux pactes extrastatutaires, lesquels sont inopposables aux tiers de bonne foi. Ainsi, par exemple, là où

l'AUSCGIE sanctionne toute cession d'actions réalisée en violation d'une clause statutaire d'inaliénabilité, il ressort du nouvel article (art. 765-2) qu'en matière de pacte extrastatutaire cette nullité ne joue que si l'un des cessionnaires en avait connaissance ou ne pouvait en ignorer l'existence. Quoi qu'il en soit, les clauses d'inaliénabilité (statutaires ou non) doivent désormais être temporaires (maximum 10 ans) et justifiées par un motif sérieux et légitime (art. 765-1 nouveau). Ces solutions ne sont pas fondamentalement différentes du droit français tel qu'appliqué par la Cour de Cassation.

Introduction de la SAS

La réforme introduit de manière opportune la SAS dans le droit OHADA. L'intention du législateur est de donner priorité à la liberté contrac-

tuelle des associés qui s'exprime dans les statuts, en permettant, notamment, de dissocier l'organisation du pouvoir du contrôle du capital.

La primauté est donnée au pacte social et le recours à la loi ne s'opère donc qu'à titre supplétif. Le corollaire de cette liberté est la nécessité de prévoir l'ensemble des règles qui gouverneront l'organisation et le fonctionnement de la société, qui est représentée par son Président. Le montant du capital social est, quant à lui, librement fixé dans les statuts et peut être variable dès lors que le plancher minimum est respecté. La SAS ne peut pas en revanche procéder à une offre de ses titres au public (art. 853-4). Notons enfin que la pluralité d'associés n'est pas requise, il est permis de créer une SAS unipersonnelle, dite SASU.

Nul doute qu'un certain nombre de sociétés anonymes se transformeront prochainement en SAS, qui deviendra probablement la forme de droit commun des sociétés qui ne font pas appel publiquement à l'épargne, ou n'y ont pas vocation à court terme, telles que des holdings, des filiales de grands groupes non cotés ou des sociétés de projet.

Introduction des actions de préférence et valeurs mobilières composées

L'AUSCGIE élargit la palette des possibles en matière de valeurs mobilières.

La réforme porte ainsi substitution des actions de préférence aux actions de priorité, qui sont une nouvelle catégorie d'actions, instituées par les statuts, « avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature ». Ainsi, les droits particuliers qui relevaient communément des pactes d'actionnaires peuvent dorénavant être consacrés par des actions de préférence, renforçant ainsi leur opposabilité aux tiers et à la société.

La liberté laissée aux actionnaires est très grande. Les droits particuliers

peuvent en effet porter sur des aspects financiers : dividende précapitalaire, cumulatif, forfaitaire, supprimé ou réduit en cas de difficulté, etc. L'avantage pourrait encore consister en un droit préférentiel sur le prix de cession d'un actif identifié de la société ou encore en un droit au boni de liquidation supérieur et/ou payé en priorité. Les participations gratuites (« free carry ») accordées aux entités publiques dans le cadre des grands projets s'appuieront utilement sur ce nouvel instrument. Ces droits particuliers peuvent également être de nature politique, organiser la représentation au sein des organes sociaux, conférer le droit à une information spécifique et mettre en place un agrément, un droit de sortie conjointe, une inaliénabilité, etc. Le nombre d'actions sans droit de vote ne peut néanmoins excéder plus de la moitié du capital social.

De nouvelles dispositions sont aussi consacrées aux valeurs mobilières composées donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances, pour les actionnaires de société anonyme ou de SAS, telles que les obligations convertibles en actions, obligations avec bons de souscription d'actions ou encore obligations remboursables en actions. Cette nouveauté est cependant encadrée par plusieurs prescriptions visant à protéger leurs porteurs avant exercice de leur option.

Les valeurs mobilières se transfèrent désormais par virement de compte à compte (art. 744-1). Autrefois facultatif, ce régime était réservé, sous certaines conditions, aux seules sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne.

Modernisation générale

Œuvre remarquable de modernisation dès l'origine, le droit OHADA évolue et s'assouplit encore, donnant

à la société anonyme ne faisant pas publiquement appel à l'épargne ainsi qu'à la SAS, la faculté de stipuler la variabilité de leur capital, de convoquer les associés par courrier électronique et de faire délibérer leurs actionnaires par « visioconférence » (notamment). Cet assouplissement s'accompagne, dans les sociétés anonymes et SAS, d'un renforcement du contrôle des conventions réglementées.

L'ouverture à la participation à distance, qui accommodera les investisseurs étrangers, est néanmoins encadrée. Il faut, d'abord, qu'une clause des statuts ne l'ait pas exclue. Il faut ensuite que d'autres conditions soient réunies. Le moyen technique mis en œuvre doit (i) transmettre au moins la voix des participants (ce qui exclut la simple télécopie), (ii) satisfaire à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations et (iii) ne pas dépasser les deux tiers des administrateurs (la lettre du texte exigeant la présence physique d'un tiers des administrateurs).

Ce nouvel acte constitue ainsi un signal fort adressé aux entreprises souhaitant pénétrer les marchés africains dynamiques. ■