

# La réforme du droit Ohada des sociétés commerciales : modernisation du droit applicable ou conformisme législatif ?

Par

Dr. Dielya Yaya WANE

Université Assane Seck de Ziguinchor

*« Dans bien des cas, une réforme n'est que le remplacement d'inconvénients anciens, que tout le monde connaît, par des inconvénients nouveaux, qu'on ne soupçonne pas encore, et dont la pratique révèle ensuite la nature et l'étendue »<sup>1</sup>*

I. La raison d'être de la réforme du droit Ohada des sociétés commerciales :.....	7
A. La prééminence de l'approche institutionnelle dans la loi française de 1966.....	7
1. Le rigorisme de la loi française de 1966 .....	7
2. Une approche reproduite en droit Ohada des sociétés .....	9
B. La contractualisation du droit des sociétés commerciales : .....	12
1. LA SAS, une construction juridique opportune .....	12
2. Le maintien de certaines règles d'ordre public dans le fonctionnement de la SAS .....	16
II. La pertinence de la réforme du droit OHADA des sociétés commerciales .....	20
A. L'OHADA, cette construction tant magnifiée.....	20
1. Une réglementation uniforme nouvelle et ambitieuse.....	20
2. Une réglementation à jour des évolutions économique et juridique .....	21
B. Le droit Ohada des sociétés commerciales : un ersatz du droit français ? .....	22
1. Une réforme à la française .....	23
2. Le conformisme du législateur Ohada.....	24
Conclusion .....	28

---

<sup>1</sup> M. Planiol, in Albert Sorel (éd.), *Le Code civil : 1804-1904 : Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, t. 2 p. 955 et s.

## Résumé :

L'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires (OHADA), dans le cadre de sa mission d'uniformisation du droit des affaires en Afrique, a adopté le 17 avril 1997, l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Ce texte a connu une réforme d'envergure entrée en vigueur le 05 mai 2014. Dans sa lettre et dans son esprit, le nouveau texte transcrit le droit positif des sociétés commerciales tel qu'il existe en France. La tendance forte chez le législateur Ohada à se conformer au droit de l'Ancienne Métropole remet cependant au goût du jour la question du mimétisme juridique, tant décriée par la doctrine. Son opportunité, notamment dans un domaine, qui, tel que le droit des sociétés commerciales, est soumis à de constantes variations, serait largement sujette à caution. De nouvelles analyses démontrent, toutefois, que, loin de réduire l'importance ou l'originalité du droit communautaire des sociétés, la question du conformisme législatif doit être envisagée sous le prisme de l'inévitable rapprochement entre les différents systèmes juridiques. Ce faisant, il devient l'indispensable acteur de la mondialisation du droit.

Le mouvement législatif initié au sein de l'OHADA dans un but d'uniformisation et de simplification du droit des affaires<sup>2</sup> a récemment connu un nouvel élan avec l'adoption de l'AU Soc. modifié<sup>3</sup>. Les autorités communautaires ont, à cette occasion, réagi à l'exigence de modernisation du droit applicable aux affaires en réformant considérablement le droit des sociétés commerciales.

Les évolutions récemment enregistrées en France dans la matière du droit des sociétés ne sont pas étrangères à cette réforme. La tendance y a en effet été notée d'impulser une nouvelle dynamique dans la gestion des sociétés ; tendance qui fut matérialisée par une refonte de grande ampleur de la loi du 24 juill. 1966. Ce faisant, le législateur français réagissait à l'impératif formulé par les instances professionnelles d'une « *mise à plat* » de l'arsenal législatif, d'une reformulation du droit des sociétés à partir de fondements clairs, d'une

---

<sup>2</sup> « *Modernisation* » est un mot qui ne peut que séduire et, comme l'a dit le poète, « La nostalgie, c'est le désir d'on ne sait quoi », alors que le juriste ne doit avoir que des souhaits réalistes.

<sup>3</sup> A la suite de son adoption par le Conseil des ministres de l'OHADA, la réforme de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique (A.u.-Soc.), publiée le 4 février 2014, est entrée en vigueur le 5 mai 2014.

adaptation de celle-ci aux besoins des entreprises tout en rendant ces dernières plus cohérentes<sup>4</sup>.

Dans cette perspective des commissions de réforme avaient été instituées ; elles ont d'ailleurs réalisé des travaux très intéressants : la commission Badinter de 1985, la commission Bézard de 1992 à 1994, etc. Dans les raisons de ce remodelage du droit positif des sociétés commerciales tout comme dans son essence, il existe de nombreuses similitudes avec la réforme qui a récemment eu lieu dans le cadre de l'Ohada.

La consécration de la société par actions simplifiée fut le point d'orgue des modifications opérées par le législateur français<sup>5</sup>. Elle parachève, l'œuvre de simplification voulue par les instances professionnelles – le CNPF<sup>6</sup>, notamment, fut le principal instigateur de la réforme -, en même temps qu'elle s'inscrit dans les exigences de simplicité et de sécurité qui caractérisent le droit des affaires. L'AU Soc. reproduit cette innovation française, mais loin de constituer une révolution, le texte ravive les discussions sur les rapports entre le modèle juridique français et le droit des pays africains ; la multiplication des emprunts au législateur français accréditant l'idée d'une survivance du mimétisme juridique alors même que les conditions ayant légitimé celui-ci ne sont plus d'actualité<sup>7</sup>. Le prestige dont jouit le droit français dans son pré-carré africain reste plus que jamais d'actualité<sup>8</sup>, cette assertion se vérifiant par le parallèle entre la nouvelle mouture de l'AU sur les sociétés commerciales et les dispositions correspondantes du code de commerce français<sup>9</sup>. Au-delà des clauses de style

---

<sup>4</sup> Pour une analyse récente du projet de modernisation de la loi de 1966, voir I. Urbain Parleani et P. – H. Conac, *Présentation générale de l'ordonnance du 31 juillet 2014, et réflexions sur la simplification et la réforme du droit des sociétés*, Revue des sociétés 2014, p. 611.

<sup>5</sup> J. Paillusseau, *La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés !*, Recueil Dalloz 1999 p.333.

<sup>6</sup> CNPF (conseil national du patronat français), Rapport du groupe de travail sur la société anonyme simplifiée, structure de rapprochement d'entreprises (rapport Field), oct. 1990 ; V. également B. Field, *Présentation générale*, in *Société par actions simplifiée*, GLN Joly, 1994, p. 6 ; J.-P. Bouère, *Société anonyme simplifiée et accords d'actionnaires*, Petites affiches, 13 mars 1991 ; O. Douvreur, *Le projet de loi instituant une société par actions simplifiée*, Petites affiches, 11 mars 1992 ; La SAS, *Les annonces de la Seine*, 11 juill. 1994.

<sup>7</sup> Au lendemain des indépendances, l'absence d'une élite nationale initiée à la science du droit rendait impossible une quelconque entreprise de remise en cause, si toutefois elle avait été projetée. Un auteur, éminent comparatiste, a, avec perspicacité, saisi et décrit cette situation en parlant d'une « *Afrique où il n'existe, en dehors des grands centres, qu'un nombre très réduit, parfois insignifiant, de juristes* », ou encore d'une « *Afrique dans laquelle est déplorée une pénurie de juristes* » (David (R.), *Le droit comparé. Droits d'hier, droits de demain*, Economica, coll. 'Etudes juridiques comparatives', 1982, p. 254.

<sup>8</sup> V. notamment L.-D. Muka Tshibende, *Les Gaulois, nos ancêtres ? Sur la circulation et l'influence du modèle juridique français en Afrique noire francophone*, in *Rev. Jur. – Droit prospectif*, numéro 2006-1, Presses universitaires d'Aix-Marseille, pp. 379-409

<sup>9</sup> Il a été avancé en doctrine que « *les pays ayant accédé à l'indépendance, les pays désirant se moderniser ou souhaitant la rencontre avec l'Occident, trouvent dans le droit français un modèle facile à comprendre, facile à assimiler, facile à appliquer* » ou encore s'agissant du modèle de codification à la française, qu'il permettait l'établissement « *de règles abstraites, assez précises pour servir de guide au juge en même temps que de moyen de défense au citoyen contre l'arbitraire du juge, mais assez générales pour permettre une adaptation de la norme aux cas particuliers et, souvent même une adaptation rendue nécessaire par l'évolution des faits* ». V. notamment R. Sacco, *La circulation du modèle juridique français*, rapport de synthèse ; Journées franco-italiennes, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIV, 1993, p. 8, et R. Houin, *L'évolution du droit civil et les projets de révision du code civil français*, in Travaux du 1<sup>er</sup> congrès de droit privé comparé Maurice – La Réunion, Institut d'Etudes juridiques, économiques et politiques de Saint Denis de la Réunion, 1965, p. 1-2.

sur la vocation unificatrice du corpus juridique Ohada, il convient de s'interroger sur l'opportunité du choix du statu quo en droit des sociétés<sup>10</sup>. S'agissait-il par cette démarche pour le législateur Ohada de répondre à l'objectif de simplification du droit, ou s'est-il plutôt contenté de suivre le mouvement en reprenant indifféremment les innovations introduites en droit français des sociétés ?

Le reproche est en effet devenu récurrent d'une francisation continue du droit uniforme africain. A la suite de la réforme de l'AUDCG, réforme destinée principalement à bannir la distinction très controversée entre actes de commerce par nature, par la forme ou par accessoire<sup>11</sup>, la question d'une inféodation du droit communautaire Ohada au droit français est devenue incontournable surtout qu'aux retouches du droit français font souvent écho des refontes de la réglementation Ohada. A l'heure où la question de l'effectivité du droit communautaire est placée au cœur des débats, cette problématique ne peut être éludée. Le contexte actuel reste en effet marqué par une domination prégnante du système juridique français sur le droit Ohada, des pans entiers du droit des sociétés étant encore sous influence française.

Pour le législateur communautaire, il s'agissait surtout, par cette réforme, de s'adapter au contexte économique et financier de la mondialisation en offrant aux entreprises africaines un droit des sociétés moderne, souple, transparent et tirant parti des nouvelles technologies. Dans ces conditions, chaque ressortissant étranger désirant entrer en relation avec une entreprise implantée sur le territoire Ohada peut, grâce aux seuls statuts, apprécier la solidité juridique et financière de la société avec laquelle il entend traiter sans avoir à craindre les pièges d'une législation défavorable. Par conséquent, en évitant des recherches coûteuses et complexes sur les garanties prévues par un droit étranger, la coordination des règles sociétaires a été incontestablement facteur de modernisation pour les entreprises communautaires et leurs partenaires commerciaux.

On assisterait, dès lors, à une véritable « *course à la modernisation* » du droit des groupements, législateur communautaire et législateurs nationaux – par l'uniformisation du droit – essayant chacun d'adapter leur arsenal législatif à l'évolution économique et juridique contemporaine. Ce faisant, le modèle français proposerait une nouvelle définition de la société, celle-ci étant considérée comme un groupement à but économique intéressé ayant pour objet tant de garantir les impératifs de sécurité juridique au sein de l'espace Ohada, que d'offrir aux ressortissants communautaires des moyens propres à s'engager dans la

---

<sup>10</sup> Cette recherche est d'autant plus importante que le droit français des sociétés est traversé par des changements perpétuels. I. Urbain – Parleani fait observer que « *ce mouvement brownien de réforme donne l'impression d'une navigation législative à vue même si la tendance nette est celle d'une libéralisation du droit des sociétés. (...) Cette tendance forte à la modernisation s'est enracinée depuis 1999. (...). Toutefois, le retour annuel des réformes du droit des sociétés, comme autant de marronniers législatifs, ne donne pas l'impression d'une vision préalable d'ensemble du législateur.* » in I. Urbain Parleani et P. – H. Conac, *Présentation générale de l'ordonnance du 31 juillet 2014, et réflexions sur la simplification et la réforme du droit des sociétés*, op. cit. p. 1.

<sup>11</sup> L'ancien AUDCG empruntait directement au code de commerce français la définition de l'acte de commerce. Elle reprenait la distinction des actes de commerce par nature, par la forme et par accessoire, celle des actes de commerce et des actes civils, alors même que pareilles distinctions étaient fortement controversées et souvent ignorées à l'étranger.

compétition économique<sup>12</sup>. D'autre part, le législateur français, abordant à la fois des questions techniques et des thèmes plus généraux, modifierait substantiellement le droit des sociétés dans les législations nationales.

Les analyses récentes sur le droit des groupements invitent cependant à la circonspection quant à la tentation de déconsidérer la forte influence française s'exerçant sur le droit Ohada. Il semblerait notamment que ces évolutions participent d'un irrésistible mouvement de globalisation juridique<sup>13</sup>, phénomène envahissant et pluriel. A la lumière des écrits de Jacques Chevallier<sup>14</sup>, même si elle prend des formes nouvelles aujourd'hui, la question des emprunts juridiques reste une ancienne problématique<sup>15</sup>. Sous l'effet d'une convergence des droits, les systèmes juridiques semblent plus perméables aux règles de droit international et aussi de droit étranger<sup>16</sup>.

Pour séduisante qu'elle paraisse cependant cette perspective « globalisante » - en ce qu'elle fait du droit communautaire africain un sous-ensemble d'un système juridique mondialisé – mérite d'être tempérée. Elle n'affaiblit pas l'impression d'un droit Ohada imposé à ses destinataires et en conséquence susceptible d'être rejeté pour non-conformité aux aspirations des opérateurs économiques nationaux. Paré pour relever les défis du développement économique, ce droit ne connaît, en effet, qu'un faible rayonnement dans l'effectivité des rapports sociaux au niveau communautaire.

La réalité offre l'occasion de noter le peu de portée des innovations du droit des sociétés dans la vie des groupements. Une réforme uniquement dictée par le souci d'une plus grande conformité au droit français n'aura sans doute pas l'heur de convaincre les détracteurs de ce droit Ohada quant à l'adéquation de ce droit uniforme dans le contexte économique africain.

Il importe, ainsi, d'étudier les raisons de cette relecture de l'AU sur les sociétés commerciales, et de s'interroger sur l'avenir de ces aménagements au regard des évolutions connues par le

---

<sup>12</sup> V. B. Lecourt, *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, préf. Y. Guyon, LGDJ, 2000, spéc, n° 14 et s.

<sup>13</sup> Marie-Claire Ponthoreau, *Trois interprétations de la globalisation juridique*, AJDA 2006 p.20.

<sup>14</sup> J. Chevallier, *Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ?*, in *Le droit saisi par la mondialisation*, [dir.] C.-A. Morand, Bruylant, 2001, p. 37.

<sup>15</sup> F. Melleray parle notamment du droit administratif français : traditionnel produit d'exportation, il s'ouvre aujourd'hui aux influences étrangères sous l'effet principal du droit communautaire en vue de sa libéralisation et d'une plus grande attention aux droits des administrés (F. Melleray, *L'imitation des modèles étrangers en droit administratif français*, AJDA 2004, p. 1224).

<sup>16</sup> Les interrogations se focalisent sur la perte de maîtrise de l'élaboration du droit par les Etats. Plus particulièrement, la loi n'apparaît plus comme le principal mécanisme de régulation sociale. En revanche, le juge, lui, apparaît comme le gendarme de l'internationalisation, et donc comme la figure centrale. Il suffit d'évoquer une loi comme la loi belge dite de compétence universelle (aujourd'hui abrogée, mais à l'origine du principe de compétence universelle) ou bien encore les créations de juridictions internationales en vue d'assurer la protection des droits de l'homme. Puisque le législateur perd son rôle organisateur, nombreux sont ceux qui avancent que l'articulation des normes ne doit plus être pensée en des termes hiérarchiques. En France, les travaux de Mireille Delmas-Marty (parmi ceux-ci, V. son ouvrage le plus récent, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004) vont dans ce sens ; en Allemagne, ce sont ceux de Peter Häberle (v. *L'Etat constitutionnel*, préc.) ; en Belgique, ceux de François Ost et de Michel Van de Kerchove (F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002).

droit français des sociétés commerciales (I). Il faudra ensuite, dans une perspective de politique juridique, examiner la pertinence de ces réformes, par rapport au mimétisme juridique devenu la marque de la législation africaine postcoloniale (II).

## I. La raison d'être de la réforme du droit Ohada des sociétés commerciales :

Au lendemain des récentes mutations du droit des sociétés commerciales, une question ne peut manquer d'être posée : pourquoi moderniser avec une telle ampleur le droit Ohada des sociétés commerciales alors que l'Acte uniforme qui était auparavant applicable ne totalisait pas vingt années d'existence ?

L'argument si souvent brandi du vieillissement des textes ne pouvant prospérer compte tenu de la relative jeunesse du corpus juridique ayant précédé le texte actuel<sup>17</sup>, il sera aisé de noter qu'au temps de la réforme du droit français des sociétés un certain nombre de justifications avaient été avancées pour expliquer les modifications envisagées. Elles tenaient principalement au caractère institutionnel prononcé de ce droit des sociétés commerciales (A). A côté de ces raisons, des objectifs étaient projetés notamment la volonté de davantage contractualiser ce droit des sociétés. Ces différents éléments se retrouvent avec une similitude troublante dans le cas de l'OHADA (B).

### A. La prééminence de l'approche institutionnelle dans la loi française de 1966

Une série de raisonnements avaient été avancés en France pour expliquer l'opportunité d'une réforme du droit des sociétés commerciales tel qu'il ressortait de la loi de 1966. Un premier avait trait au *pointillisme de détail de l'organisation des sociétés et à l'excès des règles impératives*. La législation sur les sociétés commerciales, fruit de strates progressives de dispositions d'ordre public, était affectée de multiples lourdeurs qui entravaient le fonctionnement des sociétés commerciales en même temps qu'ils causaient un grand embarras doctrinal. A l'évidence, le législateur de 1966 avait fait montre d'une extrême sévérité dans l'arsenal législatif créé à cette époque (1). Cette même approche avait été suivie par le législateur communautaire dans l'ancienne mouture de l'AU Soc. (2).

#### 1. Le rigorisme de la loi française de 1966

La doctrine française est traditionnellement attachée à la théorie institutionnelle de la société. Les scandales financiers du siècle passé et même de ce siècle ont été le moteur de la législation française sur les sociétés et le souvenir s'en est conservé dans l'inconscient collectif.<sup>18</sup> A l'instabilité financière, le législateur avait réagi en multipliant les dispositions d'ordre public.

---

<sup>17</sup> Le premier Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE fut adopté le 17 avril 1997. Il fut publié le 1<sup>er</sup> octobre 1997.

<sup>18</sup> P. Didier, *La théorie contractualiste de la société*, Revue des sociétés 2000 ; p. 95.

Il fut notamment reproché à la loi française de 1966, de régler dans le détail et de manière impérative l'ensemble des relations et situations alors qu'aux dires de la doctrine rien ne justifiait réellement ni le luxe des détails ni le caractère impératif de certaines règles<sup>19</sup>. On ne fait pas fonctionner l'économie à coup de règles impératives ; l'histoire de l'Europe de l'Est avait d'ailleurs confirmé cette maxime.<sup>20</sup> Il n'était d'ailleurs pas davantage souhaitable de laisser contrôler la gestion des entreprises par la juridiction répressive. En 1966, le législateur français qui multipliait à l'excès les règles impératives, avait été embarrassé par les recherches d'une sanction. Faute d'imagination, les sanctions pénales ont été multipliées. La pratique judiciaire sortit d'ailleurs de l'ombre une incrimination instituée en 1985, laquelle avait tendance à instaurer par ce moyen une sorte de contrôle de gestion, ce qui était excessif.<sup>21</sup> Les cris d'orfraie des partisans de la dépenalisation n'y firent rien, le dispositif répressif ne cessa de croître ; il devint « impressionnant »<sup>22</sup>, à tel point que l'on pouvait vraiment parler d'une véritable « inflation pénale ».<sup>23</sup>

Il est vrai que le droit est, à un moment donné, influencé par les tendances culturelles dominantes de la société politique, économique et sociale. Or, en 1966, quand le droit des sociétés a été élaboré et discuté au Parlement, une tendance culturelle, forte, de la société politique française conduisait au centralisme, au dirigisme et à l'assistance. Elle ne pouvait qu'influencer les auteurs de la loi de 1966 et les inciter à régler dans le détail tous les aspects de l'organisation des sociétés. Ce pointillisme concernait jusqu'à la façon dont devaient être tenus les registres sociaux !

La part de l'organisation laissée à la liberté des fondateurs s'en trouvait conséquemment réduite. Aux dires de la doctrine, le texte de 1966 avait fait du droit des sociétés un droit que d'aucuns n'avaient pas hésité à qualifier de « liturgique », ce qui était une élégante manière de marquer l'importance de l'ordre public.<sup>24</sup> Dans l'esprit du législateur, cet état de fait s'expliquait aisément : il fallait bien que protection soit accordée à ceux auxquels l'existence de la personne morale fait courir des risques, à savoir les associés et les tiers. En la

---

<sup>19</sup> J. Paillusseau, *La modernisation du droit des sociétés commerciales « Une reconception du droit des sociétés commerciales »*, Recueil Dalloz 1996 p. 287.

<sup>20</sup> J. Foyer, *Quel droit des sociétés dans le millénaire qui s'avance ?*, Revue des sociétés 2000, p. 101.

<sup>21</sup> Le droit pénal était pratiquement inexistant dans le code de commerce français de 1807. Sa place n'a cependant cessé de croître, depuis les lois du 17 juillet 1856 et du 24 juillet 1867, au sein du droit des sociétés et, d'une façon plus générale, en matière de droit des (V. sur cette évolution historique, B. Bouloc, *Le droit pénal dans la vie commerciale*, in *Quel code de commerce pour demain ?*, Litec, 2007, p. 28 ; V. aussi l'article intitulé *Quelques aspects du droit pénal dans le droit des sociétés*, in *Livre du bicentenaire du code de commerce*, ouvrage collectif de l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), sous la dir. du professeur P. Le Cannu.). On rappellera que, lors des travaux préparatoires de la loi du 24 juillet 1966, s'est posée la question de savoir s'il fallait maintenir autant de droit pénal. Malgré les remarques des commercialistes, favorables à l'idée d'une dépenalisation et au développement de la responsabilité civile des dirigeants, la doctrine pénaliste a fait valoir qu'il convenait de ne pas baisser la garde (J.-B. Herzog, *Rêveries d'un pénaliste solitaire sur le droit des sociétés*, D. 1966. Chron. 91.). Car, même si certaines infractions ne sont pas très fréquemment mises en œuvre, la présence des textes répressifs est de nature à dissuader de les commettre.

<sup>22</sup> V. J. Hamel, *préface au Droit pénal spécial des sociétés anonymes*, Dalloz, 1955, p. VIII.

<sup>23</sup> M. Delmas-Marty, *L'enjeu d'un code pénal, réflexions à propos de l'inflation des lois pénales en France*, Mélanges Legros, Bruxelles, 1985, p. 165 ; J.-J. de Bresson, *Inflation des lois pénales et législation ou réglementations techniques*, RSC 1985. 241.

<sup>24</sup> D. Randoux, *Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre*, Revue des sociétés 2000, p. 105.



circonstance, la difficulté était justement de trouver l'équilibre entre ces éléments contradictoires que sont, d'une part le dynamisme dont doit profiter la société pour prospérer et d'autre part la prudence qu'imposent la défense des intérêts des associés et la sauvegarde des droits des créanciers.

En droit Ohada, la lecture de l'ancien texte sur le droit des sociétés, révèle l'identité entre la démarche suivie par le législateur Ohada et celle qui fut adoptée par le législateur français de 1966.

## **2. Une approche reproduite en droit Ohada des sociétés**

Sans aller dans le détail des règles issues de la réforme de l'AU Soc., le parallèle peut d'emblée être fait avec les raisons ayant motivé la modification du droit français des sociétés. L'excès de dispositions impératives dans l'AU Soc. de 1997 a souvent été décrié. Dans un article rédigé sous l'empire de ce texte, Pascal Ngihe Kante soulignait notamment que le caractère d'ordre public était attaché de manière générale à l'ensemble des dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique (AU Soc.) de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, en abrégé OHADA. Ce caractère d'ordre public interdisait de déroger à ces règles et rendait nulles ou non écrites toutes dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles contraires. Cette analyse effectuée en 2010, pointait ainsi la divergence entre ce droit et la récente évolution de la matière qui va dans le sens de la « contractualisation »<sup>25</sup>. A cet égard, l'auteur dans un passage édifiant décrivait l'état des dispositions impératives dans le texte de l'AU sur les sociétés commerciales et les GIE :

*« Une lecture combinée des articles 10 du traité de l'OHADA, 2 et 919, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE permet d'affirmer que la réglementation OHADA des sociétés commerciales est marquée par le sceau de l'autoritarisme : l'ordre public y règne en souverain quasi-absolu sauf dans certains cas où des dérogations auraient été expressément prévues par le législateur<sup>26</sup>. À cet égard, cette réglementation s'applique indépendamment de la volonté des associés ou des États membres de l'OHADA. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), dans un avis remarqué, a réaffirmé le principe<sup>27</sup>. »*

---

<sup>25</sup> P. Ngihe Kante, *Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique*, RTD com 2010, p. 1.

<sup>26</sup> NDLR L'art. 10 du traité affirme la primauté du droit OHADA sur les dispositions du droit interne. L'art. 2 de l'AU Soc. admet le caractère d'ordre public attaché de manière générale aux dispositions dudit Acte, à l'exception des cas où l'Acte autorise expressément l'associé unique ou les associés à lui substituer les dispositions dont ils ont convenu, soit à le compléter par les stipulations propres. Quant à l'art. 919, al. 1<sup>er</sup>, il pose le principe général de l'abrogation des dispositions contraires à celles de l'Acte uniforme.

<sup>27</sup> NDLR Cf. Avis n° 001/2001/EP du 30 avr. 2001, 4<sup>e</sup> question, 4<sup>e</sup> branche (4-d) : « Les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique étant d'ordre public et s'appliquant à toutes les sociétés commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet régissent les sociétés soumises à un régime particulier entrant dans le cadre juridique ainsi défini. Toutefois, à

Comme cela fut le cas dans la loi française de 1966, le législateur de l'OHADA règle tout dans le détail et souvent de manière impérative<sup>28</sup>. Cet ordre public<sup>29</sup> qui correspond au souci de protéger aussi bien les associés que les tiers, se matérialise par une floraison d'interdictions dont certaines sont assorties de sanctions pénales<sup>30</sup>. À ce titre, il aurait pour fonction de protéger l'intérêt général.

Ainsi, à l'exemple de son homologue français dans la loi de 1966, le législateur de l'OHADA ne tolère les dispositions complémentaires des associés ou l'intervention des législateurs nationaux, voire des juges internes que dans la mesure où il les autorise lui-même ou lorsque ces dispositions seraient conformes à celles qu'il a prévues. L'acte uniforme prévoit absolument tout sur la réglementation d'une société et ne laisse aucune place à la liberté d'appréciation des différents destinataires de l'ordre public sociétair. La marge de manœuvre des associés ou des États n'est prévue que dans de rares cas ce qui permet d'affirmer que l'ordre public occupe une grande importance en droit des sociétés commerciales de l'OHADA.

Quant aux raisons qui justifient l'excessive rigidité de l'ancien texte, il a notamment été fait état de la crainte du législateur que les associés ne mettent en péril l'existence de la société ou que les États parties ne se soumettent à la primauté du droit de l'OHADA. Le législateur a donc dû veiller à limiter la liberté contractuelle des associés<sup>31</sup> de même que la souveraineté législative et judiciaire des États.

Dans les sociétés à caractère institutionnel avéré telles que les sociétés de capitaux, ces règles d'ordre public prospéraient, les recours contre les associés étant limités. Comme le relève à cet effet Jean Paillusseau, « *la limitation de la responsabilité des associés implique que l'on protège la société elle-même, en tant que telle, à moins que l'on accepte de spolier aussi bien les associés que les créanciers* »<sup>32</sup>. Le législateur est donc tenu d'intervenir dans l'organisation de la société. Cette ingérence de la loi dans le fonctionnement de ces sociétés s'explique par la reconnaissance à la société d'un intérêt propre distinct de celui de la société en tant que personne morale.<sup>33</sup>

---

l'égard de ces sociétés, l'art. 916, al. 1<sup>er</sup>, de l'Acte uniforme précité laisse également subsister les dispositions législatives spécifiques auxquelles lesdites sociétés sont soumises ». - Cf. aussi, CCJA, Avis n° 2/2000/EP du 26 avr. 2000 et CCJA, Avis n° 003/2002 du 10 janv. 2002.

<sup>28</sup> NDLR Pour un rappel du contenu de la loi française de 1966, cf. J. Paillusseau, *La modernisation du droit des sociétés commerciales : une reconception du droit des sociétés commerciales*, D. 1996. Chron. 287.

<sup>29</sup> On a toujours considéré l'ordre public comme une notion particulièrement fuyante qui « ne se laisse enfermer ni dans une définition ni dans un catalogue » (J. Carbonnier, *Droit civil, t. IV, Les obligations*, PUF, 22<sup>e</sup> éd., 2000, n° 69). La définition de Planiol a été approuvée par de nombreux auteurs contemporains (Ph. Malaurie, in *L'ordre public et les bonnes moeurs, Rapport français*, Trav. assoc. H. Capitant, 1952, E. Doucet, 1956, p. 748 ; J. Ghestin, op. cit., n° 97, notamment).

<sup>30</sup> NDLR La sanction de cette impérativité va consister, en règle générale, en une nullité, mais une nullité absolue ouverte non seulement à tous ceux que le législateur entend protéger, mais également à tout le monde.

<sup>31</sup> L'article 2 de l'AU Soc. De 1997 posait le principe d'ordre public de ses dispositions, interdisant ainsi à l'associé unique ou aux associés d'y déroger en dehors de toute autorisation expresse

<sup>32</sup> Cf. J. Paillusseau, *La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés*, in *Droit et Actualité, Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, n° 24, p. 576.

<sup>33</sup> L'analyse de P. Didier contredit cependant cette assertion : dans le droit anglo-saxon notamment, l'inexistence de règles d'ordre public n'empêche pas le développement des sociétés. La doctrine

On aboutit à l'application à la société commerciale de la théorie publiciste de l'institution systématisée par le Doyen Hauriou d'après laquelle la société serait moins un contrat qu'une institution<sup>34</sup>. Cette théorie permet ainsi d'expliquer les contraintes importantes affectant ces sociétés de capitaux tel qu'en témoignent de nombreuses dispositions portant sur leurs règles de fonctionnement : la SA tout particulièrement est affectée d'une forte réglementation dans son organisation interne ainsi que de principes de fonctionnement contraires à la logique contractuelle. Que l'on songe notamment au commissaire aux comptes : ce dernier initialement conçu comme un simple mandataire des associés, a vu ses missions se renforcer et s'élargir à mesure que les sociétés anonymes gagnaient en importance. Certains n'hésitent plus à parler à son sujet de mission d'intérêt public, ce qui en fait un organe social<sup>35</sup> : comme en droit français<sup>36</sup>, l'essentiel de son statut et de ses attributions étant désormais défini par la loi et non par les actionnaires<sup>37</sup>. Le constat est fondé sur deux éléments : d'une part, les actionnaires ne sont pas maîtres de la désignation et de la révocation du commissaire aux comptes ; d'autre part, ce dernier est investi de missions allant au-delà de la seule protection des actionnaires.

La règle de la majorité lors des délibérations au sein de la société constitue une autre atténuation à la logique contractuelle de la SA. Le fonctionnement des assemblées d'actionnaires est traditionnellement gouverné par le principe de majorité<sup>38</sup>. Cette règle bien évidemment ne relève pas du contrat, elle a un caractère impératif<sup>39</sup>.

Dans les sociétés connaissant un fort *intuiti personae* telles que les sociétés de personnes, ce caractère d'ordre public connaît un léger infléchissement, il ne disparaît pas pour autant. La SNC, la SCS et la société en participation peuvent être considérées comme à prédominance

---

contractualiste affirme en effet que les pouvoirs des managers américains n'ont cessé de se développer sans que ni le juge ni le législateur ne tentent d'y mettre un frein. Et, néanmoins, l'économie américaine ne s'est jamais aussi bien portée, les sociétés n'y ont jamais été aussi prospères ni les actionnaires, aussi comblés. V. P. Didier, La théorie contractualiste de la société, *Revue des sociétés* 2000, p. 95.

<sup>34</sup> M. Hauriou, *Théorie de l'institution*, 1935, cité par Mamadou Koné, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA. Comparaison avec le droit français*, LGDJ, 2003, n° 323, p. 105.

<sup>35</sup> Cf. Ch. Freyria, Le commissaire aux comptes : mission d'intérêt public ?, *JCP E* 1996. I. 516.

<sup>36</sup> Cf. Y. Guyon, *Commissaires aux comptes : mission et responsabilité*, J.-Cl. Sociétés, Fasc. 134-B ; D. Lange, *Commissaires aux comptes, missions*, J.-Cl. Sociétés, Fasc. 134-20 ; J. Monéger et T. Granier, *Rép. sociétés Dalloz, v° Commissaires aux comptes* ; Lamy Sociétés commerciales, 2001, n° 1176 s. ; J.-F. Barbièri, *Le commissaire aux comptes*, GLN-Joly, 1996 ; R. Castel et F. Pasqualini, *Le commissaire aux comptes*, Economica, 1995.

<sup>37</sup> Sur les statuts et les attributions du commissaire aux comptes en droit OHADA, cf. P.-G. Pougoue, F. Anoukaha et J. Nguebou Toukam, *OHADA. Sociétés commerciales et GIE, UNIDA*, Bruylant, coll. Droit uniforme africain, Bruxelles, 2002, n° 254 s. ; Ernest & Young International, *op. cit.*, 1999, p. 255 s. ; égal., *Le commissariat aux comptes dans l'Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales : La documentation permanente*, éd. C2A, n° 1 du 5 janv. 1998, D. 1.

<sup>38</sup> V. notamment, S. Vaisse, *La loi de la majorité dans la SA*, thèse, Paris, 1967 ; *La loi de la majorité*, Colloque de Deauville organisé les 15 et 16 juin 1990 par l'Association droit et commerce, *RJ com.* n° spéc., nov. 1991 ; H. Chézaud, *Les assemblées d'actionnaires*, thèse, Paris I, 1989 ; G. Ripert et R. Roblot, *op. cit.*, n° 1558. Concernant la mise en œuvre de ce principe au sein de l'OHADA, cf. R. Njeufack Temgoua, *Les règles de la majorité dans les sociétés commerciales OHADA*, in *Ann. de la Faculté des sc. jur. et pol. de l'Université de Dschang*, 2006, t. 10, p. 81 à 96 ; égal. Mamadou Koné, *op. cit.*, n° 248 à n° 253, p. 159-162.

<sup>39</sup> G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1951, n° 40. La logique contractuelle aurait exigé qu'au moins les décisions extraordinaires, parce que modifiant le contrat social d'origine, puissent être prises à l'unanimité. En imposant le principe de majorité, la loi abandonne nécessairement cette logique.

contractuelle en dépit du principe d'ordre public énoncé à l'article 2 de l'AU Soc. L'ordre public n'est pas pour autant totalement absent de ces structures. La protection des créanciers sociaux, des associés, de l'épargne publique et de tous ceux qui ont intérêt à l'existence d'une société, justifient là également un nécessaire recul de la liberté contractuelle. Le principe de la responsabilité solidaire et indéfinie n'a pas eu raison des ardeurs du législateur, le principe d'ordre public là également parvient à se frayer un chemin dans le maquis des contraintes déjà importantes imposées aux associés de ces sociétés dites fermées.

Ce carcan législatif entravait fortement le fonctionnement des sociétés ; contre cet excès d'impérativité de la loi sur les sociétés, il a fallu réagir, en contractualisant le droit des sociétés.

## B. La contractualisation<sup>40</sup> du droit des sociétés commerciales :

« *La société n'est jamais une institution dont le mécanisme est entièrement réglementé par la loi* ». <sup>41</sup> C'est à travers la création de la société par actions simplifiées que la liberté contractuelle fit irruption en droit Ohada des sociétés commerciales. L'avènement de la SAS marque, en effet, le passage d'un droit imposé à un droit négocié en matière de réglementation des groupements d'affaires. L'approche institutionnelle de la société a donc dû s'effacer au profit d'une conception volontariste des rapports entre associés. Cette SAS, véritable pépite<sup>42</sup> dans le monde des groupements d'affaires (1), constitue une innovation française. Elle traduit l'objectif de simplification visé par les instances professionnelles et repris par la doctrine ; mais il importe de maintenir un contrôle sur le fonctionnement de celle-ci pour éviter que les digues qui confèrent à l'acte de société son essence ne cèdent. (2).

### 1. LA SAS, une construction juridique opportune

---

<sup>40</sup> La théorie contractualiste de la société est apparue aux Etats-Unis dans les années soixante-dix. Elle s'est élaborée à travers des milliers d'articles publiés dans des revues juridiques, économiques ou financières et elle s'est affirmée dans des ouvrages comme ceux de Frank H. Easterbook et Daniel R. Fishel (*The economic structure of corporate law*, Harvard University Press 1991), Paul Milgrom et John Roberts (*Economics, Organization and Management*, Prentice-Hall International, Inc., 1992), Roberta Romano (*Foundations of Corporate Law*, Oxford University Press 1993), Michael P. Dooley (*Fundamentals of Corporation Law*, The Foundation Press Inc 1995). Elle est pénétrée tout à la fois de philosophie utilitariste et de la théorie de la justice de John Rawls. Elle s'appuie sur l'analyse de la firme de Ronald Coase et sur celle de l'agence développée par Jenkins et Meckling. Elle se rattache au courant de pensée que l'on qualifie d'analyse économique du droit, auquel Richard Posner a donné l'ampleur que l'on sait. Elle s'est édifiée dans le prolongement des thèses que Berle et Means avaient présentées en 1932, en pleine crise économique, et qui ont dominé l'opinion publique pendant les trente années suivant leur apparition.

<sup>41</sup> M. Koné, *op. cit.* p. 204.

<sup>42</sup> V. Colloque du 24 janv. 2014 sur « *Les 20 ans de la société par actions simplifiée (SAS)* » organisé, sous le haut-patronage du ministère de la justice, par l'Université Paris-Descartes (CEDAG) avec l'Institut Max Planck de Luxembourg. Les actes du colloque ont été publiés sous la direction des professeurs I. Urbain-Parleani et P.-H. Conac aux éditions Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, au premier trimestre 2015.

Il faut rappeler tout d'abord que sous l'empire de la loi française du 24 juillet 1966, la volonté de préserver l'intérêt social était prédominante ; elle justifia l'inspiration rigoriste qui caractérisait l'ensemble des textes.

A la question de définir cette notion d'intérêt social, le rapport Viénot<sup>43</sup>, énonce que « *l'intérêt social peut... se définir comme l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise. Le comité considère que l'action des administrateurs doit être inspirée par le seul souci de l'intérêt de la société concernée* »<sup>44</sup>.

Le rapport Marini<sup>45</sup> rejette cette conception de la société et propose une autre réponse à la question de savoir dans l'intérêt de qui la société doit être gérée : « *La première raison d'être de toute société est l'enrichissement de ses actionnaires.* »<sup>46</sup>. Et, poursuit son auteur, sans doute est-on allé trop loin dans l'approche institutionnelle de la société, car la volonté de préserver l'intérêt social a conduit à réglementer la vie des entreprises de manière trop détaillée, introduisant des rigidités excessives nuisibles à leur adaptation et à leur développement. « *D'autre part et surtout, elle a généré un transfert des pouvoirs au sein de l'entreprise dans le nouveau contexte de la dissociation entre le capital et le pouvoir. En effet, la définition de l'intérêt social masque un enjeu de pouvoir... Aussi, semble-t-il nécessaire aujourd'hui de définir un nouvel équilibre des pouvoirs au sein de l'entreprise... les dirigeants sociaux ne doivent pas être en situation de confisquer le pouvoir à leur seul avantage. De ce point de vue, l'équilibre actuel entre actionnaires et dirigeants n'est pas satisfaisant et il appartient au législateur de mieux assurer aux premiers les moyens d'un contrôle effectif sur les seconds* » (p. 13)<sup>47</sup>. Il affirme également que l'on peut se demander si l'intérêt social, censé transcender les intérêts des actionnaires, n'est pas devenu « *l'alibi d'un nouveau despotisme éclairé* ». En définitive, le rapport prône l'assimilation des notions d'intérêt social et d'intérêt de l'entreprise ; ces derniers ne signifiant plus qu'une chose : l'intérêt des seuls associés.

Ainsi, à rebours de la tendance dirigiste qui fut prééminente dans la loi française de 1966, une autre tendance culturelle aura motivé la refonte de ce texte : c'est la volonté d'accroître la part de liberté laissée aux « utilisateurs » du droit dans l'organisation de leurs « affaires »,

---

<sup>43</sup> Le rapport Viénot est un rapport conjoint d'un groupe de travail du CNPF et de l'AFEP (Association française des entreprises privées). Il a été publié en juillet 1995.

<sup>44</sup> La notion d'intérêt de l'entreprise ne concerne pas seulement le droit des sociétés, elle a aussi une grande importance en droit du travail où elle permet, soit de justifier des décisions des dirigeants de la société, dès lors qu'elles ont été prises conformément à l'intérêt de l'entreprise (par exemple pour des modifications substantielles de contrats de travail ou pour sanctionner de manière discriminatoire des salariés ayant participé à une même faute), soit de leur ôter toute légitimité dans le cas contraire (par exemple pour l'application de clauses de non-concurrence).

<sup>45</sup> La Documentation française, collection des rapports officiels, 1996.

<sup>46</sup> V. sur ce point, D. Schmidt, De l'intérêt social, *JCP éd. E* 1995, I, n° 488 ; et Rapport de synthèse du colloque de la *Semaine Juridique* du 29 mai 1996 sur les actionnaires et les dirigeants.

<sup>47</sup> Conférence de presse du sénateur Marini et déclaration du ministre français de la Justice du 10 sept. 1996 à Agen.

particulièrement pour les opérateurs économiques. Cet «espace» de liberté contractuelle était nécessaire, notamment, pour leur permettre d'adapter leurs entreprises aux bouleversements économiques et sociaux qui affectent le monde actuel.

C'est dans cette perspective que l'on cherchât d'ailleurs à aménager ou à créer de nouvelles structures d'accueil, comme la société par actions simplifiée (SAS) par exemple, qui laisse beaucoup de liberté à ses actionnaires pour organiser comme ils l'entendent leur société, ou à créer de nouveaux instruments juridiques facilitant les « montages » imaginés par les «utilisateurs » du droit. Il en est ainsi notamment de la fiducie.

Outre cette volonté de fluidifier les relations commerciales, le législateur français se devait également de tenir compte des multiples changements qui se sont succédé et qui ont abouti à une perte de cohérence du dispositif applicable aux sociétés commerciales. En effet, au cours des décennies ayant précédé la réforme, la loi avait été modifiée constamment par des textes dont les objets, les finalités et les objectifs n'étaient pas exactement ceux de la loi votée en 1966. Il en est résulté une perte de clarté de l'ensemble.

L'unité de la loi a encore été mise à mal dans la mesure où l'organisation juridique des entreprises a été aussi réalisée par des textes relevant de disciplines juridiques différentes : droit boursier, droit comptable, droit fiscal, droit des relations du travail, droit des entreprises en difficulté, etc. Il importait, afin de rationaliser le droit des sociétés de procéder à un réaménagement en profondeur de celui-ci.

Une troisième raison était *que la loi de 1966 avait complètement ignoré l'existence de l'entreprise*. Or, si une société commerciale existe, c'est pour exercer une activité économique, pour conduire une entreprise. Même si l'on part de l'idée que la société doit être soumise à la volonté souveraine des associés, on ne peut ignorer l'entreprise et ses besoins. C'est la raison pour laquelle, par exemple, la loi de 1966 avait dû être complétée par différentes lois dont l'objet était de fournir à la société les instruments juridiques de son financement (pour répondre aux besoins des entreprises pour le financement de leurs investissements et le renforcement de leurs fonds propres). Un « bon droit » des sociétés ne peut, en effet, ignorer l'un des aspects essentiels de la société : l'exercice de son activité économique.

Une quatrième raison est *que la loi avait aussi complètement ignoré l'existence des groupes de sociétés* (des groupes d'entreprises). Depuis, un droit des groupes s'était construit en partie, principalement sous l'influence de la jurisprudence, mais, aussi, de textes souvent disparates. Il en était résulté une incohérence certaine. Ainsi, il y a autant de « définitions » du contrôle d'une société (d'une entreprise) qu'il y a de textes visant à l'organisation de régimes juridiques particuliers de certains de ses aspects<sup>48</sup>.

Une cinquième raison tenait, d'une part, à *la mondialisation de l'économie et de la finance* et, d'autre part, à *l'irrésistible montée en puissance des investisseurs institutionnels internationaux*, en particulier des fonds de pension et des sociétés d'investissement américains. Les problèmes de la *corporate governance* sont en très grande partie le résultat de

---

<sup>48</sup> Voir L. 1966, art. 355-1 et art. 357-1 ; L. 24 janv. 1984, art. 12-3° ; c. trav., art. L. 439-1 ; Règl. CEE du 21 déc. 1989, art. 3-3 ; Ord. 1<sup>er</sup> déc. 1986, art. 39, etc.

ces deux phénomènes. Le capitalisme américain très récemment encore de nature managériale<sup>49</sup> était devenu un capitalisme d'investisseurs<sup>50</sup>. Les économies ne pouvant vivre en autarcie, il importait de refléter cette dynamique dans la législation applicable aux sociétés surtout du fait qu'au sein des marchés boursiers, un grand nombre d'actions est parfois détenu par des investisseurs étrangers.

Enfin, et c'est la sixième raison invoquée dans le rapport du sénateur Marini, *le droit des sociétés s'était révélé* répressif à l'excès mais en définitive peu « responsabilisant », trop contraignant pour être réellement efficace.

Ces différents maux appelaient une réponse énergique de la part du législateur français, une réponse qui soit à la mesure des objectifs assignés à la nouvelle loi. A l'évidence, le travail de modernisation devait être impressionnant par sa profondeur et son ampleur. Aussi ne faut-il pas s'étonner que le rapport du sénateur Marini, bâti autour de 103 propositions couvrant l'ensemble des sociétés commerciales, abordât un très grand nombre de problèmes.

Afin de réaliser les différents objectifs visés, il importait de rendre le droit des sociétés plus souple et plus contractuel<sup>51</sup>. Le rapport Marini y parvient fort bien. Une grande liberté est laissée aux fondateurs et aux associés pour organiser leur société. Les entreprises pourront ainsi adapter leur organisation juridique à leurs besoins, quels que soient leur activité, leur dimension ou le nombre de leurs associés.

Cette logique contractualiste atteint son paroxysme avec la création de la société par actions simplifiée par la loi du 3 janvier 1994<sup>52</sup>. La SAS a été, principalement, créée pour servir de structure d'accueil aux entreprises communes à plusieurs sociétés. C'est une structure idéale pour les *joint-ventures*, les filiales communes. Mais il était évident dès l'origine qu'elle pourrait être utilisée pour bien d'autres activités. En raison de sa souplesse, elle a été en particulier utilisée par les groupes de sociétés pour servir de structure à leurs filiales unipersonnelles de fait. Ils évitent ainsi toutes les formalités qu'occasionne le fonctionnement de la société anonyme et qui n'ont guère de sens puisque la filiale est unipersonnelle de fait.

S'inspirant des mêmes principes, le législateur OHADA signe une réforme d'envergure du droit des sociétés commerciales. L'avènement de la SAS constitue en effet, une amélioration

---

<sup>49</sup> Du fait, en particulier, de la dilution du capital et des pouvoirs de vote qui lui étaient donnés le management de la société détenait le pouvoir absolu dans la société.

<sup>50</sup> La montée en puissance des investisseurs institutionnels les conduit à exercer de manière très effective les droits des actionnaires dans les sociétés et le management « tombe sous leur coupe ». V. M. Useem, *Investor Capitalism (How Money Managers Are Changing the Face of Corporate America)*, Basic Books, New York, 1996.

<sup>51</sup> Il était proposé de diminuer considérablement le domaine de l'ordre public soit en supprimant purement et simplement certaines entraves jugées inutiles, soit en lui substituant des règles supplétives, ou encore en laissant ouvertes différentes options, ce qui revenait à reconnaître aux associés une très grande liberté à tous les stades de la vie sociale. V. Raymonde Vatinet, *Le rapport Marini et l'évolution du droit des sociétés vers une « contre-réforme » de l'entreprise ?* Droit social 1997. 608.

<sup>52</sup> J.-P. Bertrel, *Droit et patrimoine*, mars 1994, p. 61 ; M. Germain, *Aperçu sur la loi n° 94-I du 3 janvier 1994 instituant la SAS*, JCP éd. G 1994, n° 3 ; Cannard, *Pourquoi et comment utiliser la SAS*, *Droit et patrimoine* 1994, p. 24 ; n° spécial, *Rev. sociétés* 1994, n° 2 ; *La SAS*, ouvrage collectif sous la direction des professeurs A. Couret et P. Le Cannu, GLN Joly ; D. Vidal, *La SAS*, Montchrestien, 1994 ; *La SAS*, Dossier pratique Francis Lefèbre.

significative pour les investisseurs. Elle devrait notamment permettre l'établissement de structures similaires à celles existant déjà sur d'autres marchés plus matures.

En effet, la SAS offre une grande liberté aux associés dans l'organisation de la gouvernance de la société et leur permet d'adapter les statuts de la SAS à leurs besoins précis (tels que la structure des organes de gouvernance, les règles qui leur sont applicables et les pouvoirs des actionnaires). Il n'y a qu'une seule condition, la SAS devra être représentée par son Président.

Contractualisation, simplification, telles furent donc les orientations suivies par le législateur contemporain. Il y a tout lieu de penser qu'il les maintiendra. Ces orientations suscitent l'approbation dans leur ensemble, mais comportent des limites qui, semble-t-il, ne doivent pas être franchies.

## 2. Le maintien de certaines règles d'ordre public dans le fonctionnement de la SAS

A une époque où la simplification est un *must* législatif - on pourrait dire qu'elle ne choque plus -, on peut saisir l'importance du virage qu'a opéré le droit des sociétés lors de la création de cette nouvelle forme de société par actions qu'est la société par actions simplifiée. La technique législative a joué un rôle très important dans cette évolution - voire cette révolution.<sup>53</sup> En effet, la consécration de la société par actions simplifiée a été abondamment commentée. Cette dernière est « *le royaume de la liberté contractuelle dans le droit des sociétés* »<sup>54</sup>, tout y semble possible.

Cette liberté contractuelle qui signifie donc essentiellement la possibilité pour les associés de choisir les règles relatives à *l'organisation interne de la société, et d'organiser de la même manière leurs relations* n'est pas sans limite cependant. Ces limites tiennent aux règles qui auraient *des conséquences sur les droits des tiers, des créanciers et du personnel*.<sup>55</sup>

La jurisprudence française dans un arrêt du 23 octobre 2007 a notamment fixé les frontières de cette liberté contractuelle.<sup>56</sup> L'affaire en question concernait l'attribution de droits

---

<sup>53</sup> P. Le Cannu, *La SAS : un cadre légal minimal*, Revue des sociétés 2014 p. 543.

<sup>54</sup> J. Paillusseau, *La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote*, Recueil Dalloz 2008 p. 1563.

<sup>55</sup> Le rapport Marini énonce également : « *Toutefois, s'il apparaît souhaitable de permettre aux associés de choisir les règles relatives à l'organisation interne de la société, cette liberté trouve naturellement ses limites dès lors que sont en cause les intérêts de ceux qui sont en relation d'affaires avec la société, ou de ceux qui, bien qu'associés à un titre ou à un autre à l'entreprise commune, ne participent pas à sa direction effective... Il doit être clair, en outre, que l'élargissement des possibilités offertes aux fondateurs ne saurait conduire à la disparition de la structure minimale inhérente à la notion de société. Dans ces limites, le principe devrait être celui de la subsidiarité de la norme légale.* » (p. 29)

<sup>56</sup> D. 2007. AJ. 2726, obs. A. Lienhard, et 2008. Jur. 47, note Y. Paclot ; JCP E 2007. 2433, p. 33, note A. Viandier ; JCP G 2007. II. 10197, note D. Bureau ; Dr. sociétés, n° 12, déc. 2007, § 219, p. 28, note H. Hovasse ; Rev. sociétés 2007. 814, note P. Le Cannu ; RTD com. 2007. 791, obs. P. Le Cannu et B. Dondero ; J.-P. Langlais et L. Ghesquières, *Le droit de vote, droit fondamental de l'associé ?*, LPA, 14 déc. 2007. 4 ; LPA 22 janv. 2008. 13, note A. Albortchire ; Bull. Joly Sociétés, févr. 2008, § 23, p. 101, note D. Schmidt ; JCP E 2008. 1280, n° 8, p. 32, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; R. Kaddouch, *L'irréductible droit de vote de l'associé*, JCP E 2008. 1549.



politiques aux associés de la SAS, notamment le droit de vote. Les statuts de la société concernée stipulaient notamment que, en cas de délibération sur l'exclusion de l'un des associés, celui dont l'exclusion était envisagée ne participerait pas au vote. En application de cette stipulation, les associés avaient exclu l'associé majoritaire de la SAS sans qu'il ait été appelé à voter sur la décision. L'intéressé avait demandé l'annulation de cette décision au motif que la participation au vote est un droit absolu et d'ordre public et que la clause des statuts organisant les modalités d'exclusion était nulle ; bien lui en a pris puisque dans son argumentaire, le juge de cassation retint que *« tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi »*.

Cette décision a causé un certain émoi au sein de la doctrine. Elle tranche d'avec les convictions jusque-là acquises que la caractéristique principale de la SAS est la liberté contractuelle ; qu'en vertu de cette dernière, la société peut être librement organisée. Le juge réaffirme que cette liberté ne peut franchir certaines frontières<sup>57</sup>. Elle ne peut notamment aller jusqu'à remettre en cause la notion même de société, telle qu'elle est définie par la loi, en particulier par les dispositions générales du code civil.

La simplification voulue à travers la création de la SAS comporte donc des limites qui, semble-t-il, ne doivent pas être franchies. A l'évidence, la SAS présente beaucoup d'attrait au regard de ses facilités d'adaptation aux besoins des partenaires. Elle peut, en revanche, être la source de déséquilibres notables que le droit commun ne peut corriger que partiellement. En d'autres termes, s'il est souhaitable de moderniser et d'assouplir les règles applicables aux sociétés anonymes et aux SARL, il ne faut jamais perdre de vue la protection des associés mais aussi celle des tiers. L'argument vient de la doctrine. Alors que cette dernière recherchait jusqu'alors des espaces de liberté, elle se trouve désormais conduite à suggérer au législateur les éléments d'un ordre public irréductible. Il y a sans doute là une sorte de paradoxe soulignée d'ailleurs par Dominique Randoux<sup>58</sup>. Cet auteur considère notamment, qu'il est *« indispensable de consacrer expressément les droits fondamentaux de l'associé, ceux qui sont inhérents à sa qualité et dont la négation contribuerait à une véritable dénaturation du contrat de société »*. A cet effet, la confirmation législative de ces prérogatives essentielles permet d'éviter toute tentative de suppression conventionnelle.

Sur cette lancée, il convient également de respecter les pouvoirs des associés, exprimés de façon collective. Ces pouvoirs font partie intégrante de l'ordre public sociétaire qui doit

---

<sup>57</sup> La décision de la chambre commerciale est, en effet, la confirmation de celle que cette même chambre avait prise dans l'affaire *Château d'Yquem*, le 9 février 1999, à propos d'une société en commandite par actions. Bull. civ. IV, n° 44 ; D. 2000. Somm. 231, obs. J.-C. Hallouin ; Dalloz Affaires 1999. 563, obs. M. Boizard ; Bull. Joly, 1999. 566, § 122, note J.-J. Daigre ; JCP E 1999. 724, note Y. Guyon ; Rev. sociétés 1999. 81, note P. Le Cannu ; RJ com., mai 1999, note J.-P. Dom ; JCP G 1999. II. 10168, note G. Blanc ; RTD com. 1999. 902, note Y. Reinhard. *« Vu l'article 1844, alinéas 1 et 4, du code civil ; Attendu que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions ; [...] Attendu qu'en statuant ainsi [en] faisant application de statuts qui instituaient, pour certains associés, une suppression du droit de vote non prévue par la loi, la cour d'appel a violé le texte susvisé »*. Dans le même sens : Req. 23 juin 1941 (*« L'assistance et le vote des actionnaires aux délibérations constitue un attribut essentiel de l'actionnaire »*) et Paris 4 mai 1960, Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, Bibl. dr. comm. Sirey, 1962, p. 207, note J. Noirel.

<sup>58</sup> D. Randoux, *Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre*, Revue des sociétés 2000, p. 105

également assurer les conditions minimales d'élaboration de la volonté commune. L'intérêt à préserver au travers de ces mesures, c'est celui supérieur de la personne morale. Maintenir la société sous les coups de boutoir de la simplification tant chantée.

Afin de comprendre cet impératif il faut se reporter à la conception traditionnelle de cette entité. En effet, la notion de société a toujours été distinguée des autres notions juridiques par des caractéristiques fortes. Jusqu'à une époque assez récente, la société a été considérée comme un groupement d'associés qui s'unissaient pour mettre quelque chose en commun pour partager le bénéfice pouvant en résulter<sup>59</sup>. L'idée qui fonde cette conception est celle d'une union - d'une unité - des associés et de leurs intérêts. Elle s'exprime notamment par l'exigence d'un *affectio societatis*, sans lequel la société n'existerait pas ; par celle, aussi, d'un intérêt commun<sup>60</sup>, qui est l'une des marques distinctives du contrat de société ; par celle, encore, d'une égalité entre les associés et les actionnaires<sup>61</sup>. C'est en fonction de ces caractéristiques qu'a été, également, conçue et construite la théorie de l'institution. Certains auteurs sont même allés jusqu'à parler de *jus fraternitatis*<sup>62</sup>.

Cette théorie a certes connu une évolution à travers la modification en 1985 de l'article 1832 du code civil<sup>63</sup>. Cette réforme a notamment permis de changer fondamentalement la notion de société. Selon le rapporteur de la commission des lois à l'Assemblée nationale française, la réforme tend : « à consacrer l'évolution moderne de la société... ; à organiser de façon simple et pratique l'affectation de biens à une activité économique exercée au besoin par une seule personne... »<sup>64</sup>

Sans revenir aux excès de la loi de 1966 laquelle, sous le prétexte de la protection des associés, comportait nombre de dispositions inutilement lourdes et contraignantes, il convient d'y regarder à deux fois avant d'abroger telle ou telle règle dont l'incidence peut être sérieuse sur la situation d'un actionariat véritable. En bref, sans être comme par le passé omniprésent, le souci de la protection de l'associé ne doit pas être méconnu par le législateur.

---

<sup>59</sup> Dans sa rédaction originelle, le code civil définissait la société comme le « contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter » (art. 1832).

<sup>60</sup> C. civ., art. 1833 : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ».

<sup>61</sup> C. com., art. L. 823-11 : « Les commissaires aux comptes s'assurent que l'égalité a été respectée entre les actionnaires, associés ou membres de l'organe compétent ».

<sup>62</sup> « Expression latine signifiant littéralement droit de fraternité, encore employée pour caractériser certaines relations, principalement les rapports entre associés, comme lien de fraternité, et faire naître l'idée d'une union fraternelle d'intérêts », Cornu G., Vocabulaire juridique, 8<sup>e</sup> éd., PUF, Quadrige, coll. Dicos poche, 2007, V. « Jus fraternitatis », p. 531, Roland H. et Boyer L., *Locutions latines du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 1998, p. 245, V. « Jus fraternitatis/ Droit de fraternité » : « Sous cette expression, il faut voir un renforcement de l'idée d'équité qui règne de droit, dans les contrats. Pour certains rapports contractuels, l'obligation d'agir de bonne foi se double d'une obligation de coopération. (...) A la vérité le domaine d'élection du jus fraternitatis reste le contrat de société, peut-être par souvenir du consortium romain entre frères (D. 17.2.63) ». Sur les rapports entre *affectio societatis* et *jus fraternitatis*, voir Peglow K., *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, préface Blaise J.-B., LGDJ, tome 402, 2003, p. 243, n° 440 ; Germain M., *Traité de droit commercial*, Ripert et Roblot, Tome 1, Vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2009, p. 25, n° 1056-34.

<sup>63</sup> Loi française du 11 juill. 1985, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>64</sup> Rapp. AN, 1984, n° 2598, p. 15.

En raison même de la nature de la société, de la multiplicité et de la complexité des intérêts qu'elle fédère, l'ordre public de protection de la personne morale ne peut disparaître. Les opérateurs économiques devront donc se garder d'un excès de prosélytisme face aux mirages de la liberté contractuelle promise par la SAS ; le droit des contrats et des obligations veille encore sur la protection des associés et des tiers. Cette protection sera également assurée par l'application de principes moraux - qui sont aussi très juridiques en ce qu'ils participent à l'essence même du droit - auxquels se réfère de plus en plus la jurisprudence, et en particulier la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de sociétés<sup>65</sup>. Ce sont principalement les principes de bonne foi et de loyauté<sup>66</sup>. La bonne foi et la loyauté doivent, en effet, régner dans les relations d'affaires, aussi bien lors de la conclusion des conventions qu'à l'occasion de leur exécution.

Les juges africains seront, sans nul doute, en mesure de faire leurs les postures intellectuelles mises en évidence par la jurisprudence française dans l'application des règles sur la SAS<sup>67</sup>; la question qui demeure néanmoins c'est celle de leur inclination à s'approprier les dispositions de ce droit des sociétés, d'essence strictement française d'autant que l'emprunt des dispositions du droit français constitue une coutume bien ancrée chez les législateurs africains tant au niveau communautaire qu'au niveau national.

---

<sup>65</sup> Comme l'affirme le président Bézard dans les Mélanges Sayag en commentant ces décisions : « *Le rôle du juge a été d'assurer la sécurité juridique et de veiller au respect des normes supérieures comme ils ont veillé au respect du contradictoire et des droits de la défense* », in *Le nouveau visage du juge économique et financier*, p. 147, spéc. p. 164.

<sup>66</sup> J. Mestre, *La société est bien encore un contrat*, Mélanges C. Mouly, Litec, 1998, p. 130 ; H. Le Nabasque, *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTD com. 1999, p. 273

<sup>67</sup> Le rapport Marini insiste notamment sur le rôle du juge dans l'application du droit : « *Plus la variété des règles applicables est grande, plus les conflits d'interprétation risquent donc de se développer sur des terrains inédits. Autrement dit, la régression du droit impératif se traduira probablement par des zones d'incertitude juridique et le développement du contentieux. La liberté est à ce prix mais elle a un régulateur fondamental : le juge* ». Rapport Marini, *op.cit* ; p. 115

## **II. La pertinence de la réforme du droit OHADA des sociétés commerciales**

S'interroger sur la pertinence de la refonte du droit Ohada des sociétés commerciales confine à l'analyse d'une œuvre controversée. Tantôt qualifiée de réglementation « sophistiquée »<sup>68</sup>, le corpus Ohada est ailleurs honni au motif qu'il n'offrirait rien d'original, qu'il s'agirait là à tout le moins d'une réplique pure et simple du droit français(B). Forte sous l'empire des précédents textes, cette vision contrastée du droit OHADA s'enrichit de nouvelles analyses tout aussi éloquents sur la pertinence de la raison d'être de ce droit OHADA mais aussi de l'architecture OHADA dans son ensemble. Une bonne évaluation de ces voix dissonantes ne peut, cependant, s'effectuer sans une revue préalable des éloges qui ont salué l'apparition de ce droit nouveau (A).

### **A. L'OHADA, cette construction tant magnifiée**

Deux décennies après la signature du traité fondateur de Port Louis, les éloges sur la construction OHADA se disent encore avec la même ferveur. Qualifié d'œuvre la plus aboutie d'uniformisation du droit des affaires, le droit communautaire africain ne se lasse de séduire surtout au regard de sa plasticité illustrée par les récentes réformes du droit commercial et du droit des sociétés. Dans les multiples qualités qui sont reconnues à cette réglementation (1) autant que dans la contribution de celle-ci à l'amélioration de la prise en charge juridique des questions économiques (2), la doctrine s'accorde à reconnaître qu'il s'agit là d'un droit qui vient à point nommé.

#### **1. Une réglementation uniforme nouvelle et ambitieuse**

C'est avec le constat de l'obsolescence du droit africain que l'idée de créer une réglementation moderne et adaptée à l'économie des pays africains a germé dans l'esprit des décideurs africains. L'entreprise s'était révélée nécessaire en raison de l'absence jusque-là de tout effort législatif destiné à épousseter la législation africaine postcoloniale alors qu'ailleurs, en France et dans la plupart des pays occidentaux, le droit des affaires était à mise à jour permanente ; constamment les textes y sont modifiés parce que le monde est soumis à de constants bouleversements. Dans certains pays africains, des réformes avaient été faites dans certains domaines, mais indépendamment de celles qui étaient faites dans d'autres. Des forces centrifuges tendaient ainsi à éloigner les droits africains, autrefois unifiés.

Le contexte était par ailleurs marqué par la multiplication des unions économiques et le cas échéant monétaires. Il devenait impératif pour tous les pays concernés d'adopter un même

---

<sup>68</sup> C. Moore Dickerson, « *Le droit de l'Ohada* », Recueil Dalloz 2007 p. 560.

droit des affaires moderne, réellement adapté aux besoins économiques, clair, sécurisant les relations et les opérations économiques. Dans cette perspective, la nouvelle réglementation devait consister en :

- Un droit unique pour tout l'espace Ohada ;
- Un droit adapté au particularisme des économies africaines ;
- Un droit adapté aux besoins réels des entreprises, en particulier dans les domaines du financement et du management
- Un droit qui assure la sécurité des créanciers, des tiers et des investisseurs ;
- Un droit qui peut favoriser et accompagner l'essor économique des économies des pays parties au Traité et de la région toute entière.<sup>69</sup>

Les différents objectifs envisagés rendent ainsi ce droit Ohada très important. Il est aussi original, à de multiples égards.

En droit des sociétés, cette prise de conscience était accentuée par l'exigence particulière d'une réglementation à jour des dernières innovations en matière d'ingénierie sociétaire. Dans le cas particulier des pays francophones d'Afrique centrale et occidentale le maintien du droit des sociétés commerciales hérité de la période coloniale était devenu un obstacle au développement harmonieux des activités économiques. Pouvait-on, par exemple, continuer d'appliquer à l'aube du troisième millénaire, dans un contexte de mondialisation de l'économie, un droit des sociétés qui n'assurait pas une information minimale des associés ou des actionnaires et encore moins du public et qui n'organisait pas la coopération entre entreprises ou concentrations d'entreprises ?<sup>70</sup>

D'ailleurs la mise en place d'une réglementation moderne, adaptée et ambitieuse constituait un préalable nécessaire au développement économique et social du continent et aux projets transnationaux que les décideurs visaient<sup>71</sup>.

## 2. Une réglementation à jour des évolutions économique et juridique

Le principal apport qu'on reconnaît au droit Ohada est d'offrir l'exemple d'une intégration régionale réussie dans le domaine juridique et de fournir un ensemble de règles substantielles ; modernes et homogènes intéressant le développement des affaires<sup>72</sup>.

Le droit Ohada est réputé original à de multiples égards : il est d'ailleurs qualifié d'œuvre la plus aboutie d'uniformisation du droit des affaires au monde<sup>73</sup>. C'est le droit d'un espace juridique et non celui d'une union économique et monétaire ; ce n'est pas non plus le droit

---

<sup>69</sup> J. Paillusseau, *Le droit de l'Ohada, Un droit très important et original*, JCP num. 5, 2004 p. 1.

<sup>70</sup> H.-D. Modi Koko Bebey ; *La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA*, Revue des sociétés 2002, p. 255.

<sup>71</sup> Pour une étude plus approfondie, V. La semaine juridique, *L'Ohada, dix années d'uniformisation du droit des affaires en Afrique*, numéro 44 du 28 janvier 2004.

<sup>72</sup> D. Ponsot, *Le droit de l'Ohada : une source d'inspiration pour les législateurs nationaux ?*, Ohadata D-10-20

<sup>73</sup> L.-D. Muka Tshibende, *Mise en perspective de la réforme* in *Dossier sur la réforme du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'OHADA*, Journal spécial des sociétés, n°120 juin 2014, p. 9.

d'un Etat fédéral ; c'est un droit uniforme et non harmonisé ; c'est un droit essentiellement conçu par la pratique ; ce n'est pas réellement un droit des affaires, mais c'est un droit des activités économiques.

Aux dires des analystes, les récentes réformes, en ce qu'elles visent à combiner attractivité et sécurité, adaptation et simplification, ont profondément modifié le paysage du droit des sociétés. Des effets bénéfiques pour le climat des affaires dans les Etats du périmètre Ohada, en sont attendus.<sup>74</sup> Entre autres exemples de jalons posés grâce à la relecture des textes, la gouvernance d'entreprise aura été renouvelée<sup>75</sup> ; la réforme du droit des sociétés offre en effet, l'avantage de permettre la mise en harmonie du droit uniforme Ohada avec les principaux standards internationaux en la matière : comités du conseil, transparence, responsabilité des dirigeants sociaux, dynamisation des administrateurs et du conseil, renforcement du contrôle des comptes, développement de l'actionnariat salarié, etc.

La réforme a aussi focalisé sur des éléments d'ingénierie sociétaire, notamment à travers la variabilité du capital et l'institution d'un droit de retrait susceptibles de réduire les risques d'investissement et de développer l'actionnariat local<sup>76</sup>, le régime des nullités qui a subi une refonte en profondeur dans un double souci : assainir le fonctionnement des sociétés et favoriser la régularisation autant que possible<sup>77</sup> ; le droit des valeurs mobilières renouvelé en vue notamment d'inciter à investir, de développer la culture actionnariale et de mobiliser l'épargne<sup>78</sup> ; ainsi que le régime de l'appel public à l'épargne qui, retouché, accroît le domaine des règles identiques entre les différents marchés financiers de l'espace Ohada et se veut proche des normes en vigueur dans les principales places financières internationales<sup>79</sup>.

Tels sont les grands traits d'une réforme voulue par les acteurs économiques locaux et internationaux, soutenue par la finance internationale et dont il est permis d'escompter des effets bénéfiques pour le climat des affaires dans les Etats du périmètre Ohada. C'est, du moins l'apparence qui est conférée à ce nouveau dispositif. La réalité reste cependant celle d'un droit dont le contenu ressemble à s'y méprendre à celui des textes français.

## **B. Le droit Ohada des sociétés commerciales : un ersatz du droit français ?**

La première observation qui découle de la lecture des dispositions de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales, concerne l'importance des emprunts faits aux dispositions du code de

---

<sup>74</sup> *Ibidem.*

<sup>75</sup> V ; L.-D., Muka Tshibende, *Renouveau de la gouvernance d'entreprise, Dossier sur la réforme du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'OHADA*, Journal spécial des sociétés, *op. cit.*

<sup>76</sup> G.-A. Likillimba, Innovation en matière d'ingénierie sociétaire : variabilité du capital social ou consécration de la société à capital variable ? *in Dossier sur la réforme du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'OHADA*, Journal spécial des sociétés, *op. cit.*

<sup>77</sup> R. Masamba, Le régime des nullités issu de la réforme *in Dossier sur la réforme du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'OHADA*, Journal spécial des sociétés, *op. cit.*

<sup>78</sup> T. Granier, Le renouvellement du droit des valeurs mobilières *in Dossier sur la réforme du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'OHADA*, *op. cit.*

<sup>79</sup> D. Loukakou, Un nouveau régime de l'appel public à l'épargne *in Dossier sur la réforme du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'OHADA*, Journal spécial des sociétés, *op. cit.*

commerce français. Les différences sont quasiment inexistantes et autant dans la lettre que dans l'esprit, la réforme de l'AU Soc. reproduit la législation française sur les sociétés (1). Elle traduit l'opinion, communément admise, d'un conformisme législatif en droit Ohada (2).

## 1. Une réforme à la française

Dans son contenu et dans sa démarche, la réforme s'est largement inspirée du droit français des sociétés. On y retrouve ainsi les grands traits du régime français : caractéristiques des sociétés par actions, renvoi au régime de la société anonyme (SA)... les rédacteurs du texte ne se défendent d'ailleurs pas de ces nombreux emprunts au droit français, la majorité des instruments juridiques africains se référant, peu ou prou, à l'arsenal législatif et réglementaire français soit, formellement, en adaptant leur législation, soit par pur mimétisme de la jurisprudence et de la pratique françaises, sans un emprunt législatif formel. En cela, la réforme s'inscrit dans les traces tant de précédentes et anciennes tentatives d'uniformisation du droit des sociétés en Afrique<sup>80</sup>.

Cette obédience française du droit communautaire africain est révélée tant par l'historique du traité fondateur de l'Ohada que par les objectifs affichés par ce dernier et la source d'inspiration à laquelle s'abreuvent les Actes uniformes qu'il a initiés. Sur tous ces plans, l'influence étrangère, et notamment française, est prégnante.

- On sait que l'idée d'une intégration juridique régionale a été lancée à Paris officiellement en 1991 lors d'une rencontre des ministres des Finances de la zone franc. Elle a pris corps au cours d'une conférence des chefs d'Etats africains et de la Délégation française qui ont décidé de confier la préparation d'un projet allant dans ce sens à un directoire composé de trois membres, dont deux Français qui, par leur désignation, leur formation, l'expérience qu'ils avaient du droit applicable sur les territoires des anciennes colonies, les conduisaient naturellement à proposer une uniformisation à la française. En 1993, en même temps qu'il créait une organisation dénommée OHADA ayant pour mission de mettre en place le programme adopté, un traité fut paraphé par les ministres d'Etats africains dont les liens étroits avec la France ne sont plus à démontrer. L'emprise directe ou indirecte de cette dernière est donc avérée et les pays signataires l'ont eux-mêmes acceptée dans le souci d'en tirer le meilleur profit.
- Quant aux objectifs poursuivis par le traité, ils sont clairement révélateurs de la volonté de ses auteurs de prendre en considération les préoccupations des milieux d'affaires internationaux. Car si l'intégration juridique réalisée par l'OHADA est justifiée par la nécessité d'éliminer les disparités législatives, c'est aux fins d'assurer au

---

<sup>80</sup> Ainsi principalement du projet de loi uniforme sur la société anonyme du 5 oct. 1978, adoptée dans le cadre du Bureau africain et malgache de recherches et d'études législatives (BAMREL), et du projet de Code des sociétés de l'Union douanière et économique des Etats de l'Afrique centrale (UDEAC). Sur ces évolutions, v. L.-D. Muka Tshibende, *Voies comparées africaine et européenne d'unification du régime juridique de la société anonyme*, *Rec. Penant* 2006/856, p. 294, spéc. p. 301-303.

sein d'un ensemble communautaire la sécurité des capitaux indispensable aux investissements. A ce titre, elle est un moyen particulièrement attractif d'accéder aux marchés africains pour les entreprises étrangères et parmi elles, bien entendu, les sociétés françaises qui y occupent, de longue date, une place privilégiée. Elle répond donc, pour une large part, à la satisfaction de leurs propres intérêts économiques.

- S'agissant enfin de l'emprunt au droit français auquel ont eu recours les rédacteurs des Actes uniformes, il a été rétorqué pour le justifier que le phénomène du mimétisme, jadis dénoncé par le regretté Guy Adjété Kouassigan en matière de statut personnel, n'avait que peu de portée dans le domaine du commerce qui obéit à un fonds commun de règles applicables d'un pays à l'autre. La remarque n'est que partiellement juste. Car ces règles se trouvent, par nature, largement inféodées au type d'économie adopté par chacun d'eux. Or, précisément, il est clair, que l'adhésion des Etats signataires du traité OHADA à la zone franc les inclinait inévitablement à placer leur nouveau droit sous la houlette de la législation du pôle dominant de cette zone, sans compter que cette législation gouvernait déjà leurs relations avec lui. Et, de fait, on constate que les textes jusqu'ici promulgués ont été concoctés, rédigés dans l'ombre des cabinets d'avocats et d'experts français dans leur souci de permettre aux hommes d'affaires de l'Hexagone de retrouver des règles qui leur sont familières et de faciliter ainsi leurs activités en terre africaine.

Un juriste africain a pu ainsi noter, à la suite d'un examen comparatif minutieux des deux systèmes en présence, que si la législation de l'OHADA n'ignore pas certaines spécificités nationales, « *son particularisme ne doit pas être exagéré (...), qu'elle reprend pour l'essentiel les notions, principes et mécanismes du droit français (...), que pour une grande part elle ne fait que s'aligner sur l'évolution du droit français depuis les Indépendances, qu'anticiper sur les réformes en cours en France et les propositions doctrinales* » et qu'en fin de compte il serait plus légitime de parler de simples divergences que de véritables innovations.

Ces différents arguments font donc dire du droit OHADA qu'il est un droit venu d'ailleurs, opinion d'ailleurs confortée par la récente révision du droit des sociétés, réforme effectuée à la lumière du droit français des groupements.

## 2. Le conformisme du législateur Ohada

C'est à la lecture d'une chronique écrite par Pierre Bourel<sup>81</sup> que les qualités tant vantées de la construction OHADA s'amenuisent. Le susnommé, formé à l'école française mais praticien du droit africain, qu'il a même enseigné en Afrique, a consacré une fine analyse au droit Ohada. De ses réflexions ressortirent des critiques tant de l'ensemble législatif ainsi élaboré que de la méthode employée pour ce faire.

---

<sup>81</sup> P. Bourel, *A propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, Recueil Dalloz 2007 p. 969



A l'évidence, une telle position ne pouvait manquer quand on se fie aux opinions d'éminents auteurs quant aux qualités reconnues à une bonne loi, notamment aux principes régissant l'adoption de ces lois. Les spécialistes de la science politique et de la sociologie juridique estiment en effet que, pour peu que l'on se soucie de l'effectivité des lois, il est capital que ces dernières soient secrétées par le corps social qui les adopte<sup>82</sup>. N'est-ce pas là d'ailleurs l'opinion défendue par les tenants du positivisme sociologique<sup>83</sup> ?

On enseigne en effet, que l'insuffisance de préparation des textes législatifs « *expose ces derniers à la disqualification de leur statut de normes supérieures, voire de la perte de leur légitimité et de leur normativité* ». Sous cet angle, la mission du juriste, difficile mais non impossible, est précisément de découvrir la règle de droit sous les faits sociaux par la méthode de l'observation<sup>84</sup>. On peut parler à son propos de droit naturel social ou de droit objectif. Découlant des rapports sociaux d'où elles tirent leur force, les règles juridiques ont ainsi un fondement objectif. La parenté de cette démarche juridique avec les principes sociologiques établis par Emile Durkheim à Bordeaux à la même époque est évidente<sup>85</sup>. Pour le sociologue comme pour le juriste, il y a une « *réalité objective des faits sociaux* »<sup>86</sup> à partir de laquelle il appartient au chercheur de dégager des lois objectives, des normes qui sont sociales avant d'être juridiques.

Jean Carbonnier, adepte d'une « *sociologie du droit sans rigueur* », fut le premier à pointer les dérives du mimétisme législatif. Le droit étant pour lui un produit de la société qui le crée et veille à son application, il ne saurait y avoir de droit importé voire imposé. Pourtant le mythe du législateur étranger demeure vivace « *A beau mentir qui vient de loin* », selon la formule imagée empruntée aux *Essais sur les lois* de Carbonnier pour qui « *il faut que les lois*

---

<sup>82</sup> L'approche sociologique qui est celle de Léon Duguit et de Roger Bonnard vise à mettre à jour l'existence d'un droit objectif extérieur et antérieur à l'État. Ces auteurs conçoivent le droit naturel sous la forme de lois sociales immanentes, produites par le corps social lui-même et évoluant de concert avec lui. La loi naît dans les consciences individuelles « *lorsque la masse des hommes composant un groupe donné comprend que son respect est indispensable au maintien de la solidarité sociale et qu'il est juste qu'elle soit sanctionnée. Le droit se forme ainsi spontanément dans l'esprit des hommes* » L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T.1, 3<sup>e</sup> éd., p. 128. Pour une analyse de ces positions, V. D. Elkind, *La théorie des valeurs chez Roger Bonnard ou les mésaventures du positivisme sociologique*, RFDA 2015 p.183.

<sup>83</sup> Ici nous utilisons l'expression « *positivisme sociologique* » par opposition au « *positivisme juridique* », pour désigner le courant doctrinal lancé par L. Duguit, lequel se caractérise par une assimilation de la règle de droit à une norme sociale. Assimilation qui entraîne deux conséquences : le recours à la méthode sociologique pour dégager des normes juridiques et un emprunt à la théorie sociologique - en l'occurrence, la notion d'interdépendance sociale - pour fonder le caractère impératif de toute norme. L. Duguit, parle de « *la doctrine sociologico-juridique qu [il a] essayé d'établir sur la pure observation des faits sociaux* », *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., T.1, p. 539. Ailleurs, sous la plume de R. Bonnard et L. Duguit nous retrouvons généralement une grande variété d'expressions pour qualifier ce courant : « *école réaliste* », « *positivisme social* », « *doctrine objectiviste* » ou encore « *école du droit social* ».

<sup>84</sup> L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T.1, 3<sup>e</sup> éd., p. 117.

<sup>85</sup> Pour une évocation des rencontres entre E. Durkheim et L. Duguit à Bordeaux, L. Fonbaustier, « *Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit* », RFDA 2004. 1053; v., B. Pacteau, « *Léon Duguit à Bordeaux, un doyen dans sa ville* », *Thémis dans la cité, contribution à l'histoire contemporaine des facultés de droit et des juristes*, (dir.) N. Hakim et M. Malherbe, PUB, p. 88 s.

<sup>86</sup> E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Préface de la seconde édition, p. XXIII., PUF, 1977. « *Est fait social toute manière de faire, fixée ou non, susceptible d'exercer sur l'individu une contrainte extérieure* », p.14.

soient faites pour la nation qu'elles auront à régir et aussi par cette nation », reprenant en cela l'enseignement de Mancini (« la loi italienne est faite pour les Italiens et par les Italiens »), et plus loin soulignant les avantages du législateur autochtone (« il connaît, comprend, partage les mœurs, les besoins, les sentiments du pays »), tout en mettant en garde contre les dangers de l'acculturation juridique (« cette greffe à laquelle souvent répond le rejet ou une résistance passive opposée aux importations de la matière grise législative »), dont il voit dans le colonialisme l'une de ses causes<sup>87</sup>.

Malheureusement la méthode Ohada, chevillée au droit français, pêche par son alignement complet à ce droit, en cela le panégyrique qui est devenu de rigueur quand il est question du droit communautaire africain, devrait être tempéré. « Celui qui ose entreprendre d'instituer un peuple, écrit Rousseau dans le Contrat social, ne commence pas par rédiger des bonnes lois ; il examine auparavant si le peuple pour lequel il les destine est propre à les supporter »<sup>88</sup>, ce qui implique au départ une expérimentation, l'organisation de sondages parmi les futurs usagers, des enquêtes sociologiques, des études d'impact en vue de mesurer les bénéfices escomptés et les coûts prévisibles, de repérer les points de blocage et au final de faire apparaître les besoins des milieux professionnels concernés.

De cela, il en a été si peu question dans le droit communautaire Ohada. Le législateur africain signe, en effet, une réglementation peu orthodoxe dans sa forme ; le doyen Bourel propose même de recourir au terme d'abandon de souveraineté pour caractériser cette nouvelle construction juridique : abandon tout d'abord au stade de l'élaboration et abandon aussi dans la sanction de ce droit du fait du pouvoir d'évocation conféré à la CCJA.

L'article 10 du traité fondateur de l'Ohada affirme que « les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». En ce sens, les Actes uniformes constituent le droit positif de chaque État partie. Par rapport à la législation interne, les dispositions des actes uniformes ont un caractère supranational et une portée abrogatoire<sup>89</sup> aucune formalité n'est requise à cet effet, ni la publication des Actes au *Journal officiel* national, ni même un décret d'application et encore moins une ratification par le Parlement<sup>90</sup>. Ils sont obligatoires nonobstant toutes dispositions contraires de droit interne, antérieures ou postérieures.

---

<sup>87</sup> J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979 ; 299 pages.

<sup>88</sup> J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Editions Beaulavon, 1903 ; p. 179.

<sup>89</sup> Il s'agit d'une portée abrogatoire implicite si l'on se réfère à l'applicabilité directe des dispositions des AU et surtout à la valeur obligatoire des Actes uniformes. Pareille analyse est confirmée par les dispositions abrogatoires des Actes uniformes qui contiennent presque tous la formule selon laquelle sont abrogées toutes les dispositions de droit interne qui leur sont contraires. V. notamment J. Issa-Sayegh, *Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des États parties avec les Actes uniformes de l'OHADA et réciproquement*, Penant, 2005, n° 850, p. 7 s. En jurisprudence, la CCJA a, en date du 30 avr. 2001, rendu un avis consultatif affirmant tour à tour la portée supranationale et abrogatoire de l'art. 10 du traité de l'OHADA en ces termes : « En vertu du principe de la supranationalité qu'il consacre, l'art. 10 contient [...] bien une règle relative à l'abrogation du droit interne par les Actes Uniformes » (CCJA, Avis n° 001/2001/EP du 30 avr. 2001, pt 1, a).

<sup>90</sup> Sur cette question V. J. Issa-Sayegh, *La portée abrogatoire des Actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des États parties*, Ohadata D-02-14, p. 10 ; égal. D. Abbarchi, *La supranationalité de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, RID Africain, EDJA, n° 4, 2000, p. 26

En droit Ohada des sociétés, la valeur obligatoire de l'AU y afférant découle de deux règles : celle de l'interdiction de la contrariété qui fonde une abrogation des dispositions de droit interne contraires à l'Acte uniforme<sup>91</sup> et celle de l'interdiction de la contradiction en ce sens que « *le juge est tenu de ne jamais appliquer des dispositions de droit interne qui ôteraient aux Actes uniformes leur valeur contraignante* »<sup>92</sup>. Ces deux règles s'imposent au législateur national dans sa fonction de production législative et, en conséquence, au juge local dans sa fonction judiciaire.

Autrement dit, aucune disposition de droit interne ne saurait poser que le droit des sociétés commerciales de l'OHADA est dénué de valeur contraignante. La solution se justifie par un souci de cohérence et de sécurité juridique consistant à ne pas laisser coexister deux types de dispositions à tout point de vue identiques<sup>93</sup>. Elle trouve son fondement, semble-t-il, dans la règle de la supranationalité reconnue aux différentes dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE.

En effet, le traité fondateur sonne le glas des Hautes juridictions nationales et même, bien qu'à un moindre degré, des cours d'appels. Car, la Cour commune de justice se voit reconnaître un pouvoir d'évocation au fond sans renvoi, tant sur les matières devant faire l'objet d'une harmonisation qu'en cas de connexité, que sur celles n'entrant pas dans le champ du traité ainsi que sur les affaires ne présentant pas d'éléments d'extranéité dans les relations interétatiques<sup>94</sup>.

En second lieu, les arrêts rendus par elle ont force exécutoire sur l'ensemble des territoires des Etats membres, sans possibilité d'exequatur, ce qui risque de les rendre davantage encore irréalistes, ne serait-ce qu'en heurtant de front la sensibilité des magistrats nationaux qui, par défiance, pourraient être tentés d'ignorer cette emprise à leurs dépens d'un organe supérieur, au demeurant bien souvent éloigné d'eux géographiquement et donc peu attractif pour les plaideurs.

Ainsi, même si les Actes uniformes ne sont pas des lois et telle n'est pas la qualification que leur a donnée l'OHADA, ils représentent le droit positif des Etats parties au traité de Port Louis. L'effacement aux différents stades de l'édification du nouveau droit, de la volonté populaire fait bien de ce droit un droit octroyé, imposé, qui, de surcroît, émanant d'organismes supranationaux, est exposé à l'indifférence du monde auquel il est destiné.

---

<sup>91</sup> Selon cette règle, face à une situation de concurrence entre les Actes uniformes et les dispositions de droit interne qui leur sont contraires, le juge doit accorder la primauté aux premiers.

<sup>92</sup> P. Diedhiou, *L'article 10 du traité de l'OHADA : quelle portée abrogatoire et supranationale ?*, Ohadata D-08-05, p. 5 et 6.

<sup>93</sup> P. Diedhiou, *op. cit.*, p. 9.

<sup>94</sup> Face aux multiples supputations sur la portée supranationale et abrogatoire des dispositions des AU, la CCJA a rendu un avis consultatif en avril 2001. L'occasion fut donc saisie par la Cour pour : affirmer que l'Article 10 du traité Ohada contient une règle de supranationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire dans les Etats parties des AU et institue par ailleurs leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures ou postérieures. La Cour ajoute également qu' « *en vertu du principe de supranationalité qu'il consacre, l'article 10 contient bien une règle relative à l'abrogation du droit interne par les actes uniformes.* » V. CCJA, avis numéro 001/2001/EP, 30 avril 2001, Penant numéro 839 (2002), 225 et seq.

## Conclusion

La question du mimétisme juridique se situe au cœur des débats sur le droit communautaire Ohada. Incontournable dès qu'il s'agit d'apprécier l'originalité ou l'efficacité de ce droit, elle doit, cependant, être envisagée sous un angle nouveau. L'approche comparatiste permet, en effet, de découvrir que, dans la plupart des pays de tradition capitaliste, le noyau dur du droit des sociétés commerciales est constitué de sociétés telles que la SA et la SARL. Ces formes sociales sont héritées de différents pays qui, en tant que tels, sont les artisans d'un droit des sociétés mondialisé : la SARL est inspirée du droit rhénan, le mode de direction dualiste de la société anonyme française (directoire et conseil de surveillance) est également d'inspiration allemande ; la SAS, quoique de création française, revendique, quant à elle, une forte influence anglo-saxonne tandis que la BV est d'origine néerlandaise.

Si l'on part du constat que la réforme du droit Ohada des sociétés commerciales signe le rapprochement de ce droit avec les différents systèmes juridiques existant au niveau international, on perçoit le compromis fondamental ainsi réalisé : compromis entre une modernisation du régime, qui était apparue, au fil des années, nécessaire, et une plus grande protection des investisseurs, dont rendent compte notamment la consécration du résumé du document d'information, de son supplément, et de la nullité des appels publics à l'épargne irréguliers. Si l'on y ajoute les modifications apportées dans un souci de convergence avec les organisations régionales voisines, le résultat d'ensemble apparaît satisfaisant. Encore faudra-t-il, toutefois, en juger à l'épreuve des faits<sup>95</sup>.

Mais moins que la question du mimétisme juridique, ce rapprochement pose la problématique des relations entre les différents droits. Tantôt, il est fait état de la convergence des droits si ce n'est plutôt la question de la domination d'un modèle juridique anglo-saxon qui est évoquée à titre d'illustration de l'inévitable rapprochement qui est à l'œuvre entre les règles et systèmes juridiques des différents pays. En tout état de cause, force est de reconnaître qu'on assiste à l'uniformisation des règles applicables dans les sociétés commerciales, la conséquence inéluctable résultant de ce phénomène étant l'émergence d'un droit des sociétés mondialisé.

Pour Jacques Chevalier, le droit mondialisé correspond à la « *constitution progressive d'un socle de règles et de principes communs se traduisant par un mouvement de rapprochement des systèmes juridiques étatiques* »<sup>96</sup>. Dit autrement, la thèse de la convergence se fonde sur la constitution d'un droit commun issu des systèmes juridiques qui pénètre à son tour lesdits systèmes en vue non pas de leur unification, mais de leur rapprochement.

Dans tous les cas, la constitution d'un droit commun repose sur une double logique : celle de l'harmonisation et celle de l'unification. Selon Mireille Delmas-Marty, c'est l'existence ou l'absence de marge d'appréciation nationale qui permet de distinguer les deux : « *Alors que l'unification suppose des règles précises auxquelles les Etats sont tenus de se conformer à l'identique, en application d'une stricte hiérarchie des normes, l'harmonisation implique un*

---

<sup>95</sup> D. Loukakou, *Un nouveau régime de l'appel public à l'épargne*, JSS, numéro 120, juin 2014, p. 47.

<sup>96</sup> J. Chevallier, *Le droit saisi par la mondialisation*, [dir.] C.-A. Morand, Bruylant, 2001, p. 39.

*affaiblissement de la hiérarchie, imposant seulement un rapprochement autour de principes communs, qui ménage une sorte de droit à la différence, chaque Etat gardant une marge pour mettre en œuvre ces principes, à condition que la proximité soit suffisante pour être jugée compatible. La détermination d'un seuil de compatibilité est donc le corollaire de l'apparition d'une marge nationale d'appréciation »<sup>97</sup>.*

Alors que la marge nationale d'appréciation témoigne de la prise en compte de la diversité des systèmes juridiques, le droit comparé est en revanche conçu par les tenants de la convergence comme un instrument d'intégration<sup>98</sup>. Jean-Bernard Auby ou bien Mireille Delmas-Marty avancent que la globalisation s'accompagne d'un « véritable déplacement des enjeux » du droit comparé<sup>99</sup>, « de la théorie vers la pratique, accompagné d'une transformation des méthodes, davantage axées sur l'analyse des systèmes et l'évaluation des solutions fournies par les différents systèmes dans tel ou tel domaine »<sup>100</sup>.

Le champ d'investigation de ce processus de mondialisation semble ainsi vaste et les travaux encore peu nombreux. Toutefois, si on prend la peine d'avoir une perception de ces processus de métissage sur une longue durée, on conviendra qu'il n'y a là rien de nouveau. Le droit est depuis toujours le fruit de sources d'inspiration diversifiées et notamment d'influences étrangères. L'emprunt en droit est sans doute beaucoup plus fréquent que l'innovation<sup>101</sup>.

---

<sup>97</sup> M. Delmas-Marty, *Les processus de mondialisation du droit*, in *Le droit saisi par la mondialisation*, préc., p. 72.

<sup>98</sup> K. Lenaerts, *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, RTD eur. 2001, p. 503.

<sup>99</sup> J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Montchrestien, coll. Clefs, 2003, p., p. 131.

<sup>100</sup> M. Delmas-Marty [dir.], *Critique de l'intégration normative*, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, p. 47.

<sup>101</sup> Les comparatistes de droit public peuvent apporter leur contribution en poursuivant et en renouvelant les travaux initiés par Alan Watson (A. Watson, *Legal Transplants : An Approach of Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974) et cette contribution ne devrait pas reposer sur l'exclusion de l'une des interprétations ici envisagées, mais au contraire sur leur association.